JURISPRUDÊNCIA CATARINENSE

Repositório de jurisprudência, na versão impressa, autorizado pelos Registros n. 8/1985 do Supremo Tribunal Federal e n. 18/1991 do Superior Tribunal de Justiça, e, na versão eletrônica, pelo Registro n. 79/2015 do Superior Tribunal de Justiça.

Ano XLII – 1º semestre de 2015 – N. 130 – Florianópolis – SC – 2015

JURISPRUDÊNCIA CATARINENSE

Publicação semestral do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, composta de trabalhos selecionados pela Comissão Permanente de Jurisprudência, sob responsabilidade gerencial da 1ª Vice-Presidência, 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 atos do Poder Judiciário de Santa Catarina publicados nesta revista são cópias do original. Os julgados do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça publicados neste periódico são cópias extraídas dos documentos disponibilizados nos respectivos sítios eletrônicos.

Diretor
Des. José Antônio Torres Marques – 1º Vice-Presidente

Comissão Permanente de Jurisprudência (Portaria n. 039/2014-GP)
Des. José Antônio Torres Marques – Presidente
Des. Luiz Fernando Boller
Juiz de Direito de Segundo Grau Leopoldo Augusto Brüggemann

Jurisprudência Catarinense/Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. – v. 1, n. 1 (jul./set. 1973) –. Florianópolis: TJSC, 1973.
21cm.
Semestral.
Repositório autorizado sob os n. 8/1985–STF e 18/1991–STJ, e na versão eletrônica sob o n. 79/2015-STJ.
Disponível em: https://busca.tjsc.jus.br/revistajc
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

7 COMPOSIÇÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

23 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

69 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

109 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA

111 Primeira Vice-Presidência

117 Conselho da Magistratura

135 Órgão Especial

186 Câmara Civil Especial

204 Câmara Especial Regional de Chapecó

222 Grupo de Câmaras de Direito Civil

229 Primeira Câmara de Direito Civil

303 Segunda Câmara de Direito Civil

338 Terceira Câmara de Direito Civil

355 Quarta Câmara de Direito Civil

376 Quinta Câmara de Direito Civil

418 Sexta Câmara de Direito Civil

461 Grupo de Câmaras de Direito Comercial

475 Primeira Câmara de Direito Comercial

487 Segunda Câmara de Direito Comercial

538 Terceira Câmara de Direito Comercial

567 Quarta Câmara de Direito Comercial

623 Quinta Câmara de Direito Comercial
640 Grupo de Câmaras de Direito Público
660 Primeira Câmara de Direito Público
679 Segunda Câmara de Direito Público
706 Terceira Câmara de Direito Público
724 Quarta Câmara de Direito Público
760 Seção Criminal
786 Primeira Câmara Criminal
827 Segunda Câmara Criminal
880 Terceira Câmara Criminal
963 Quarta Câmara Criminal
1007 Primeiro Grau
1151 DISCURSOS
1173 RELAÇÃO DAS COMARCAS DO ESTADO DE SANTA CATARINA
1195 ÍNDICE NUMÉRICO
1203 ÍNDICE POR ASSUNTO
1229 ÍNDICE ONOMÁSTICO

COMPOSIÇÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

COMPOSIÇÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(Junho 2015)

Presidente
Desembargador NELSON Juliano SCHAEFER MARTINS

Primeiro Vice-Presidente
Desembargador José Antônio TORRES MARQUES

Segundo Vice-Presidente
Desembargadora SÔNIA MARIA SCHMITZ

Terceiro Vice-Presidente
Desembargador CLÁUDIO VALDYR HELFENSTEIN

Corregedor-Geral da Justiça
Desembargador LUIZ CÉZAR MEDEIROS

Vice-Corregedor-Geral da Justiça
Desembargador RICARDO Orofino da Luz FONTES

DESEMBARGADORES

Desembargador PEDRO MANOEL ABREU
Desembargador CLÁUDIO BARRETO DUTRA
Desembargador NEWTON TRISOTTO
Desembargador LUIZ CÉZAR MEDEIROS
Desembargador VANDERLEI ROMER
Desembargador ELÁDIO TORRET ROCHA
Desembargador NELSON Juliano SCHAEFER MARTINS
Desembargador SÉRGIO Roberto BAASCH LUZ
Desembargador Antonio do Rêgo MONTEIRO ROCHA
Desembargador FERNANDO CARIONI
Desembargador José Antônio TORRES MARQUES
Desembargador RUI Francisco Barreiros FORTES
Desembargador MARCUS TULIO SARTORATO
Desembargador CESAR Augusto Mimoso Ruiz ABREU
Desembargadora SALETE SILVA SOMMARIVA
Desembargador RICARDO Orofino da Luz FONTES
Desembargador SALIM SCHEAD DOS SANTOS
Desembargadora MARIA DO ROCIO LUZ SANTA RITTA
Desembargador CID José GOULART Junior
Desembargador JAIME RAMOS
Desembargador ALEXANDRE d'IVANENKO
Desembargador LÉDIO ROSA DE ANDRADE
Desembargador MOACYR DE MORAES LIMA FILHO
Desembargador JORGE Henrique SCHAEFER MARTINS
Desembargadora MARLI MOSIMANN VARGAS
Desembargador SÉRGIO IZIDORO HEIL
Desembargador José Carlos CARSTENS KÖHLER
Desembargador JOÃO HENRIQUE BLASI
Desembargador JORGE LUIZ DE BORBA
Desembargadora REJANE ANDERSEN
Desembargador JOEL Dias FIGUEIRA JÚNIOR
Desembargador CLÁUDIO VALDYR HELFENSTEIN
Desembargador RODRIGO Antônio da CUNHA
Desembargador JÂNIO de Souza MACHADO
Desembargadora SORAYA NUNES LINS

Desembargadora SÔNIA MARIA SCHMITZ
Desembargador HENRY Goy PETRY JUNIOR
Desembargador RAULINO JACÓ BRÜNING
Desembargador ROBERTO LUCAS PACHECO
Desembargador JAIRO FERNANDES GONÇALVES
Desembargador JOSÉ INÁCIO SCHAEFER
Desembargador JOÃO BATISTA GÓES ULYSSÉA
Desembargador RONEI DANIELLI
Desembargador LUIZ FERNANDO BOLLER
Desembargador PAULO ROBERTO SARTORATO
Desembargador TULIO José Moura PINHEIRO
Desembargador CARLOS ALBERTO CIVINSKI
Desembargador RONALDO MORITZ MARTINS DA SILVA
Desembargador RICARDO José ROESLER
Desembargador ROBSON LUZ VARELLA
Desembargador RODRIGO Tolentino de Carvalho COLLAÇO
Desembargador SÉRGIO Antônio RIZELO
Desembargadora DENISE VOLPATO
Desembargador GETÚLIO CORRÊA
Desembargador SEBASTIÃO CÉSAR EVANGELISTA
Desembargador DOMINGOS PALUDO
Desembargador ERNANI GUETTEN DE ALMEIDA
Desembargador CARLOS ADILSON SILVA
Desembargador Rogério MARIANO DO NASCIMENTO
Desembargador EDEMAR GRUBER

JUÍZES DE DIREITO DE SEGUNDO GRAU

Juiz de Direito de Segundo Grau STANLEY DA SILVA BRAGA
Juiz de Direito de Segundo Grau ALTAMIRO DE OLIVEIRA
Juiz de Direito de Segundo Grau PAULO HENRIQUE MORITZ MARTINS DA SILVA
Juiz de Direito de Segundo Grau NEWTON VARELLA JÚNIOR
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 CESAR SCHWEITZER
Juiz de Direito de Segundo Grau RUBENS SCHULZ
Juiz de Direito de Segundo Grau JÚLIO CÉSAR MACHADO FERREIRA DE MELLO
Juiz de Direito de Segundo Grau LUIZ ANTÔNIO ZANINI FORNEROLLI

ÓRGÃOS JULGADORES

TRIBUNAL PLENO

Desembargador NELSON Juliano SCHAEFER MARTINS – Presidente
Desembargador José GASPAR RUBICK
Desembargador PEDRO MANOEL ABREU
Desembargador CLÁUDIO BARRETO DUTRA
Desembargador NEWTON TRISOTTO (Convocado – STJ)
Desembargador LUIZ CÉZAR MEDEIROS
Desembargador VANDERLEI ROMER
Desembargador ELÁDIO TORRET ROCHA
Desembargador SÉRGIO Roberto BAASCH LUZ
Desembargador Antonio do Rêgo MONTEIRO ROCHA
Desembargador FERNANDO CARIONI
Desembargador José Antônio TORRES MARQUES

Desembargador RUI Francisco Barreiros FORTES
Desembargador MARCUS TULIO SARTORATO
Desembargador CESAR Augusto Mimoso Ruiz ABREU
Desembargadora SALETE SILVA SOMMARIVA
Desembargador RICARDO Orofino da Luz FONTES
Desembargador SALIM SCHEAD DOS SANTOS
Desembargadora MARIA DO ROCIO LUZ SANTA RITTA
Desembargador CID José GOULART Junior
Desembargador JAIME RAMOS
Desembargador ALEXANDRE d'IVANENKO
Desembargador LÉDIO ROSA DE ANDRADE
Desembargador MOACYR DE MORAES LIMA FILHO
Desembargador JORGE Henrique SCHAEFER MARTINS
Desembargadora MARLI MOSIMANN VARGAS
Desembargador SÉRGIO IZIDORO HEIL
Desembargador José Carlos CARSTENS KÖHLER
Desembargador JOÃO HENRIQUE BLASI
Desembargador JORGE LUIZ DE BORBA
Desembargadora REJANE ANDERSEN
Desembargador JOEL Dias FIGUEIRA JÚNIOR
Desembargador CLÁUDIO VALDYR HELFENSTEIN
Desembargador RODRIGO Antônio da CUNHA
Desembargador JÂNIO de Souza MACHADO
Desembargadora SORAYA NUNES LINS
Desembargadora SÔNIA MARIA SCHMITZ
Desembargador HENRY Goy PETRY JUNIOR
Desembargador RAULINO JACÓ BRÜNING
Desembargador ROBERTO LUCAS PACHECO
Desembargador JAIRO FERNANDES GONÇALVES
Desembargador JOSÉ INÁCIO SCHAEFER
Desembargador JOÃO BATISTA GÓES ULYSSÉA
Desembargador RONEI DANIELLI
Desembargador LUIZ FERNANDO BOLLER
Desembargador PAULO ROBERTO SARTORATO
Desembargador TULIO José Moura PINHEIRO
Desembargador CARLOS ALBERTO CIVINSKI
Desembargador RONALDO MORITZ MARTINS DA SILVA

Desembargador RICARDO José ROESLER
Desembargador ROBSON LUZ VARELLA
Desembargador RODRIGO Tolentino de Carvalho COLLAÇO
Desembargador SÉRGIO Antônio RIZELO
Desembargadora DENISE VOLPATO
Desembargador GETÚLIO CORRÊA
Desembargador SEBASTIÃO CÉSAR EVANGELISTA
Desembargador DOMINGOS PALUDO
Desembargador ERNANI GUETTEN DE ALMEIDA
Desembargador CARLOS ADILSON SILVA
Desembargador Rogério MARIANO DO NASCIMENTO
Desembargador EDEMAR GRUBER

ÓRGÃO ESPECIAL

Desembargador NELSON Juliano SCHAEFER MARTINS – Presidente
Desembargador PEDRO MANOEL ABREU
Desembargador CLÁUDIO BARRETO DUTRA
Desembargador LUIZ CÉZAR MEDEIROS
Desembargador VANDERLEI ROMER
Desembargador ELÁDIO TORRET ROCHA
Desembargador Antonio do Rêgo MONTEIRO ROCHA
Desembargador FERNANDO CARIONI
Desembargador José Antônio TORRES MARQUES
Desembargador RUI Francisco Barreiros FORTES
Desembargador MARCUS TULIO SARTORATO
Desembargador RICARDO Orofino da Luz FONTES (substituindo Des. NEWTON TRISOTTO, conv. STJ)
Desembargador SALIM SCHEAD DOS SANTOS
Desembargadora MARIA DO ROCIO LUZ SANTA RITTA
Desembargador JAIME RAMOS (substituindo Des. CESAR Augusto Mimoso Ruiz ABREU)
Desembargador ALEXANDRE d'IVANENKO
Desembargador LÉDIO ROSA DE ANDRADE
Desembargador MOACYR DE MORAES LIMA FILHO
Desembargador SÉRGIO IZIDORO HEIL (substituindo Des. SÉRGIO Roberto BAASCH LUZ)
Desembargador JORGE LUIZ DE BORBA

Desembargador JÂNIO de Souza MACHADO
Desembargadora SÔNIA MARIA SCHMITZ
Desembargador RONEI DANIELLI

CÂMARA ESPECIAL REGIONAL DE CHAPECÓ – CERC

Desembargador SEBASTIÃO CÉSAR EVANGELISTA – Presidente
Juiz de Direito de Segundo Grau LUIZ CESAR SCHWEITZER
Juiz de Direito de Segundo Grau RUBENS SCHULZ
Juiz de Direito de Segundo Grau JÚLIO CÉSAR MACHADO FERREIRA DE MELLO

CÂMARA CIVIL ESPECIAL

Desembargador CLÁUDIO VALDYR HELFENSTEIN – Presidente
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
Juiz de Direito de Segundo Grau ARTUR JENICHEN FILHO

GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO CIVIL

Desembargador ELÁDIO TORRET ROCHA – Presidente
Desembargador Antonio do Rêgo MONTEIRO ROCHA
Desembargador FERNANDO CARIONI
Desembargador MARCUS TULIO SARTORATO
Desembargadora MARIA DO ROCIO LUZ SANTA RITTA
Desembargador ALEXANDRE d'IVANENKO
Desembargador JOEL Dias FIGUEIRA JÚNIOR
Desembargador HENRY Goy PETRY JUNIOR
Desembargador RAULINO JACÓ BRÜNING
Desembargador JAIRO FERNANDO GONÇALVES
Desembargador JOÃO BATISTA GÓES ULYSSÉA
Desembargador RONEI DANIELLI
Desembargador SEBASTIÃO CÉSAR EVANGELISTA
Desembargador DOMINGOS PALUDO
Juiz de Direito de Segundo Grau GILBERTO GOMES DE OLIVEIRA (substituindo Des. NEWTON TRISOTTO, convocado – STJ)
Juiz de Direito de Segundo Grau JORGE LUIS COSTA BEBER (Vago)
Juiz de Direito de Segundo Grau EDUARDO MATTOS GALLO JÚNIOR (substituindo Desª. DENISE VOLPATO)

Juíza de Direito de Segundo Grau ROSANE PORTELLA WOLFF (substituindo Des. SÉRGIO IZIDORO HEIL)

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

Desembargador RAULINO JACÓ BRÜNING – Presidente
Desembargador SEBASTIÃO CÉSAR EVANGELISTA
Desembargador DOMINGOS PALUDO
Juiz de Direito de Segundo Grau GERSON CHEREM II (Cooperador)

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

Desembargador Antonio do Rêgo MONTEIRO ROCHA – Presidente
Desembargador JOÃO BATISTA GÓES ULYSSÉA
Juiz de Direito de Segundo Grau GILBERTO GOMES DE OLIVEIRA (substituindo Des. NEWTON TRISOTTO, convocado – STJ) (Cooperador)

TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

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

QUARTA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

Desembargador ELÁDIO TORRET ROCHA – Presidente
Desembargador JOEL Dias FIGUEIRA JÚNIOR
Juiz de Direito de Segundo Grau JORGE LUIS COSTA BEBER (Cooperador)

QUINTA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

Desembargador HENRY Goy PETRY JUNIOR – Presidente e.e.
Desembargador JAIRO FERNANDES GONÇALVES
Juíza de Direito de Segundo Grau ROSANE PORTELLA WOLFF (substituindo Des. SÉRGIO IZIDORO HEIL) (Cooperadora)

SEXTA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

Desembargador ALEXANDRE d'IVANENKO – Presidente
Desembargador RONEI DANIELLI
Juiz de Direito de Segundo Grau EDUARDO MATTOS GALLO JÚNIOR (substituindo Desª. DENISE VOLPATO) (Cooperador)

GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO COMERCIAL

Desembargador CLÁUDIO BARRETO DUTRA – Presidente
Desembargador SALIM SCHEAD DOS SANTOS
Desembargador LÉDIO ROSA DE ANDRADE
Desembargador José Carlos CARSTENS KÖHLER
Desembargador RODRIGO Antônio da CUNHA
Desembargador JÂNIO de Souza MACHADO
Desembargadora SORAYA NUNES LINS
Desembargador JOSÉ INÁCIO SCHAEFER
Desembargador TULIO José Moura PINHEIRO
Desembargador RONALDO MORITZ MARTINS DA SILVA
Desembargador ROBSON Luz VARELLA
Desembargador Rogério MARIANO DO NASCIMENTO
Juíza de Direito de Segundo Grau JANICE GOULART GARCIA UBIALLI (substituindo Des. RICARDO Orofino da Luz FONTES, Vice-Corregedor)
Juiz de Direito de Segundo Grau GUILHERME NUNES BORN (substituindo Desª. REJANE ANDERSEN)
Juiz de Direito de Segundo Grau DINART FRANCISCO MACHADO (substituindo Des. LUIZ FERNANDO BOLLER)

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

Desembargador SALIM SCHEAD DOS SANTOS – Presidente
Desembargador Rogério MARIANO DO NASCIMENTO
Juíza de Direito de Segundo Grau JANICE GOULART GARCIA UBIALLI (substituindo Des. RICARDO Orofino da Luz FONTES, Vice-Corregedor)
Juíza de Direito de Segundo Grau CINTHIA BEATRIZ DA SILVA BITTENCOURT SCHAEFER (Cooperadora)

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

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

TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

Desembargador RODRIGO Antônio da CUNHA – Presidente

Desembargador TULIO José Moura PINHEIRO
Desembargador RONALDO MORITZ MARTINS DA SILVA
Juíza de Direito de Segundo Grau DENISE DE SOUZA LUIZ FRANCOSKI

QUARTA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

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

QUINTA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

Desembargador CLÁUDIO BARRETO DUTRA – Presidente
Desembargador JÂNIO de Souza MACHADO
Desembargadora SORAYA NUNES LINS
Juiz de Direito de Segundo Grau GUILHERME NUNES BORN (Cooperador)

GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PÚBLICO

Desembargador PEDRO MANOEL ABREU – Presidente
Desembargador VANDERLEI ROMER
Desembargador CID José GOULART Junior
Desembargador JAIME RAMOS
Desembargador JOÃO HENRIQUE BLASI
Desembargador JORGE LUIZ DE BORBA
Desembargador RICARDO José ROESLER
Desembargador CARLOS ADILSON SILVA
Desembargador EDEMAR GRUBER
Juiz de Direito de Segundo Grau RODOLFO Cezar Ribeiro da Silva TRIDAPALLI (substituindo Des. SÉRGIO Roberto BAASCH LUZ)
Juiz de Direito de Segundo Grau JÚLIO CÉSAR KNOLL (substituindo Des. CESAR Augusto Mimoso Ruiz ABREU)
Juiz de Direito de Segundo Grau PAULO RICARDO BRUSCHI (Vago)

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

Desembargador CARLOS ADILSON SILVA – Presidente
Desembargador JORGE LUIZ DE BORBA
Juiz de Direito de Segundo Grau PAULO RICARDO BRUSCHI (Vago)

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

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

Desembargador JOÃO HENRIQUE BLASI – Presidente
Desembargador CID José GOULART Junior
Juiz de Direito de Segundo Grau RODOLFO Cezar Ribeiro da Silva TRIDAPALLI (substituindo Des. SÉRGIO Roberto BAASCH LUZ)
Juiz de Direito de Segundo Grau FRANCISCO JOSÉ RODRIGUES DE OLIVEIRA NETO (Cooperador)

TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

Desembargador VANDERLEI ROMER – Presidente
Desembargador PEDRO MANOEL ABREU
Juiz de Direito de Segundo Grau JÚLIO CÉSAR KNOLL (substituindo Des. CESAR Augusto Mimoso Ruiz ABREU)
Juiz de Direito de Segundo Grau STANLEY DA SILVA BRAGA (Cooperador)

QUARTA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

Desembargador JAIME RAMOS – Presidente
Desembargador RICARDO José ROESLER
Desembargador EDEMAR GRUBER
Juiz de Direito de Segundo Grau JÚLIO CÉSAR KNOLL (Cooperador)

SEÇÃO CRIMINAL

Desembargador RUI Francisco Barreiros FORTES – Presidente
Desembargadora SALETE SILVA SOMMARIVA
Desembargador MOACYR DE MORAES LIMA FILHO
Desembargador JORGE Henrique SCHAEFER MARTINS
Desembargadora MARLI MOSIMANN VARGAS
Desembargador ROBERTO LUCAS PACHECO
Desembargador PAULO ROBERTO SARTORATO
Desembargador CARLOS ALBERTO CIVINSKI
Desembargador RODRIGO Tolentino de Carvalho COLLAÇO
Desembargador SÉRGIO Antônio RIZELO
Desembargador GETÚLIO CORRÊA
Desembargador ERNANI GUETTEN DE ALMEIDA

PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL

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

SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL

Desembargadora SALETE SILVA SOMMARIVA – Presidente
Desembargador SÉRGIO Antônio RIZELO
Desembargador GETÚLIO CORRÊA
Juiz de Direito de Segundo Grau VOLNEI CELSO TOMAZINI (Cooperador)
Juiz de Direito de Segundo Grau NEWTON VARELLA JÚNIOR (Cooperador)

TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL

Desembargador RUI Francisco Barreiros FORTES – Presidente
Desembargador MOACYR DE MORAES LIMA FILHO
Desembargador ERNANI GUETTEN DE ALMEIDA
Juiz de Direito de Segundo Grau LEOPOLDO AUGUSTO BRÜGGEMANN (Cooperador)

QUARTA CÂMARA CRIMINAL

Desembargador JORGE Henrique SCHAEFER MARTINS – Presidente
Desembargador ROBERTO LUCAS PACHECO
Desembargador RODRIGO Tolentino de Carvalho COLLAÇO
Juiz de Direito de Segundo Grau NEWTON VARELLA JÚNIOR (Cooperador)
Juíza de Direito de Segundo Grau CINTHIA BEATRIZ DA SILVA BITTENCOURT SCHAEFER (Cooperadora)

CONSELHO DA MAGISTRATURA

Desembargador NELSON Juliano SCHAEFER MARTINS – Presidente
Desembargador José Antônio TORRES MARQUES – 1º Vice-Presidente
Desembargador LUIZ CÉZAR MEDEIROS – Corregedor-Geral da Justiça
Desembargadora SÔNIA MARIA SCHMITZ – 2º Vice-Presidente
Desembargador CLÁUDIO VALDYR HELFENSTEIN – 3º Vice-Presidente
Desembargador RICARDO Orofino da Luz FONTES – Vice-Corregedor-Geral da Justiça
Desembargador LÉDIO ROSA DE ANDRADE

Desembargador JORGE LUIZ DE BORBA
Desembargadora REJANE ANDERSEN
Desembargador RAULINO JACÓ BRÜNING
Desembargador JAIRO FERNANDES GONÇALVES
Desembargador CARLOS ADILSON SILVA

COORDENADORIA DE MAGISTRADOS

Juiz MARCELO PIZOLATI

JUÍZES-CORREGEDORES

Juiz-Corregedor ANTÔNIO ZOLDAN DA VEIGA
Juiz-Corregedor PAULO ROBERTO FROES TONIAZZO
Juíza-Corregedora MARIA PAULA KERN
Juiz-Corregedor LUIZ HENRIQUE BONATELLI
Juiz-Corregedor ALEXANDRE KARAZAWA TAKASCHIMA

JUÍZES AUXILIARES DA PRESIDÊNCIA

Juiz Auxiliar VITORALDO BRIDI
Juiz Auxiliar SILVIO JOSÉ FRANCO
Juiz Auxiliar ANDRÉ ALEXANDRE HAPPKE

JUIZ AUXILIAR DA PRIMEIRA VICE-PRESIDÊNCIA

Juiz Auxiliar JEFFERSON ZANINI

CHEFE DE GABINETE DA PRESIDÊNCIA

JULIE CECCONI MAZON

DIRETORIA-GERAL ADMINISTRATIVA

CLEVERSON OLIVEIRA

DIRETORIA-GERAL JUDICIÁRIA

RONEI VILMAR BARON

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Extradição n. 1.349, do Distrito Federal

Relatora: Min. Rosa Weber
Requerente: Governo do Uruguai
Extraditado: Esteban Gabriel Bueno
Advogado: Alberto Medeiros e Outro(s)

EMENTA

EXTRADIÇÃO INSTRUTÓRIA. TRÁFICO DE SUBSTÂNCIAS ESTUPEFACIENTES PROIBIDAS. EXTRADITANDO BRASILEIRO NATO. ARTIGO 12, I, "C", DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INVIABILIDADE DO PEDIDO EXTRADICIONAL. ARTIGOS 5º, LI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 77, I, DA LEI 6.815/1980 E 11, ITEM 3, DO TRATADO DE EXTRADIÇÃO. EXTRATERRITORIALIDADE DA LEI PENAL BRASILEIRA. ARTIGOS 7º DO CÓDIGO PENAL E 88 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL.

1. Pedido de extradição formulado pelo Governo do Uruguai contra brasileiro nato, nascido no estrangeiro, filho de pai brasileiro e devidamente registrado em repartição brasileira competente, nos termos do art. 12, I, "*c*", da Magna Carta.

2. O ordenamento jurídico brasileiro veda expressamente a extradição de brasileiro nato, arts. 5º, LI, da Constituição da República, 77, I, da Lei 6.815/1980, e 11, item 1, do Tratado de Extradição entre os Estados Partes do Mercosul. Precedentes.

3. Inobstante a inviabilidade da extradição, para os crimes cometidos por brasileiro em solo estrangeiro, possível, na espécie, a extraterritorialidade da lei penal brasileira, caso em que o órgão judiciário brasileiro será competente para processar e julgar o feito, nos termos dos arts. 7º do Código Penal e 88 do Código de Processo Penal.

4. Extradição indeferida, com a imediata expedição do competente alvará de soltura do Extraditando, se por outro motivo não estiver preso.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Primeira Turma, sob a Presidência da Senhora Ministra Rosa Weber, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em indeferir o pedido de extradição. E, por maioria de votos, em determinar a remessa de cópia dos autos para o foro da Comarca de Porto Alegre, nos termos do voto da Relatora, vencido o Senhor Ministro Marco Aurélio. Não participou, justificadamente, deste julgamento, o Senhor Ministro Dias Toffoli.

Brasília, 10 de fevereiro de 2015.

Ministra Rosa Weber
Relatora

RELATÓRIO

A Senhora Ministra Rosa Weber (Relatora): Trata-se de pedido de extradição instrutória formulado pelo Governo do Uruguai em desfavor do nacional uruguaio Esteban Gabriel Bueno, nascido em 31.01.1981, cédula de identidade 4.302.073-8.

O pleito extradicional foi encaminhado por via diplomática (Nota Verbal nº 134/2014, fl. 9), com base na promessa de reciprocidade e no art. 18 do Tratado de Extradição firmado entre os Estados Partes do Mercosul, promulgado pelo Decreto 4.975, de 30.01.2004, e publicado 02.02.2004 (fl. 02).

Solicitação de prisão preventiva para fins de extradição (fl. 02 da PPE 704). Decretada a medida constritiva em 07.02.2014 e efetivada em 25.8.2014 (fls. 38-40 e 89 da PPE 704).

Interrogatório realizado em 23.9.2014 (fls. 72-3 e 83-6). Naquela ocasião, consignada a intimação do Extraditando para apresentar defesa nos termos do § 1º do art. 85 da Lei 6.815/1980.

Degravação do interrogatório às fls. 83-6. Argumenta a Defesa, em síntese, óbice quanto à extradição, visto que o Extraditando é brasileiro nato (art. 5º, LI, CF/88) (fls. 90-6).

O Ministério Público Federal, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral da República Edson Oliveira de Almeida, ao argumento da inexistência de provas da nacionalidade brasileira do Extraditando e do preenchimento dos requisitos inerentes à extradição, opina pelo acolhimento do pedido (fls. 112-6).

Tendo em vista a alegada nacionalidade brasileira do Extraditando, determinei a intimação da Defesa (fls. 118), que, em 14.11.2014, apresentou certidão de trasladação de nascimento e carteira de identidade (fls. 120-3).

Em 18.12.2014, sobreveio nova manifestação do Ministério Público Federal, da lavra da Subprocuradora-Geral da República Deborah Macedo Duprat de Britto Pereira, pelo indeferimento do pedido de extradição (fls. 128-31). Além disso, com o escopo de evitar a impunidade quanto ao crime praticado no Uruguai, pugnou pela aplicação extraterritorial da lei penal brasileira, nos termos do item 3 do art. 11 do Tratado de Extradição entre os Estados Partes do Mercosul.

Expedido telegrama para dar ciência da sessão de julgamento do feito.

É o relatório.

VOTO

A Senhora Ministra Rosa Weber (Relatora): Os autos revelam que Extraditando é procurado pelo Estado Requerente por estar sendo processado criminalmente perante o Juízo de Primeira Instância Penal especializada em crime organizado de Montevidéu, da República Oriental do Uruguai.

Extraio do resumo dos fatos (fls. 42-v e 43):

> *"Conforme a informação recebida pela polícia de que chegaria um carregamento de maconha ao domicílio de uma pessoa chamada "Ricardo", monta-se guarda no local. No dia 10/06/2013, às 19 h 40 m, foi advertido o ingresso ao prédio de duas caminhonetes, cada uma delas com dois ocupantes. Procedeu-se à apreensão do dono de cada quem saía ao encontro dos que chegavam – os ocupantes dos veículos – além de mais quatro pessoas que estavam no local. Rodrigo Rodríguez era o motorista da caminhonete Efa, cor cinza, e Rogélio Rodriguez, o motorista da outra caminhonete VW Saveiro.*
>
> *Depois foi desarmada uma das caminhonetes, sendo encontrada droga em ambos os laterais, bem como num fundo falso droga em ambos os laterais, bem como num fundo falso que tinha o piso da caçamba, sendo apreendidos 109 tijolos de substância vegetal, com 81,144kg de peso. Depois foi realizada busca domiciliar na morada de Iturralde onde foi apreendida uma pistola Atala calibre 22, um embrulho com 225,4 gramas de substância branca; dois embrulhos de substância vegetal, um pesando 10,8 gramas e o outro, 23,1 gramas e a quantia de $ 10.522.*
>
> *Rogelio Rodriguez disse que a caminhonete que dirigia pertence a uma pessoa chamada Gabriel Bueno, que foi quem o contratou para transportar a droga até Montevidéu e que seria entregue ao também processado Ricardo Iturralde."*

De acordo com a documentação acostada aos autos, imputada ao Extraditando a prática, em tese, do delito de tráfico de substâncias estupefacientes proibidas na qualidade de coautor (art. 31 do Decreto-Lei 14.294, na redação dada pela Lei 17.016), apenado com 20 (vinte meses) de prisão a 10 (dez) anos de reclusão. Em análise sumária do caso, observo que os fatos configurariam no Brasil, em tese, o crime do art. 33 da Lei 11.343/2006.

Inobstante ter sido observado o requisito da dupla punibilidade, constato óbice intransponível ao deferimento da extradição – **a nacionalidade brasileira do Extraditando.**

A Defesa juntou aos autos documento dotado de fé pública (fl. 122), que atesta a trasladação da certidão de nascimento lavrada no Consulado

do Brasil em Artigas no Uruguai, comprovando ser o Extraditando brasileiro nato, porquanto nascido no estrangeiro, filho de pai brasileiro e devidamente registrado em repartição brasileira competente, nos termos do art. 12, I, *"c"*, da Magna Carta.

O ordenamento jurídico brasileiro veda expressamente a extradição de brasileiro nato. Na dicção do art. 5º, LI, da Constituição da República, *"**nenhum brasileiro será extraditado,** salvo o naturalizado, em caso de crime comum, praticado antes da naturalização, ou de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na forma da lei". De semelhante conteúdo, o art. 77, I, do Estatuto do Estrangeiro (Lei 6.815/1980), dispõe que **"não se concederá a extradição quando: I - se tratar de brasileiro,** salvo se a aquisição dessa nacionalidade verificar-se após o fato que motivar o pedido". Na mesma linha, o respectivo Tratado de Extradição, em seu art. 11, item 1, reza que **"A nacionalidade da pessoa reclamada não poderá ser invocada para denegar a extradição, salvo disposição constitucional em contrário".***

Quanto ao tema, esta Suprema Corte já assentou que, no caso de extradição de brasileiro nato, ***"Esse status logra previsão constitucional bastante a impedir, desde logo, se defira pedido extradicional** de Estado estrangeiro, não cabendo incidir qualquer norma ordinária, com vistas a autorizar a extradição"* (Ext 778-QO, Rel. Min. Néri da Silveira, Plenário, DJ 20.4.2001). No mesmo diapasão, em situação semelhante, ***"Tornada certa a nacionalidade brasileira do Extraditando**, pela sentença homologatória da opção – que gera efeitos ex tunc – **é manifesta a inviabilidade da extradição"*** (Ext 880-QO, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Plenário, DJ 16.4.2004).

Por outro lado, apesar da inviabilidade do pedido extradicional, para os crimes cometidos por brasileiro em solo estrangeiro, possível, na espécie, a extraterritorialidade da lei penal brasileira – art. 7º, II, "b", do CP –, desde que preenchidas as condições estabelecidas no §

2º do mesmo dispositivo, caso em que o órgão judiciário brasileiro será competente para processar e julgar o feito, nos termos do art. 88 do Código de Processo Penal.

Ademais, ressalto que o item 3 do art. 11 do Tratado de Extradição celebrado entre os Países do Mercosul, assevera que o Estado Parte que denegar a extradição deverá promover o julgamento do indivíduo.

Quanto ao tema, bem destacou o Relator da Ext 1.223, Min. Celso de Mello, 2ª Turma, DJe 28.02.2014, *"que o princípio da extraterritorialidade da lei penal brasileira, no que concerne a delitos supostamente praticados por brasileiros (natos ou naturalizados) em outros países, visa a tornar efetivo o postulado universal, consagrado por Hugo Grotius, segundo o qual 'aut dedere aut judicare'"*. Nesse espectro, o Plenário desta Casa, em observância ao referido princípio de "extraditar ou investigar e julgar" consolidou o entendimento de que *"estando impossibilitado de atender ao pedido de cooperação internacional, deve o Brasil, nesses casos, assumir a obrigação de proceder contra o extraditando de modo a evitar a impunidade do nacional que delinquiu alhures"* (Ext 916, Rel. Min. Ayres Britto, DJ 21.10.2005).

Por derradeiro, extraio excertos do *'obter dictum'* exarado pelo Ministro Celso de Mello na Questão de Ordem no HC 83.113/DF, Plenário, DJ 29.8.2003:

> *"OBITER DICTUM" DO RELATOR (MIN. CELSO DE MELLO), MOTIVADO PELA PERDA SUPERVENIENTE DE OBJETO DA PRESENTE AÇÃO DE "HABEAS CORPUS": IMPOSSIBILIDADE CONSTITUCIONAL ABSOLUTA DE EXTRADITAR-SE BRASILEIRO NATO E POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO EXTRATERRITORIAL DA LEI PENAL BRASILEIRA A FATOS DELITUOSOS SUPOSTAMENTE COMETIDOS, NO EXTERIOR, POR BRASILEIROS - CONSIDERAÇÕES DE ORDEM DOUTRINÁRIA E DE CARÁTER JURISPRUDENCIAL. - O brasileiro nato, quaisquer que sejam as circunstâncias e a natureza do delito, não pode ser extraditado, pelo*

Brasil, a pedido de Governo estrangeiro, pois a Constituição da República, em cláusula que não comporta exceção, impede, em caráter absoluto, a efetivação da entrega extradicional daquele que é titular, seja pelo critério do "jus soli", seja pelo critério do "jus sanguinis", de nacionalidade brasileira primária ou originária. Esse privilégio constitucional, que beneficia, sem exceção, o brasileiro nato (CF, art. 5º, LI), não se descaracteriza pelo fato de o Estado estrangeiro, por lei própria, haver-lhe reconhecido a condição de titular de nacionalidade originária pertinente a esse mesmo Estado (CF, art. 12, § 4º, II, "a"). - Se a extradição não puder ser concedida, por inadmissível, em face de a pessoa reclamada ostentar a condição de brasileira nata, legitimar-se-á a possibilidade de o Estado brasileiro, mediante aplicação extraterritorial de sua própria lei penal (CP, art. 7º, II, "b", e respectivo § 2º) - e considerando, ainda, o que dispõe o Tratado de Extradição Brasil/Portugal (Artigo IV) -, fazer instaurar, perante órgão judiciário nacional competente (CPP, art. 88), a concernente "persecutio criminis", em ordem a impedir, por razões de caráter ético-jurídico, que práticas delituosas, supostamente cometidas, no exterior, por brasileiros (natos ou naturalizados), fiquem impunes. Doutrina. Jurisprudência."

Ante o exposto, comprovado o óbice da nacionalidade brasileira do Extraditando, **voto pelo indeferimento do presente pedido de extradição formulado pelo Governo do Uruguai em desfavor de Esteban Gabriel Bueno,** nos termos dos arts. 5º, LI, da Constituição da República, 77, I, da Lei 6.815/1980, e 11, item 1, do Tratado de Extradição entre os Estados Partes do Mercosul, **com a imediata expedição do competente alvará de soltura do Extraditando, se por outro motivo não estiver preso.**

Voto ainda pela remessa de cópia dos autos para o Juízo de Direito da Comarca de Porto Alegre/RS, de acordo com art. 88 do Código de Processo Penal.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – A remessa, em si, Ministra, seria para?

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER (PRESIDENTE E RELATORA) – Para efeito de aplicação da lei brasileira com relação ao

tráfico de entorpecentes que ocorreu no Uruguai. Eu transcrevo, nessa linha, os precedentes do Ministro Celso de Mello.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, apenas declaro a impossibilidade de extradição. Limito-me a essa declaração.

Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.060, de Santa Catarina

Relator: Min. Luiz Fux
Requerente: Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino - CONFENEM
Advogado: Oridio Mendes Domingos Junior
Interessado: Governador do Estado de Santa Catarina
Interessado: Assembleia Legislativa do Estado de Santa Catarina

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DIREITO CONSTITUCIONAL. PARTILHA DE COMPETÊNCIA LEGISLATIVA CONCORRENTE EM MATÉRIA DE EDUCAÇÃO (CRFB, ART. 24, IX). LEI ESTADUAL DE SANTA CATARINA QUE FIXA NÚMERO MÁXIMO DE ALUNOS EM SALA DE AULA. QUESTÃO PRELIMINAR REJEITADA. IMPUGNAÇÃO FUNDADA EM OFENSA DIRETA À CONSTITUIÇÃO. CONHECIMENTO DO PEDIDO. AUSÊNCIA DE USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA DA UNIÃO EM MATÉRIA DE NORMAS GERAIS. COMPREENSÃO AXIOLÓGICA E PLURALISTA DO FEDERALISMO BRASILEIRO (CRFB, ART. 1º, V). NECESSIDADE DE PRESTIGIAR INICIATIVAS NORMATIVAS REGIONAIS E LOCAIS SEMPRE QUE NÃO HOUVER EXPRESSA E CATEGÓRICA INTERDIÇÃO CONSTITUCIONAL. EXERCÍCIO REGULAR DA COMPETÊNCIA LEGISLATIVA PELO ESTADO DE SANTA CATARINA AO DETALHAR A PREVISÃO CONTIDA NO ARTIGO 25 DA LEI Nº 9.394/94 (LEI DE DIRETRIZES E BASES DA EDUCAÇÃO NACIONAL). PEDIDO JULGADO IMPROCEDENTE.

1. O princípio federativo brasileiro reclama, na sua ótica contemporânea, o abandono de qualquer leitura excessivamente inflacionada das competências normativas da União (sejam privativas, sejam concorrentes), bem como a descoberta de novas searas normativas que possam ser trilhadas pelos Estados, Municípios e pelo Distrito Federal, tudo isso em conformidade com o pluralismo político, um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (CRFB, art. 1º, V)

2. A invasão da competência legislativa da União invocada no caso *sub judice* envolve, diretamente, a confrontação da lei atacada com a Constituição (CRFB, art. 24, IX e parágrafos), não havendo que se falar nessas hipóteses em ofensa reflexa à Lei Maior. Precedentes do STF: ADI nº 2.903, rel. Min. Celso de Mello, DJe-177 de 19-09-2008; ADI nº 4.423, rel. Min. Dias Toffoli, DJe-225 de 14-11-2014; ADI nº 3.645, rel. Min. Ellen Gracie, DJ de 01-09-2006.

3. A *prospective overruling*, antídoto ao engessamento do pensamento jurídico, revela oportuno ao Supremo Tribunal Federal rever sua postura *prima facie* em casos de litígios constitucionais em matéria de competência legislativa, para que passe a prestigiar, como regra geral, as iniciativas regionais e locais, a menos que ofendam norma expressa e inequívoca da Constituição de 1988.

4. A competência legislativa do Estado-membro para dispor sobre educação e ensino (CRFB, art. 24, IX) autoriza a fixação, por lei local, do número máximo de alunos em sala de aula, no afã de viabilizar o adequado aproveitamento dos estudantes.

5. O limite máximo de alunos em sala de aula não ostenta natureza de norma geral, uma vez que dependente das circunstâncias peculiares a cada ente da federação, tais como o número de escola colocadas à disposição da comunidade, a oferta de vagas para o ensino, o quantitativo de crianças em idade escolar para o nível fundamental e médio, o número de professores em oferta na região, além de aspectos ligados ao desenvolvimento tecnológico nas áreas de educação e ensino.

6. Pedido de declaração de inconstitucionalidade julgado improcedente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a Presidência da Senhora Ministra Cármen Lúcia, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos e nos termos do voto do Relator, em julgar improcedente a ação direta.

Brasília, 25 de fevereiro de 2015.

Ministro **LUIZ FUX** – Relator

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR): Cuidam os autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade ajuizada pela Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino - CONFENEM em face das alíneas "a", "b", e "c" do inciso VII do artigo 82 da Lei Complementar nº 170/98, de 07 de agosto de 1998, do Estado de Santa Catarina por suposta ofensa ao artigo 25 da Lei nº 9.394/96 e ao artigo 24, §3º, da Constituição da República.

Os dispositivos impugnados possuem a seguinte redação:

> **Art. 82** O Plano Estadual de Educação, articulado com os planos nacionais e municipais, será elaborado com a participação da sociedade catarinense, ouvidos os órgãos colegiados de gestão democrática do ensino, incluído o Fórum Estadual de Educação, devendo, nos termos da lei que o aprovar, contemplar:
>
> (...)
>
> VII - número de alunos por sala de aula que possibilite adequada comunicação e aproveitamento, obedecendo a critérios pedagógicos e níveis de ensino, da seguinte forma:
>
> a) na educação infantil, até quatro anos, máximo de 15 crianças, com atenção especial a menor número, nos dois primeiros anos de vida e, até os seis anos, máximo de 25 crianças;
>
> b) no ensino fundamental, máximo de 30 crianças até a quarta série ou ciclos iniciais e de 35 alunos nas demais séries ou ciclos;
>
> c) no ensino médio, 40 alunos.

O texto do artigo 25 da Lei nº 9.394/96 que, segundo a Requerente, foi ofendido, preconiza, por sua vez, que:

> Art. 25. Será objetivo permanente das autoridades responsáveis alcançar relação adequada entre o número de alunos e o professor, a carga horária e as condições materiais do estabelecimento.
>
> Parágrafo único. Cabe ao respectivo sistema de ensino, à vista das condições disponíveis e das características regionais e locais, estabelecer parâmetro para atendimento do disposto neste artigo.

Por seu turno, o art. 24, inciso IX, e § 3º, da Constituição da República preceituam que:

> Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:
>
> IX - educação, cultura, ensino e desporto;
>
> § 3º - Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades.

Em breve escorço, a tese da Demandante é no sentido de que a lei do estado de Santa Catarina apresenta-se simultaneamente como ilegal e inconstitucional, tendo em vista que: i) o número máximo de alunos em sala de aula imposto pela referida lei não teria fundamento de validade no "sistema de ensino do estado de Santa Catarina" e tampouco nas condições materiais das instituições de ensino, e ii) ofensa à competência da União para legislar sobre normas gerais, nos termos do que previsto no art. 24, inciso IX, e §3º.

Informações do Governo do Estado de Santa Catarina juntadas nas fls. 119/123, em que se defende a constitucionalidade dos dispositivos combatidos da Lei Complementar nº 170/98, com esteio na tese de que o art. 25 da Lei nº 9.394/96 é uma norma geral que deixa em aberto a fixação do limite de educandos por sala de aula, cabendo aos Estados-membros e ao Distrito Federal legislar a respeito do tema.

A Assembleia Legislativa do estado de Santa Catarina prestou informações nas fls. 127/131, pugnando pelo reconhecimento da improcedência do pedido, à medida que a ofensa à Constituição brasileira

seria reflexa, pois o pretendido pela Demandante seria a conclusão de que a Lei nº 9.394/96 fora descumprida.

Por seu turno, a Advocacia-Geral da União manifestou-se, nas fls. 556/561, sustentando a constitucionalidade da lei catarinense, uma vez que o Estado-membro, apenas, teria preenchido vazios normativos da norma geral contida na Lei nº 9.394/96.

Em seu parecer de fls. 563/568, o ilustre Procurador-Geral da República, acompanhando as ideias ventiladas pela Advocacia-Geral da União, opinou no sentido da constitucionalidade da lei estadual, tendo em vista que ela não invadiu a competência legislativa da União e não estabeleceu regras dissonantes das já editadas.

Na fl. 573, o Min. Dias Toffoli declarou-se impedido, tendo em vista que atuou como Advogado-Geral da União no feito.

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

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR): Senhora Presidente, eminentes pares, cinge-se a controvérsia à possibilidade de lei estadual dispor acerca do número máximo de alunos em sala de aula na educação infantil, fundamental e média, tendo como base sua competência legislativa concorrente para tratar de educação (CRFB, art. 24, IX). É o que versam as três alíneas impugnadas da Lei Complementar nº 170/98 do estado de Santa Catarina.

Antes, porém, que se passe ao enfrentamento das teses jurídicas articuladas pela requerente, entendo por bem fixar algumas premissas teóricas acerca do tema de fundo, notadamente da relação nem sempre harmônica entre autonomia local e unidade nacional em um regime federativo.

Premissa teórica: federalismo, pluralismo e jurisprudência do STF

Em linhas gerais, o federalismo é um arranjo institucional que envolve a partilha vertical do poder entre diversas entidades políticas autônomas, que coexistem no interior de um único Estado soberano. Trata-se de um modelo de organização política que busca conciliar a unidade com a diversidade.

Embora existam diferentes modelos de federalismo, há alguns elementos mínimos sem os quais uma federação se descaracterizaria. Dentre estes elementos se destaca a efetiva autonomia política dos entes federativos, que se traduz nas prerrogativas do autogoverno, auto-organização e autoadministração.

Neste aspecto, a federação brasileira ainda se revela altamente centralizada, muitas vezes beirando o federalismo meramente nominal. Vislumbro dois fatores essenciais para esse quadro. O primeiro é de índole *jurídico-positiva*: a engenharia constitucional brasileira, ao promover a partilha de competências entre os entes da federação (CRFB, arts. 21 a 24), concentra grande quantidade de matérias sob a autoridade privativa da União. O segundo fator é de natureza *jurisprudencial*. Não se pode ignorar a contundente atuação do Supremo Tribunal Federal ao exercer o controle de constitucionalidade de lei ou ato federal e estadual, especialmente aquele inspirado no "princípio da simetria" e numa leitura excessivamente inflacionada das competências normativas da União.

O cenário, porém, não é estático. A tensão latente entre centralização e descentralização acaba por gerar uma dinâmica ao longo da existência do regime federativo, que se manifesta por oscilações entre a maior e a menor autonomia local em face da unidade nacional. É o que aponta com precisão Marco Aurélio Marrafon, professor da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ):

> "(...) para além do aspecto estrutural de distribuição de competências e delimitação das esferas próprias de atuação dos entes federados, o federalismo se realiza como um processo dinâmico em que ocorrem novos

> rearranjos na organização estatal em virtude das condições históricas, culturais, políticas e econômicas de cada país em determinados períodos.
>
> Assim, por vezes a tensão federativa direciona o pêndulo rumo à centralização da autoridade política e administrativa, para, em outros momentos, oscilar a favor da descentralização. A análise do caso brasileiro demonstra que essas oscilações podem ocorrer, inclusive, dentro de urna mesma estrutura constitucional".
>
> (MARRAFON, Marco Aurélio. "Federalismo brasileiro: reflexões em torno da dinâmica entre autonomia e centralização" in Direito Constitucional Brasileiro. Vol. II: organização do Estado e dos Poderes (Org. CLÈVE, Clèmerson Merlin. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 117- 118).

Acredito seja momento de a Corte rever sua postura *prima facie* em casos de litígios constitucionais em matéria de competência legislativa, passando a prestigiar as iniciativas regionais e locais, a menos que ofendam norma expressa e inequívoca da Constituição. Essa diretriz parece ser a que melhor se acomoda à noção de federalismo como sistema que visa a promover o pluralismo nas formas de organização política.

As vantagens de um modelo como este foram apresentadas, em doutrina, pelo magistério dos professores Daniel Sarmento e Cláudio Pereira de Souza Neto, *verbis*:

> "Ao invés de assumir os riscos envolvidos nas grandes apostas de reforma global das instituições nacionais, como tem sido feito, talvez seja melhor experimentá-las no plano local de governo. A aplicação de novas ideias ou arranjos políticos em algum estado ou município precursor pode servir como teste. É claro que muitas experiências podem dar errado, mas os riscos para a sociedade são menores do que quando se pretende realizar reformar nacionais de um só golpe. Não por outra razão, o Juiz Louis Brandeis, da Suprema Corte norteamericana, chamou os governos estaduais de *'laboratórios da democracia*': 'É um dos felizes incidentes do sistema federal que um único e corajoso Estado possa, se os seus cidadãos escolherem, servir de laboratório; e tentar experimentos econômicos e sociais sem risco para o resto do país'."

> (SARMENTO, Daniel; PEREIRA NETO, Cláudio Pereira de. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho.* Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 335).

Essa necessidade de revitalização descentralizadora do federalismo brasileiro já foi registrada em doutrina pelo Ministro e professor Ricardo Lewandoski, cujas lições reproduzo e subscrevo integralmente, *verbis*:

> "Entre nós, o resgate do princípio federativo passa pela valorização da chamada 'competência residual' dos estados, consagrada no artigo 25, § 1°, da Constituição Federal: 'São reservadas aos Estados as competências que não lhes sejam vedadas por esta Constituição'. Essa competência nos vem da tradição norte-americana segundo a qual as treze ex-colônias britânicas, transformadas em Estados, ao se unirem, entregaram à União apenas algumas das rendas e competências que possuíam originalmente, mantendo as demais. Não se ignora que o rol de competências enumeradas à União (arts. 21 e 22 da CF) é muito vasto, mas é preciso descobrir novas searas normativas que possam ser trilhadas pelos estados.
>
> Depois, cumpre explorar ao máximo as 'competências concorrentes' previstas no art. 24 da Constituição vigente, impedindo que a União ocupe todos os espaços legislativos, usurpando a competência dos estados e do Distrito Federal nesse setor. Afinal, o § 1° do art. 24 estabelece, com todas as letras, que, 'no âmbito da legislação concorrente, a competência da União limita-se a estabelecer normas gerais'. E mais: o § 3° consigna que, 'inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender às suas peculiaridades'.
>
> No Supremo Tribunal Federal, considerada a sua atual composição, já há uma visível tendência no sentido do fortalecimento do federalismo, prestigiando-se a autonomia dos estados e dos municípios, a partir de inúmeras decisões, especialmente nas áreas da saúde, do meio ambiente e do consumidor".
>
> (LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. "Considerações sobre o federalismo brasileiro" ***in*** *Revista de Justiça e Cidadania*, nº 157. Rio de Janeiro: Editora JC, 2013, p. 17).

Não se pode perder de mira que a República Federativa do Brasil tem como um de seus fundamentos o pluralismo político (CRFB, art. 1º, V).

Propõe-se, assim, que a regra geral deva ser a liberdade para que cada ente federativo faça as suas escolhas institucionais e normativas, as quais já se encontram bastante limitadas por outras normas constitucionais materiais que restringem seu espaço de autonomia.

Fixadas estas premissas, passo então ao exame do caso concreto.

Questão preliminar: alegação de ofensa reflexa à Constituição

Em sua peça, a Assembleia Legislativa do Estado de Santa Catarina sustentou questão preliminar consistente na impossibilidade jurídica do pedido, tendo em conta se tratar a espécie de ofensa reflexa ao texto constitucional. De acordo com a percepção da referida Casa Legislativa, a parte Autora se insurge contra os dispositivos da lei estadual conjurada que, supostamente, afrontariam o art. 25 da Lei nº 9.394/96. Em razão disso, a hipótese ventilada configuraria uma autêntica ofensa reflexa ao texto constitucional capaz de impedir a regular tramitação desta presente ação direta de inconstitucionalidade.

Compartilhando o entendimento exteriorizado pelo Ministério Público Federal na fl. 566, é inequívoco que a hipótese dos autos envolve debate acerca da usurpação de competência da União para legislar sobre normas gerais em matéria de educação, à luz do art. 24, inciso IX, da Carta de 1988.

Nesse ponto específico, a jurisprudência desta Corte é pacífica ao reconhecer que não configura ofensa reflexa à Constituição da República, hábil a obstaculizar o manejo de uma ação direta de inconstitucionalidade, quando uma lei estadual pretensamente invade competência prevista na Constituição para a União. É que, se a lei estadual estivesse usurpando competência da União para editar normas de caráter geral, ela ofenderia diretamente o texto constitucional, e não, como invocado pela Assembleia catarinense, dispositivo específico de Lei federal; *in casu*, a Lei nº 9.394/96. O embate é, *pour cause*, direto com artigo do texto fundamental. Nesse sentido, aponto os seguintes precedentes:

EMENTA. Ação direta de inconstitucionalidade. Lei nº 4.353, de 1º de julho de 2009, do Distrito Federal, que admite o comércio de artigos de conveniência em farmácias e drogarias. Preliminar. Ausência de ofensa reflexa à Constituição. Mérito. Ausência de usurpação da competência da União e de afronta ao direito à saúde. Improcedência da ação. 1. **A possível invasão da competência legislativa da União envolve, diretamente, a confrontação da lei atacada com a Carta Republicana (art. 24, incisos V e XII, da Constituição Federal), não havendo que se falar nessas hipóteses em ofensa reflexa à Constituição.** (...)

(ADI 4423, rel. Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 24/09/2014, DJe-225 de 14-11-2014).

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI 14.861/05, DO ESTADO DO PARANÁ. INFORMAÇÃO QUANTO À PRESENÇA DE ORGANISMOS GENETICAMENTE MODIFICADOS EM ALIMENTOS E INGREDIENTES ALIMENTARES DESTINADOS AO CONSUMO HUMANO E ANIMAL. LEI FEDERAL 11.105/05 E DECRETOS 4.680/03 E 5.591/05. COMPETÊNCIA LEGISLATIVA CONCORRENTE PARA DISPOR SOBRE PRODUÇÃO, CONSUMO E PROTEÇÃO E DEFESA DA SAÚDE. (...) 1. Preliminar de ofensa reflexa afastada, uma vez que a despeito da constatação, pelo Tribunal, da existência de normas federais tratando da mesma temática, está o exame na ação adstrito à eventual e direta ofensa, pela lei atacada, das regras constitucionais de repartição da competência legislativa. Precedente: ADI 2.535-MC, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 21.11.03. (...).

(ADI 3645, rel. Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 31/05/2006, DJ 01-09-2006).

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE (....) COTEJO ENTRE LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL E LEI COMPLEMENTAR NACIONAL - INOCORRÊNCIA DE OFENSA MERAMENTE REFLEXA - A USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA LEGISLATIVA, QUANDO PRATICADA POR QUALQUER DAS PESSOAS ESTATAIS, QUALIFICA-SE COMO ATO DE TRANSGRESSÃO CONSTITUCIONAL. - A Constituição da República, nos casos de competência concorrente (CF, art. 24),

> estabeleceu verdadeira situação de condomínio legislativo entre a União Federal, os Estadosmembros e o Distrito Federal (RAUL MACHADO HORTA, "Estudos de Direito Constitucional", p. 366, item n. 2, 1995, Del Rey), daí resultando clara repartição vertical de competências normativas entre essas pessoas estatais, cabendo, à União, estabelecer normas gerais (CF, art. 24, § 1º), e, aos Estadosmembros e ao Distrito Federal, exercer competência suplementar (CF, art. 24, § 2º). Doutrina. Precedentes. - Se é certo, de um lado, que, nas hipóteses referidas no art. 24 da Constituição, a União Federal não dispõe de poderes ilimitados que lhe permitam transpor o âmbito das normas gerais, para, assim, invadir, de modo inconstitucional, a esfera de competência normativa dos Estados-membros, não é menos exato, de outro, que o Estado-membro, em existindo normas gerais veiculadas em leis nacionais (como a Lei Orgânica Nacional da Defensoria Pública, consubstanciada na Lei Complementar nº 80/94), não pode ultrapassar os limites da competência meramente suplementar, pois, se tal ocorrer, o diploma legislativo estadual incidirá, diretamente, no vício da inconstitucionalidade. **A edição, por determinado Estadomembro, de lei que contrarie, frontalmente, critérios mínimos legitimamente veiculados, em sede de normas gerais, pela União Federal ofende, de modo direto, o texto da Carta Política**. Precedentes. (...)
>
> (ADI 2903, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 01/12/2005, DJe-177 DIVULG 18-09-2008 PUBLIC 19-09-2008 EMENT VOL-02333-01 PP-00064 RTJ VOL-00206-01 PP-00134).

Pelo exposto, rejeito a arguição de inadmissibilidade por ofensa reflexa ao texto constitucional.

Conheço da postulação e passo ao exame do mérito.

Mérito

Quanto ao mérito, razão não assiste à Confederação demandante. Em matéria de educação, a competência da União e dos Estados é concorrente, nos moldes do que previsto no artigo 24, inciso IX, da Constituição da República:

> Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:
>
> (…)
>
> IX - educação, cultura, ensino e desporto;

Ao dissertar sobre o exercício das competências concorrentes previstas na Carta de 1988, o Ministro e professor Gilmar Mendes pontua:

> "A Constituição Federal prevê, além de competências privativas, um condomínio legislativo, de que resultarão normas gerais a serem editadas pela União e normas específicas, a serem editadas pelos Estados-membros. O art. 24 da Lei Maior enumera as matérias submetidas a essa competência concorrente, incluindo uma boa variedade de matérias como o direito tributário e financeiro, previdenciário e urbanístico, conservação da natureza e proteção do meio ambiente (...) A divisão de tarefas está contemplada nos parágrafos do art. 24, de onde se extrai que cabe à União editar normas gerais – i. é, normas não-exaustivas, leis-quadro, princípios amplos, que traçam um plano, sem descer a pormenores. Os Estados-membros e o Distrito Federal podem exercer, com relação às normas gerais, competência suplementar (art. 24, § 2º), o que significa preencher claros, suprir lacunas".
>
> (MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO, Inocêncio Mártires, e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 3ª Edição. São Paulo: Saraiva: 2008, p. 822).

Em consonância com as premissas teóricas firmadas linhas atrás, cumpre não inflacionar a compreensão das "normas gerais", o que afastaria a autoridade normativa dos entes regionais e locais para tratar do tema. Assim é que, não havendo necessidade autoevidente de uniformidade nacional na disciplina da temática, proponho prestigiar a iniciativa local em matéria de competências legislativas concorrentes. O benefício da dúvida deve ser pró-autonomia dos Estados e Municípios.

Na hipótese dos autos, foi a própria União que colocou em xeque qualquer tentativa de caracterizar as regras impugnadas como normas

gerais. Confira-se o seguinte trecho esclarecedor do parecer subscrito pela AGU:

> "(...) o limite máximo de alunos em sala de aula é questão específica relativa à educação e ensino, que constitui, indubitavelmente, interesse de cada ente da federação, pois envolve circunstâncias peculiares, tais como: o número de escola colocadas à disposição da comunidade, a oferta de vagas para o ensino fundamental e médio, o quantitativo de crianças em idade escolar para o nível fundamental e médio, o número de professores em oferta na região, além de aspectos ligados ao desenvolvimento tecnológico nas áreas de educação e ensino. Não foi por outra razão que o Constituinte originário inseriu os temas educação e ensino no âmbito da competência concorrente".

Tenho como suficiente este fundamento para – já aqui – rechaçar o pedido de declaração de inconstitucionalidade articulado na inicial, forte nas premissas teóricas sedimentadas anteriormente. Vale dizer: a simples leitura do art. 24 da Lei Maior voltada a "resgatar o princípio federativo", para usar as palavras do Min. Ricardo Lewandowski, é bastante para sufragar a validade da lei catarinense.

Sem embargo, na hipótese dos autos, é possível ir além. Isso porque a sistemática normativa estadual é compatível também com a disciplina federal (infraconstitucional) sobre o tema, atualmente fixada pela Lei nº 9.394/96, que estabelece *"as diretrizes e bases da educação nacional"*. Em seu artigo 25, a Lei federal deixa nítido espaço para atuação estadual e distrital na fixação da proporção professor/aluno dos sistemas de ensino. Confira-se a redação do dispositivo:

> Art. 25. Será objetivo permanente das autoridades responsáveis alcançar relação adequada entre o número de alunos e o professor, a carga horária e as condições materiais do estabelecimento.
>
> Parágrafo único. Cabe ao respectivo sistema de ensino, à vista das condições disponíveis e das características regionais e locais, estabelecer parâmetro para atendimento do disposto neste artigo.

A lei federal possibilita, assim, que o sistema estadual detalhe de que maneira a proporção entre alunos e professores deve se verificar no âmbito local. Sob o prisma *formal*, portanto, a Lei federal nº 9.394/96 habilita a edição de comandos estaduais como aqueles previstos nas alíneas *a*, *b*, e *c* do inciso VII do artigo 82 da Lei Complementar nº 170/98, do Estado de Santa Catarina.

Ademais, sob o ângulo *material*, a lei catarinense apresenta evidente diretriz de prudência ao tratar casos distintos de modo diferente. Assim é que cria uma proporção aluno/professor que se eleva à medida que os alunos se tornam mais maduros. À guisa de ilustração, no ensino fundamental o máximo de alunos é de 30 (trinta), enquanto que no ensino médio uma turma não pode ter mais de 40 (quarenta) alunos. Tudo isso lastreado em estudos técnicos do setor de educação, inclusive com a participação de órgãos federais, como reconhece a AGU:

> "Assinale-se, finalmente, que o anteprojeto de Lei que deu origem à Lei Complementar nº 170, de 1998, no qual se insere o dispositivo questionado, foi elaborado por comissão constituída de diversas entidades de ensino, entre elas o Conselho Estadual de Educação, a Delegacia Regional do Ministério da Educação e a Universidade Federal de Santa Catarina (fls. 187). Portanto, com o envolvimento de órgãos federais.
>
> Assim, evidencia-se que o dispositivo questionado na ação não se reveste da inconstitucionalidade alegada pela autora".

É evidente, pois, que a Lei Complementar nº 170/98 do Estado de Santa Catarina tão-somente esmiúça a lei-quadro editada pela União, não avançando sobre matéria de competência da entidade central ao disciplinar quantos alunos devem estar presentes em sala de aula. Destaco que esta Corte tem, por seu turno, precedentes em que considera como legítima a atuação de Estado-membro no exercício da competência suplementar em matéria de educação.

Na ADI nº 1.399, de relatoria do Min. Maurício Corrêa, o Plenário desta Corte, em março de 2004, julgou improcedente o pedido de declaração de inconstitucionalidade da Lei nº 9.164/95 do Estado de

São Paulo que impôs a obrigatoriedade do ensino de educação artística em toda a rede pública, com carga horária definida em duas hora/aula semanais. Considerou a Corte que essa exigência se afeiçoava à competência concorrente do Estado para legislar sobre educação, cultura, ensino e desporto. Confira-se excerto do voto conduto do acórdão:

> "Também não se poderia afastar da competência concorrente do Estado (CF, artigo 24, IX) a faculdade de dispor sobre o número de horas/aulas semanais em que tal ou qual matéria deverá ser ministrada. Esse rigor atentaria, de fato, contra a estrutura político-administrativa da República, que, conforme previsto na Constituição, supõe autonomia dos Estados-membros. Em idêntica trilha o que foi decidido no julgamento da ADIMC 1991, de que sou relator, DJ de 25/09/99".
>
> (Trecho do Voto do Relator na ADI 1399, rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 03/03/2004, DJ 11-06-2004).

Esta Corte também se pronunciou no sentido do exercício regular da competência em matéria de educação quando do julgamento, em 08 de março de 2007, da ADI nº 682, redator para o acórdão o Min. Joaquim Barbosa, contém a seguinte ementa:

> EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI DO ESTADO DO PARANÁ 9.346/1990. MATRÍCULA ESCOLAR ANTECIPADA. ART. 24, IX E PARÁGRAFO 2º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. COMPETÊNCIA CONCORRENTE PARA LEGISLAR SOBRE EDUCAÇÃO. A lei paranaense 9.346/1990, que faculta a matrícula escolar antecipada de crianças que venham a completar seis anos de idade até o final do ano letivo de matrícula, desde que preenchidos determinados requisitos, cuida de situação excepcional em relação ao que era estabelecido na lei federal sobre o tema à época de sua edição (lei 5.692/1971 revogada pela lei 9.394/1996, esta alterada pela lei 11.274/2006). Atuação do Estado do Paraná no exercício da competência concorrente para legislar sobre educação. Ação direta julgada improcedente.
>
> (ADI 682, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Relator(a) p/ Acórdão: Min. JOAQUIM BARBOSA (art. 38, IV, b, do RISTF), Tribunal Pleno, julgado em 08/03/2007).

No referido processo de controle concentrado, o Min. Nelson Jobim chegou a destacar o seguinte:

> "De fato a Constituição confere aos Estados competência para suplementar a legislação da União sobre normas gerais (Art. 24, § 2º).
>
> Basicamente é o que ocorre no caso concreto: o Estado do Paraná exerceu sua competência concorrente para legislar sobre educação (Art. 24, IX).
>
> Conforme destacado pelo relator, a própria Lei Federal 5.692/71 facultou aos Estados o exercício da competência legislativa concorrente (Art. 19, § 1º).
>
> A lei paranaense não foi além do que autoriza a lei federal.
> Não ultrapassou os limites da competência concorrente (art. 24, § 2º).
> Entendo não haver inconstitucionalidade na norma impugnada".

Em arremate, e para que sejam afastadas dúvidas quanto à necessidade de preservação dos dispositivos questionados, acrescento que, consoante noticiado pelo Governador do Estado de Santa Catarina nas fls. 121/122, a lei catarinense vigora desde 1998 sem maiores traumas e resistências concretas profundas, além de ter sido fruto de ambiente de ampla participação da sociedade catarinense (fls. 187).

Ex positis, voto no sentido de julgar **improcedente** o pedido de declaração de inconstitucionalidade das alíneas *a*, *b*, e *c* do inciso VII do artigo 82 da Lei Complementar nº 170, de 07 de agosto de 1998, do Estado de Santa Catarina.

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO – Senhora Presidente, eu ouvi com prazer e proveito o denso voto do eminente Ministro Luiz Fux, que pretendo acompanhar.

Eu tive alguma dúvida - não no tocante à competência ser do Estado, que essa não tive, e acho que o voto do Ministro Fux demonstra

com clareza inequívoca que a hipótese era de competência concorrente e legitimamente exercida -, a minha dúvida era um pouco quanto ao vício de iniciativa, porque a lei resultou de iniciativa parlamentar. Eu verifico, no entanto, que a lei está em vigor desde 1998, e, embora a jurisprudência da Corte seja no sentido de que a sanção não convalida o vício, eu verifico que o Estado de Santa Catarina veio à tribuna para defender a lei, que, a meu ver, é uma lei de conteúdo extremamente positivo.

De modo que, à luz dessas circunstâncias, eu não vou me concentrar na questão do vício de iniciativa, que de resto ninguém invocou, e estou acompanhando integralmente o voto do Ministro Luiz Fux e louvando a atuação do eminente procurador do Estado.

VOTO

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI – Senhora Presidente, eu também gostaria de louvar o voto do Ministro Luiz Fux. Em primeiro lugar, pela atenção que está dando à necessidade de nós nos debruçarmos um pouco mais, com mais atenção sobre a necessidade de aprofundamento do princípio federativo, inclusive em matéria normativa. Parece-me que essa meditação a respeito é muito importante. Em segundo lugar, Sua Excelência demonstrou que, realmente, aqui, o Estado de Santa Catarina nada mais fez do que exercer legitimamente a sua competência concorrente.

Gostaria de destacar, Senhora Presidente, que o Estado de Santa Catarina tem uma longa tradição em matéria de qualidade de ensino. Isso orgulha muito a nós catarinenses. Registro isso publicamente. E não é por outra razão que, segundo os índices do IBGE de 2013, Santa Catarina é o Estado que tem o menor índice de analfabetismo do Brasil, entre todos os Estados brasileiros. Ademais, o Estado de Santa Catarina está em primeiro lugar no número de crianças entre seis e quatorze anos matriculadas, 99,2%. É essa preocupação com a qualidade de ensino que faz de Santa Catarina o Estado que está no *ranking* de qualidade de vida

das Nações Unidas, entre os três primeiros Estados da Federação. E Florianópolis, a sua capital, o primeiro lugar.

Informo isso para reafirmar que esse esforço catarinense de melhorar a qualidade de ensino deve ser louvado e incentivado. Não se pode desestimular esse esforço por pressões de viés mercantilista, como parece ser o caso aqui.

De modo que o exemplo catarinense de aperfeiçoar o ensino está aqui demonstrado e deve ser chancelado por este Tribunal.

Acompanho o Relator.

VOTO

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER – Senhora Presidente, eu também louvo o voto, como sempre bem lançado, do Ministro Fux, inclusive – e o faço expressamente – pelo reforço ao princípio federativo e com o norte das decisões que envolvem esse tema. Também louvo a sustentação oral e o voto do Min. Teori, eminente Ministro "barrigaverde" desta Corte, no que realça a beleza do ensino ministrado em Santa Catarina, e sua proficiência. O Rio Grande do Sul e Santa Catarina têm uma relação de irmandade muito próxima, como todos sabem.

Da mesma forma como os que me antecederam, acompanho na íntegra o voto do eminente Relator, reconhecendo o exercício legítimo da competência concorrente, definida na Constituição, pelo Estado de Santa Catarina quando disciplinou o número máximo de alunos em sala de aula nesses preceitos que foram impugnados. E o fez, destaco, com absoluta razoabilidade (quinze para o Jardim de Infância, depois trinta e quarenta alunos nas sérias subsequentes).

Julgo, assim, improcedente o pedido deduzido na ação, Senhora Presidente.

VOTO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – Senhora Presidente, também eu gostaria de cumprimentar o ministro Fux pelo brilhante voto proferido e pela preocupação de fazer uma avaliação positiva da competência do Estado nessas matérias da assim chamada competência concorrente.

Na verdade, nós vivemos um dilema, que Sua Excelência apontou. A partir do modelo federal e, às vezes, até da exaustão por parte da União, da legislação federal, nós acabamos por invadir essa competência estadual. Aí, há fenômenos, os mais variados, que permitem fazer a explicação. Leis orgânicas, várias; normas gerais, como estas, de ensino, acabam não se limitando à edição ou à prescrição de normas gerais, mas acabam por detalhar. No caso específico, essa situação não fica clara porque o dispositivo que é mencionado, o artigo nº 25 da Lei de Diretrizes e Bases, na verdade, não chega a estabelecer, no detalhe, o número. Pelo contrário, indica a necessidade de uma parametrização. Mas a gente sabe que as várias normas gerais - e mesmo na Lei de Diretrizes e Bases de Educação - nós temos debates sobre, por exemplo, número de horas de professores em sala de aula e fora dela. Em suma, disciplinando questões que, pareceriam óbvias, deveriam ser tratadas no âmbito da jurisdição local, da competência do Estado.

Então, a mim me parece que é importante que o Tribunal tente construir precedentes, como esses e outros, no sentido de assentar aquela ideia de que a adoção desse modelo de competência concorrente obriga a definição de normas gerais. E editar normas gerais não pode permitir a exaustão da matéria de que se cuida, sob pena de voltarmos - e parece que a gente acaba por mimetizar - ao modelo da Constituição de 67/69, da tal competência supletiva, em que a União poderia legislar exaustivamente e só nos vácuos poderia então...

Então, a mim me parece que essa é uma questão importante no debate federativo. O próprio professor Konrad Hesse, chamando

atenção para o modelo alemão, dizia: legislar sobre normas gerais não pode permitir que a União use dessa competência de forma exaustiva. E tem de deixar competência substancial para o estado-membro. Mas, infelizmente, até são poucos os casos em que os estados-membros vêm até a esta Corte. E me lembro de um em que o governador Mário Covas, salvo engano, de São Paulo, questionava a Lei de Licitação, exatamente porque seriam normas gerais de licitação e acabou por exaurir todo o sistema.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) – Se Vossa Excelência me permite? Aqui, nós temos um outro fenômeno que vem em algumas das nossas ações. É que há leis nacionais e federais no mesmo diploma. Quer dizer, há normas gerais, que seriam as normas nacionais e, no mesmo diploma, que é o caso específico da 8.666, também uma parte que é federal. Numa parte, ela não é aplicável mesmo aos Estados e os Estados é que teriam que fazer. E, às vezes, os Estados...

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – Misturam.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - ...Ou acham que tudo seria aplicado a ele e não fazem essa distinção. Isso também contraria até a Lei Complementar nº 95, em que teria que ter essa especificidade.

Acho que tudo isso vem no fluxo do que afirma o Ministro Luiz Fux. Quer dizer, essa questão da federação quanto à competência legislativa ainda não tem um veio único e consolidado, até na nossa jurisprudência que precisa mesmo ser reforçada.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – E a própria impugnação não se dá, também, de maneira a permitir que esta Corte faça as devidas distinções.

Por outro lado, o que eu percebo é que essa... Tanto é que a ação é proposta por uma confederação nacional de ensino, imagino, privada.

Na verdade, eles se insurgem contra uma disciplina da legislação que afeta todo o sistema de ensino, no caso, no âmbito da unidade federada de Santa Catarina. Portanto, não haveria cogitar, sequer, de vício de iniciativa, não se cuida disso aqui. Pode ser matéria da competência ou de iniciativa mesmo da assembleia legislativa. Está se disciplinando apenas o sistema geral de ensino. E aqui não há, a meu ver, iniciativa privativa do Poder Executivo. Cuida-se, na verdade, de disciplina geral do sistema de ensino, impondo, no caso - inclusive é esse o argumento dos arguentes -, limites à utilização do espaço, do ambiente das salas de aula.

De modo que acho extremamente importante esse precedente não só pela matéria de fundo, mas pela tese que daqui resulta e pela necessidade realmente de que façamos uma leitura crítica - tal como propôs o ministro Fux - desta relação federativa ambígua. Sabemos que os próprios impulsos de corporações, por exemplo, muitas vezes vêm no sentido de que haja logo a definição de temas; vemos Lei Orgânica de Polícia, do Ministério Público, da Magistratura, em suma, de vários outros segmentos que acabam por definir detalhes como a cor da carteira funcional ou coisa do tipo, portanto, fugindo em muito do modelo de norma geral. E, de fato, como ressaltou agora o ministro Teori e o ministro Fux já tinha chamado a atenção, é preciso deixar esse espaço para que se façam experimentos institucionais baseados na vivência local e até como estímulo - citando o Sarmento - para que isso depois sirva de laboratório para expansão desses modelos, se for o caso. Mas é extremamente importante.

Então, parece-me, que nós fiquemos atentos a esses e outros casos que estão realmente no núcleo desta questão federativa. Esse mimetismo, essa reprodução do sistema federal, ou essa exaustão na legislação federal que acaba por coarctar a criatividade no âmbito estadual, eventualmente no âmbito municipal, parece altamente negativa.

Acompanho o Relator.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, o ideal seria a adoção dos termos da lei complementar impugnada em todo o território nacional. Mas ainda não se acordou para a necessidade de voltarem-se os olhos, como deveria ocorrer, à educação.

O que ocorreu no Estado de Santa Catarina? Tivemos o que posso rotular como um avanço cultural, ao dispor-se, para observância em todo o Estado, nos diversos municípios, sobre o sistema estadual de educação. Ao dispor-se sobre normas gerais. E, então, entre os diversos princípios estabelecidos no plano estadual de educação, houve o lançamento relativo ao número de alunos em sala de aula.

Indago: existiu invasão da competência normativa dos municípios? A resposta é negativa. A problemática diz respeito a todos os municípios, e avanço mais para assentar a todos os municípios desse imenso e continental Brasil.

Houve invasão da competência da União, que tarda a dispor, nesse diapasão, sobre a matéria? Não. Porque a própria Carta Federal, no artigo 23, inciso V – se não me falha a memória –, prevê a competência concorrente da União, dos Estados e Municípios, visando a proporcionar meios adequados à educação.

Tem-se o desprezo da razoabilidade no que versado que, quanto aos primeiros anos de vida, quanto à educação infantil, até quatro anos, o máximo de crianças por sala de aula será de quinze? Não. Não houve quebra da razoabilidade. Ao contrário, não consigo perceber que uma professora – profissão já super sacrificada – consiga orientar e controlar um número maior do que quinze crianças em sala de aula.

E prossegue, Presidente, o preceito, prevendo que o número de crianças, nos dois primeiros anos de vida e até os seis anos, em sala de aula será de no máximo 25 crianças; no ensino fundamental, três dezenas – 30 crianças – chegando-se a 35 alunos até a quarta série ou ciclos iniciais.

Muito embora a minha turma de Direito, na Nacional, tivesse quase 300 alunos, evidentemente se está diante de contexto que serve,

em termos de avanço cultural, como fiz questão de frisar – e tenho admiração enorme pelo Sul deste Brasil –, de exemplo à disciplina maior, à disciplina linear no território brasileiro.

Acompanho o ministro Luiz Fux. E, ao pegar a pauta, a relação dos casos que seriam apreciados nas duas sessões desta semana, para falar na Rádio Justiça, o que faço – não é propaganda nem minha, nem da Rádio Justiça – às segundas-feiras, às 9 horas da manhã, formei convencimento sobre o endosso do Diploma de Santa Catarina. Minhas homenagens ao Estado.

OBSERVAÇÃO

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO – Ministro Marco Aurélio, depois do comercial que o Ministro Teori fez de Santa Catarina, o de Vossa Excelência não teria nenhum problema tampouco.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Devo dizer que ainda não tenho o título de cidadão do referido Estado!

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI – Com muito orgulho, Excelência.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) – Com todo o gosto, não é, Ministro? Até porque Vossa Excelência, de todo jeito, tem mais de um Estado, uma vez que faz parte até mesmo de um Conselho no Rio Grande do Sul, não é isso? Torce no Rio Grande do Sul. É Catarinense, mas torce no Rio Grande do Sul. Então...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Também folgo, Presidente, e deve estar muito satisfeito certo ministro que honrou não só o Congresso Nacional, como também esta Casa, no que o Tribunal avança para dar sentido de realidade à Federação, reconhecendo, portanto, uma competência, limitada pelo texto da Carta Federal, aos

Estados. Refiro-me ao ministro Célio Borja. Sempre votou por esse reconhecimento, plantando semente que começa a frutificar.

VOTO

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Acompanho, *inteiramente*, **o excelente voto** proferido pelo eminente Ministro LUIZ FUX **e,** *em consequência*, **também julgo improcedente** a presente ação direta, **eis que não vislumbro** *qualquer eiva de inconstitucionalidade* que possa afetar a validade jurídica do diploma legislativo **impugnado** nesta sede de controle normativo abstrato.

Entendo que o voto do eminente Ministro LUIZ FUX **estimula** *reflexão necessária* **e** *essencial* ao processo de reconstrução, *ainda que por via jurisdicional*, **da ideia** de Federação em nosso país, **cabendo** ao Supremo Tribunal Federal, **no exercício legítimo** de sua jurisdição constitucional, *protagonizar* esse processo.

Desse modo, **também partilho** do entendimento **que vem de ser exposto**, *a propósito de tema tão sensível*, pelo eminente Ministro LUIZ FUX.

E, *ao assim manifestar-me*, **apoio-me** em razões que igualmente expus, *no mesmo sentido*, **em alguns** processos de fiscalização concentrada de constitucionalidade, **a respeito** *da questão do federalismo* no modelo político-jurídico **consagrado** pela Constituição da República (**ADI 507/AM**, Rel. Min. CELSO DE MELLO – **ADI 2.995/PE**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.).

É o meu voto.

VOTO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) – Também eu inicio por cumprimentar o voto, já

tantas vezes elogiado de maneira extremamente válida e coerente, do Ministro-Relator. Compartilho das preocupações de todos os Ministros no sentido de ser extremamente necessário que o Supremo Tribunal Federal seja o juiz constitucional da Federação no sentido até mesmo de dar a interpretação que seja mais coerente com os princípios que são fixados pela Constituição.

Também acho que é verdadeira essa experiência, que foi lembrada aqui tantas vezes, e agora pelo Ministro Celso de Mello, de que há uma tendência de que, nas constituintes, um dos temas-chaves seja exatamente como retomar a Federação desde 1934, uma vez que ela tinha sido estabelecida em 1891. Num primeiro momento as competências dos Estados eram muitas a tal ponto que Rui Barbosa escreveu:

"Ontem, de Federação não tínhamos nada. Hoje, não há Federação que nos baste."

Talvez, se Rui vivesse hoje, iria dizer ao contrário: Ontem - era o contrário -, de unitarismo não tínhamos nada. Hoje, parece que não há unitarismo que nos baste.

E há uma tendência permanente. Na Constituinte de 1946, o Ministro Victor Nunes afirmava que a questão não era discutir a autonomia, mas a falta de autonomia e por que se chegava a ela a partir de textos constitucionais que garantiam esse espaço de atuação autônoma que acabava, na prática, sendo conduzida no sentido oposto, sendo praticada no sentido oposto.

Então, temo que, cada vez mais, isso aconteça. E acontece de uma forma muito subliminar - não é, Ministro Celso? - porque, muitas vezes, como o Ministro Gilmar lembrou, no caso da Lei de Licitações, a competência é entregue aos Estados. Os Estados têm as suas leis de licitações que, muitas vezes, apenas repetem sem exercer, inclusive, a autonomia, tal a prática contumaz de se ter questionamentos quando se inova de alguma forma, como se tem neste caso de Santa Catarina.

Considero essa reflexão, que é feita a partir dos princípios e dos fundamentos do voto do Ministro-Relator, da maior importância e da maior significação. Voltemos a isso para evitar que essa tendência histórica acabe por frustrar as entidades federadas no exercício de suas competências.

Também eu julgo improcedente a ação, considerando hígidos e legítimos constitucionalmente os dispositivos questionados.

Habeas Corpus n. 123.311, do Paraná

Relator: Min. Luiz Fux
Paciente: Edson Aparecido da Silva
Impetrante: Rogério Oscar Botelho
Coator: Superior Tribunal de Justiça

EMENTA: PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. DESCABIMENTO. ANÁLISE DAS RAZÕES DA IMPETRAÇÃO PARA VERIFICAR A POSSIBILIDADE DE CONCEDER A ORDEM DE OFÍCIO. TRIPLO HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO – ART. 121, § 2º, I E IV. ACÓRDÃO DO TRIBUNAL A QUO QUE RECONHECEU O VÍCIO DE EXCESSO DE LINGUAGEM NO ACÓRDÃO DO RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. DESENTRANHAMENTO E ENVELOPAMENTO DO ATO VICIADO. IMPOSSIBILIDADE. ANULAÇÃO, COMO CONSECTÁRIO LÓGICO.

1. O excesso de linguagem posto reconhecido acarreta a anulação da decisão de pronúncia ou do acórdão que incorreu no mencionado vício; e não o simples desentranhamento e envelopamento da respectiva peça processual, sobretudo em razão de o parágrafo único do artigo 472 do CPP franquear o acesso dos jurados a elas, na linha do entendimento firmado pela Primeira Turma desta Corte no julgamento de questão semelhante aventada no HC n. 103.037, Rel. Min. Cármen Lúcia, restando decidido que o acórdão do Superior Tribunal de Justiça *"... representa não só um constrangimento ilegal imposto ao Paciente, mas também uma dupla afronta à soberania dos veredictos do júri, tanto por ofensa ao Código Penal, conforme se extrai do art. 472, alterado pela Lei n. 11.689/2008, quanto por contrariedade ao art. 5º, inciso XXXVIII, alínea 'c', da Constituição da República".*

2. *In casu*, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu no acórdão proferido nos autos do recurso em sentido estrito qual o excesso de linguagem apto a influenciar o ânimo dos jurados; todavia, em vez de anular o ato judicial viciado, apenas determinou o seu desentranhamento, envelopamento e a certificação de que o paciente estava pronunciado.

3. *Habeas corpus* extinto, por ser substitutivo de recurso ordinário; ordem concedida, de ofício, para anular o acórdão proferido nos autos do recurso em sentido estrito, a fim de que outro seja prolatado sem o vício do excesso de linguagem.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência da Senhora Ministra Rosa Weber, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em julgar extinto o processo, sem resolução do mérito, mas em conceder a ordem, de ofício, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 24 de março de 2015.

LUIZ FUX – Relator

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR): Trata-se de *habeas corpus*, sem pedido de liminar, impetrado contra acórdão do Superior Tribunal de Justiça cuja ementa possui o seguinte teor:

> "HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CONHECIMENTO. TRIPLO HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO. PRONÚNCIA. EXCESSO DE LINGUAGEM NO ACÓRDÃO QUE JULGOU O RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. OCORRÊNCIA. USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DO JÚRI. INADMISSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA ECONOMIA PROCESSUAL. DESENTRANHAMENTO DO ACÓRDÃO. ARQUIVAMENTO EM PASTA PRÓPRIA. CERTIFICAÇÃO DO RESULTADO DO JULGAMENTO. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. INTELIGÊNCIA DO ART. 563 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. PROSSEGUIMENTO DO FEITO. PRECEDENTES. ORDEM CONCEDIDA *EX OFFICIO*.

I – Acompanhando o entendimento firmado pela 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, nos autos do Habeas Corpus n. 109.956, de relatoria do Excelentíssimo Ministro Marco Aurélio, a 5ª Turma deste Superior Tribunal de Justiça passou a adotar orientação no sentido de não mais admitir o uso do writ como substitutivo de recurso ordinário, previsto nos arts. 105, II, a, da Constituição da República e 30 da Lei n. 8.038/1990, sob pena de frustrar a celeridade e desvirtuar a essência desse instrumento constitucional.

II – O entendimento desta corte evoluiu para não mais se admitir o manejo do habeas corpus em substituição ao recurso próprio, bem assim como sucedâneo de revisão criminal. Precedentes.

III – O paciente [foi] pronunciado pela suposta prática do crime tipificado no art. 121, § 2º, I e IV, combinado com o art. 29, por 3 (três) vezes, na forma do art. 69, todos do Código Penal.

IV – Alegação de nulidade do acórdão que negou provimento ao recurso em sentido estrito.

V – Integrante o procedimento relativo aos processos da competência do Tribunal do Júri, a pronúncia corresponde à decisão interlocutória mista, que julga admissível a acusação, remetendo o caso à apreciação do Conselho de Sentença.

Referida decisão encerra, portanto, simples juízo de admissibilidade da acusação, não se exigindo a certeza da autoria do crime, mas apenas a existência de indícios suficientes da autoria e prova da materialidade, imperando, nessa fase final da formação da culpa, o brocardo *in dubio pro societate*.

VI – O magistrado deve expor os motivos que o levaram a, por exemplo, manter eventuais circunstâncias qualificadoras descritas na denúncia, fazendo-o, contudo, de forma comedida, sob pena de caracterização de excesso de linguagem capaz de influir no posterior convencimento dos jurados. O mesmo raciocínio estende-se à 2ª instância.

VII – *In casu*, o Tribunal *a quo*, ao julgar o recurso em sentido estrito interposto pela Defesa, durante a análise dos indícios de autoria, usurpou a competência exclusiva do Tribunal do Júri, valendo-se de expressões peremptórias, reveladoras de convicção acerca da autoria do delito, que excedem os limites legais, incorrendo em evidente eloquência acusatória.

> VIII – O fato do art. 478, I, do Código de Processo Penal ao vedar, sob pena de nulidade, que as partes façam referências à decisão de pronúncia ou às decisões posteriores que julgaram admissível a acusação como argumento de autoridade, seja para beneficiar, seja para prejudicar o réu, não afasta a possibilidade dos jurados serem influenciados pelo excesso de linguagem contido no ato impugnado, ante as disposições dos arts. 472, parágrafo único, e 480, § 3º, do Diploma Processual Penal.
>
> IX – Desse modo, 'Reconhecido o excesso de linguagem no acórdão que confirmou a sentença de pronúncia, é vedado entregar aos jurados, após prestarem juramento, cópia da referida peça processual, sob pena [de] nulidade do julgamento pelo Conselho de Sentença" (HC 193.734/SP, 5ª T., Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe de 21.06.2013). Adotada tal providência, em consonância com os preceitos do art. 563 do Código de Processo Penal, não existirá prejuízo efetivo capaz de justificar o reconhecimento da nulidade pretendida.
>
> X – Assim, não obstante o reconhecimento do excesso, em homenagem ao princípio da economia processual e tendo em vista que os jurados formam o seu livre convencimento com base na prova contida nos autos, impõe-se determinar que o Juízo de Primeiro grau providencie o desentranhamento do acórdão que julgou o recurso em sentido estrito, arquivando-o em pasta própria, determinando seja certificado nos autos a conclusão do julgamento.
>
> XI – *Habeas corpus* não conhecido. Ordem denegada, de ofício, para determinar que o Juízo de 1º grau providencie o desentranhamento do acórdão que julgou o recurso em sentido estrito, arquivando-o em pasta própria, mandando certificar nos autos a condição de pronunciado do Paciente, com a menção dos dispositivos legais nos quais incurso, prosseguindo-se no andamento do processo."

O Superior Tribunal de Justiça reconheceu excesso de linguagem no acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de Justiça do Paraná nos autos do Recurso em Sentido Estrito, mas limitou-se a determinar seu desentranhamento dos autos em função da celeridade processual.

Os embargos declaratórios visando à anulação do referido acórdão [do RSE], a fim de que outro fosse prolatado sem o vício de excesso de linguagem, restaram desprovidos, *in verbis*:

> **"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO HABEAS CORPUS. ART. 619 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. AUSÊNCIA DE VÍCIOS. PRETENSÃO DE REDISCUSSÃO DA MATÉRIA. IMPOSSIBILIDADE.**
>
> I – Consoante o que prevê o art. 619, do Código de Processo Penal, o recurso de embargos de declaração é restrito às hipóteses de correção de omissão, obscuridade, ambiguidade ou contrariedade no acórdão embargado.
>
> II – A pretensão de rejulgamento da causa, na via estreita dos declaratórios, mostra-se inadequada.
>
> III – Embargos de declaração rejeitados."

O paciente foi pronunciado por triplo homicídio duplamente qualificado (art. 121, § 2º, incisos I e V, c/c art. 29, na forma do art. 69, todos do Código Penal).

O impetrante alega, em síntese, que o Superior Tribunal de Justiça deveria ter anulado o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Paraná no Recurso em Sentido Estrito ao reconhecer excesso de linguagem apto a influenciar o ânimo dos jurados, e não apenas determinar o seu desentranhamento, envelopamento e certificação nos autos de que o réu estava pronunciado.

Afirma que, proferido novo acórdão nos autos do RSE sem o vício do excesso de linguagem, afigura-se possível o provimento para anular a decisão de pronúncia.

Argumenta que o artigo 472 do Código de Processo Penal é bastante claro *"ao determinar que o judiciário entregue aos jurados cópia da decisão de pronúncia 'e das decisões posteriores que julgaram admissível a acusação"*; por isso que não há como o Tribunal sonegar, contra legem, o acórdão viciado aos jurados caso queiram examiná-lo.

Invoca, em abono da tese, o precedente firmado no HC n. 103.037/PR, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. Em 22/03/2011, cuja ementa encontra-se redigida nestes termos:

"EMENTA: *HABEAS CORPUS*. PENAL. TRIBUNAL DO JÚRI. HOMICÍDIO SIMPLES. MAGISTRADO APOSENTADO. SENTENÇA DE PRONÚNCIA. EXCESSO DE LINGUAGEM. NULIDADE ABSOLUTA. VOTO MÉDIO PROFERIDO PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. DESENTRANHAMENTO DA SENTENÇA DE PRONÚNCIA: INVIABILIDADE. AFRONTA À SOBERANIA DO JÚRI. ORDEM CONCEDIDA.

1. O Tribunal do Júri tem competência para julgar magistrado aposentado que anteriormente já teria praticado o crime doloso contra a vida objeto do processo a ser julgado. Precedentes.

2. A jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que o defeito de fundamentação na sentença de pronúncia gera nulidade absoluta, passível de anulação, sob pena de afronta ao princípio da soberania dos veredictos. Precedentes.

3. Depois de formado o Conselho de Sentença e realizada a exortação própria da solene liturgia do Tribunal do Júri, os jurados deverão receber cópias da pronúncia e do relatório do processo; permitindo-se a eles, inclusive, o manuseio dos autos do processo-crime e o pedido ao orador para que indique a folha dos autos onde se encontra a peça por ele lida ou citada.

4. Nos termos do que assentado pelo Supremo Tribunal Federal, os Juízes e Tribunais devem submeter-se, quando pronunciam os réus, à dupla exigência de sobriedade e de comedimento no uso da linguagem, sob pena de ilegítima influência sobre o ânimo e a vontade dos membros integrantes do Conselho de Sentença; excede os limites de sua competência legal, o órgão judiciário que, descaracterizando a natureza da sentença de pronúncia, converte-a, de um mero juízo fundado de suspeita, em um inadmissível juízo de certeza. Precedente.

5. A solução apresentada pelo voto médio do Superior Tribunal de Justiça representa não só um constrangimento ilegal imposto ao Paciente, mas também uma dupla afronta à soberania dos veredictos assegurada à instituição do júri, tanto por ofensa ao Código de Processo Penal, conforme se extrai do art. 472, alterado pela Lei n. 11.689/2008, quanto por contrariedade ao art. 5º, inc. XXXVIII, alínea *"c"*, Constituição da República.

> 6. Ordem concedida para anular a sentença de pronúncia e os consecutivos atos processuais que ocorreram no processo principal."

Requer a concessão da ordem para *"... declarar a nulidade absoluta do acórdão que julgou o recurso em sentido estrito nº 591.072-7 [...], determinando-se que o Tribunal local profira nova decisão, nos estritos limites do artigo 413, § 1º, do Código de Processo Penal, em linguagem sóbria e comedida"*.

O Ministério Público Federal manifestou-se pela concessão da ordem em parecer assim ementado:

> "Ementa: *Habeas corpus*. Homicídio qualificado. Nulidade do julgamento da Corte estadual por excesso de linguagem. Fato incontroverso. Impossibilidade de ser determinado seu mero desentranhamento dos autos. Violação à soberania dos veredictos. Precedentes. Concessão da ordem."

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR): O Supremo Tribunal Federal, notadamente por sua Primeira Turma, não tem admitido *habeas corpus* substitutivo do recurso próprio, *in casu* o RHC; todavia, nada impede a análise das razões da impetração no afã de verificar a possibilidade de conceder a ordem *ex officio*.

O excesso de linguagem apto a influenciar os jurados ressai incontroverso, porquanto reconhecido pelo Superior Tribunal de Justiça, por isso que se mostra dispensável sua análise por esta Corte.

O parágrafo único do artigo 472 do Código de Processo Penal estabelece que *"O jurado, em seguida, **receberá cópias da pronúncia ou, se for o caso, das decisões posteriores que julgaram admissível a acusação e do relatório do processo**"*.

Ora, havendo expressa previsão legal de acesso, pelos jurados, da decisão interlocutória mista ou das decisões posteriores que julgaram

admissível a acusação, não faz sentido ter como existente, ainda que desentranhado dos autos, o acórdão sobre o qual recaiu a sanção de nulidade.

Destarte, o consectário lógico do reconhecimento do excesso de linguagem é a anulação da decisão de pronúncia ou do acórdão que incorreu no mencionado vício, e não o desentranhamento e envelopamento da respectiva peça processual, consoante entendimento firmado pela Primeira Turma desta Corte no julgamento de questão semelhante aventada no HC n. 103.037, Rel. Min. Cármen Lúcia, no sentido de que o acórdão do Superior Tribunal de Justiça *"... representa não só um constrangimento ilegal imposto ao Paciente, mas também uma dupla afronta à soberania dos veredictos do júri, tanto por ofensa ao Código Penal, conforme se extrai do art. 472, alterado pela Lei n. 11.689/2008, quanto por contrariedade ao art. 5º, inciso XXXVIII, alínea 'c', da Constituição da República"*.

Os Ministros Ricardo Lewandowski, Dias Toffolli e Marco Aurélio externaram certa perplexidade em relação ao entendimento do Superior Tribunal de Justiça objeto de análise no referido HC n. 103.037, *in litteris*:

> *"Também compartilho com os eminentes Ministros a minha surpresa e até estupefação pelo fato de poder existir, em nosso ordenamento jurídico, uma peça processual secreta ou sigilosa inclusive para os julgadores"* (Min. Ricardo Lewandowski).
>
> *"Entretanto, nunca tinha ouvido falar de decisão sem decisão; […], Realmente, como diz o Ministro Marco Aurélio, quando pensamos que já vimos tudo em matéria jurídica, nós nos deparamos com novidades"* (Ministro Dias Toffolli).
>
> *"... O Código é um sistema, e, nesse sistema, tem-se a problemática do que apontei como decisão oculta, que o sistema não agasalha, e a regra segundo a qual os jurados devem receber cópia da sentença de pronúncia"* (Ministro Marco Aurélio).

Ante o quadro exposto naquele julgamento, idêntico, reitere-se, ao destes autos, não hesitei em acompanhar a Relatora:

"[...] a cognição ampla que se dá no procedimento do Júri só ocorre nessa primeira fase quando há absolvição sumária, de resto cabe realmente ao jurado conhecer todas as peças dos autos para que ele possa se pronunciar sobre o mérito em causa, sobre a questão de fundo submetida à apreciação judicial.

E tanto assim o é que o artigo 473 permite que os jurados tenham vista de todas as peças dos autos, entre as quais a sentença de pronúncia, que, por força do artigo 413, deve ser fundamentada, mas limitar-se à indicação da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria.

Evidentemente, até pela experiência prática usual, uma sentença de pronúncia com vinte e uma laudas, digamos assim, para fundamentar o acolhimento desse primeiro indício no procedimento do Júri, realmente já denota que há excesso de linguagem.

Agora, em 2011, o Supremo Tribunal Federal decidiu, no Habeas Corpus nº 99.834, com fundamentos inclusive do voto do Ministro Ricardo Lewandowski no Habeas Corpus nº 93.299, que a pronúncia com excesso de linguagem, porque acaba por influir o julgamento do Júri, efetivamente deve ser anulada, exatamente para que não se subtraia esse juízo natural que compete ao Tribunal do Júri.

Eu confesso até que, com a minha experiência como membro do Ministério Público na magistratura, a sugestão é extremamente original, mas de uma nulidade ***prima facie*** *evidente.*

De sorte que eu acompanho integralmente o belíssimo voto de Vossa Excelência."

Voto no sentido da extinção do *habeas corpus*; ordem concedida, de ofício, para anular o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná nos autos do Recurso em Sentido Estrito n. 591.072-7, a fim de que outro seja proferido com observância do disposto no § 1º do artigo 413 do Código de Processo Penal[1].

[1] Art. 413 (…) § 1º. A fundamentação da pronúncia limitar-se-á à indicação da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação, devendo o juiz declarar o dispositivo legal em que julgar incurso o acusado e especificar as circunstâncias qualificadoras e as causas de aumento de pena.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Recurso em Mandado de Segurança n. 44.323 – SC (2013/0382077-7)

Relator: Ministro Humberto Martins
Recorrente: Nadja Maria Jablonski
Advogado: Leonardo Pacheco de Souza
Recorrido: Estado de Santa Catarina
Procurador: Ezequiel Pires e Outro(s)

EMENTA

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. CARTÓRIO. CONCURSO PÚBLICO. EDITAL. ALEGAÇÕES DE NULIDADE. DISPONIBILIZAÇÃO DE SERVENTIA NO ROL. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE DECISÃO JUDICIAL. NECESSIDADE DE CONCURSO. ART. 236, § 3º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PRECEDENTE ESPECÍFICO. CRITÉRIOS DO EDITAL. TEMAS APRECIADOS PELO CNJ. MERA EXECUÇÃO PELO TRIBUNAL. PRECEDENTE. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO.

1. Cuida-se de recurso ordinário interposto contra acórdão no qual foi denegada a ordem ao mandado de segurança impetrado contra edital de concurso público para o provimento da titularidade de cartórios no Estado de Santa Catarina.

2. A recorrente alega que o cartório no qual exerce a titularidade de forma precária estaria 'sub judice' e, portanto, não poderia figurar no rol de serventias extrajudiciais disponíveis; também, alega que o edital seria nulo, uma vez que as serventias de Brusque não poderiam ter sido desacumuladas e porque o sistema de recursos das provas deveria ser reformulado.

3. Informam os autos que não há decisão judicial em vigor para vedar a inclusão do cartório em questão no rol, assim como é pacífica a necessidade de concurso público para que sejam providas as serventias extrajudiciais com titulares, nos termos do art. 236, § 3º, da Constituição Federal. Precedente específico: RMS 37.937/SC, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 6.12.2013.

4. No Procedimento de Controle Administrativo n. 0004545-60.2011.2.00.0000, o Conselho Nacional de Justiça fixou que a

desacumulação dos cartórios de Brusque e de Itajaí seriam regulares, bem como apreciou o tema relacionado ao prazo recursal do concurso público; qualquer insurgência no tocante a tais pontos – após o advento do PCA – devem se dar contra o Conselho Nacional de Justiça, uma vez que o Tribunal de Justiça somente pode cumprir o que foi determinado por aquele órgão. Precedente: RMS 30.561/GO, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJe 20.9.2012.

Recurso ordinário improvido.

ACÓRDÃO

"A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso ordinário, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)." Os Srs. Ministros Herman Benjamin, Og Fernandes, Mauro Campbell Marques (Presidente) e Assusete Magalhães votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 24 de fevereiro de 2015 (Data do Julgamento).

MINISTRO HUMBERTO MARTINS
Relator

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO HUMBERTO MARTINS (Relator):

Cuida-se de recurso ordinário em mandado de segurança interposto por NADJA MARIA JABLONSKI, com fundamento no art. 105, inciso II, alínea "b", da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, assim ementado (fls. 678-679, e-STJ):

"MANDADO DE SEGURANÇA. SERVENTIA EXTRAJUDICIAL - INCLUSÃO DO OFÍCIO DE REGISTRO CIVIL, TÍTULOS E DOCUMENTOS DA COMARCA DE RIO NEGRINHO NA LISTA DE PROVIMENTO POR CONCURSO PÚBLICO - POSSIBILIDADE - DISCUSSÃO JUDICIAL ACERCA DA TITULARIDADE -

IRRELEVÂNCIA - OFICIAL MAIOR DESIGNADO INTERINAMENTE PARA RESPONDER PELA SERVENTIA - PRETENDIDA EXCLUSÃO DA LISTA DE VACÂNCIA - DIREITO LÍQUIDO E CERTO INEXISTENTE - INCLUSÃO DE SERVENTIAS DESANEXADAS DO 2º TABELIONATO DE BRUSQUE POR DELIBERAÇÃO DO CONSELHO DA MAGISTRATURA MANTIDA PELO CNJ – PERDA DO OBJETO NO TOCANTE ÀS ALEGAÇÕES DE INCLUSÃO INDEVIDA DA ESCRIVANIA DE PAZ DE SACO DOS LIMÕES EM FACE DA SUPERVENIENTE EXCLUSÃO PROVIDENCIADA PELA COMISSÃO DE CONCURSO EM CUMPRIMENTO DE DECISÃO DO STF - PERDA DO OBJETO QUANTO À PREVISÃO DE RECURSO CONTRA O RESULTADO DA PROVA ESCRITA E PRÁTICA ANTE A ALTERAÇÃO DO EDITAL NESSE SENTIDO DETERMINADA PELO CNJ - EXISTÊNCIA DE PREVISÃO EDITALÍCIA QUANTO A RECURSO DO RESULTADO DA PROVA ORAL - ORDEM DENEGADA.

'Se o Edital n. 176/2012, foi expedido por ordem do Presidente da Comissão do Concurso para ingresso e remoção na Atividade Notarial e de Registro, ocupado pelo 1º Vice-Presidente desta Corte de Justiça, conforme competência que lhe é atribuída pelo art. 10, inciso 1, alínea 'c', do Ato Regimental n. 48/2001, com redação dada pelo Ato Regimental n. 54/2002, é evidente a ilegitimidade passiva do Presidente do Tribunal de Justiça para responder em mandado de segurança pelos atos praticados por aquele.

A inclusão de serventia extrajudicial na lista de vacância anexa ao edital do concurso público (provimento e remoção) não afronta as disposições da Resolução n. 80/2009, do Conselho Nacional de Justiça, ainda mais que nos editais de abertura e reabertura das inscrições constou expressamente a informação de que a titularidade da serventia encontra-se 'sub judice', e que a opção por ela é de inteira responsabilidade do candidato.

Não há direito líquido e certo de verberar a inclusão, no Edital n. 176/2012, que abriu concurso para o respectivo provimento, de serventias extrajudiciais desanexadas do 2º Tabelionato da Comarca de Brusque, se o Conselho Nacional de Justiça já decidiu sobre a matéria e autorizou a referida previsão.

Perde o objeto o mandado de segurança na parte em que o impetrante pretendia a exclusão, do Anexo do Edital n. 176/2012, que abriu concurso

para provimento de serventias extrajudiciais, da Escrivania de Paz do Subdistrito de Saco dos Limões, na Capital catarinense, se em cumprimento de decisão judicial superveniente a Comissão de Concurso já a excluiu.

Perde o objeto o mandado de segurança na 'parte em que o impetrante questionava a omissão do Edital n. 176/2012, que abriu concurso para provimento de serventias extrajudiciais, de previsão acerca de recurso contra o resultado da prova escrita e prática, se a Comissão de Concurso, em cumprimento a decisão do CNJ, já incluiu tal previsão.

Prevista no edital de concurso a possibilidade de interposição de recurso administrativo contra o resultado da prova oral, não há como dar guarida a mandado de segurança em que o impetrante, equivocadamente, alega omissão dessa previsão." (Mandado de Segurança n. 2012.064190-6, da Capital, relator: Des. Jaime Ramos, j. 14-12-12) (alterado o nome da Serventia constante no original [em destaque], para adequação do precedente ao caso dos autos)."

Nas razões do recurso ordinário (fls. 702-714, e-STJ), a impetrante defende que o cartório pelo qual responde não poderia ser incluído no rol das serventias disponíveis para assunção no concurso público regrado pelo Edital n. 346/2011 e republicado pelo Edital n. 172/2012. Alega que somente postula a aplicação da Resolução n. 80/2009 do Conselho Nacional de Justiça para que não se insira a serventia extrajudicial no rol de cartórios disponíveis, uma vez que estaria 'sub judice' em antecipação de tutela. Por fim, alega que o edital seria ilegal, pois não poderia ter sido autorizada a oferta desanexada dos cartórios de Brusque, uma vez que a desanexação requereria lei formal, bem como que teria que ser reformulado no que tange aos recursos.

Contrarrazões nas quais se alega que não há decisão judicial em vigor que determine a exclusão do cartório do rol e que a titularidade dele deve ser provida após concurso público, a teor do art. 236, § 3º da Constituição Federal. Ainda, alega que a desanexação em questão teria sido anuída pelo CNJ após Procedimento de Controle Administrativo (fls. 754-760, e-STJ).

Parecer do Ministério Público Federal que opina no sentido do não provimento do recurso ordinário, nos termos da seguinte ementa (fl. 779, e-STJ):

> *"RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SERVENTIA EXTRAJUDICIAL. INCLUSÃO NA LISTA DE VACÂNCIA. - As unidades do serviço de notas e de registro que na data da publicação da Resolução 80/2009 do CNJ (09.06.2009) estavam sob discussão no STF não podem integrar o quadro de serventias vagas. Ausência de processo judicial referente à titularidade do Registro Civil, Títulos e Documentos da Comarca de Rio Negrinhos - SC autuado no STF quando publicada referida Resolução. - Parecer pelo conhecimento e não provimento do recurso.".*

É, no essencial, o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO HUMBERTO MARTINS (Relator):

Não deve ser provido o presente recurso ordinário.

Informam os autos que a recorrente ocupa a titularidade de cartório extrajudicial da Comarca de Rio Negrinho, no Estado de Santa Catarina. Ela se insurge contra o Edital n. 346/2011, republicado pelo Edital n. 172/2012, que fixou as regras para o concurso público, previsto no art. 236, § 3º, da Constituição Federal.

Traz diversas insurgências referidas ao edital.

A primeira seria a existência de vedação pelo Conselho Nacional de Justiça à inclusão de serventia extrajudicial 'sub judice' no rol daqueles objetos de concurso público, por força da alínea 'a' do art. 8º da Resolução n. 80/2009.

> *"Art. 8º Não estão sujeitas aos efeitos desta resolução:*

a) as unidades do serviço de notas e de registro cuja declaração de vacância, desconstituição de delegação, inserção ou manutenção em concurso público esteja sub judice junto ao C. Supremo Tribunal Federal na data da publicação desta Resolução em sessão plenária pública, enquanto persistir essa situação;"

Por tal motivo, alega que a serventia não poderia estar no rol.

O Superior Tribunal de Justiça já decidiu que não é possível usar a interpretação da recorrente para manter-se em situação precária na titularidade de serventia extrajudicial, em razão do art. 236, § 3º, da Constituição Federal.

A propósito:

"CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIÇO NOTARIAL. IMPETRANTE NOMEADO SUBSTITUTO INTERINO DO TITULAR DA SERVENTIA. VACÂNCIA APÓS A VIGÊNCIA DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988. INVIABILIDADE DE EFETIVAÇÃO NO CARGO. IMPETRAÇÃO QUE VISA IMPEDIR QUE A SERVENTIA SEJA DISPONIBILIZADA PARA PREENCHIMENTO MEDIANTE CONCURSO, NOS TERMOS DO ART. 236, § 3º, DA CF/88. DIREITO LÍQUIDO E CERTO INEXISTENTE.

1. Cuida-se, na origem, de Mandado de Segurança por meio do qual o impetrante - oficial designado Tabelião em caráter interino para substituir o titular em virtude de sua aposentadoria - insurge-se contra o edital que disponibilizou o Tabelionato de Ibirama/SC para preenchimento mediante concurso de ingresso, ato que reputa ilegal por estar aquela serventia sub judice.

2. No caso concreto, a serventia está vaga desde a aposentadoria do seu último titular (o que se deu na vigência da Carta de 1988), de modo que o ato coator apenas deu cumprimento à norma constitucional expressa no art. 236, § 3º.

3. A existência de ação judicial em que o impetrante busca ver reconhecido o seu direito a efetivar-se na titularidade do Ofício Notarial de Ibirama não tem o condão de elidir o oferecimento dessa serventia para provimento por meio de concurso público, tendo em vista aquela pretensão estar na contramão de sedimentada jurisprudência do STJ e do STF. Precedentes.

> *4. Com efeito, "é pacífico o entendimento do STJ no sentido de que, tendo ocorrido a vacância do cargo de titular de serventia extrajudicial após a promulgação da Constituição da República vigente, o substituto não tem direito à efetivação na titularidade como dispunha o art. 208 da Constituição da República de 1967, uma vez que este dispositivo não foi recepcionado pela nova ordem jurídica, que exige a realização de concurso público para o ingresso na atividade notarial e de registro. Precedentes (...) Reforça este entendimento o disposto no art. 4º, p. ún., alínea "b", da Resolução n. 80/2009 do Conselho Nacional de Justiça." (AgRg no RMS 29.326/CE, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 28/09/2009). Precedentes do STF e do STJ.*
>
> *5. A publicação de edital de concurso que identifica as delegações vagas e relaciona aquelas que estão sub judice está em plena consonância com o art. 4º, inciso II, da Resolução 17/2010-TJ e com a decisão proferida pelo Conselho Nacional de Justiça nos autos do Pedido de Providências 2009.1000.0010611.*
>
> *6. A tese de que o caso concreto não se sujeita à incidência da Resolução 80/2009 do CNJ não encontra guarida na jurisprudência do STJ. Precedentes. Inexistência do alegado direito líquido e certo à conservação da serventia exercida por substituição interina do titular e cuja controvérsia judicial busca afirmar direito já rechaçado pela jurisprudência dos Tribunais Superiores.*
>
> *7. Recurso Ordinário não provido".*
>
> (RMS 37.937/SC, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 17.10.2013, DJe 6.12.2013.)

Sobre o argumento relacionado à desanexação, cabe indicar que o Tribunal de origem firmou que o tema já foi apreciado pelo Conselho Nacional de Justiça. Transcrevo (fl. 695, e-STJ):

> *"Nos autos do PCA nº 0004545-60.2011.2.00.0000, de relatoria do e. Conselheiro José Guilherme Vasi Werner, deliberou-se pelo cabimento da aludida desacumulação determinada pelo Conselho da Magistratura (...)*
>
> *(...) Vê-se, portanto, que a desacumulação do 2º Tabelionato de Notas e Protesto de Títulos, da Comarca de Brusque, por meio de Resolução do*

> *Conselho da Magistratura, foi submetida à apreciação do Conselho Nacional de Justiça que se manifestou pelo cabimento da desacumulação.*
>
> *Impende anotar, ainda, em relação à aventada ilegalidade da inclusão do 2º Tabelionato de Notas e do 2º Tabelionato de Protesto de Títulos, por força da desanexação do 2º Tabelionato de Notas e Protesto de Títulos, da Comarca de Brusque, que os serviços prestados em tais serventias não guardam relação alguma com aqueles do Ofício de Registro Civil, Títulos e Documentos, em que o impetrante exerce, interinamente, as funções de Titular, daí porque é irrelevante que tenham sido oferecidas para provimento, por concurso público, de forma desacumulada/desanexada."*

De fato, o PCA CNJ n. 0004545-60.2011.2.00.0000, consignou que a desacumulação dos cartórios de Brusque e de Itajaí seriam lícitas, bem como apreciou o tema relacionado ao prazo recursal do concurso público. Transcrevo a ementa extraída do sistema de consulta daquele órgão:

> *"PROCEDIMENTO DE CONTROLE ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO PARA INGRESSO POR PROVIMENTO E REMOÇÃO NA ATIVIDADE NOTARIAL E DE REGISTRO DO ESTADO DE SANTA CATARINA. SERVENTIAS EXTRAJUDICIAIS. ACUMULAÇÃO DE TABELIONATOS DE NOTAS E PROTESTO DE TÍTULOS. POSSIBILIDADE UMA VEZ CONFIGURADA A EXCEÇÃO DO ART. 26 DA LEI N. 8.935/1994. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS PARA A DESACUMULAÇÃO.*
>
> *Nos termos do art. 26 da lei n. 8.935/1994, a regra geral é a especialização dos serviços descritos no art. 5º, ficando a sua acumulação reservada aos municípios onde não seja possível, em razão do volume dos serviços ou da receita.*
>
> *Na hipótese, a acumulação dos serviços de tabelionato de notas e de tabelionato de protesto de títulos em 25 comarcas declinadas pelo requerente se justifica pois estas serventias configuram a exceção prevista no art. 26, considerando a população e o quadro socioeconômico de cada uma no caso das comarcas de Brusque e Itajaí é cabível a desacumulação dos tabelionatos de notas e protesto de títulos que o Conselho da Magistratura determinou.*

> *Questionamento de parte do Edital 47/2011 que regula o certame, razão parcial do requerente, correções ao regulamento do concurso que se fazem necessárias para: i) afastar a aplicação do artigo 12 da Lei Estadual n. 14.083/2007; ii) dar nova redação ao § 7º do artigo 6º; iii) alterar a redação do item '2' do artigo 20 do regulamento do concurso, para incluir menção expressa no sentido de que o candidato poderá comprovar ser bacharel em direito até a data da outorga da delegação; iv) manter os prazos de recurso estabelecidos no regulamento que reproduzem corretamente os fixados na Resolução CNJ n. 81/2009; sugestão de redação mais precisa do artigo 3º da Resoluçao CNJ n. 81/2009. Possibilidade. Modificação para garantir maior clareza da norma que deve aguardar momento oportuno para sua implementação. Pedido julgado parcialmente procedente para determinar ao TJSC que proceda às correções do regulamento do concurso decididas no presente PCA."*

Ainda, por fim, bem informa o acórdão recorrido que o edital foi modificado para acolher a alteração referente aos recursos das provas do concurso público em questão (fl. 696, e-STJ):

> *"O impetrante alega que o Edital n. 176/2012 deve ser republicado com a inserção de norma que possibilite a interposição de recurso contra o resultado da prova escrita e prática e da prova oral, sob pena de ofensa ao direito dos candidatos de exercer o princípio constitucional do contraditório e ampla defesa (art. 5º, incisos LIV e LV, da Constituição Federal de 1988)."*

Qualquer insurgência no tocante a tais pontos – após o advento do PCA – deve se dar contra o Conselho Nacional de Justiça, uma vez que o Tribunal de Justiça somente pode cumprir o que foi determinado por aquele órgão.

Nesse sentido:

> *"PROCESSUAL CIVIL. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. AUTORIDADE APONTADA COMO COATORA. MERA EXECUTORA DE DECISÃO PROFERIDA PELO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. ILEGITIMIDADE PASSIVA. RECURSO ORDINÁRIO A QUE SE NEGA PROVIMENTO."*
>
> (RMS 30.561/GO, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 14.8.2012, DJe 20.9.2012.).

Assim, bem se visualiza que não há falar em direito líquido e certo.

Em suma, como indica o *Parquet* federal, as insurgências recursais visam obstar o andamento do concurso público, em prol da manutenção de uma situação de titularidade precária, que é vedada pelo art. 236, § 3º, da Constituição Federal, o que não é possível.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso ordinário.

É como penso. É como voto.

MINISTRO HUMBERTO MARTINS
Relator

Recurso em Habeas Corpus n. 49.545 – SC (2014/0168619-8)

Relator: Ministro Jorge Mussi
Recorrente: Luiz Carlos Iora (Preso)
Advogado: Rodrigo Locatelli Tisott e Outro(s)
Recorrido: Ministério Público do Estado de Santa Catarina

EMENTA

RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS E POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO. INQUIRIÇÃO DE TESTEMUNHAS PROTEGIDAS. PROVIMENTO 5/2010 DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA. AUSÊNCIA DO RÉU. PECULIARIDADE DO CASO. PROCEDIMENTO QUE ENCONTRA PREVISÃO NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. NULIDADE RELATIVA. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL.

1. Conforme entendimento já consolidado na jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, a realização da audiência de instrução sem a presença do acusado que se encontra preso é causa de nulidade relativa, cuja declaração depende de arguição oportuna e demonstração de efetivo prejuízo.

2. Por outro lado, o artigo 217 do Código de Processo Penal preceitua a retirada do réu da sala de audiência quando qualquer declarante que se sinta atemorizado, humilhado ou constrangido com a sua presença.

3. Na hipótese, em razão da existência de testemunhas protegidas, determinou-se as suas oitivas sem a presença do réu, procedimento que encontra, como visto, previsão legal, valendo destacar, outrossim, que seus advogados estiveram presentes ao ato, não tendo a defesa apontado, objetivamente, quais teriam sido os prejuízos suportados pelo acusado, e em que medida a sua participação no ato poderia auxiliar nos questionamentos formulados, não logrando demonstrar, portanto, a ocorrência dos efetivos danos por ele suportados, o que impõe a aplicação do artigo 563 do Código de Processo Penal.

DESMEMBRAMENTO DA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO. MEDIDA QUE TERIA DESRESPEITADO O ARTIGO 57 DA LEI 11.343/2006 E IMPLICADO A DEMORA NA CONCLUSÃO DO PROCESSO. INEXISTÊNCIA DE OBRIGATORIEDADE DE CONCENTRAÇÃO DA INSTRUÇÃO NUM ÚNICO ATO. MÁCULA INEXISTENTE. DESPROVIMENTO DO RECLAMO.

1. Conquanto o artigo 57 da Lei 11.343/2006 preveja a realização de uma única audiência de instrução e julgamento, em que, após interrogado o acusado e inquiridas as testemunhas, serão colhidas as alegações orais das partes, o desmembramento do mencionado ato processual não é capaz de viciar o processo.

2. A concentração dos atos processuais numa única audiência depende da estrutura do Poder Judiciário, bem como das particularidades de cada caso concreto, constituindo uma meta desejável, embora nem sempre possível.

3. Os causídicos subscritores do reclamo deixaram de demonstrar os prejuízos suportados pelo acusado em decorrência da realização de mais de uma audiência na fase instrutória, até mesmo porque, independentemente da colheita em separado dos depoimentos das testemunhas protegidas, verifica-se que foi necessário o adiamento de um dos atos por motivo de doença de um dos inquiridos, sendo certo, outrossim, que já foi proferida sentença condenatória no feito, tudo a reforçar a inexistência de qualquer mácula apta a contaminar o processo, bem como de excesso de prazo na sua conclusão.

4. Recurso desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao recurso. Os Srs. Ministros Gurgel de Faria, Newton Trisotto (Desembargador convocado do TJ/SC), Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE) e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 24 de fevereiro de 2015 (Data do Julgamento).

MINISTRO JORGE MUSSI
Relator

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Trata-se de recurso ordinário em *habeas corpus* interposto por LUIZ CARLOS IORA contra acórdão proferido pela 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, que denegou a ordem no HC n. 2014.027300-8.

Noticiam os autos que o paciente foi condenado à pena de 5 (cinco) anos de reclusão, a ser cumprida no regime inicial fechado, e 1 (um) ano de detenção, a ser cumprida no regime inicial semiaberto, além do pagamento de 510 (quinhentos e dez) dias-multa, como incurso nos artigos 33 da Lei 11.343/2006 e 12 da Lei 10.826/2003.

Sustentam os patronos do recorrente que este teria sido impedido de participar de uma das audiências de instrução, na qual foram ouvidas testemunhas protegidas nos termos do Provimento 05/2010 do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, o que violaria os princípios da ampla defesa e do contraditório.

Alegam que a designação de duas audiências teria retardado a prestação jurisdicional, além de desrespeitar a previsão contida no artigo 57 da Lei 11.343/2006, não se podendo afirmar que a oitiva de 16 (dezesseis) testemunhas numa única tarde seria contraproducente.

Requerem o provimento do reclamo para que o processo seja anulado desde a primeira audiência de instrução.

A liminar foi indeferida pelo eminente Ministro Presidente deste Sodalício, nos termos da decisão de fl. 56.

Contra-arrazoada a irresignação (e-STJ fls. 45/47), o Ministério Público Federal, em parecer de fls. 127/131, manifestou-se pelo desprovimento do inconformismo.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator): Por meio deste recurso ordinário constitucional pretende-se, em síntese, a anulação da ação penal instaurada contra o recorrente desde a primeira audiência de instrução.

Como visto, o alegado constrangimento ilegal que é objeto da presente insurgência se refere ao fato do magistrado singular ter dispensado a presença do recorrente em audiência na qual seriam ouvidas testemunhas protegidas.

Sobre o tema, consolidou-se nesta Corte Superior de Justiça o entendimento no sentido de que a ausência física do denunciado em audiência de oitiva de testemunhas, na qual esteve presente o seu defensor, somente é causa de nulidade processual se restar demonstrado e comprovado o prejuízo oriundo do seu não comparecimento ao ato, cuidando-se, por conseguinte, de nulidade relativa.

Nesse sentido:

> *RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ALEGAÇÃO DE NULIDADE. AUSÊNCIA DO RÉU PRESO EM AUDIÊNCIA DE TESTEMUNHA DA ACUSAÇÃO REALIZADA NO JUÍZO DEPRECADO. ADVOGADO CONSTITUÍDO PRESENTE AO ATO, CONSENTINDO COM SUA REALIZAÇÃO. NULIDADE RELATIVA. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. PRECLUSÃO. INEXISTÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE. RECURSO NÃO PROVIDO.*
>
> *- A jurisprudência desta Corte Superior tem se posicionado no sentido de que a presença do réu na audiência de oitiva das testemunhas pode acarretar*

nulidade relativa, sendo, portanto necessária a demonstração do efetivo prejuízo causado, nos termos do art. 563 do Código de Processo Penal.

- Assim, não havendo demostração de qualquer prejuízo concreto à defesa, que atuou ativamente durante toda a instrução do processo, não há de ser reconhecida a alegada nulidade, até mesmo porque, tendo a defesa, no momento da inquirição da alegada testemunha, consentido com a realização do ato, nada questionando sobre a suposta nulidade, operou-se a preclusão da matéria.

Recurso não provido.

(RHC 27.938/MS, Rel. Ministra MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE), SEXTA TURMA, julgado em 01/04/2014, DJe 14/04/2014).

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO-CABIMENTO. (...) TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO AO TRÁFICO. REVISÃO CRIMINAL. AUSÊNCIA DO RÉU NA AUDIÊNCIA DE INQUIRIÇÃO DE TESTEMUNHAS. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. (...) AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM DE HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDA.

(...)

3. A presença de réu preso em audiência de inquirição de testemunhas, embora recomendável, não é indispensável para a validade do ato, consubstanciando-se em nulidade relativa, cujo reconhecimento exige a efetiva demonstração de prejuízo à Defesa, nos termos do art. 563 do Código de Processo Penal.

(...)

7. Ordem de habeas corpus não conhecida.

(HC 241.571/MS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 11/03/2014, DJe 26/03/2014).

HABEAS CORPUS. AUDIÊNCIA DE OITIVA DO OFENDIDO. AUSÊNCIA DO RÉU. NULIDADE RELATIVA. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. (...) AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE MANIFESTA. NÃO CONHECIMENTO.

(...)

2. Hipótese em que não há flagrante ilegalidade a ser reconhecida. A ausência do réu à audiência realizada para oitiva do ofendido configura nulidade relativa, sendo imprescindível a comprovação do prejuízo sofrido.

3. De fato, segundo a legislação penal em vigor, é imprescindível, quando se trata de alegação de nulidade de ato processual, a demonstração de prejuízo, em consonância com o princípio pas de nullité sans grief, consagrado pelo legislador no art. 563 do CPP, verbis: "Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa".

4. Na espécie, não houve a comprovação do prejuízo experimentado, valendo ressaltar, como fizeram as instâncias ordinárias, que a oitiva do ofendido se deu em outro Estado da Federação, por carta precatória, e que o réu, ora paciente, foi preso em flagrante e submetido ao formal reconhecimento pela vítima na fase policial (cf. fls. 15 e 53/54). A magistrada, aliás, afirmou que, em juízo, "a vítima foi bastante clara em suas declarações, inclusive afirmando que não perdeu de vista o autor do fato, desde o momento da subtração até o momento em que foi detido, motivo pelo qual pode afirmar com certeza que o elemento que foi preso em flagrante foi aquele que praticou a subtração minutos antes" (fl. 21). Ademais, a condenação baseou-se em outros elementos de prova (cf. fls. 22/23).

(...)

7. Habeas corpus não conhecido.

(HC 219.551/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 04/02/2014, DJe 28/02/2014).

Na mesma esteira são os julgados do Supremo Tribunal Federal:

Habeas corpus. 2. Furto qualificado pelo concurso de pessoas (art. 155, § 4º, IV, do CP). Condenação. (...) 4. Ausência do acusado no depoimento da vítima. Alegação de violação ao contraditório e à ampla defesa, em virtude da não observância do art. 217 do CPP.

Manifestação temerária da vítima em prestar declarações na presença do acusado no momento de seu depoimento. Presença do defensor na sala de audiência, que não se opôs no momento oportuno. Preclusão. Prejuízo não demonstrado. (...) 6. Ordem parcialmente conhecida e deferida apenas para reconhecer o furto privilegiado-qualificado, determinando ao Juízo das

Execuções Criminais que promova nova dosimetria da pena, nos termos do art. 155, § 2º, do CP.

(HC 115266, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 10/09/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-187 DIVULG 23-09-2013 PUBLIC 24-09-2013).

Ementa: PENAL E PROCESSUAL PENAL. (...) TRÁFICO DE ENTORPECENTES. AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO. AUSÊNCIA DO RÉU NA ASSENTADA. NULIDADE ABSOLUTA. INEXISTÊNCIA. PRECEDENTES. ORDEM DE HABEAS CORPUS EXTINTA POR INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. (...) 2. A declaração de nulidade no direito penal não prescinde da demonstração do efetivo prejuízo para a defesa, consoante dispõe o artigo 563 do Código de Processo Penal, o que importa dizer que a desobediência às formalidades estabelecidas na legislação processual somente poderá implicar o reconhecimento da invalidade do ato quando a sua finalidade estiver comprometida em virtude do vício verificado.

Precedentes: HC 68.436, Primeira Turma, Relator o Ministro Celso de Mello, DJ de 27.03.92; HC 95.654, Segunda Turma, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJe de 15.10.10; HC 84.442, Primeira Turma, Relator o Ministro Carlos Britto, DJe de 25.02.05; HC 75.225, Primeira Turma, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 19.12.97; RHC 110.056, Primeira Turma, Relator o Ministro Luiz Fux, DJ de 09.05.12. 3. A ausência do acusado na audiência de instrução não constitui vício insanável apto a ensejar a nulidade absoluta do processo, posto tratar-se de nulidade relativa, exigindo-se, para o seu reconhecimento, a demonstração de prejuízo à defesa. 4. In casu, o réu encontra-se sob custódia, mas sua advogada constituída estava presente na audiência de oitiva da testemunha de acusação, tendo dispensado a presença do réu naquele ato, comprovando a inexistência de prejuízo para a defesa ("pas de nullités sans grief"). 5. Deveras, por força do princípio "netio auditur propriam turpitudines allegans", não é dado à parte arguir vício a que haja dado causa, ou para que tenha concorrido (artigo 565 do CPP). 6. A possibilidade de o réu não comparecer à audiência é uma expressão do direito constitucional ao silêncio (art. 5º, LXIII, da CF/88), pois "nemo tenetur se deterege". 7. Ordem de habeas corpus extinta por inadequação da via eleita. (HC 114095, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 02/04/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-080 DIVULG 29-04-2013 PUBLIC 30-04-2013).

No caso dos autos, constata-se que o Ministério Público arrolou na denúncia testemunhas protegidas, tendo o magistrado singular designado data para a sua oitiva, dispensando a presença do réu ao ato, nos termos do Provimento 5/2010 do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, verbis:

> *Art. 360-J*
>
> *(...)*
>
> *k) a audiência para ouvir a vítima ou testemunha protegida deve ser designada em dia e hora diversa da audiência das demais testemunhas e processos, sem que ocorra violação ao art. 400 do CPP;*
>
> *l) deve ser proibida a entrada de terceiros na sala de audiências, com supedâneo no disposto no § 1º do art. 792 do CPP;*
>
> *m) o depoente deve usar vestes que não o identifiquem, podendo ser colocada divisória (ou anteparo semelhante, como, v.g., cabine) na sala de audiência, para impedir que defensor e réu visualizem o depoente;*
>
> *n) é possível tomar o depoimento por meio da captação de áudio do depoente, que permanece em sala isolada, permitida a utilização de equipamentos que distorçam a voz do depoente, desde que disponíveis na unidade jurisdicional;*
>
> *o) ao final da audiência, o juiz deverá tomar medida que evite o encontro da testemunha ou vítima protegida com o réu, sem ofender a liberdade deste - caso não esteja preso -, podendo, por exemplo, determinar que ele permaneça na sala de audiência aguardando a saída da pessoa sob proteção, e que o depoente saia com o rosto coberto, com escolta policial;*
>
> *p) também poderá o juiz, com antecedência, comunicar a realização do ato ao juiz diretor do foro, para que este adote providências cabíveis no sentido de garantir a segurança e a integridade física do depoente/vítima (CPP, art. 794). Para tanto deverá, obrigatoriamente, haver controle do acesso ao andar/setor onde será realizada a audiência.*

Inconformada, a defesa requereu a reconsideração do despacho que iniciou a instrução, para que fosse designada somente uma audiência de instrução, a fim de possibilitar a presença do acusado na oitiva de todas as testemunhas, o que foi indeferido (e-STJ fl. 114).

Da leitura do termo de fl. 95, verifica-se que na data agendada para o início da instrução processual, a defesa pleiteou a suspensão do ato para que fosse designado prévio interrogatório do réu, o que foi deferido parcialmente, tendo ele sido requisitado e inquirido no mesmo dia, ocasião em que também foram colhidas as declarações de 2 (duas) testemunhas protegidas e de um informante, tendo o magistrado de origem consignado que a qualificação completa das pessoas ouvidas constaria da gravação (e-STJ fl. 95).

Assim, embora o acusado estivesse presente no fórum na data em que ouvidas as testemunhas protegidas, o certo é que não permaneceu na sala de audiências para acompanhar a colheita dos respectivos depoimentos, procedimento que não pode ser acoimado de ilegal, já que encontra previsão no próprio Código de Processo Penal, que preceitua a retirada do réu quando qualquer declarante que se sinta atemorizado, humilhado ou constrangido com a sua presença.

Confira-se, por oportuno, a letra do artigo 217 da Lei Penal Adjetiva:

> *Art. 217. Se o juiz verificar que a presença do réu poderá causar humilhação, temor, ou sério constrangimento à testemunha ou ao ofendido, de modo que prejudique a verdade do depoimento, fará a inquirição por videoconferência e, somente na impossibilidade dessa forma, determinará a retirada do réu, prosseguindo na inquirição, com a presença do seu defensor.*
>
> *Parágrafo único. A adoção de qualquer das medidas previstas no caput deste artigo deverá constar do termo, assim como os motivos que a determinaram.*

Na mesma esteira são os julgados desta Corte:

> *AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. (...) 2. ALEGAÇÃO DE NULIDADE PROCESSUAL. ART. 217, DO CPP. RETIRADA DO RÉU DA SALA DE AUDIÊNCIA. ILEGALIDADE NÃO DEMONSTRADA. DECISÃO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. 3. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO CONCRETA DO PREJUÍZO. ART. 563, DO CPP. (...) 5. RECURSO IMPROVIDO.*

(...)

2. Esta Corte entende que "inexiste cerceamento de defesa quando, nos exatos termos do art. 217 do Código de Processo Penal, o Juiz fundamentadamente determina a retirada do réu da audiência de inquirição de testemunha, por verificar que sua presença causa temor e constrangimento ao ofendido, que afirmou expressamente não ter condições psicológicas de depor diante do Paciente" (HC nº 136.941/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, DJe de 13.10.11), tal como ocorreu no presente caso.

3. A orientação do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que não há razão para se falar em decretação de nulidade sem a demonstração do efetivo prejuízo.

(...)

5. Agravo regimental não provido.

(AgRg no HC 156.644/ES, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, QUINTA TURMA, julgado em 27/05/2014, DJe 30/05/2014).

PENAL E PROCESSUAL PENAL. (...) AUSÊNCIA DO RÉU NA OITIVA DAS TESTEMUNHAS DA ACUSAÇÃO. APLICAÇÃO DO ART. 217 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. NULIDADE. INEXISTÊNCIA. (...) AGRAVO REGIMENTAL DE RICARDO SILVESTRE MARTINEZ DESPROVIDO.

(...)

2. Não existe o alegado cerceamento de defesa, uma vez que o Juiz fundamentadamente determinou a retirada do réu da audiência, por verificar que sua presença causaria temor e constrangimento aos ofendidos, nos exatos termos do art. 217 do Código de Processo Penal.

(...)

5. Agravo regimental desprovido.

(...)

(AgRg no AREsp 130.331/SC, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 22/05/2014, DJe 29/05/2014).

RECURSO ESPECIAL. PROCESSO PENAL. OITIVA DA TESTEMUNHA SEM A PRESENÇA DO RÉU. AUSÊNCIA

> *DE NULIDADE. NEGATIVA DE PARTICIPAÇÃO NO INTERROGATÓRIO DO CORRÉU. CERCEAMENTO DE DEFESA. RECURSO PROVIDO.*
>
> *1. O artigo 217 do Código de Processo Penal faculta ao juiz a inquirição da vítima ou da testemunha sem a presença do acusado, desde que devidamente representado por seu defensor e aquela manifeste constrangimento para depor em tal circunstância.*
>
> *2. O devido processo legal, importante cláusula constitucional, congrega feixe de garantias que assegura, materialmente, o justo processo, daí defluindo o fundamento para se estabelecer a franca possibilidade da participação do advogado em interrogatório de réu diverso daquele que defende.*
>
> *3. Recurso parcialmente provido.*
>
> *(REsp 1181015/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 19/03/2013, DJe 26/03/2013).*

Ademais, embora o réu, depois de interrogado, não tenha permanecido na sala de audiência para acompanhar a colheita dos depoimentos prestados pelas testemunhas protegidas, o certo é que seus advogados estiveram presentes ao ato (e-STJ fl. 95), não tendo a defesa apontado, objetivamente, quais teriam sido os prejuízos suportados pelo acusado, e em que medida a sua participação no ato poderia auxiliar nos questionamentos formulados, não logrando demonstrar, portanto, a ocorrência dos efetivos danos por ele suportados, o que impõe a aplicação do artigo 563 do Código de Processo Penal:

> *Art. 563. Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa.*

A propósito, confira-se a lição de Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes:

> *"A decretação da nulidade implica perda da atividade processual já realizada, transtornos ao juiz e às partes e demora na prestação jurisdicional almejada, não sendo razoável, dessa forma, que a simples possibilidade de prejuízo dê lugar à aplicação da sanção; o dano deve ser concreto e efetivamente demonstrado em cada situação.*

> *Isso não significa que em todos os casos se exija a produção de prova da ocorrência de prejuízo; normalmente essa demonstração se faz através de simples procedimento lógico, verificando-se a perda da faculdade processual conferida à parte ou o comprometimento dos elementos colocados à disposição do juiz no momento da sentença tiveram influência no resultado final do processo.*
>
> *(...)*
>
> *No entanto, deve-se salientar que, seja o prejuízo evidente ou não, ele deve existir para que a nulidade seja decretada. E nos casos em que ficar evidenciada a inexistência de prejuízo não se cogita de nulidade, mesmo em se tratando de nulidade absoluta." (As nulidades no processo penal. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 26/27).*

Por conseguinte, havendo previsão legal para a oitiva de testemunhas sem a presença do acusado, e não comprovada a ocorrência de prejuízo em razão da ausência do recorrente na audiência de instrução, não há falar em nulidade do ato.

O inconformismo também não merece prosperar no que se refere à vislumbrada nulidade na realização de mais de uma audiência de instrução.

Com efeito, conquanto o artigo 57 da Lei 11.343/2006 preveja a realização de uma única audiência de instrução e julgamento, em que, após interrogado o acusado e inquiridas as testemunhas, serão colhidas as alegações orais das partes, o desmembramento do mencionado ato processual não é capaz de viciar o processo.

Isso porque a concentração dos atos processuais numa única audiência depende da estrutura do Poder Judiciário, bem como das particularidades de cada caso concreto, constituindo uma meta desejável, embora nem sempre possível.

Ademais, de acordo com o artigo 251 do Código de Processo Penal, *"ao juiz incumbirá prover à regularidade do processo e manter a ordem no curso dos respectivos atos, podendo, para tal fim, requisitar a força pública"*.

Assim, nos termos da legislação processual penal, compete ao magistrado, a partir da realidade do Juízo em que atua e das peculiaridades de cada processo, conduzir o desenvolvimento da instrução processual, não se podendo admitir que a prestação jurisdicional se submeta às opiniões pessoais das partes acerca da melhor forma pela qual os trabalhos devem ser orientados.

Em arremate, é imperioso destacar que os causídicos subscritores do reclamo deixaram de demonstrar os prejuízos suportados pelo acusado em decorrência da realização de mais de uma audiência na fase instrutória, até mesmo porque, independentemente da colheita em separado dos depoimentos das testemunhas protegidas, verifica-se que foi necessário o adiamento de um dos atos por motivo de doença de um dos inquiridos (e-STJ fl. 97), sendo certo, outrossim, que já foi proferida sentença condenatória no feito, tudo a reforçar a inexistência de qualquer mácula apta a contaminar o processo, bem como de excesso de prazo na sua conclusão.

Ante o exposto, **nega-se provimento** ao recurso.

É o voto.

Recurso Especial n. 1.502.878 – SC (2014/0304544-7)

Relator: Ministro Herman Benjamin
Recorrente: Ministério Público do Estado de Santa Catarina
Recorrido: Esperidião Amin Helou Filho
Advogado: Gley Fernando Sagaz e Outro(s)
Recorrido: Eloy José Ranzi
Advogado: Jorge Luis Rimolo Osório - Curador
Recorrido: Paulo Gustavo Salomon
Advogado: Sem representação nos autos
Interessado: Estado de Santa Catarina
Procurador: Loreno Weissheimer e Outro(s)

EMENTA

ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE. AUSÊNCIA DO ELEMENTO SUBJETIVO. MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. SÚMULA 83/STJ. OFENSA AO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. RECURSO ESPECIAL NÃO PROVIDO.

1. Cuida-se, na origem, de Ação de Improbidade Administrativa proposta pelo Estado de Santa Catarina contra os recorridos objetivando a condenação por ato ímprobo, em razão de o Sr. Esperidião Amin, ex-Governador do Estado, além de ter editado decreto regulando matéria que exigia lei específica, não determinou a imediata anulação dos parcelamentos ilegais. Quanto aos demais réus, firmaram parcelamentos de dívidas sem possuírem respaldo legal para tanto.

2. O Tribunal *a quo* deu parcial provimento à Apelação dos ora recorridos para julgar improcedentes os pedidos e assim consignou na decisão: ***"Apesar disso, esclarece-se que também não há comprovação de culpa ou dolo dos agentes em relação aos atos que praticaram, nem mesmo em relação à alegação de que o primeiro réu pretendia beneficiar sua cônjuge que, à época, exercia a chefia do poder Executivo da cidade de Florianópolis. Isso porque não há qualquer prova concreta que indique que os agentes praticaram os atos imbuídos de dolo, o que é exigido***

para configurar a má-fé, já que 'A improbidade administrativa, mais que um ato ilegal, deve traduzir, necessariamente, a falta de boa-fé, a desonestidade' (Atos de improbidade administrativa. São Paulo: Atlas, 2007)." (fl. 368, grifo acrescentado).

3. O entendimento do STJ é no sentido de que, para que seja reconhecida a tipificação da conduta do réu como incurso nas previsões da Lei de Improbidade Administrativa, 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.

4. Quanto à existência do elemento subjetivo, o Tribunal a quo foi categórico ao reconhecer a ausência da culpa ou dolo. Vejamos: **"Apesar disso, esclarece-se que também não há comprovação de culpa ou dolo dos agentes em relação aos atos que praticaram"**. (fl. 368, grifo acrescentado).

5. Portanto, ausente o elemento subjetivo, seja a culpa, seja o dolo genérico, seja o dolo específico. Modificar a conclusão a que chegou a Corte de origem, de modo a acolher a tese do recorrente, demanda reexame do acervo fático-probatório dos autos, o que é inviável em Recurso Especial, sob pena de violação da Súmula 7/STJ. Claro, não basta ao Tribunal *a quo* simplesmente afirmar a inexistência do elemento subjetivo, pois se impõe que a fundamente cabal e adequadamente com base na prova dos autos. Tampouco é aceitável que, ao fazê-lo, viole-se a compreensão de fatos indiscutíveis, a ordem natural das coisas, ou se afaste do bom senso e razoabilidade que orientam e limitam os julgados. Nenhum desses vícios, contudo, acha-se presente no acórdão recorrido.

6. Do repertório jurisprudencial do STJ se recolhe precedente que em bastante se assemelha à hipótese dos autos, e outra não foi a solução dada, senão a de afastar a aplicação da Lei 8.429/92, de modo que a decisão recorrida estaria de acordo com o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça. Nesse sentido: AgRg no AREsp 329.609/PR, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 9.10.2013; AgRg no REsp 1.368.125/PR, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 28.5.2013; AgRg no AREsp 383.775/GO, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 14.11.2014; AgRg no AREsp 206.256/RJ, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe

20.3.2014; AgRg no AREsp 403.537/SP, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, DJe 30.5.2014; REsp 1.298.417/RO, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 22.11.2013, e REsp 1.383.649/SE, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 17.9.2013.

7. Dessume-se que o acórdão recorrido está em sintonia com o atual entendimento do STJ, razão pela qual não merece prosperar a irresignação. Incide, *in casu*, o princípio estabelecido na Súmula 83/STJ.

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

9. Recurso Especial não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEGUNDA Turma do Superior Tribunal de Justiça: "A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)." Os Srs. Ministros Og Fernandes, Mauro Campbell Marques (Presidente), Assusete Magalhães e Humberto Martins votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 21 de maio de 2015 (Data do julgamento).

MINISTRO HERMAN BENJAMIN
Relator

RELATÓRIO

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

ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE ATIVA DO ESTADO DE SANTA CATARINA. TEORIA DA ASSERÇÃO. ESTADO-MEMBRO É PESSOA JURÍDICA INTERESSADA, AINDA QUE NÃO ATINGIDO DIRETAMENTE PELOS ATOS PRATICADOS. TESE AFASTADA.

O Estado de Santa Catarina é legítimo para figurar no polo ativo de ação de improbidade em relação a ato praticado contra autarquia estadual, pois, ainda que não tenha sido atingido diretamente pelos atos praticados pelos réus, o foi indiretamente, uma vez que a ele compete a defesa do interesse público primário, ou seja, aquele que diz respeito aos interesses da coletividade.

CAUSA MADURA. POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO ART. 515, § 3º, DO CPC PARA, DESDE LOGO, SE PROCEDER AO JULGAMENTO DA TOTALIDADE LIDE.

"Revela-se aplicável, na espécie, o comando do § 3º, do art. 515, do Código de Processo Civil, porquanto a causa encontra-se em condições de imediato julgamento por este grau de jurisdição, sem que isso importe em indevida supressão de instância" (TJSC, AC n. 2009.029352-3, rel. Des. João Henrique Blasi, j. 5.7.11).

LESÃO AO ERÁRIO. ENQUADRAMENTO DA CONDUTA NO ART. 10, VII E IX, DA LEI N. 8.429/92. DOLO OU CULPA DOS AGENTES PÚBLICOS NÃO COMPROVADOS, ALÉM DA AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO À FAZENDA PÚBLICA E DA INTENÇÃO DE REALIZAR FATO DESCRITO NA NORMA INCRIMINADORA. PEDIDO QUE DEVE SER JULGADO IMPROCEDENTE.

Não há que se falar em lesão ao erário quando resta demonstrado que não houve um mínimo de intenção dos agentes públicos de realizar fato descrito na norma incriminadora, nem a ocorrência de dolo ou culpa, que são os elementos necessários para a configuração do ato ímprobo.

SENTENÇA DE EXTINÇÃO DO FEITO, SEM JULGAMENTO DO MÉRITO, REFORMADA PARA JULGAR IMPROCEDENTES OS PEDIDOS. APELO PROVIDO, EM PARTE.

Os Embargos de Declaração foram rejeitados às fls. 390-393.

O recorrente afirma que houve ofensa aos artigos 535, inciso II, do CPC, e 11 da Lei 8.429/92, sob o argumento de que o acórdão que rejeitou os Embargos de Declaração negou vigência ao art. 535, inciso II, do CPC, e de que ficou demonstrada a configuração de atos de improbidade que atentaram contra os princípios da Administração Pública, e assim foi negada vigência ao artigo 11 da LIA.

Contrarrazões apresentadas às fls. 430-437.

O Recurso Especial foi admitido às fls. 445-447.

Parecer do Ministério Público Federal opinando pelo provimento do Recurso Especial às fls. 462-464.

É o **relatório**.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN (Relator): Os autos foram recebidos neste Gabinete em 23.12.2014.

Cuida-se, na origem, de Ação de Improbidade Administrativa proposta pelo Estado de Santa Catarina contra os recorridos objetivando a condenação por ato ímprobo, em razão de o Sr. Esperidião Amin, ex-Governador do Estado, além de editar decreto regulando matéria que exigia lei específica, não ter determinado a imediata anulação dos parcelamentos ilegais. Quanto aos demais réus, firmaram parcelamentos de dívidas sem possuírem respaldo legal para tanto.

O Tribunal *a quo* deu parcial provimento à Apelação dos ora recorridos para julgar improcedentes os pedidos e assim consignou na decisão:

> Isso porque, em que pese a suposta ilegalidade do Decreto n. 5.940/02, da análise dos autos, não há prova que o Estado tenha sofrido prejuízo

com o parcelamento das verbas referentes ao repasse das contribuições previdenciárias devidas pelos Municípios, ônus que incumbia ao autor, nos termos do art. 333, I, do CPC.

Não se olvida que as atitudes do ex-Governador e dos ex-Presidentes do Iprev podem ser tidas como pouco adequadas, sob o ponto de vista administrativo.

No entanto, isso não quer dizer que houve atos de improbidades administrativas, pois não há qualquer prova, nem mesmo indícios, do uso do dinheiro público de maneira desonesta e em benefício dos próprios réus.

Aliás, posteriormente, constatada a ilegalidade do Decreto n. 5.940, foi editado o Decreto n. 973/03, anulando todos os parcelamentos concedidos, com a dedução das parcelas pagas e a cobrança imediata dos valores devidos, de modo a constatar que o repasse das contribuições foram efetuados ao Iprev, ressaltando, por oportuno, que não há prova nos autos de que esses valores não foram recolhidos.

Portanto, apesar da ilegalidade do Decreto n. 5.940/2003, o seu objetivo primordial era o recebimento das verbas devidas pelos Municípios ao IPESC (fl. 107).

Ou seja, não se tratou de um ato que causou uma lesão aos cofres públicos, mas sim de um meio – ainda que ilegal, em seu aspecto formal – de arrecadar os valores devidos à autarquia.

Assim sendo, não há falar em prejuízo ao erário. Como os requisitos para a configuração do ato ímprobo são cumulativos, não ficou configurada a improbidade. Nesse sentido:

"A improbidade de que trata o art. 10 da Lei n. 8.429/92 admite as modalidades atinentes à culpa ou dolo. Ausente, porém o dano ao erário, não subsiste a alegada tipificação, salvo se disso resultar violação a princípios, mediante vontade livre e consciente do agente público (dolo)." (AC n. 2010.048258-8, rel. Des. Pedro Manoel Abreu, j. 27.1.11).

Apesar disso, esclarece-se que também não há comprovação de culpa ou dolo dos agentes em relação aos atos que praticaram, nem mesmo em relação à alegação de que o primeiro réu pretendia beneficiar sua

> ***cônjuge que, à época, exercia a chefia do poder Executivo da cidade de Florianópolis.***
>
> ***Isso porque não há qualquer prova concreta que indique que os agentes praticaram os atos imbuídos de dolo, o que é exigido para configurar a má-fé, já que "A improbidade administrativa, mais que um ato ilegal, deve traduzir, necessariamente, a falta de boa-fé, a desonestidade" (Atos de improbidade administrativa. São Paulo: Atlas, 2007).***
>
> **4.** Diante da improcedência da demanda, urge fixar os honorários de advogado, ressaltando-se, por oportuno, que em que pese ser inadmissível a condenação de honorários em ação de improbidade quando o autor for o representante do Ministério Público, nada impede a condenação da Fazenda Pública. (Neste sentido: TJSC, AC. 2010.027716-9, rel. Des. Pedro Manoel Abreu, j. 1º.11.11; TJSC, AC n. 2003.020326-5, rel. Des. Luiz Cesar Medeiros, j. 6.12.05; TJSC, AC n. 2010.038120-0, rel. Des. Newton Janke, j. 7.6.11). (...)
>
> **5.** Ante o exposto, voto no sentido de dar parcial provimento ao recurso do réu para:
>
> **5.1** - reconhecer a legitimidade do Estado de Santa Catarina para figurar no polo ativo da demanda;
>
> **5.2** - julgar, nos termos do art. 515, § 3º, do CPC, improcedentes os pedidos da inicial, condenando o autor ao pagamento dos honorários advocatícios fixados em R$ 1000,00. (fl. 367-369, grifei em itálico).

O entendimento do STJ é no sentido de que, para que seja reconhecida a tipificação da conduta do réu como incurso nas previsões da Lei de Improbidade Administrativa, 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.

Quanto à existência do elemento subjetivo, o Tribunal *a quo* foi categórico ao reconhecer a inocorrência da culpa ou dolo. Vejamos:

> ***Apesar disso, esclarece-se que também não há comprovação de culpa ou dolo dos agentes em relação aos atos que praticaram*** (fl. 368, grifei).

Portanto, ausente o elemento subjetivo, seja a culpa, seja o dolo genérico, seja o dolo específico.

Nesse contexto de limitação cognitiva, a alteração das conclusões firmadas pelas instâncias inferiores somente poderia ser alcançada com base no revolvimento do conjunto fático-probatório, o que é vedado pela Súmula 7/STJ.

Claro, não basta ao Tribunal *a quo* simplesmente afirmar a inexistência do elemento subjetivo, pois se impõe que a fundamente cabal e adequadamente com base na prova dos autos. Tampouco é aceitável que, ao fazê-lo, viola a compreensão de fatos indiscutíveis, a ordem natural das coisas, ou se afaste do bom senso e razoabilidade que orientam e limitam os julgados. Nenhum desses vícios, contudo, acha-se presente no acórdão recorrido.

No mais, do repertório jurisprudencial desta Corte se recolhe precedente que em bastante se assemelha à hipótese dos autos, e outra não foi a solução dada, senão a de afastar a aplicação da Lei 8.429/92, de modo que a decisão recorrida estaria de acordo com o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça.

Vejam-se os precedentes:

> ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ATO ÍMPROBO VIOLADOR DOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ARTIGO 11 DA LEI 8.429/1992. CONTRATAÇÃO SEM CONCURSO PÚBLICO. ACÓRDÃO RECORRIDO QUE DEIXA DE SINDICAR SOBRE A ATUAÇÃO DOLOSA DOS RÉUS. AUSÊNCIA DE SUBSUNÇÃO DO ATO REPUTADO ÍMPROBO AO TIPO PREVISTO NO INDIGITADO DISPOSITIVO. ANÁLISE SOBRE A EXISTÊNCIA DO DOLO. NECESSIDADE DE REEXAME. SÚMULA N. 7 DO STJ.
>
> 1. Agravo regimental contra decisão que negou provimento ao agravo em recurso especial em que se discute se a contratação, sem concurso

público, de funileiro e lanternista para trabalhar, na oficina mecânica das dependências do Quinto Agrupamento de Bombeiros de Maringá/PR, caracteriza ato ímprobo.

2. No caso dos autos, o Tribunal de origem, atento ao conjunto fático-probatório, decidiu que a contratação irregular, sem concurso público, de funileiro e lanternista não configurou ato ímprobo, ***em razão da não comprovação do comportamento doloso*** e do efetivo prejuízo ao erário, na medida em que "[...] os serviços foram realizados, bem como o preço pago, isto é, o salário pago ao contratado, pelo exercício de sua atividade laboral, foi adequado e proporcional, levando-se em conta o valor pago total (R$ 25.144,00) no período de contratação (junho de 1994 a outubro de 1999), bem como pelas próprias afirmações do apelante na inicial no que se refere ao salário que o contratado recebia - R$ 250,00, R$ 400,00 e R$ 500,00. [...]". Ressaltou, ainda, que "[...] a contratação estava sendo feita para suprir a carência momentânea de pessoal, acreditando-se que assim se estava satisfazendo o interesse público [...].".

3. ***Nesse contexto, a pretensão recursal não merecer ser acolhida, à luz da Súmula n. 7 do STJ, porquanto a constatação da existência do dolo e do dano ao erário necessita do reexame do conjunto fático-probatório.***

4. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp 329.609/PR, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, DJe 09/10/2013) (grifei).

ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ART. 11 DA LEI N. 8.429/92. NECESSIDADE DE DOLO GENÉRICO NO ELEMENTO SUBJETIVO DO TIPO. PROMOÇÃO PESSOAL EM PROPAGANDA. ATO ÍMPROBO POR VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA CARACTERIZADO.

1. Nos termos da jurisprudência pacífica do STJ, os atos de improbidade administrativa descritos no art. 11 da Lei n. 8.429/92, ***dependem da presença do dolo genérico***, mas dispensam a demonstração da ocorrência de dano para a Administração Pública ou enriquecimento ilícito do agente.

(...)

Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1368125/PR, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe 28/05/2013). (grifei).

ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CELEBRAÇÃO DE CONVÊNIO. ATRASO NA PUBLICAÇÃO DO DIÁRIO OFICIAL DO ESTADO. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ART. 11 DA LEI 8.429/92. ACÓRDÃO QUE, À LUZ DAS PROVAS, CONCLUIU PELA AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DO ELEMENTO SUBJETIVO. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

I. Recurso Especial interposto contra acórdão que, por sua vez, manteve sentença de improcedência de Ação Civil Pública, na qual o agravante postula a condenação dos agravados pela prática de ato de improbidade administrativa, consistente no retardamento da publicação de edições do Diário Oficial do Estado. Segundo a inicial, tal retardamento teve, como objetivo, permitir a indevida celebração de convênios (e a consequente abertura de crédito suplementar), entre o Estado de Goiás e diversos Municípios, do Programa "Asfalto Novo", dentro do prazo proibitivo, previsto na legislação eleitoral (art. 73, VI, a, da Lei 9.504/97).

II. Nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, "a improbidade é ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo da conduta do agente. Por isso mesmo, a jurisprudência do STJ considera indispensável, para a caracterização de improbidade, que a conduta do agente seja dolosa, para a tipificação das condutas descritas nos artigos 9º e 11 da Lei 8.429/92, ou pelo menos eivada de culpa grave, nas do artigo 10" (STJ, AIA 30/AM, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, CORTE ESPECIAL, DJe 28/09/2011).

III. No caso, tanto a sentença, quanto o acórdão recorrido, à luz da prova dos autos, foram categóricos, ao decidir que, não obstante o atraso na publicação das edições do Diário Oficial do Estado, não fora demonstrado que (a) tenha ocorrido o indevido repasse de verbas públicas do Estado de Goiás aos Municípios; e (b) os agravados tenham agido com dolo, pois

era "normal no CERNE o atraso na publicação dos editais, pelo grande volume de serviços afetos à gráfica e, ao que tudo indica, à desorganização na concretização das atividades".

IV. Nesse contexto, o exame da irresignação do agravante, no sentido de que houve a prática de atos de improbidade administrativa, por ter sido comprovado o dolo genérico no agir dos agravados, demandaria o reexame de matéria fática, o que é vedado em Recurso Especial, nos termos da Súmula 7/STJ. Precedentes do STJ (AgRg no REsp 1.457.608/GO, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 10/10/2014; AgRg no AREsp 279.581/MG, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe de 06/12/2013).

V. Agravo Regimental Improvido.

(AgRg no AREsp 383.775/GO, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, DJe 14/11/2014) (grifei).

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ATO ÍMPROBO VIOLADOR DOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. NÃO DEMONSTRAÇÃO DO DOLO NA CONDUTA DO AGENTE.

1. ***O entendimento do STJ é no sentido de que "não se pode confundir improbidade com simples ilegalidade. A improbidade é ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo da conduta do agente. Por isso mesmo, a jurisprudência do STJ considera indispensável, para a caracterização de improbidade, que a conduta do agente seja dolosa, para a tipificação das condutas descritas nos artigos 9º e 11 da Lei 8.429/92, ou pelo menos eivada de culpa grave, nas do artigo 10."*** v.g.: AIA 30/AM, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Corte Especial, DJe 28/09/2011. Precedentes: AgRg no AgREsp 21.135/PR, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 23/04/2013; REsp 1.130.198/RR, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 15/12/2010; EREsp 479.812/SP, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, DJe 27/9/2010; REsp 1.149.427/SC, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 09/09/2010; EREsp 875.163/RS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, DJe 30/6/2010.

2. No caso, o Tribunal de origem, apesar de decidir pela não constatação do dolo na conduta do agente público, manteve a condenação pela prática do ato ímprobo, por entender que o dolo não seria necessário à caracterização do dano ao meio ambiente, o que está em dissonância com o entendimento desta Corte.

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp 206.256/RJ, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, DJe 20/03/2014) (grifei).

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ART. 11 DA LEI N. 8.429/92. PRECATÓRIO. INOBSERVÂNCIA DA ORDEM CRONOLÓGICA DE PAGAMENTO. CONDUTA DOLOSA NÃO COMPROVADA. SÚMULA 7/STJ.

1. O entendimento do STJ é no sentido de que, "para que seja reconhecida a tipificação da conduta do réu como incurso nas previsões da Lei de Improbidade Administrativa, ***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."*** (AgRg no AREsp 21.135/PR, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 23/4/2013).

2. Examinar os elementos fático-probatórios coligidos aos autos, para ***rever as conclusões do Tribunal de origem sobre a existência, ou não, de dolo na conduta do agente imputado por ato de improbidade, é medida impossível em sede de recurso especial, ante o que preceitua a Súmula 7/STJ.***

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no AREsp 403.537/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, DJe 30/05/2014) (grifei).

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PERCEPÇÃO DE REMUNERAÇÃO SEM CONTRAPRESTAÇÃO. "FUNCIONÁRIO FANTASMA". APLICAÇÃO DA LEI 8.429/1992 AOS AGENTES

POLÍTICOS. COMPATIBILIDADE COM O DECRETO-LEI 201/1967. ART. 10 DA LEI 8.429/1992. CONFIGURAÇÃO DE DOLO GENÉRICO. ELEMENTO SUBJETIVO. COMINAÇÃO DAS SANÇÕES. CUMULAÇÃO. POSSIBILIDADE. DOSIMETRIA. ART. 12 DA LIA. PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. SÚMULA 7/STJ.

1. Não há qualquer antinomia entre o Decreto-Lei 201/1967 e a Lei 8.429/1992, pois a primeira impõe ao prefeito e vereadores um julgamento político, enquanto a segunda submete-os ao julgamento pela via judicial, pela prática do mesmo fato. Precedentes.

2. ***O posicionamento firmado pela Primeira Seção é que se exige dolo, ainda que genérico, nas imputações fundadas nos arts. 9º e 11 da Lei 8.429/1992 (enriquecimento ilícito e violação a princípio), e ao menos culpa, nas hipóteses do art. 10 da mesma norma (lesão ao erário).***

3. Cada inciso do art. 12 da Lei 8.429/1992 traz uma pluralidade de sanções, que podem ser aplicadas cumulativamente ou não, ainda que o ato de improbidade tenha sido praticado em concurso de agentes.

Precedentes do STJ.

4. Não havendo violação aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, modificar o quantitativo da sanção aplicada pela instância de origem, no caso concreto, enseja reapreciação dos fatos e provas, obstado nesta instância especial (Súmula 7/STJ).

5. Recurso especial não provido.

(REsp 1298417/RO, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, DJe 22/11/2013) (grifei).

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. VIOLAÇÃO DE PRINCÍPIOS. MOVIMENTAÇÃO DE RECURSOS FINANCEIROS EM CONTA DIVERSA DA PREVISTA EM CONVÊNIO. OFENSA DO ART. 11 DA LEI 8.429/92. AUSÊNCIA DE DOLO GENÉRICO. REVISÃO DOS PRESSUPOSTOS FÁTICOS. INVIABILIDADE. SÚMULA 7/STJ.

1. A orientação jurisprudencial sedimentada no Superior Tribunal de Justiça estabelece que a configuração do ato de improbidade por ofensa a

princípio da administração depende da demonstração do chamado dolo genérico.

Precedentes.

2. ***No particular caso dos autos, é impossível extrair do acórdão recorrido qualquer referência - ainda que indireta - à presença desse elemento subjetivo.*** Na sentença de primeiro grau, por seu turno, o juízo expressamente afastou o dolo de improbidade ao referir que o comportamento do requerido "não denota intenção vil, desonesta ou corrupta".

3. Nesse contexto de limitação cognitiva, a alteração das conclusões firmadas pelas instâncias inferiores somente poderia ser alcançada com o revolvimento do conjunto fático-probatório, o que é vedado pela Súmula 7/STJ.

4. Ad argumentandum tantum, a decisão recorrida está em conformidade com precedentes do STJ no sentido de não sujeitar meras irregularidades às sanções da Lei 8.429/92.

5. Recurso Especial não provido.

(REsp 1383649/SE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe 17/09/2013). (grifei).

Enfim, dessume-se que o acórdão recorrido está em sintonia com o atual entendimento deste Tribunal Superior, razão pela qual não merece prosperar a irresignação.

Incide, *in casu*, o princípio estabelecido na Súmula 83/STJ.

> Súmula 83/STJ: "Não se conhece do Recurso Especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida."

Cumpre ressaltar que a referida orientação é aplicável também aos recursos interpostos pela alínea "a" do art. 105, III, da Constituição Federal de 1988. Nesse sentido: REsp 1.186.889/DF, Segunda Turma, Relator Ministro Castro Meira, DJe de 2.6.2010.

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

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

Diante do exposto, **nego provimento ao Recurso Especial.**

É como **voto.**

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA

PRIMEIRA VICE-PRESIDÊNCIA

Pedido de Suspensão de Liminar n. 2015.000328-4, de Itajaí

Relator: Des. Torres Marques

DECISÃO MONOCRÁTICA

O Município de Itajaí, com fundamento no art. 4º da Lei n. 8.437/92, requereu a suspensão dos efeitos da ordem proferida em caráter liminar pelo Juiz de Direito da Vara da Fazenda Pública daquela comarca, nos autos da Ação Civil Pública n. 0900211-78.2014.8.24.0033, proposta pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina, que tem por objeto a inclusão da comunidade Vila da Paz no plano de regularização fundiária e, por conseguinte, a remoção e o reassentamento das famílias residentes no loteamento.

A decisão objurgada determinou, sob pena de incidência de multa diária no valor de R$ 10.000,00 (dez mil reais), que o requerente: a) no prazo de 10 (dez) dias, a contar da intimação, notifique os moradores das casas em situação de alto risco acerca da imprescindibilidade de desocupação dos imóveis, fazendo prova nos autos; b) em até 80 (oitenta) dias a contar da término do prazo previsto no item anterior, promova a interdição imediata de 20 (vinte) moradias, inclusive com a retirada coercitiva dos moradores e com o auxílio de oficiais de justiça e força policial, caso necessário; c) efetue o reassentamento das famílias em habitações populares, concedendo auxílio-moradia em favor delas, na forma da Lei Municipal n. 5.398/09, até a efetivação da medida; d) até a regular interdição das moradias, mensalmente e por intermédio da Coordenadoria Municipal de Defesa Civil, preste informações atualizadas acerca dos riscos geológicos-geotécnicos da área; e) efetuada a interdição, adote as medidas necessárias para que os respectivos imóveis permaneçam desocupados, providenciando o fechamento das portas e janelas, bem como afixando placas no local que informem a situação; f) no prazo de

30 (trinta) dias, a contar da intimação, inclua a comunidade Vila da Paz no Plano Municipal de Regularização Fundiária de Itajaí, com prioridade, nos termos do art. 3º, III, da Lei n. 11.977/09; g) no prazo de 10 (dez) dias, a contar da intimação, preste informações precisas acerca da atual situação do referido plano de regularização.

Sustentou que a determinação acarreta grave lesão à ordem econômica, pois o Município não dispõe de recursos para a concessão de auxílio-moradia às famílias removidas e tampouco para promover a construção de casas populares.

Defendeu a existência de violação ao art. 167, II, da Constituição da República, bem como à cláusula da reserva do possível, e destacou que a incidência de multa diária poderá agravar as finanças municipais.

Asseverou que, com exceção das famílias residentes em moradias consideradas de alto risco, cujo reassentamento já foi efetivado pelo Poder Público, para as demais basta a adoção de medidas preventivas, mitigadoras e de monitoramento, caso se mostre necessário, a critério da Defesa Civil.

Por fim, invocou a presença de risco à ordem pública, sob o fundamento de que é vedada decisão em caráter liminar contra a Fazenda Pública que esgote, no todo ou em parte, o objeto da ação, por violação ao disposto no art. 1º, § 3º, da Lei n. 8.437/92.

É o relatório.

O pedido de suspensão de liminar em sede de ação civil pública encontra-se delimitado no art. 12 da Lei n. 7.347/85, o qual estabelece que a providência justifica-se tão somente para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas.

O Ministério Público do Estado de Santa Catarina intentou a Ação Civil Pública n. 0900211-78.2014.8.24.0033 após o Município de Itajaí ter rejeitado o Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta que,

dentre outras providências, estabelecia a necessidade de remoção de 3 (três) famílias residentes em locais apontados pela Defesa Civil como de risco altíssimo.

Dos autos da ação principal, extrai-se que, em meados de 2008, a Fundação do Meio Ambiente de Itajaí – FAMAI constatou que a vegetação de floresta ombrófila densa secundária existente no Morro da Cruz, localidade Vila da Paz, estava diretamente impactada pela construção de moradias, visto que todas elas se encontravam em área de preservação permanente e algumas apresentavam risco de desabamento, em virtude da ausência de qualquer projeto de engenharia.

O relatório de vistoria elaborado pela entidade (fls. 356/357), registrou que considerável porção do solo é de composição argilosa, nos últimos estágios de sedimentação, o que aumenta o risco de desmoronamento, em especial porque parte das edificações localizam-se em zona de encosta de morro.

A fundação apontou, ainda, a presença de 5 (cinco) nascentes na área vistoriada, fato que, aliado à localização das construções na parte central do declive geomorfológico, caracterizado como sub-bacia, favorece a ocorrência de inundações e a transmissão de doenças, uma vez que inexiste saneamento básico no local (fls. 356/357).

No mesmo ano, o Serviço Municipal de Água, Saneamento Básico e Infra-Estrutura de Itajaí confirmou que a comunidade possuía acesso à rede pública de água, porém não de esgoto, e tampouco existia, até o momento, projeto para a regularização sanitária no Município (fls. 359/360).

Em outubro de 2011, a Secretaria de Habitação de Itajaí constatou, após realizar levantamentos na região, que 106 (cento e seis) famílias já residiam na Vila da Paz.

Na sequência, em maio de 2014, foi elaborada a Avaliação de Risco Geológico-Geotécnico, segundo a qual 20 (vinte) casas encontravam-se

em situação de alto risco, 48 (quarenta e oito) em médio e 44 (quarenta e quatro) em baixo risco (fl. 243).

Calcado nesses elementos, o magistrado *a quo* concedeu a liminar no bojo da ação civil pública, o que motivou o Município de Itajaí a pleitear, perante este juízo, a suspensão da medida.

Para tanto, sustentou haver risco de lesão à economia pública e instruiu os autos originários (mídia em anexo) com gráficos extraídos de seu portal transparência, datados de setembro de 2014, os quais indicam que as despesas, naquele período, superavam as receitas (fl. 456), bem como declaração da Secretaria de Planejamento, Orçamento e Gestão, informando que os recursos da Secretaria de Habitação não comportam a inclusão e pagamento de novos aluguéis sociais (fls. 523/529).

Contudo, tais documentos não são suficientes para mensurar o efetivo impacto financeiro gerado pela decisão, que só poderia ser aferido com a especificação minuciosa e completa das receitas, despesas, valores empenhados, dentre outras informações relevantes referentes às contas municipais, as quais o postulante, por certo, tem à sua disposição e competia-lhe, portanto, trazer ao feito.

Ressalto que, não obstante a notória limitação financeira dos municípios para a implementação de políticas públicas, haja vista o nefasto sistema de repartição de receitas tributárias adotado, é ônus do requerente provar a inviabilidade de realocação de recursos para garantir o cumprimento da ordem judicial, o que não restou demonstrado na hipótese, visto que juntou o orçamento de apenas uma de suas secretarias, sendo desconhecida a situação das demais.

Não bastasse isso, o dano à ordem econômica foi invocado, na peça inaugural, de forma genérica, uma vez que não houve referência a números, dados concretos, e nem sequer levantamento dos custos aproximados que seriam gerados pela execução da decisão.

Destaco que o pedido de suspensão de liminar, por se tratar de medida excepcional, pressupõe a demonstração da magnitude do impacto financeiro causado, o que, na hipótese dos autos, é impossível dimensionar.

Além do mais, convém frisar que a primeira informação de ameaça ao meio ambiente e à segurança dos moradores da Vila da Paz ocorreu no ano de 2005, data em que o ente municipal passou a ter ciência da situação e, a partir de então, teve oportunidade de incluir a comunidade no plano de regularização fundiária e efetuar o planejamento financeiro necessário à sua consecução, de sorte que descabe invocar surpresa diante do comando judicial que ora busca suspender.

No que tange à necessidade de instruir o pedido com prova suficiente do dano alegado, é assente a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

> AGRAVO REGIMENTAL. SUSPENSÃO DE TUTELA ANTECIPADA. TAXA DE LIMPEZA PÚBLICA. COBRANÇA. SUSPENSÃO. ALEGAÇÃO DE GRAVE LESÃO À ORDEM E À ECONOMIA PÚBLICAS. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO. 1. A autorização excepcional prevista nas Leis 4.348/64, 8.437/92 e 9.494/97 não se reveste de caráter revisional, restringindo-se à análise da potencialidade lesiva do ato decisório impugnado frente aos conceitos de ordem, de segurança, de saúde e de economia públicas. 2. A existência da situação de grave lesão à ordem e à economia públicas, alegada para justificar a concessão da medida de contracautela, há de ser cabalmente demonstrada pela entidade estatal que requer a providência autorizada pela legislação específica, não bastando a mera declaração de que a execução do ato decisório comprometerá os valores legalmente protegidos. 3. Agravo regimental improvido (Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada n. 152/PE, rel. Mina. Ellen Gracie, j. 10/3/08).

Dessarte, do cotejo dos elementos amealhados ao feito, verifico que não restou comprovada a ameaça de grave lesão à economia pública alegada.

Por fim, os fundamentos referentes à multa cominatória imposta e ao risco de comprometimento da ordem pública, por violação ao art. 1º, § 3º, da Lei n. 8.437/92, são impassíveis de apreciação no âmbito do pedido de suspensão de liminar, porquanto dizem respeito ao juízo de legalidade ou juridicidade da decisão, questões atinentes ao mérito da causa principal, que somente podem ser discutidas, se for o caso, por meio do recurso próprio.

A propósito, é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

> A suspensão de liminar e de segurança é medida na qual não cabe o exame das questões de fundo da lide, devendo a análise limitar-se ao aspecto político. Avalia-se a potencialidade lesiva da medida concedida, confrontando-a com os valores juridicamente protegidos, sem se adentrar o mérito da causa, pois a suspensão não tem caráter revisional, tampouco substitui a via recursal própria (AgRg na SS 1419/DF, rel. Min. João Otávio de Noronha, rel. p/ acórdão Min. João Otávio de Noronha, Corte Especial, j. 1.8.2013).

Assim, da ponderação dos valores juridicamente protegidos, considerando a ausência de demonstração concreta dos pressupostos insculpidos no art. 12, § 1º, da Lei n. 7.347/85, não prospera o pleito de suspensão dos efeitos da decisão proferida em caráter liminar nos autos da Ação Civil Pública n. 0900211-78.2014.8.24.0033.

Ante o exposto, indefiro o pedido.

Publique-se.

Intime-se.

Florianópolis, 26 de janeiro de 2015.

Torres Marques
1º VICE-PRESIDENTE

CONSELHO DA MAGISTRATURA

Recurso Inominado n. 2014.900018-3, de Itapema

Relator: Des. Torres Marques

RECURSO INOMINADO. PROCEDIMENTO QUE TRATA DA COBRANÇA DE EMOLUMENTOS POR REGISTROS REFERENTES A CONTRATO IMOBILIÁRIO. ATOS JÁ REALIZADOS E COBRADOS. INTERPOSIÇÃO EQUIVOCADA DE SUSCITAÇÃO DE DÚVIDA INVERSA. INICIAL QUE DEVERIA TER SIDO RECEBIDA COMO RECLAMAÇÃO ADMINISTRATIVA. CABIMENTO DO RECURSO INOMINADO COMO VIA PRÓPRIA DE IMPUGNAÇÃO. CONHECIMENTO.

PRELIMINAR. NULIDADE DA DECISÃO POR AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. ADOÇÃO DO PARECER MINISTERIAL. PRÁTICA QUE ENCONTRA AMPLO ABRIGO NA JURISPRUDÊNCIA. EXPOSIÇÃO CONCISA QUE NÃO SE CONFUNDE COM AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. PREFACIAL REJEITADA.

MÉRITO. INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA. CONTRATO DE PROMESSA DE PERMUTA DE TERRENO POR ÁREA A SER CONSTRUÍDA. DIVISÃO DO IMÓVEL EM DEZOITO FRAÇÕES IDEAIS. REALIZADOS DEZOITO REGISTROS DE ENTREGA DO TERRENO, UM DA INCORPORAÇÃO E DEZOITO DE ENTREGA DAS UNIDADES A SEREM CONSTRUÍDAS. DECISÃO DE PRIMEIRO GRAU QUE DETERMINOU A LAVRATURA DE APENAS UM REGISTRO EM RAZÃO DE TODO O CONTRATO. INSURGÊNCIA DO ENTÃO OFICIAL REGISTRADOR. EMOLUMENTOS DO REGISTRO DA INCORPORAÇÃO ACERTADAMENTE COBRADOS PELO OFICIAL. NECESSIDADE DE REALIZAÇÃO DE APENAS UM REGISTRO QUANTO À ENTREGA DO TERRENO. DEZOITO REGISTROS DE ENTREGA DAS UNIDADES AUTÔNOMAS REALIZADOS COM CORREÇÃO, PORÉM, COBRANÇA QUE DEVE SER UNA, A TEOR DO ART. 273-A, § 1º, DA LEI 6.015/73.

DETERMINAÇÃO DA DEVOLUÇÃO DOS EMOLUMENTOS COBRADOS EM EXCESSO, ACRESCIDOS DE JUROS MORATÓRIOS, CORREÇÃO MONETÁRIA E MULTA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso Inominado n. 2014.900018-3, da comarca de Itapema, em que é recorrente Guilherme Torquato de Figueiredo Valente, e recorrido Edson Luiz de Souza:

O Conselho da Magistratura decidiu, por votação unânime, afastar a preliminar e dar parcial provimento ao recurso.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Exmos. Des. Ricardo Fontes, Lédio Rosa de Andrade, Cláudio Valdyr Helfenstein, Sônia Maria Schmitz, Raulino Jacó Brüning, Jairo Fernandes Gonçalves e Carlos Adilson Silva.

Funcionou pela Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Dr. Odil José Cota.

Florianópolis, 11 de maio de 2015.

Torres Marques
PRESIDENTE E RELATOR

RELATÓRIO

Edson Luiz Souza formulou suscitação de dúvida inversa em face de Guilherme Torquato de Figueiredo Valente, que à época dos fatos atuava como Oficial do Registro de Imóveis da Comarca de Itapema/SC.

Aduziu ter apresentado perante o Cartório de Registro de Imóveis o contrato de promessa de permuta de um terreno, matrícula n. 22.044, por 5 (cinco) unidades de apartamento e 13 (treze) unidades de garagem a serem incorporadas no local. Em contrapartida, foi-lhe demonstrado cálculo de emolumentos referente a 37 (trinta e sete) registros.

Por não concordar com a quantidade de atos cobrados, o suscitante, após realizar o pagamento dos emolumentos, ingressou com o presente procedimento administrativo (fl. 2).

Instado, o suscitado apresentou resposta, na qual arguiu, em síntese, que o título apresentado continha 18 (dezoito) negócios jurídicos de promessa de permuta que envolviam 2 (dois) registros cada, o que ensejou a necessidade de efetuarem-se 36 (trinta e seis) atos referentes aos 18 (dezoito) negócios, além de 1 (um) registro da incorporação imobiliária, totalizando 37 (trinta e sete) atos de registro com valor (fls. 35/45).

Em parecer, o Ministério Público manifestou-se pela procedência da suscitação (fls. 107/108).

Ao final, o pleito foi julgado procedente para determinar que o suscitado lavrasse apenas 1 (um) registro sob o da matrícula do terreno em virtude do contrato de promessa de permuta (fls. 109/112).

Inconformado, o então Oficial do Registro de Imóveis de Itapema interpôs recurso inominado (fls. 118).

Em suas razões, sustentou, em caráter preliminar, que os atos de registro cuja cobrança é impugnada já foram realizados, de forma que o procedimento adequado para tratar do deslinde da questão não seria a suscitação de dúvida, mas a reclamação administrativa contra a cobrança indevida ou excessiva de emolumentos, prevista nos arts. 42 e 43 da Lei Complementar Estadual n. 156/97. Alegou, ainda, que a sentença recorrida foi maculada pela ausência de fundamentação, em confronto aos preceitos do art. 93, IX e X, da Constituição da República, pelo que requereu a decretação de nulidade do ato decisório.

No mérito, repisou as argumentações tecidas na resposta à inicial e ponderou que cada uma das 18 (dezoito) partes do terreno que foi permutada por uma fração ideal representa dois atos de promessa,

recíprocos e simultâneos, de transmissão de propriedade, do que emerge a necessidade de dois registros por fração, formando o total de 36 (trinta e seis) registros (fls. 119/132).

À fl. 133, o recurso foi rejeitado, com respaldo no entendimento de que o registrador não possui legitimidade para recorrer da sentença.

O suscitado, então, impetrou mandado de segurança, autuado sob o n. 2013.019189-9, no qual obteve provimento liminar, da lavra do Exmo. Des. Gaspar Rubick, para determinar que o juízo impetrado desse ao recurso o devido processamento (fls. 150/151).

Revogada a decisão nestes autos (fl. 152), foi aberta vista ao suscitante para a apresentação de contrarrazões, prazo que transcorreu *in albis* (fl. 155).

Distribuídos os autos neste Conselho da Magistratura (fl. 159), o Exmo. Des. Carlos Adilson Silva, então designado relator, declarou-se impedido para atuar no feito (fl. 160). Redistribuídos (fl. 161), vieram-me conclusos.

É o relatório.

VOTO

Trata-se de recurso inominado interposto por Guilherme Torquato de Figueiredo Valente, que à época dos fatos atuava como Oficial do Registro de Imóveis da Comarca de Itapema/SC, contra a sentença que julgou procedente a suscitação de dúvida inversa formulada por Edson Luiz Souza.

Inicialmente, cumpre consignar que a Lei n. 6.015/73 (Lei de Registros Públicos) prevê, em seu art. 202, que a sentença proferida em sede de suscitação de dúvida é impugnável por meio de apelação, que terá efeito suspensivo e devolutivo.

Entretanto, conforme bem apontou o recorrente, o procedimento apropriado para o enfrentamento de questões desta natureza consiste na reclamação administrativa contra a cobrança indevida ou excessiva de emolumentos, prevista nos arts. 42 e 43 da Lei Complementar Estadual n. 156/97 (Regimento de Custas e Emolumentos do Estado de Santa Catarina), cuja decisão pode ser revista através de recurso inominado, nos termos do art. 42, § 2º, do mesmo Diploma.

Isso porque a letra da Lei n. 6.015/73 é clara ao ditar as hipóteses de cabimento da suscitação de dúvida, através da redação do seu art. 198:

> Art. 198 - Havendo exigência a ser satisfeita, o oficial indicá-la-á por escrito. Não se conformando o apresentante com a exigência do oficial, ou não a podendo satisfazer, será o título, a seu requerimento e com a declaração de dúvida, remetido ao juízo competente para dirimi-la, obedecendo-se ao seguinte:
>
> I - no Protocolo, anotará o oficial, à margem da prenotação, a ocorrência da dúvida;
>
> Il - após certificar, no título, a prenotação e a suscitação da dúvida, rubricará o oficial todas as suas folhas;
>
> III - em seguida, o oficial dará ciência dos termos da dúvida ao apresentante, fornecendo-lhe cópia da suscitação e notificando-o para impugná-la, perante o juízo competente, no prazo de 15 (quinze) dias;
>
> IV - certificado o cumprimento do disposto no item anterior, remeter-se-ão ao juízo competente, mediante carga, as razões da dúvida, acompanhadas do título.

Cinge-se o procedimento de suscitação de dúvida, portanto, à análise da licitude das exigências feitas pelo oficial como condições para a registrabilidade do título, quando forem objeto de inconformismo ou não puderem ser satisfeitas pelo apresentante. Se, por outro lado, as exigências já foram atendidas pelo apresentante e o ato registral já se perfectibilizou, não há que se falar, a rigor, em dúvida registral, mas em efetiva percepção de emolumentos indevidos ou em excesso.

É o que se extrai da doutrina de Ricardo Henry Marques Dip:

> [...] a dúvida registral é, principalmente, uma objeção fundada, um obstáculo motivado, à prática do registro (*lato sensu*, ou seja, abrangendo a averbação), um juízo – em rigor, concludente de alguma forma de argumentação – *negativo* de uma qualificação. Ato pessoal próprio, primeira e diretamente, do registrador, a *qualificação registrária* (juízo prudencial, positivo ou negativo, da potência de um título em ordem a sua inscrição imobiliária, com o correspondente império jurídico de seu registro ou de sua irresignação), a qualificação registral pode ser positiva (a admissão do registro de um título) ou negativa (a recusa fundada ao registro). A dúvida registrária corresponde, *materialmente* e de modo próprio, a essa *recusa*, embora a designação de comum se estenda, já agora impropriamente, aos *motivos* da recusa. Nesse sentido, a dúvida é a negativa de um registro e também a razão pela qual se julga que um dado título não pode inscrever-se no Registro Imobiliário (ALVIM NETO, José Manuel de Arruda; CLÁPIS, Alexandre Laizo; CAMBLER, Everaldo Augusto (Coords.). Lei de Registros Públicos: comentada. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 1.068).

No mesmo sentido, já se manifestou esta Corte de Justiça:

> O procedimento de suscitação de dúvida não se presta à decretação do cancelamento de registro já efetuado; objetiva, sim, decisão judicial sobre a legitimidade ou ilegitimidade das exigências impostas pelo oficial como condição do registro. Logo, sua instauração é sempre anterior ao registro do título; se esse já se deu, deve o interessado, que discordar de sua regularidade, pleitear-lhe a anulação pelas vias próprias, e não suscitar dúvida perante o juiz, pois dúvida, mesmo, não há (Apelação Cível n. 2002.025901-8, de Balneário Camboriú, rel. Des. Jaime Luiz Vicari, j. 17/7/2008).

No caso concreto, a certidão da fl. 3 e a documentação acostada às fls. 4/23 (relatório de emolumentos e matrícula do imóvel) demonstram que os emolumentos cobrados já foram pagos e os atos de promessa de permuta que foram objeto do contrato apresentado ao Ofício de Registro de Imóveis já foram devidamente registrados no fólio real do imóvel de matrícula n. 22.044. E, precisamente por este motivo, na ocasião

da apresentação da peça vestibular, o momento propício à suscitação de dúvida já havia sido superado, por se tratar de procedimento que invariavelmente deve anteceder ao registro do título.

Destarte, o petitório inaugural deveria, desde o início, ter obtido o tratamento de reclamação administrativa, e agiu com correição o recorrente ao optar pela interposição de recurso inominado contra a decisão proferida, não obstante o procedimento ter sido recebido como suscitação de dúvida no primeiro grau de jurisdição.

Assim, escorreita a interposição do recurso inominado, nos termos do art. 42, § 2º, c/c art. 43, ambos da Lei Complementar Estadual n. 156/1997.

No tocante à preliminar de nulidade da sentença por ausência de fundamentação, sorte não assiste ao recorrente.

É cediço que os atos decisórios não exigem a fundamentação exaustiva como pressuposto de sua validade, porquanto a decisão concisa, que aprecie os elementos de convicção presentes no processo e com base neles decida, não se confunde com o vício de ausência de fundamentação nem malfere o preceito contido no art. 93, IX, da Constituição da República.

No caso em tela, a magistrada sentenciante manifestou-se sobre a admissibilidade do procedimento de suscitação de dúvida inversa e, no mérito da causa, acolheu os fundamentos expostos no parecer ministerial e com base neles proferiu sua decisão, de forma que as razões que levaram ao seu convencimento e à procedência do pedido inicial são suficientemente conhecidas pelas partes.

Ademais, anote-se que a adoção de parecer proferido pelo Ministério Público não implica em deficiência na exposição das bases de convicção, pois a jurisprudência é remansosa em afirmar que, desde que idônea a motivação apresentada pelo órgão ministerial, o proceder não encontra qualquer óbice constitucional.

Sobre o tema, colaciona-se julgado do Supremo Tribunal Federal:

> PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO. INOCORRÊNCIA. ADOÇÃO DE PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO COMO FUNDAMENTAÇÃO. POSSIBILIDADE. ORDEM DENEGADA. I - Ambas as Turmas possuem precedentes no sentido de que a adoção do parecer do Ministério Público como razões de decidir pelo julgador, por si só, não caracteriza ausência de motivação, desde que as razões adotadas sejam formalmente idôneas ao julgamento da causa. Precedente. II - Ordem denegada (Habeas Corpus n. 96.310, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 30/6/2009).

Não é outro o entendimento deste Tribunal de Justiça:

> NULIDADE DA SENTENÇA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. OFENSA AO INCISO IX DO ARTIGO 93 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INOCORRÊNCIA. ADOÇÃO INTEGRAL DO PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO. POSSIBILIDADE. MOTIVAÇÃO E FUNDAMENTAÇÃO EVIDENCIADA. PREFACIAL AFASTADA. Inexiste irregularidade ou impedimento ao Magistrado fundamentar sua decisão em parecer do Ministério Público atuante como *custos legis* (Apelação Cível n. 2008.000304-8, da Capital, rel. Des. Guilherme Nunes Born, j. 4/10/2012).

Não há, portanto, qualquer nulidade a ser reconhecida, pelo que se rejeita a arguição preliminar e passa-se à apreciação do mérito.

O cerne da insurgência apresentada na petição inicial surgiu após a celebração de contrato de promessa de permuta do terreno urbano registrado sob a matrícula de n. 22.044 por área consistente em 18 (dezoito) imóveis, sendo 5 (cinco) apartamentos e 13 (treze) vagas de garagem, a serem construídos no local (fls. 24/29).

Quando referido título foi apresentado no Ofício do Registro de Imóveis de Itapema, o então oficial registrador efetuou três etapas subsequentes de atos registrais.

Na primeira etapa, referente à promessa de entrega do terreno pelo proprietário à incorporadora, promoveu 18 (dezoito) registros sob a matrícula do imóvel, cada qual relativo à entrega de uma das frações ideais do terreno sobre as quais viria a ser incorporada a construção (R.4 a R.21, fls. 7/14). Na segunda etapa, realizou o registro da incorporação imobiliária propriamente dita (R.22, fls. 14/16). Por fim, na terceira etapa, referente à promessa de entrega das áreas a serem construídas pela incorporadora ao proprietário do terreno, efetuou outros 18 (dezoito) registros, cada um concernente à entrega, ao proprietário do terreno, de uma das áreas de apartamentos ou vagas de garagem vinculadas às frações ideais (R.23 a R.40, fls. 16/23). Totalizaram-se, ao fim, 37 (trinta e sete) registros, dos quais 36 (trinta e seis) referem-se às partes do terreno e 1 (um) à incorporação imobiliária.

Suscitada a dúvida, a magistrada de primeiro grau, com fulcro no parecer emitido pelo órgão ministerial, considerou equivocado o proceder do agente delegado e determinou que o contrato de promessa de permuta deveria ensejar apenas um registro sob a matrícula do terreno, no qual deveria constar a obrigação assumida pelo incorporador no sentido de construir as unidades prometidas (fls. 109/112).

Em atenção à melhor técnica, passa-se à análise dos registros em questão conforme as etapas acima mencionadas.

I. Primeira etapa registral – Registros R.4 a R.21

De plano, convém ressaltar que o contrato de promessa de permuta que trata de incorporação imobiliária não tem como objeto, no momento de sua celebração, a troca de um bem imóvel por outro, porquanto as unidades a serem construídas ainda não possuem existência fática ou jurídica. Trata-se de instrumento que celebra a entrega de um objeto corpóreo – o terreno, em sua integralidade – em troca de uma obrigação de fazer assumida pela incorporadora: construir e entregar as unidades autônomas que comporão o futuro condomínio edilício.

Porém, devido à taxatividade do rol do art. 167 da Lei de Registros Públicos, é a obrigação de fazer insuscetível de registro próprio ou de negociação com terceiros.

A respeito, leciona Ulysses da Silva:

> Se [...] as partes persistirem em colocar em um pólo da promessa de permuta o todo do imóvel, torna-se transparente a ideia de que, no outro pólo, só pode existir mera obrigação de fazer, como ensinou Afrânio de Carvalho, não suscetível de registro próprio. E, se assim for, isto é, se o primeiro permutante entregar ao incorporador todo o seu imóvel, com que título contará ele para negociar suas unidades? (Condomínio e incorporação, Lei 4.591/64: reflexões de um registrador. Revista de Direito Imobiliário, n. 39 (1996), p. 53).

Por esta razão, dispõe o art. 32 da Lei n. 4.591/64 (Lei de Incorporação Imobiliária) que o incorporador apenas poderá negociar as unidades autônomas após o registro da incorporação imobiliária perante o Ofício do Registro de Imóveis competente. Somente após este ato passam as unidades autônomas a possuir existência jurídica e integrar o conceito de bens imóveis, ainda que fisicamente não tenham sido construídas, e surgem em relação a elas os efeitos dos direitos reais e sua oponibilidade *erga omnes*, a teor do art. 221 do Código Civil. Nas palavras de Melhim Namem Chalhub,

> [...] a atividade empresarial da incorporação envolve uma série de atos de contratação visando criar e transmitir a propriedade sobre as frações ideais do terreno e respectivas acessões, bem como direitos reais a elas relativos; esses atos constituem relações obrigacionais, e visam criar direitos reais sobre tais imóveis, isto é, visam vincular esses imóveis às pessoas dos contratantes, nos termos em que tiver sido contratado. Para criação do vínculo obrigacional basta a celebração do contrato, com observância dos respectivos requisitos, mas para criação do vínculo de direito real entre a pessoa e o bem imóvel é indispensável o registro do título no Registro de Imóveis (Da incorporação imobiliária. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 253).

Assim, na primeira etapa registral, o título que se apresenta à serventia abrange em um dos polos um bem imóvel, o terreno, e no polo oposto uma obrigação de construir as unidades autônomas. De fato, embora o contrato de promessa celebrado preveja a divisão do terreno em frações ideais, seu objeto é o imóvel como um todo, e a existência destas frações na esfera meramente obrigacional, característica deste primeiro momento, obsta a divisão do terreno para fins de registro da promessa de sua entrega. Assim é que, de início, registra-se a promessa de permuta quanto ao terreno como um todo, e faz-se constar neste registro a ressalva da obrigação da contrapartida futura assumida pelo incorporador.

Sobre essa etapa, leciona Mario Pazutti Mezzari:

> Do ponto de vista do registro imobiliário, uma vez pactuada esta permuta, o que exigirá escritura pública segundo a regra do art. 134, II, do Código Civil, será efetuado na matrícula do terreno o registro da transmissão por permuta; e, como ensinou Caio Mario da Silva Pereira, este negócio "fica perfeitamente definido como condicional", motivo pelo qual deverá ser inserida no próprio registro da permuta, sob o rótulo de "condição", a obrigação da contrapartida futura (Condomínio e incorporação no Registro de Imóveis. Porto Alegre: Norton, 2002, p. 158).

Diante disso, a conduta do recorrente na primeira etapa registral, qual seja, a divisão, desde logo, do terreno de matrícula n. 22.044 em partes, seguida dos 18 (dezoito) registros de números R.4 a R.21, nos quais constava a promessa de entrega de dezoito frações ideais do terreno, foi desacertada e alheia à própria natureza jurídica do negócio celebrado, além de estranha à técnica registral dominante, visto que apenas 1 (um) ato deveria ter sido praticado, concernente à entrega da integralidade do imóvel prometido à permuta.

Por conseguinte, os valores referentes aos emolumentos colhidos em virtude da lavratura dos 17 (dezessete) registros em excesso sob a matrícula do terreno n. 22.044 devem ser devolvidos ao recorrido.

II. Segunda etapa registral – Registro R.22

Na segunda etapa dos atos da serventia, conforme referido, era imprescindível o registro da incorporação imobiliária sob a matrícula do terreno prometido à permuta, a fim de ensejar a existência jurídica das unidades a serem construídas – as quais, até então, não passavam de objeto de relação obrigacional – e permitir sua negociação.

Dessa forma, verifica-se que o recorrente agiu com correção quando assim procedeu na matrícula do imóvel.

III. Terceira etapa registral – Registros R.23 a R.40

Por fim, após o registro da incorporação e consequente viabilização do exercício dos direitos reais relativos às unidades autônomas a serem construídas, também havia a necessidade de realização de uma terceira etapa registral na matrícula de origem do imóvel, abrangendo a entrega, ao proprietário do terreno, das frações ideais vinculadas às unidades futuras, a fim de se perfectibilizarem os fins previstos no contrato de promessa.

Nesse sentido, continua o escólio de Mario Pazutti Mezzari:

> Com relação à unidade autônoma futura, os passos registrais dependerão das cláusulas do próprio negócio realizado: se na permuta já ficar perfeitamente identificada a unidade autônoma futura; se, juntamente com a escritura de permuta, for registrada a incorporação imobiliária do empreendimento; se tiver sido pago o imposto de transmissão relativo à dita unidade futura – então, após o registro da permuta, será feito o registro da incorporação imobiliária que possibilitará, por sua vez, o registro da transmissão definitiva da fração ideal vinculada à unidade autônoma futura (op. cit., p. 158).

Contudo, repita-se, neste momento procedimental, o polo contratual que antes consistia em mera obrigação de fazer passou a ser formado por dezoito unidades autônomas com existência jurídica própria. Por este motivo, a recém surgida autonomia imobiliária das unidades prometidas enseja a necessidade de que a cada uma corresponda um

registro, ainda que todos sob o mesmo fólio, sem prejuízo da eventual abertura de matrículas individuais.

A prática encontra-se disciplinada no art. 237-A, *caput*, da Lei n. 6.015/73, incluído pela Lei n. 11.977/09:

> Art. 237-A. Após o registro do parcelamento do solo ou da incorporação imobiliária, até a emissão da carta de habite-se, as averbações e registros relativos à pessoa do incorporador ou referentes a direitos reais de garantias, cessões ou demais negócios jurídicos que envolvam o empreendimento serão realizados na matrícula de origem do imóvel e em cada uma das matrículas das unidades autônomas eventualmente abertas.

Anote-se que, nesta etapa, a atual sistemática prevista no art. 773 do Código de Normas da Corregedoria-Geral da Justiça de Santa Catarina, em vigência desde maio de 2014 e com redação alterada pelo Provimento n. 15-CGJ, de 11 de dezembro de 2014, estabelece como procedimento correto, concomitantemente ao registro da incorporação, a abertura de dezoito matrículas individuais, uma para cada unidade prometida à permuta. Entretanto, à época da realização dos registros, ocorridos em 24 de junho de 2011 (fls. 7/23), vigorava o antigo Código de Normas, publicado em 2003, o qual era omisso em relação à matéria, de forma que não era exigível do oficial a conduta de abertura de matrículas individuais simultaneamente ao registro da incorporação.

Desta forma, agiu com correção o registrador quando realizou 18 (dezoito) registros sob a matrícula do terreno de n. 22.044, um para cada unidade de apartamento ou garagem a ser construída pelo incorporador e entregue ao proprietário.

Contudo, conforme ponderou o Vice-Corregedor-Geral da Justiça, Exmo. Des. Ricardo Fontes, após o seu pedido de vista dos presentes autos, o procedimento adotado pelo recorrente em relação aos emolumentos cobrados nesta etapa merece retoque.

De fato, o § 1º do art. 237-A da Lei de Registros Públicos, ao disciplinar a realização de registros individuais na matrícula de origem,

assevera que, para efeitos de cobrança, estes registros deverão ser considerados como ato único, independentemente da quantidade de unidades autônomas envolvidas:

> § 1º Para efeito de cobrança de custas e emolumentos, as averbações e os registros relativos ao mesmo ato jurídico ou negócio jurídico e realizados com base no *caput* serão considerados como ato de registro único, não importando a quantidade de unidades autônomas envolvidas ou de atos intermediários existentes.

A lição de Luiz Guilherme Loureiro não deixa dúvidas quanto à unicidade da cobrança, apesar de múltiplos os atos, quando se tratar de registro de unidades autônomas concomitantemente ao registro da incorporação imobiliária:

> O objeto da norma é conferir tratamento homogêneo nos registros e averbações referentes a parcelamento de solo e incorporações imobiliárias e evitar práticas que onerem os empreendimentos imobiliários. Destarte, não só os registros e averbações feitos após o registro do empreendimento imobiliário até o "habite-se", como também aqueles feitos concomitantemente ao registro da incorporação ou do parcelamento do solo, devem ser cobrados como ato único, não sendo admissível a cobrança cumulativa dos emolumentos (Registros Públicos: Teoria e prática. 6 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2014).

Diante disso, conclui-se que, muito embora tenha sido acertada a realização dos registros de números R.23 a R.40 sob o fólio real do terreno, estes dezoito atos deveriam ter sido cobrados como se um só fossem, por força da determinação expressa do art. 237-A, § 1º, da Lei n. 6.015/73.

O dispositivo, conforme referido, foi incluído por diploma legislativo promulgado no ano de 2009 e teve sua redação alterada pela Lei n. 12.424, de 16 de junho de 2011. Assim, encontrava-se em pleno vigor à época da realização dos registros ora questionados e deveria ser de conhecimento do agente delegado, por referir-se diretamente às suas incumbências.

Cumpre ressaltar que a aplicabilidade do § 1º do art. 237-A da Lei de Registros Públicos, logo após sua inclusão pela Lei n. 11.977/09, passou a ser objeto de discussão, devido ao fato de que este diploma, em sua primeira parte, dispõe sobre o Programa Minha Casa, Minha Vida, o que ensejou a tese de que a cobrança una de emolumentos apenas aplicar-se-ia às incorporações realizadas nos termos do programa governamental.

Não obstante, a questão foi pacificada pelo Conselho Nacional de Justiça nos autos do Procedimento de Controle Administrativo n. 0005525-75.2009.2.00.0000, julgado em 12 de abril de 2011, de forma que a controvérsia não mais subsistia por ocasião da realização dos atos registrais aqui questionados. O julgado, ao decidir pela aplicabilidade geral do dispositivo em apreço, foi assim ementado:

> PEDIDO DE PROVIDÊNCIAS. AVISO 421/2009 DA CGJRJ – INTERPRETAÇÃO DO ART. 237-A DA LEI 6.015/73 – INCLUSÃO PELO ART. 76 DA LEI 11.977/2009 – APLICAÇÃO GERAL A TODOS OS PARCELAMENTOS E INCORPORAÇÕES IMOBILIÁRIAS – AFASTAMENTO DA INTERPRETAÇÃO QUE RESTRINGE SUA INCIDÊNCIA AOS IMÓVEIS OBJETO DO PROGRAMA MINHA CASA, MINHA VIDA – PMCMV.
>
> I – Pelo Aviso nº 421/2009, a Corregedoria Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro considerou que o art. 237-A, § 1º, introduzido na Lei 6.015/73 pela Lei nº 11.977/2009, que dispõe, dentre outros assuntos, sobre o Programa Minha Casa, Minha Vida – PMCMV, aplicar-se-ia, exclusivamente, às incorporações imobiliárias objeto do referido programa.
>
> II – Interpretação que não se coaduna com a interpretação histórica, sistemática e teleológica a ser conferida ao novel dispositivo, já que a nova disciplina insere-se na competência privativa da União prevista no art. 22, XXV da Constituição Federal, não se cuida de isenção tributária heterônoma e visa atenuar os custos da incorporação imobiliária para reduzir o conhecido déficit habitacional brasileiro.
>
> III – O art. 237-A, § 1º, da Lei 6.015/73 aplica-se a todos os parcelamentos e incorporações imobiliárias, não se encontrando restrito às incorporações objeto do Programa Minha Casa, Minha Vida – PMCMV.

> IV – Voto no sentido de anular o Aviso nº 421/2009 da CGJRJ e expedir recomendação para que todos os Tribunais de Justiça apliquem a interpretação conferida por este voto ao art. 237-A, § 1º da Lei 6.015/73 (Pedido de Providências n. 0005525-75.2009.2.00.0000, rela. Conselheira Eliana Calmon, j. 12/4/2011).

Nesses termos, verifica-se que o recorrente incorreu em excesso ao realizar a cobrança de 18 (dezoito) atos registrais nesta terceira etapa, pois deveria tê-los considerado, para efeitos de pagamento de emolumentos, como um ato uno. Assim, impende determinar a devolução ao recorrido dos valores referentes às 17 (dezessete) cobranças em excesso.

Por todo o exposto, deve o recorrente efetuar a devolução dos valores correspondentes aos 17 (dezessete) registros realizados em excesso na primeira etapa registral (Registros R.4 a R.21), bem como dos valores correspondentes aos 17 (dezessete) registros cobrados em excesso na terceira etapa registral (R.23 a R.40).

Os valores a serem devolvidos devem ser acrescidos de juros de 1% (um por cento) ao mês, a teor do art. 406 do Código Civil, além de correção monetária de acordo com o INPC, nos termos do Provimento n. 13/95 da Corregedoria-Geral de Justiça do Estado, a contar da data do pagamento (24 de junho de 2011 – fl. 3).

Ademais, a Lei Complementar Estadual n. 156/97, ao disciplinar o procedimento de reclamação administrativa por percepção indevida de emolumentos, determina em seu art. 41, *caput*, que a devolução dos valores deverá ser acompanhada do pagamento de multa correspondente ao dobro do valor indevidamente recebido. A reprimenda constitui consectário da recepção indevida e não tem sua aplicação condicionada à má-fé do agente, de forma que deve ser também imposta ao recorrente, uma vez que, no exercício de seus encargos, deveria ser conhecedor da técnica registral dominante ou, caso não o fosse, incumbir-lhe-ia suscitar dúvida ao juízo competente, e não proceder à cobrança indevida de emolumentos.

Em situação semelhante, assentou o Tribunal de Justiça do Paraná ao se pronunciar nos termos da legislação estadual de regência, que também prevê a pena de multa para a percepção excessiva de emolumentos (art. 193, IV c/c o art. 194, II do Código de Organização e Divisão Judiciárias do Estado):

> RECURSO CONTRA IMPOSIÇÃO DE PENA DISCIPLINAR – DECISÃO RECORRIDA QUE APLICOU PENA DE MULTA – COBRANÇA DE EMOLUMENTOS EM EXCESSO PARA AVERBAÇÃO DE CONSTRUÇÃO – ALEGAÇÃO DE EXISTÊNCIA DE DÚVIDA OBJETIVA QUANTO AO VALOR DOS EMOLUMENTOS – TABELA DAS CUSTAS DOS ATOS DOS OFICIAIS DO REGISTRO DE IMÓVEIS QUE DISPÕE EXPRESSAMENTE O VALOR A SER COBRADO – AGENTE DELEGADO QUE LABORA EXCLUSIVAMENTE COM ESTE TIPO DE COBRANÇA E DETÉM OBRIGAÇÃO DE SABER A LEGISLAÇÃO APLICÁVEL A CADA CASO – CASO A DÚVIDA REALMENTE EXISTISSE DEVERIA SUSCITAR DÚVIDA E NÃO COBRAR VALOR MAIOR DO QUE AQUELE DEVIDO – OCORRÊNCIA DE DANO AO INTERESSADO E À ATIVIDADE REGISTRAL – CULPA *IN VIGILANDO* CARACTERIZADA – INEXISTÊNCIA DE OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA INSIGNIFICÂNCIA, PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE – AUSÊNCIA DE NULIDADE DA SENTENÇA – PENA CORRETAMENTE APLICADA – RECURSO DESPROVIDO (Recurso contra Imposição de Pena Disciplinar n. 2012.0317932-4/001, rel. Des. Luiz Osório Moraes Panza, j. 11/10/2013).

Ressalte-se que, no caso concreto, a determinação de incidência da sanção em recurso exclusivo da parte sucumbente não configura *reformatio in pejus*, uma vez que se trata de decorrência necessária do recebimento do presente inconformismo como recurso inominado em reclamação administrativa ao invés de apelação em suscitação de dúvida, em atenção a pleito formulado pelo próprio recorrente. E, conforme pacífica doutrina e jurisprudência, não há falar em *reformatio in pejus* em procedimento administrativo, pois o princípio proibitivo desta espécie de reforma somente incide nos feitos judiciais.

Nesta senda, já se pronunciou o Supremo Tribunal Federal:

> A possibilidade da administração pública, em fase de recurso administrativo, anular, modificar ou extinguir os atos administrativos em razão de legalidade, conveniência e oportunidade, é corolário dos princípios da hierarquia e da finalidade, não havendo se falar em *reformatio in pejus* no âmbito administrativo, desde que seja dada a oportunidade de ampla defesa e o contraditório ao administrado e sejam observados os prazos prescricionais (Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo n. 641.054, rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, j. 22/5/2012).

Remeta-se cópia da presente decisão ao gabinete do Exmo. Des. Carlos Adilson Silva, haja vista a pendência do julgamento do Mandado de Segurança n. 2013.019189-9.

Ante o exposto, voto no sentido de afastar a preliminar e dar parcial provimento ao recurso.

ÓRGÃO ESPECIAL

Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2014.040641-8, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina

Relator: Des. Cesar Abreu

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI DO MUNICÍPIO DE SÃO LOURENÇO DO OESTE QUE ATRIBUI AOS PROCURADORES A PERCEPÇÃO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS QUANDO PARTE O ENTE FEDERATIVO, AINDA QUANDO OCUPEM CARGO EM COMISSÃO. ALTERAÇÃO DO PROJETO DE LEI DE INICIATIVA DO PODER EXECUTIVO POR EMENDA PARLAMENTAR, VEDANDO A PARTICIPAÇÃO NO RATEIO DOS HONORÁRIOS QUANDO DA NOMEAÇÃO PARA CARGO COMISSIONADO. POSSIBILIDADE. EMENDA PARLAMENTAR QUE GUARDA PERTINÊNCIA TEMÁTICA COM O PROJETO ORIGINAL E QUE NÃO RESULTA AUMENTO DE DESPESA. NECESSIDADE DE SE CONFERIR INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO PARA EXCLUIR A INTERPRETAÇÃO DE QUE VEDADA A PARTICIPAÇÃO NO RATEIO QUANDO O PROCURADOR EFETIVO FOR NOMEADO PARA O CARGO EM COMISSÃO DE PROCURADOR-GERAL DO MUNICÍPIO. PROCEDÊNCIA PARCIAL DA AÇÃO PARA DAR INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO, NOS TERMOS DA FUNDAMENTAÇÃO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2014.040641-8, da comarca de Tribunal de Justiça de Santa Catarina, em que é requerente Prefeito Municipal de São Lourenço do Oeste e requerida a Câmara Municipal de Vereadores de São Lourenço do Oeste e outro:

O Órgão Especial decidiu, por maioria, julgar parcialmente procedente a ação direta de inconstitucionalidade para conferir

interpretação conforme a constituição, nos termos da fundamentação. Vencidos os Exmos. Srs. Des. Ronei Danielli, Des. Pedro Manoel Abreu, Des. Luiz Cézar Medeiros, Des. Vanderlei Romer, Des. Nelson Schaefer Martins, Des. Torres Marques, Des. Alexandre d'Ivanenko e Des. Jânio Machado. Custas legais.

O julgamento, realizado no dia 21 de janeiro de 2015, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Torres Marques, com voto, e dele participaram os Exmos. Srs. Des. Salim Schead dos Santos, Desa. Maria do Rocio Luz Santa Ritta, Des. Alexandre d'Ivanenko, Des. Moacyr de Moraes Lima Filho, Des. Jorge Luiz de Borba, Des. Joel Figueira Júnior, Des. Jânio Machado, Desa. Sônia Maria Schmitz, Des. Ronei Danielli, Des. Gaspar Rubick, Des. Pedro Manoel Abreu, Des. Trindade dos Santos, Des. Luiz Cézar Medeiros, Des. Vanderlei Romer, Des. Eládio Torret Rocha, Des. Nelson Schaefer Martins, Des. Sérgio Roberto Baasch Luz, Des. Fernando Carioni, Des. Rui Fortes e Des. Marcus Tulio Sartorato. Funcionou como Representante do Ministério Público o Exmo. Sr. Dr. Basílio Elias de Caro.

Florianópolis, 26 de janeiro de 2015.

Cesar Abreu
RELATOR

RELATÓRIO

Cuida-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta pelo Prefeito Municipal de São Lourenço do Oeste pretendendo ver declarado inconstitucional o § 2º do artigo 1º da Lei Municipal n. 2.144, de 27-2-14, promulgada pela Câmara Municipal de Vereadores.

Alega o autor que a promulgação do dispositivo viola frontalmente o artigo 50, § 2º, incisos II, IV e V, da CE e artigo 61, § 1º, inciso II, alíneas "a" e "c" da CF/88, por se tratar de matéria de iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo.

O Projeto de Lei, de iniciativa do Prefeito Municipal, que dispunha *"sobre a destinação dos honorários de sucumbência nos feitos judiciais em que figuram como parte o Município de São Lourenço do Oeste, o Fundo Municipal de Saúde e autarquias do Município e dá outras providências"*, trazia, na sua versão inicial, quanto aos honorários de sucumbência, o seguinte dispositivo:

> "Art. 1º Os honorários de sucumbência, decorrentes de ações de qualquer natureza em que for parte o Município de São Lourenço do Oeste, o Fundo Municipal de Saúde e as autarquias do Município, serão repassados aos Procuradores do Município, em efetivo exercício na data de seu recebimento, na forma desta Lei.
>
> [...]
>
> § 2º Os integrantes da carreira de Procurador do Município **não** deixarão de perceber honorários quando nomeados para cargo em comissão no Município".

Submetido à Casa Legislativa o Projeto foi alterado, resultando em uma nova redação para o § 2º, assim definida: "Os integrantes da carreira de Procurador do Município deixarão de perceber honorários nos termos desta Lei quando nomeados para cargo em comissão no Município".

Convertido na Lei n. 2.144, de 27-2-14, o projeto foi submetido ao "autógrafo" do Prefeito Municipal, que o vetou, especificamente quanto à nova redação do § 2º do artigo 1º da referida Lei.

Com a rejeição do veto, comparece o Prefeito Municipal, em peça subscrita pela Procuradora-Geral do Município, pretendendo a declaração de inconstitucionalidade do § 2º do artigo 1º da Lei n. 2.144, na redação que lhe foi dada pela Casa Legislativa.

Em resposta, o Presidente da Câmara de Vereadores sustentou, como preliminar, a "impossibilidade de controle concentrado de constitucionalidade de lei municipal quando suscitado confronto com a constituição federal".

No mérito, alegou, em suma, que o legislativo municipal tem competência para emendar texto de iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo, quando a intervenção guardar pertinência temática com o projeto de lei e dela não resultar aumento de despesa.

Com vista dos autos, a Procuradoria-Geral de Justiça opinou pela improcedência do pedido, em parecer assinado pelo Dr. Basílio Elias de Caro.

VOTO

1. Inicialmente, registre-se a desnecessidade de se citar a Procuradoria-Geral do Município para a defesa da norma impugnada, pois o Procurador-Geral do Muncípio subscreve a inicial (cf. TJSC – ADI 2008.009805-4, Rel. Des. Pedro Manoel Abreu).

2. Na sequência, rejeita-se a preliminar arguida pelo Senhor Presidente da Câmara de Vereadores de São Lourenço do Oeste.

Como é pacífico na jurisprudência da Corte, os Tribunais de Justiça possuem competência para julgar a ação direta de inconstitucionalidade de leis estaduais e municipais (normas-objeto) em face do texto das Constituições dos Estados (normas-parâmetro), ainda que se trate de norma de imitação ou de reprodução da Carta Federal.

Precedente do STF:

> É competente o Tribunal de Justiça (e não o Supremo Tribunal), para processar e julgar ação direta contra lei estadual contrastada com a norma da Constituição local, mesmo quando venha esta a consubstanciar mera reprodução de regra da Carta Federal, cabendo, em tese, recurso extraordinário de decisão que vier a ser proferida sobre a questão (STF - ADI 1.529-0).

E desta Corte:

> AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. NORMA CONTESTADA EM FACE DE DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL

> ESTADUAL CUJO TEOR É IDÊNTICO AO PREVISTO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. COMPETÊNCIA DESTA CORTE DE JUSTIÇA.
>
> '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. (RE n. 199.293/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 19-5-2004)' (ADI 2007.04420-3).

Nesses termos, dizendo a causa de pedir com violação a texto da Constituição do Estado (art. 50, § 2º, inciso II, IV e V, CE), afasta-se a preliminar.

3. Quanto ao mérito, convém transcrever não apenas o dispositivo de lei questionado nesta ação direta (art. 1º, § 2º), mas também os artigos 1º, 2º, 3º e 6º da Lei 2.144/2014, que dispõe "sobre a destinação dos honorários de sucumbência nos feitos judiciais em que figuram como parte o Município de São Lourenço do Oeste, o Fundo Municipal de Saúde e Autarquias do Município e dá outras providências", *verbis*:

> Art. 1º Os honorários de sucumbência, decorrentes de ações de qualquer natureza em que for parte o Município de São Lourenço do Oeste, o Fundo Municipal de Saúde e as Autarquias do Município, serão repassados aos Procuradores do Município, em efetivo exercício na data de seu recebimento, na forma desta lei:
>
> § 1º Os honorários não constituem encargo do Tesouro Municipal, e serão pagos exclusivamente pela parte sucumbente ou devedora, adversa ao Município, Fundo Municipal de Saúde e as autarquias do Município nos feitos judiciais.
>
> § 2º Os integrantes da carreira de Procurador do Município deixarão de perceber honorários nos termos desta Lei quando nomeados para cargo em comissão no Município.

> § 3º Entende-se por Procuradores do Município os advogados integrantes do quadro efetivo da Procuradoria Geral do Município no momento do repasse dos valores.
>
> Art. 2º Fica instituído o Fundo de Recursos da Procuradoria Geral do Município de São Lourenço do Oeste, para o depósito das verbas previstas no artigo 1º desta Lei, em conta corrente a ser aberta em instituição financeira localizada no município.
>
> [...].
>
> Art. 3º Os honorários advocatícios de que trata o artigo 1º serão depositados, sua totalidade, na conta corrente de que trata o artigo 2º, e serão aplicados da seguinte forma:
>
> I – 80% do montante apurado serão destinados ao rateio equânime entre os titulares do direito, descritos no artigo 1º desta lei.
>
> II – 20% do montante serão destinados para auxiliar na modernização da informatização, equipamentos, instalações, biblioteca, bens móveis e utensílios da Procuradoria Geral do Município.
>
> [...].
>
> Art. 6º A remuneração de cada advogado, considerado o seu vencimento padrão acrescido de honorários de sucumbência, não poderá, mensalmente, ser superior à remuneração do Prefeito Municipal, nos termos do art. 37, inciso XI, da Constituição Federal.
>
> Parágrafo Único. Na eventualidade de saldo de valores destinados ao rateio, ao final de cada mês, em decorrência da observância ao caput deste artigo, os valores permanecerão na conta para a competência ou exercício subsequente, conforme o caso, assegurando-se a mesma destinação.

Pois bem.

Há entendimento consolidado no Supremo Tribunal Federal acerca da possibilidade de percepção de honorários sucumbenciais nos processos em que figura como parte o Poder Público. Aliás, a Corte deixa claro que se trata de assunto reservado ao legislador infraconstitucional, inexistindo vedação na Carta Constitucional nesse tocante.

Colaciona-se:

> Honorários advocatícios. Direito à percepção. Procurador da Fazenda Nacional. Questão disciplinada pela legislação infraconstitucional. Ofensa à Constituição da República. Inocorrência. Recurso extraordinário não conhecido. É infraconstitucional a questão sobre direito à percepção de honorários advocatícios por parte dos procuradores da Fazenda Nacional, nas causas em que representem o Estado (STF - RE n. 452746, Rel. Min. Cezar Peluso).

Por simetria, o entendimento é estendido assim aos Estados como aos Municípios, exigindo-se, para a percepção da verba, que a prerrogativa esteja disciplinada em lei formal, válida em seus aspectos de conformação com a Carta da República.

O assunto foi tratado por esta Corte Estadual no julgamento da ADI 2005.037453-9, Relator o Desembargador Monteiro Rocha, ocasião em que se estabeleceu alguns parâmetros para a constitucionalidade do percebimento de honorários pelos procuradores e consultores jurídicos municipais, tal como a criação de um fundo, a impossibilidade de se creditar a verba diretamente aos procuradores ou associação destes, a existência de teto remuneratório, a impertinência de se agraciar comissionados com os honorários etc.

E, em linha de princípio, a legislação que disciplina a distribuição de honorários advocatícios aos procuradores municipais de São Lourenço do Oeste está de acordo com as balizas traçadas por esta Corte.

Essa lei não permite a entrega dos honorários diretamente aos procuradores, prevendo a criação de um fundo serviente à racional distribuição dessa verba. Ela - legislação - estabelece uma percentagem para o vencimento variável (80% da arrecadação total será destinado ao rateio "equânime" entre os procuradores) e, principalmente, fixa a remuneração do Prefeito como teto remuneratório da integralidade dos vencimentos dos procuradores municipais (neles compreendidos tanto a parte fixa como a variável).

3.1. Há apenas um aspecto que chama atenção na disciplina proposta pela legislação em questão. Como informa a petição inicial, há na estrutura da Procuradoria dois cargos de provimento efetivo de procurador municipal e um outro cargo comissionado reservado à chefia dessa instituição. Um dos cargos de procurador é de 20 horas; o outro, de 40 horas.

O artigo 3º, I, da Lei Municipal n. 2.144, de 27-2-14, dispõe que 80% dos honorários advocatícios apurados serão "destinados ao rateio equânime" entre os procuradores.

Contudo, sob pena de agressão ao postulado da proporcionalidade e da razoabilidade, bem assim ao postulado da probidade administrativa, a distribuição "equânime" deve levar em consideração a proporção da carga horária de ambos os cargos de procurador, de modo que o de 20 horas não receba na mesma base do de 40 horas, cabendo àquele metade do montante destinado a este.

A afirmação é feita aqui como *obter dictum* sob o ponto de vista do controle de constitucionalidade, já que o dispositivo em tela não foi questionado na presente ação direta; todavia, deve ser recebida como alerta da Corte, em ordem a encontrar repercussão prática no âmbito da aplicação concreta da Lei Municipal n. 2.144, de 27-2-14, sob pena de responsabilização por ato de improbidade administrativa.

3.2. Na parte questionada na presente ação direta, o Projeto de Lei, de iniciativa do Prefeito Municipal, na sua versão inicial, dispunha que "os integrantes da carreira de Procurador do Município **não** deixarão de perceber honorários quando nomeados para cargo em comissão no Município".

Como se vê, a parte da lei questionada nesta ação pretende normatizar a relação do serviço comissionado com a percepção dos honorários em causas protagonizadas pelo município e outros entes seus.

Daí que, submetido à Casa Legislativa, o Projeto foi alterado, resultando em uma nova redação para o § 2º, assim definida: *"Os integrantes da carreira de Procurador do Município deixarão de perceber honorários nos termos desta Lei quando nomeados para cargo em comissão no Município"*.

Ou seja, no projeto original, a circunstância de o servidor efetivo da carreira de procurador municipal ser nomeado para cargo comissionado na estrutura do município não afastaria o direito à percepção de honorários advocatícios.

No entanto, a lei tal qual promulgada, com a intervenção da Câmara, vedou expressamente a percepção dos honorários quando o procurador municipal for nomeado para cargo em comissão.

De minha parte, entendo que a norma impugnada não padece de vício formal de constitucionalidade; e, em sua dimensão material, desde logo adianto, pode ser declarada constitucional, desde que, por meio de interpretação conforme, com esteio nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, se lhe reduza o campo de aplicação teleológica, em ordem a afastar de seus efeitos situação peculiar, de que adiante tratarei.

Certo, quanto ao aspecto formal, estou em que o parecer da Procuradoria-Geral de Justiça acerta ao dispor que o corpo legislativo municipal pode exercitar o poder de emenda ainda quando se trate de projeto de lei de iniciativa privativa do Poder Executivo, desde que a intervenção guarde pertinência temática com o projeto de lei e dela não resulte aumento de despesa.

Transcrevo, a propósito, a fundamentação do aludido parecer, *verbis*:

> [...]
>
> A análise da nódoa constitucional [...] consiste em determinar os limites da atuação do Poder Legislativo no que se refere ao poder de emenda a projetos de lei de iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo.

A função legislativa, conforme ensina Hely Lopes Meirelles, é *"precípua do Poder Legislativo"*, reservando ao Poder Executivo a função administrativa. Adverte, porém, que *"todos os Poderes têm a necessidade de praticar atos administrativos, ainda que restritos à sua organização e ao seu funcionamento,* ***e, em caráter excepcional admitido pela Constituição, desempenham funções e praticam atos que, a rigor, seriam de outro Poder"***. (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 61-62.).

Dentre as autorizações constitucionais para que funções típicas de um Poder sejam desempenhadas por outro encontra-se a reserva ao Chefe do Poder Executivo para iniciar o trâmite legislativo de determinadas matérias. Diante de seu caráter excepcional, a restrição à iniciativa do processo de formação de leis ao Poder Legislativo não comporta interpretação extensiva para abranger outras situações, senão aquelas expressamente elencadas na Carta Política.

A restrição à atuação do Poder Legislativo, então, resume-se a matérias em que a Constituição Estadual tenha reservado a iniciativa a determinado agente político e à vedação de emendas que importem aumento de despesa em projetos de lei de iniciativa exclusiva do Chefe do Poder Executivo, na forma de seu artigo 52, inciso I.

Decorre também da iniciativa privativa do processo legislativo a impossibilidade de emendas parlamentares introduzirem matérias estranhas ao objeto do projeto de lei. Isso porque, cabe somente ao detentor da iniciativa legislativa o juízo político quanto à ***"escolha dos interesses a serem tutelados pela ordem jurídica em forma de lei em sentido técnico"***. (SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 455.)

Logo, a apresentação de projeto de lei de iniciativa exclusiva que disponha sobre determinado tema, não impossibilita, porém cincunscreve a atuação do parlamento àquela matéria, de sorte que, respeitados esses limites, o Poder Legislativo mantém incólume a sua função típica de produção legislativa, o que inclui a faculdade de emendar projetos de lei de iniciativa exclusiva do Chefe do Poder Executivo, desde que não importe aumento de despesa.

> Nesse sentido, colhe-se decisão do Supremo Tribunal Federal, que definiu, em sede de controle abstrato de constitucionalidade, a abrangência do poder de emenda parlamentar em matérias de iniciativa reservada:
>
> [...]
>
> Feitas essas considerações, verifica-se que o projeto de lei, que culminou com a aprovação da Lei n. 2.144/2014, do Município de São Lourenço do Oeste, proposto pelo Prefeito, no exercício da sua iniciativa privativa, dispunha sobre a possibilidade da permanência de percepção dos honorários sucumbenciais por titular de cargo de Procurador do Município em exercício de cargo de provimento de comissão.
>
> A Emenda Substitutiva n. 01, que passou a vigorar, após a rejeição do veto, limitou-se a vedar expressamente a percepção dos honorários sucumbenciais por titular do cargo de Procurador do Município enquanto exerça cargo de provimento em comissão.
>
> A referida emenda parlamentar, então, não tratou de assunto impertinente ao projeto de lei encaminhado pelo Chefe do Poder Executivo, tendo em vista que se limitou a alterar disposições referentes a cargo cuja disciplina já se encontrava em sua redação original. Ademais, cumpre ressaltar que essa alteração não importa aumento de despesa. Ao contrário, determinou a supressão de remuneração.
>
> Assim sendo, o exercício da prerrogativa parlamentar de propor emendas a projetos de lei de iniciativa exclusiva do Chefe do Poder Executivo está em consonância com o Texto Constitucional, porque não acarreta aumento de despesa e guarda relação de pertinência com o objeto da proposição legislativa, conforme se constata na Emenda n. 01 ao Projeto de Lei n. 61/2013, que conferiu a redação final ao § 2º do artigo 1º da Lei n. 2.144, de 27 de fevereiro de 2014, do Município de São Lourenço do Oeste.

Tem razão, penso, a d. Procuradoria-Geral de Justiça. A intervenção efetuada pela Câmara de Vereadores guarda pertinência temática com o projeto de lei e não impõe aumento de despesa, não havendo, portanto, invasão indevida, pelo legislativo, de atribuição privativa do executivo.

Veja-se que a emenda da Câmara de Vereadores afina-se com o espírito do texto base apresentado pelo Poder Executivo, que reserva

somente aos procuradores ocupantes de cargo efetivo a prerrogativa de recebimento de honorários (art. 1º, § 2º).

Não ofende o princípio da razoabilidade, por exemplo, que se vede a procurador efetivo do município a participação no rateio de honorários quando ocupar cargo comissionado em órgão estranho ao seu, como ocorreria, por exemplo, se assumisse a chefia pasta da saúde municipal. É precisamente nesse campo que opera a emenda procedida pela Câmara de Vereadores, em atuação, vale insistir, afinada com a *mens* do texto que recebeu do Poder Executivo. Daí, insisto, a minha dificuldade em detectar atuação *ultra vires* do corpo legislativo municipal.

Há, contudo, no campo material, reparo a ser feito no escopo de incidência da lei tal qual promulgada pela Câmara de Vereadores. É que esse texto permite que se instale quadro verdadeiramente insólito no ambiente organizacional da Procuradoria do Município de São Lourenço do Oeste.

Como informa a petição inicial, há na estrutura da Procuradoria dois cargos de provimento efetivo de procurador municipal e um outro cargo comissionado reservado à chefia dessa instituição.

E, nos termos em que editada a lei aqui questionada, o procurador efetivo que seja conduzido ao cargo comissionado de Procurador-Geral do Município, apesar de galgar o topo de comando, com as responsabilidades daí resultantes, deixará de participar do rateio dos honorários, sofrendo prejuízo injustificado, e quiçá decesso, na estrutura dos seus vencimentos.

Além de não ser razoável e poder implicar em afronta ao princípio da irredutibilidade de vencimentos, essa interpretação - que decorre diretamente do texto da lei - se qualifica, agora sim, como interferência indevida na forma de organização interna da Procuradoria-Geral do Município, constituindo até mesmo fator de desestímulo para que ocupantes da carreira municipal se lancem à chefia da instituição.

De tal sorte, entendo que a norma questionada é constitucional, desde que se extirpe do seu raio de incidência a interpretação que exclui ao procurador efetivo o direito de optar pela remuneração de seu cargo efetivo, se mais vantajoso, quando ocupar o cargo de Procurador-Geral do Município.

4. Isso posto, voto pela procedência parcial da presente ação direta de inconstitucionalidade para dar interpretação conforme à constituição, nos termos da fundamentação.

Arguição de Inconstitucionalidade em Processo Crime n. 2013.062321-7/0001.00, de Santa Cecília

Relator designado: Des. Jânio Machado

> ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE EM PROCESSO CRIME. INCIDENTE QUE É CONHECIDO, A DESPEITO DA AUSÊNCIA DO PRONUNCIAMENTO DA CÂMARA ACERCA DA INCONSTITUCIONALIDADE DA NORMA IMPUGNADA. PREVALÊNCIA DOS PRINCÍPIOS DA DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO, DA ECONOMIA PROCESSUAL E DA EFETIVIDADE DA JURISDIÇÃO. VENCIDO O RELATOR, NESTE ASPECTO, QUE DETERMINAVA O RETORNO DOS AUTOS AO ÓRGÃO FRACIONÁRIO SUSCITANTE PARA O CUMPRIMENTO INTEGRAL DO DISPOSTO NO ARTIGO 481 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. ARTIGO 60 DA LEI N. 12.651, DE 25.5.2012. NORMA QUE PREVÊ A SUSPENSÃO DA PUNIBILIDADE DOS DELITOS PREVISTOS NOS ARTIGOS 38, 39 E 48 DA LEI N. 9.605, DE 12.2.1998, NO CASO DE O INFRATOR ASSINAR O "TERMO DE COMPROMISSO PARA REGULARIZAÇÃO DE IMÓVEL OU POSSE RURAL PERANTE O ÓRGÃO AMBIENTAL COMPETENTE", E AINDA A EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE APÓS O SEU CUMPRIMENTO. AUSÊNCIA DE OFENSA À TRÍPLICE RESPONSABILIZAÇÃO DO INFRATOR AMBIENTAL PREVISTA NO ARTIGO 225 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E AO PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO DO RETROCESSO AMBIENTAL. BENEFÍCIO CONCEDIDO PELA NORMA IMPUGNADA QUE TEM POR OBJETIVO A REPARAÇÃO DO DANO AMBIENTAL EM DETRIMENTO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. INOVAÇÃO LEGISLATIVA QUE SE ALINHA À EVOLUÇÃO DO DIREITO PENAL AMBIENTAL, PRIORIZANDO A IMPOSIÇÃO DE PENAS ALTERNATIVAS. IMPROCEDÊNCIA DA ARGUIÇÃO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de arguição de inconstitucionalidade em processo crime n. 2013.062321-7/0001.00, da

comarca de Santa Cecília (Vara Única), em que é arguente Ministério Público do Estado de Santa Catarina, e arguido Domingos Scariot Junior:

O Órgão Especial decidiu, por maioria, conhecer da arguição de inconstitucionalidade, vencidos os desembargadores Torres Marques, Ricardo Fontes, Moacyr de Moraes Lima Filho e este relator e, também por maioria, julgar improcedente o pedido, vencidos os desembargadores Fernando Carioni, Torres Marques e Marcus Tulio Sartorato. Custas na forma da lei.

O julgamento, realizado no dia 4 de março de 2015, foi presidido pelo desembargador Nelson Schaefer Martins, com voto, e dele participaram os desembargadores Fernando Carioni, Torres Marques, Marcus Tulio Sartorato, Cesar Abreu, Ricardo Fontes, Jaime Ramos, Alexandre d'Ivanenko, Lédio Rosa de Andrade, Moacyr de Moraes Lima Filho, Ronei Danielli, Trindade dos Santos, Cláudio Barreto Dutra, Luiz Cézar Medeiros, Vanderlei Romer, Eládio Torret Rocha e Sérgio Roberto Baasch Luz.

Funcionou como representante do Ministério Público a procuradora Walkyria Ruicir Danielski.

Florianópolis, 12 de março de 2015.

Jânio Machado
RELATOR DESIGNADO

RELATÓRIO

O Ministério Público do Estado de Santa Catarina ofertou denúncia contra Domingos Scariot Júnior pela prática dos delitos tipificados nos artigos 38 (duas vezes), 38-A e 50, todos da Lei n. 9.605, de 12.2.1998, na forma do artigo 71 do Código Penal.

A denúncia foi recebida (fl. 26) e o denunciado apresentou a defesa preliminar (fls. 32/38). Após o afastamento das preliminares arguidas (fls.

43/46), fez-se a colheita dos depoimentos das testemunhas arroladas na denúncia (fls. 82/85, 89/91 e 94/95) e o denunciado foi interrogado (fls. 102/104). Em seguida, o denunciado pleiteou a suspensão da pretensão punitiva, nos termos do artigo 60 da Lei n. 12.651, de 25.5.2012 (fls. 105/165).

A digna representante do Ministério Público requereu a declaração incidental da inconstitucionalidade do artigo 60 da Lei n. 12.651, de 25.5.2012, por ofensa aos artigos 5º, inciso XXXVI, e 225, "caput", da Constituição Federal, além do princípio da impossibilidade do retrocesso ambiental, e o indeferimento do pedido formulado pelo denunciado (fls. 167/174).

Em 2013, o denunciado tomou posse no cargo de prefeito municipal e os autos foram remetidos a esta Corte (fl. 175), sendo distribuídos à Segunda Câmara Criminal (fl. 180).

Instada, a douta Procuradoria-Geral de Justiça reiterou os pedidos formulados pelo Ministério Público (fls. 184/193).

Na sessão de 21.1.2014, a Segunda Câmara Criminal suspendeu o julgamento e determinou a remessa dos autos ao Órgão Especial "para que, na forma regimental, se pronuncie sobre a constitucionalidade do art. 60 da Lei n. 12.651/2012." (fls. 198/204).

A douta Procuradoria-Geral de Justiça opinou pela procedência da presente arguição de inconstitucionalidade (fls. 214/224) e os autos vieram para julgamento.

VOTO

A arguição de inconstitucionalidade, como instrumento do controle de constitucionalidade concreto ou incidental, busca afastar a incidência de lei ou ato normativo viciados que, embora não constituam o objeto da lide, se mostrem indispensáveis ao julgamento do mérito. Tal incidente poderá ser suscitado pelas partes ou pelo Ministério Público a

qualquer tempo e, quando invocado perante o Tribunal, deverá o relator, após a audiência do Ministério Público, submetê-lo à Turma ou Câmara (artigo 480 do Código de Processo Civil), que poderá rejeitá-lo e assim prosseguir no exame do mérito, ou reconhecer a inconstitucionalidade da norma. O reconhecimento da inconstitucionalidade pelo órgão fracionário tem por consequência a submissão da questão ao Plenário ou Órgão Especial, a quem o artigo 97 da Constituição Federal atribui a competência para, por maioria absoluta dos membros e se for o caso, declarar a inconstitucionalidade invocada (artigo 481 do Código de Processo Civil).

A Câmara, portanto, no caso de vislumbrar a inconstitucionalidade da norma, deverá, por primeiro, reconhecê-la e, somente após, submeter o tema ao Órgão Especial para que este, se for o caso, a declare. De qualquer modo, no acórdão, a Câmara fixará os limites do reconhecimento da inconstitucionalidade, até porque o "Plenário somente pode pronunciar-se sobre o que, efetivamente, foi acolhido pelo órgão fracionário, sendo-lhe defeso emitir juízo sobre questão julgada inadmissível ou rejeitada pela Turma ou Câmara. (...)" (MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1174).

A propósito, o Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, no exame da arguição de inconstitucionalidade n. 0145811-40.2013.8.26.0000, de Fernandópolis, relator o desembargador Paulo Dimas Mascaretti, em data de 2.10.2013, não conheceu do incidente em razão da ausência de pronunciamento da Câmara suscitante a respeito da inconstitucionalidade da norma impugnada.

No caso concreto, a despeito da atecnia do acórdão de fls. 199/204, que deixou de reconhecer a inconstitucionalidade do dispositivo legal impugnado, limitando-se a remeter os autos ao Órgão Especial, o incidente suscitado merece ser conhecido, em observância aos princípios da duração razoável do processo, da economia processual

e da efetividade da jurisdição, ficando registrado apenas que o relator é vencido neste aspecto, porque entendia que os autos deveriam retornar à Câmara suscitante para cumprir integralmente o disposto no artigo 481 do Código de Processo Civil.

A presente arguição foi suscitada com o objetivo de ver declarada, em caráter incidental, a inconstitucionalidade do artigo 60 da Lei n. 12.651, de 25.5.2012, por ter previsto a suspensão da punibilidade para os delitos tipificados nos artigos 38, 39 e 48 da Lei n. 9.605/1998, a partir da assinatura do termo de compromisso em Programa de Regularização Ambiental (PRA), a interrupção da prescrição punitiva (§1º) e a extinção da punibilidade após a efetiva regularização (§ 2º), o que estaria violando a tríplice responsabilização do infrator prevista no artigo 225, "caput", da Constituição Federal, "ao impedir a aplicação da sanção penal em decorrência da celebração de um acordo administrativo" (fl. 169), o princípio da vedação do retrocesso ambiental, "por conferir tratamento menos restritivo aos crimes ambientais" (fl. 170), e o artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal, que assegura a proteção ao direito adquirido (o direito subjetivo de terceira geração ao meio ambiente), em razão da eficácia retroativa conferida à norma impugnada (fl. 173).

O artigo 60 da Lei n. 12.651, de 25.5.2012, dispõe:

> "Art. 60. A assinatura de termo de compromisso para regularização de imóvel ou posse rural perante o órgão ambiental competente, mencionado no art. 59, suspenderá a punibilidade dos crimes previstos nos arts. 38, 39 e 48 da Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, enquanto o termo estiver sendo cumprido.
>
> § 1o A prescrição ficará interrompida durante o período de suspensão da pretensão punitiva.
>
> § 2o Extingue-se a punibilidade com a efetiva regularização prevista nesta Lei.".

E o artigo 59 deste diploma legal assim estabelece:

"Art. 59. A União, os Estados e o Distrito Federal deverão, no prazo de 1 (um) ano, contado a partir da data da publicação desta Lei, prorrogável por uma única vez, por igual período, por ato do Chefe do Poder Executivo, implantar Programas de Regularização Ambiental - PRAs de posses e propriedades rurais, com o objetivo de adequá-las aos termos deste Capítulo.

§ 1º Na regulamentação dos PRAs, a União estabelecerá, em até 180 (cento e oitenta) dias a partir da data da publicação desta Lei, sem prejuízo do prazo definido no caput, normas de caráter geral, incumbindo-se aos Estados e ao Distrito Federal o detalhamento por meio da edição de normas de caráter específico, em razão de suas peculiaridades territoriais, climáticas, históricas, culturais, econômicas e sociais, conforme preceitua o art. 24 da Constituição Federal.

§ 2º A inscrição do imóvel rural no CAR é condição obrigatória para a adesão ao PRA, devendo esta adesão ser requerida pelo interessado no prazo de 1 (um) ano, contado a partir da implantação a que se refere o caput, prorrogável por uma única vez, por igual período, por ato do Chefe do Poder Executivo.

§ 3º Com base no requerimento de adesão ao PRA, o órgão competente integrante do Sisnama convocará o proprietário ou possuidor para assinar o termo de compromisso, que constituirá título executivo extrajudicial.

§ 4º No período entre a publicação desta Lei e a implantação do PRA em cada Estado e no Distrito Federal, bem como após a adesão do interessado ao PRA e enquanto estiver sendo cumprido o termo de compromisso, o proprietário ou possuidor não poderá ser autuado por infrações cometidas antes de 22 de julho de 2008, relativas à supressão irregular de vegetação em Áreas de Preservação Permanente, de Reserva Legal e de uso restrito.

§ 5º A partir da assinatura do termo de compromisso, serão suspensas as sanções decorrentes das infrações mencionadas no § 4o deste artigo e, cumpridas as obrigações estabelecidas no PRA ou no termo de compromisso para a regularização ambiental das exigências desta Lei, nos prazos e condições neles estabelecidos, as multas referidas neste artigo serão consideradas como convertidas em serviços de preservação, melhoria e recuperação da qualidade do meio ambiente, regularizando o uso de áreas rurais consolidadas conforme definido no PRA.".

Do que se lê nestes artigos, o responsável pelo dano ambiental, por termo de compromisso, assume a obrigação de reparar o dano causado ao meio ambiente, ficando extinta a punibilidade somente após o seu cumprimento, o que será aferido pela autoridade ambiental competente. A inovação instituída pela Lei n. 12.651, de 25.5.2012, portanto, nada mais faz do que priorizar a reparação do dano como sendo a forma mais eficaz de punir o ilícito ambiental, levando-se em conta que as sanções penais ambientais deverão "apontar alternativas em face do direito positivo em vigor" para "adequar-se à necessidade imposta pelo art. 225 de defesa e preservação dos bens ambientais para 'as presentes e futuras gerações'." (FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 810 e 812).

A obrigação de reparar o dano causado ao meio ambiente, antes de constituir um retrocesso, alinha-se com a evolução do direito penal ambiental e do próprio direito penal, na medida em que relega a pena privativa de liberdade às situações excepcionais, quando todas as alternativas para responsabilização do causador do dano não se mostrarem suficientes ou apropriadas.

Édis Milaré, a respeito, ensina que, "no campo do Direito Ambiental, a legislação é inteiramente voltada a prevenir o dano e, após a sua ocorrência concreta, à sua reparação tempestiva e integral", e que o "Direito Penal tutelar do ambiente não pode furtar-se a essa realidade e pretender constituir-se em um fim em si mesmo" (*Direito do ambiente*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 463).

Luís Paulo Sirvinskas acrescenta que esta reparação, por si só, tem "cunho repressivo e educativo", procurando "fazer com que o infrator restaure, as suas expensas, a coisa danificada ou destruída, quando possível, ou transforme em indenização o valor correspondente" (*Manual de direito ambiental*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 885).

Não se pode ignorar que o direito penal vem evoluindo no tocante à excepcionalidade da pena privativa de liberdade, a exemplo da Lei n.

12.850, de 2.8.2013, que institui a "colaboração premiada", prevendo a concessão do perdão judicial, a redução em até 2/3 (dois terços) da pena privativa de liberdade ou a sua substituição por restritiva de direitos a quem "tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal" (artigo 4º).

No caso, a despeito de os delitos imputados ao denunciado serem apenados com detenção de 1 (um) a 3 (três) anos e/ou multa (artigos 38 e 38-A, da Lei n. 9.605/1998) e de 3 (três) meses a 1 (um) ano e multa (artigo 50 da Lei n. 9.605/1998), a pena em abstrato, levando-se em conta a continuidade delitiva de que trata o artigo 71 do Código Penal, resultaria na detenção por 1 (um) ano e 8 (oito) meses, o que, em tese, autorizaria a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos (artigo 44 do Código Penal) ou, pelo menos, a suspensão condicional da pena prevista no artigo 77 do Código Penal. Ou seja, a pena privativa de liberdade, de qualquer modo, não seria imputada ao causador do dano ambiental, convergindo também o direito penal para a solução prevista na norma impugnada: a reparação do dano.

A proteção constitucional assegurada ao direito adquirido (artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal) não foi afetada pela inovação trazida pela Lei n. 12.651/2012, mormente se ela tem por objetivo fomentar a reparação do ambiente degradado, simplificando os mecanismos de punição do infrator e, ainda, tornando mais célere a recuperação ambiental. O direito adquirido que se busca a garantia, ademais, é o direito ao "meio ambiente ecologicamente equilibrado" (artigo 225, "caput", da Constituição Federal), o que não fica ameaçado em razão da imposição de reprimenda alternativa.

O Órgão Especial não ignora que o tema é controvertido e também foi submetido ao Supremo Tribunal Federal por intermédio das ações diretas de inconstitucionalidade ns. 4.901, 4.902, 4.903 e 4.937, todas do Distrito Federal, da relatoria do ministro Luiz Fux, que ainda aguardam julgamento.

Com essas considerações, a arguição de inconstitucionalidade do artigo 60 da Lei n. 12.651, de 25.5.2012, é julgada improcedente.

Declaração de Voto Vencido do Exmo. Sr. Des. Fernando Carioni

ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE EM PROCESSO CRIME. CONTROLE DIFUSO. INTER PARTES. ART. 60 DA LEI N. 12.651/2012 – NOVO CÓDIGO FLORESTAL. SUSPENSÃO E EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE NOS CRIMES AMBIENTAIS TIPIFICADOS NOS ARTS. 38, 39 E 48 DA LEI N. 9.605/1998 QUANDO RECUPERADA A ÁREA DEGRADADA. AFRONTA AO ART. 225, § 3º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. TRÍPLICE RESPONSABILIZAÇÃO PELAS CONDUTAS LESIVAS AO MEIO AMBIENTE. CUMULAÇÃO DAS SANÇÕES PENAIS E ADMINISTRATIVAS COM A OBRIGAÇÃO DE REPARAR O DANO. INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL RECONHECIDA. PROCEDÊNCIA DA ARGUIÇÃO.

A responsabilidade por dano ambiental, no sistema jurídico brasileiro, é matéria consagrada no texto constitucional, o qual estabelece que as condutas e atividades lesivas ao meio ambiente sujeitarão seus infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar o dano causado.

À luz da Constituição Federal, que aclamou a cumulatividade das sanções, é inconstitucional o art. 60 da Lei n. 12.651/2012, que autoriza a suspensão e extinção da punibilidade nos tipos penais previstos nos arts. 38, 39 e 48 da Lei de Crimes Ambientais, quando conclusa a recuperação da área degradada.

Ousei divergir da douta maioria, no que concerne a matéria de fundo, pelas razões que passo a expor.

Trata-se de arguição de inconstitucionalidade do art. 60 da Lei n. 12.651/2012, arguida pelo Ministério Público do Estado de Santa

Catarina, nos autos da ação penal pública incondicionada promovida contra Domingos Scariot Júnior, pela prática dos delitos tipificados nos arts. 38 (duas vezes), 38-A e 50, todos da Lei de Crimes Ambientais.

O dispositivo impugnado tem o seguinte teor:

> Art. 60. A assinatura de termo de compromisso para regularização de imóvel ou posse rural perante o órgão ambiental competente, mencionado no art. 59, suspenderá a punibilidade dos crimes previstos nos arts. 38, 39 e 48 da Lei n. 9.605 de 12 de fevereiro de 1998, enquanto o termo estiver sendo cumprido.
>
> § 1º A prescrição ficará interrompida durante o período de suspensão da pretensão punitiva.
>
> § 2º Extingue-se a punibilidade com a efetiva regularização prevista nesta Lei.

Inicialmente, cumpre salientar que a matéria abordada neste incidente de declaração de inconstitucionalidade é bastante controvertida, visto que a Lei n. 12.651/2012, que dispõe acerca do novo Código Florestal, não obstante ter sido promulgada em abril de 2012, após vigorosos debates travados dentro e fora do Congresso Nacional, teve muitos de seus dispositivos impugnados perante o Supremo Tribunal Federal, pela via do controle concentrado de constitucionalidade nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade n. 4.901, 4.902, 4.903 e 4.937, que tramitam em sua fase inicial, sob a relatoria do Excelentíssimo Ministro Luiz Fux.

Com efeito, sabe-se que o ambientalismo passou a ser tema de elevada importância nas Constituições mais recentes, sendo tratado deliberadamente como direito fundamental da pessoa humana, não como simples aspecto da atribuição de órgãos ou de entidades públicas, como ocorria em Constituições mais antigas (DA SILVA, José Afonso. *Direito ambiental constitucional*. 8. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 43).

Nesse panorama, a Constituição Federal de 1988 foi a primeira a tratar da questão ambiental e consagra a tutela ao meio ambiente no art. 225, cujo caput tem o seguinte teor: *"Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações"*.

O texto constitucional *"consagrou de forma nova e importante a existência de um bem que não possui características de bem público e, muito menos, privado, voltado à realidade do século XXI, das sociedades de massa, caracterizada por um crescimento desordenado e brutal avanço tecnológico. Diante desse quadro, a nossa Carta Magna estruturou uma composição para a tutela dos valores ambientais, reconhecendo-lhes características próprias, desvinculadas do instituto da posse e da propriedade, consagrando uma nova concepção ligada a direitos que muitas vezes transcendem a tradicional ideia dos direitos ortodoxos: os chamados direitos difusos"* (FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 63).

Dentre as formas de proteção ambiental tuteladas pelo constituinte, está a responsabilização por danos causados ao meio ambiente. A Constituição Federal estabeleceu no § 3º do art. 225 a tríplice responsabilização a ser aplicada aos causadores de danos ambientais, vejamos:

> Art. 225. [...]
>
> § 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos.

A respeito, Celso Antônio Pacheco Fiorillo afirma:

> O art. 225, § 3º, da Constituição Federal previu a tríplice responsabilidade do poluidor (tanto pessoa física como jurídica) do meio ambiente: a sanção penal, por conta da chamada responsabilidade penal (ou responsabilidade criminal), a sanção administrativa, em decorrência

> da denominada responsabilidade administrativa, e a sanção que, didaticamente poderíamos denominar civil, em razão da responsabilidade vinculada à obrigação de reparar danos causados ao meio ambiente.
>
> Num primeiro ponto de análise, temos que os ilícitos civil, administrativo e penal encontram-se absortos num mesmo conceito: a antijuridicidade. Inexistindo uma distinção embrionária; todos os tipos estão relacionados como uma reação ao ordenamento jurídico contra a antijuridicidade praticada. Todavia, há diferenças entre essas três penalidades. Entre os critérios identificadores da natureza dos ilícitos, podemos citar: a) o reconhecimento do objeto tutelado por cada um; e b) o reconhecimento do órgão que importará a respectiva sanção.
>
> O elemento identificador da sanção (se é de natureza administrativa, penal ou civil) é o objeto precípuo de tutela. Se tratarmos de sanção administrativa é porque o objeto de tutela precípuo são os interesses da administração (que acarretará a limitação dos excessos do individualismo). Terá lugar aludida sanção devido ao descumprimento das regras e princípios deônditicos do sistema violado. Já o elemento de discernimento da sanção de natureza administrativa para os demais tipos (penal e civil) concentra-se no regime jurídico a que está sujeita.
>
> Isso porque, havendo um processo judicial como meio próprio de apuração da antijuridicidade para fins de aplicação da sanção, em que há o exercício do direito constitucional de ação e todas as demais garantias constitucionais para atuar em juízo, mediante prestação jurisdicional, sob o império da coisa julgada, estaremos diante de uma sanção civil ou penal. A civil visa, regra geral, a uma limitação patrimonial, enquanto a penal normalmente importa numa limitação da liberdade (privação ou restrição, perda de bens, multa, prestação social alternativa ou suspensão/interdição de direitos) (*Curso de direito ambiental brasileiro*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 138).

Adiante, conclui o doutrinador que *"o art. 225, § 3º, da Constituição Federal, ao preceituar que as condutas e atividades lesivas ao meio ambiente sujeitarão seus infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a infrações penais e administrativas, independente da obrigação de reparar os danos causados, consagrou a regra da cumulatividade das sanções, até mesmo porque, como*

visto as sanções penais, civis e administrativas, além de protegerem objetos distintos, estão sujeitas a regimes jurídicos diversos" (FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. op. cit. p. 139).

Na mesma direção, Édis Milaré menciona que *"ao poluidor, nos termos da Constituição, aplicam-se medidas de caráter reparatório e punitivo. [...] A danosidade ambiental, potencial ou efetiva, pode gerar uma tríplice reação do ordenamento jurídico, ou seja, um único ato pode detonar a imposição de sanções administrativas, penais e civis"* (Direito do ambiente. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 197-198).

Não é outra a interpretação de Paulo Afonso Leme Machado, o qual ressalta que *"no § 3º do art. 225 consta a obrigação de reparar o dano causado ao meio ambiente. Acentua este parágrafo que a obrigação de reparar é independente da aplicação de sanções penais e administrativas"* (Direito ambiental brasileiro. 19. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. p. 158).

O dispositivo constitucional, como visto, reconhece de forma explícita três formas de responsabilidade pelos danos causados ao meio ambiente, independentes e cumulativas – a responsabilidade administrativa, criminal e civil. Reforça-se que a Constituição Federal, ao tutelar o meio ambiente nas esferas administrativas, penal e civil, cumulativamente, estabelece que a obrigação de reparar os danos ambientais, causados por pessoas físicas ou jurídicas, independe das sanções administrativas e penais.

Por essa razão, *"aquele que tenha sido condenado por crime contra o meio ambiente não está isento da obrigação de reparar o dano causado como, também, não estará isento de pena se, após ter causado o dano ambiental, resolver repará-lo"* (ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. 13. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 293).

Assim, conclui-se que a Lei n. 12.651/2012, ao prever a suspensão e a extinção da punibilidade dos crimes previstos nos arts. 38, 39 e 48

da Lei de Crimes Ambientais, quando conclusa a recuperação da área degradada, vai de encontro ao texto constitucional, que exige a reparação dos danos causados independentemente da cominação das sanções administrativas e criminais.

Além da afronta explícita à norma constitucional, o art. 60 do novo Código Florestal viola o princípio da vedação ao retrocesso em matéria socioambiental, uma vez que o legislador infraconstitucional, ao extinguir a punibilidade de três crimes ambientais, tipificados com penas privativas de liberdade, que têm por finalidade desestimular a prática criminosa contra o meio ambiente, restringiu às normas de proteção ambiental até então existentes.

Sobre o tema, com propriedade, enfatizou a Excelentíssima representante da douta Procuradoria-Geral de Justiça, Dra. Walkyria Ruicir Danielski, *"que o princípio do não retrocesso deve estimular a criação de regras asseguradoras das características naturais do meio ambiente, primando o legislador pela amplitude dos efeitos normativos ambientais e jamais se concebendo a retroatividade de árduas conquistas sociais no âmbito do Direito Ambiental, como no caso em apreço, a relativização de condutas que atentam contra a vegetação permanente e de especial proteção. Ainda sob a faceta deste princípio, dentre as vedações desejadas encontra-se a impossibilidade de revogação das normas que protegem o meio ambiente das atividades nocivas desenvolvidas pelo homem, bem como o desrespeito à equidade de tratamento entre os cidadãos que cumpriram as leis ambientais e os que devastaram áreas de proteção permanente. A vedação do retrocesso significa, em suma, que as normas infraconstitucionais devem externalizar as intenções do legislador e tornar efetivos os princípios orientadores da proteção ao meio ambiente. Para Guilherme José Purvin Figueiredo, 'o que se espera é que estes direitos fundamentais sejam progressivamente ampliados, dentro de uma perspectiva de evolução histórica da humanidade'"* (fls. 219-220).

Acrescenta-se, por fim, que a norma dita inconstitucional sofreu fortes críticas por parte da doutrina, conforme afirmam Vladimir Passos de Freitas e José Gustavo de Oliveira Franco: *"O art. 60, quiçá, de todos, o mais criticado, porque concedeu anistia a infrações ambientais cometidas antes de 22 de julho de 2008 e a alguns delitos ambientais (arts. 38, 39 e 48 da Lei n. 8.605/98), mesmo praticados posteriormente. É dizer, além da benesse dada às infrações administrativas, o legislador estendeu-a também aos crimes, desestimulando, uma vez mais, os que cumpriram a lei. Sim, porque os que seguiram as normas, e com isto, inclusive, se colocaram em desvantagem no mercado competitivo, acabaram sendo igualados aos que infringiram a lei"* (Novo Código Florestal: comentários à Lei 12.651. Coordenação Édis Milaré e Paulo Affonso Leme Machado. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 411).

Nesse diapasão, evidencia-se que o art. 60 do novo Código Florestal padece de inconstitucionalidade material por colidir com o § 3º do art. 225 da Constituição Federal e também com o princípio da vedação ao retrocesso em matéria socioambiental.

Eram essas as considerações necessárias para amparar o meu posicionamento, no sentido de julgar procedente a arguição incidental de inconstitucionalidade, para declarar inconstitucional o art. 60 da Lei n. 12.651/2012.

Florianópolis, 16 de março de 2015.

Fernando Carioni
DESEMBARGADOR

Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2013.075796-5, de Içara

Relator: Des. Sérgio Roberto Baasch Luz

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI MUNICIPAL N. 2.965/2011 DO MUNICÍPIO DE IÇARA. TEXTO LEGAL QUE ESTABELECE A LEITURA DIÁRIA DE VERSÍCULOS BÍBLICOS, ANTES DO INÍCIO DAS AULAS, NAS ESCOLAS DA REDE MUNICIPAL DE ENSINO. LIBERDADE RELIGIOSA. VIOLAÇÃO. FAVORECIMENTO DE DETERMINADA RELIGIÃO EM DETRIMENTO DAS DEMAIS. ENSINO RELIGIOSO QUE DEVE RESPEITAR A PLURALIDADE. PREVALÊNCIA DA LAICIDADE DO ESTADO. LEI MUNICIPAL EM CONFRONTO COM OS ARTS. 4º E 164, § 1º, DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO.

Embora o comando constitucional permita o ensino religioso nas escolas públicas, é importante remarcar que o constituinte impôs aos entes federados uma postura de neutralidade em matéria religiosa. Logo, sendo o Brasil um Estado eminentemente laico, é seu dever, no que toca à ministração do ensino religioso, manter a ordem democrática no sentido de assegurar a igualdade de todos os segmentos religiosos no prestar do ensino, zelar para que essa modalidade de ensino não constitua mais um meio de dissensões ou discriminações, e assegurar, por fim, que o ensino religioso signifique o pleno exercício da própria liberdade de religião em todos os seus aspectos.

"Onde a história destes últimos séculos não parece ambígua é quando mostra a interdependência entre a teoria e a prática da tolerância, por um lado, e o espírito laico, por outro, entendido este como a formação daquela mentalidade que confia a sorte do *regnum hominis* mais às razões da razão que une todos os homens do que aos impulsos da fé. Esse espírito deu origem, por um lado, aos Estados não confessionais, ou neutros em matéria religiosa, e ao mesmo tempo tempo liberais, ou neutros em matéria política; e, por outro, à chamada sociedade aberta, na qual a superação dos contrastes de fé, de crenças, de doutrinas, de opiniões, deve-se ao império da áurea regra segundo a qual minha liberdade se estende até o ponto em que não invada a liberdade dos outros, ou, para

> usar as palavras de Kant, "a liberdade do arbítrio de um pode subsistir com a liberdade de todos os outros segundo uma lei universal" (que é a razão)." (BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 1992. p. 216).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2013.075796-5, da comarca de Içara, em que é requerente Ministério Público do Estado de Santa Catarina, e requeridos Prefeito Municipal de Içara e outro:

O Órgão Especial decidiu, por votação unânime, julgar procedente o pedido para declarar a inconstitucionalidade da Lei n. 2.965/2011 do Município de Içara. Custas na forma da lei.

O julgamento, realizado em 1º de abril de 2015, foi presidido pelo Exmo. Sr. Desembargador Nelson Schaefer Martins, e dele participaram os Exmos. Srs. Desembargador Monteiro Rocha, Desembargador Fernando Carioni, Desembargador Torres Marques, Desembargador Rui Fortes, Desembargador Marcus Tulio Sartorato, Desembargador Cesar Abreu, Desembargador Ricardo Fontes, Desembargadora Maria do Rocio Luz Santa Ritta, Desembargador Jaime Ramos, Desembargador Alexandre d'Ivanenko, Desembargador Lédio Rosa de Andrade, Desembargador Moacyr de Moraes Lima Filho, Desembargador Jorge Luiz de Borba, Desembargador Jânio Machado, Desembargadora Sônia Maria Schmitz, Desembargador Ronei Danielli, Desembargador Gaspar Rubick, Desembargador Trindade dos Santos, Desembargador Luiz Cézar Medeiros, Desembargador Vanderlei Romer e Desembargador Eládio Torret Rocha. Funcionou como representante do Ministério Público o Dr. Basílio Elias de Caro.

Florianópolis, 7 de abril de 2015.

Sérgio Roberto Baasch Luz
RELATOR

RELATÓRIO

Cuida-se de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina em face da Lei n. 2.965/2011, do Município de Içara, cujo texto *"dispõe sobre a leitura de versículo bíblico em escolas da rede municipal de ensino e dá outras providências"*, ao argumento de que referido Diploma afronta os arts. 4º, *caput*, 16 e 164, § 1º, da Constituição do Estado de Santa Catarina, os quais guardam consonância com os arts. 5º, inciso VI, 19, inciso I, 37, caput, e 210, § 1º, da Constituição Federal.

Asseverou, em resumo, que a dita Lei Municipal ao impor às escolas públicas municipais de Içara a obrigação de realizarem diariamente a leitura de, no mínimo, um versículo bíblico ao início das atividades de cada período letivo, ofende os princípios constitucionais da liberdade de religião, da laicidade do Estado, da isonomia e da impessoalidade, assim como o direito à matrícula facultativa na disciplina de ensino religioso.

Devidamente notificado, o Prefeito do Município de Içara manteve-se inerte (fl. 22), sendo-lhe, então, nomeado curador especial (fl. 30), que defendeu a norma impugnada às fls. 34-35.

Seguidamente, o feito remetido a douta Procuradoria-Geral de Justiça que, em parecer da lavra do Dr. Basílio Elias de Caro, opinou pela procedência do pedido. (fls. 37-46).

É o relatório.

VOTO

Ataca o representante ministerial a constitucionalidade da Lei n. 2.965/2011, do Município de Içara, cujo texto *"dispõe sobre a leitura de versículo bíblico em escolas da rede municipal de ensino e dá outras providências"*, ao argumento de que o referido Diploma está em descompasso com a previsão contida nos arts. 4º, *caput*, 16 e 164,

§ 1º, da Constituição do Estado de Santa Catarina, os quais guardam consonância com os arts. 5º, inciso VI, 19, inciso I, 37, caput, e 210, § 1º, da Constituição Federal.

Para melhor compreensão da controvérsia, faz-se mister a transcrição da norma questionada, Lei Municipal n. 2.965/2011:

> Art. 1º Ficam as escolas da rede pública municipal de ensino, obrigadas a efetuarem com seus alunos, a leitura diária, de pelo menos um versículo bíblico.
>
> Art. 2º O disposto no artigo anterior, dar-se-á no início das atividades de cada período escolar (manhã, tarde e noite), cabendo ao professor(a) de cada disciplina inicial do período, o cumprimento desta lei.
>
> Art. 3º Esta Lei entrará em vigor na data de sua publicação.

Dessume-se de uma leitura do texto legal, que a questão versada na presente ação gravita em verificar se tais comandos representam violação à liberdade religiosa ou não.

Vale frisar que este é um tema bastante delicado por envolver sentimentos pessoais ligados à crença religiosa, e que por isso deve ser tratado com muita cautela.

Com a instituição da República em 1891, o Estado Brasileiro desvencilhou-se do Estado Confessional, em que estado e religião eram unos, e passou a adotar o modelo de separação atenuada, modelo em que o Estado emite um julgamento positivo sobre a religião em geral, embora predominem os objetivos laicos, legalmente estabelecidos, sobre os objetivos religiosos, e não haja opção por determinada crença. (BASTOS, Celso. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva. p. 178)

Hodiernamente, no Brasil a separação entre Estado e Religião tem seu arquitrave na dicção do art. 19, inciso I, da Lei Maior, que dispõe:

> Art. 19. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

> I - estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público; (...).

José Afonso da Silva, a respeito das várias prescrições nucleares nos verbos do indigitado dispositivo, explica:

> Estabelecer cultos está em sentido amplo: criar religiões ou seitas, ou fazer igrejas ou quaisquer postos de prática religiosa, ou propaganda. Subvencionar cultos religiosos está no sentido de concorrer, com dinheiro ou outros bens da entidade estatal, para que se exerça a atividade religiosa. Embaraçar o exercício dos cultos religiosos significa vedar, ou dificultar, limitar ou restringir a prática, psíquica ou material, de atos religiosos ou manifestações de pensamento religioso. (Curso de Direito Constitucional Positivo. 27. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 251-252).

Nesse contexto, infere-se que a interferência, direta ou indireta, do Estado em matéria de religião é defesa, isto significa que ao Estado não é permitido estabelecer cultos religiosos, construir templos, conceder subvenção a cultos etc, pois tais práticas consistiriam, evidentemente, na oficialização da religião, constitucionalmente proibida.

Não obstante, o legislador constituinte tratou de estabelecer algumas exceções, as quais decorrem do prefalado modelo de separação atenuada, assim, a relatividade ou atenuação da separação Estado-Religião resulta da expressa dicção de vários preceitos constitucionais, dentre os quais, para o caso, destaca-se a liberdade do ensino religioso, prevista no art. 210, § 1º, da Constituição Federal, e que se encontra reproduzido no art. 164, § 1º, da Constituição Estadual, assim como a liberdade de manifestação de pensamento, nesta compreendida a liberdade de religião, admitida no art. 5º, inciso VI, da Constituição Federal, e que na Constituição Estadual se encontra estratificada no art. 4º.

Por ser pertinente, transcrevo os reportados dispositivos, primeiro os da Carta Política do Estado de Santa Catarina e em seguida os da Constituição da República:

> Art. 4º O Estado, por suas leis e pelos atos de seus agentes, assegurará, em seu território e nos limites de sua competência, os direitos e garantias individuais e coletivos, sociais e políticos previstos na Constituição Federal e nesta Constituição, ou decorrentes dos princípios e do regime por elas adotados, bem como os constantes de tratados internacionais em que o Brasil seja parte, (...).
>
> (...)
>
> Art. 164. A lei complementar que organizar o sistema estadual de educação fixará, observada a lei de diretrizes e bases da educação nacional, os conteúdos mínimos para o ensino fundamental e médio, de maneira a assegurar, além da formação básica:
>
> (...)
>
> § 1° O ensino religioso, de matrícula facultativa, constituirá disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental.
>
> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
>
> (...)
>
> VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;
>
> (...)
>
> Art. 210. Serão fixados conteúdos mínimos para o ensino fundamental, de maneira a assegurar formação básica comum e respeito aos valores culturais e artísticos, nacionais e regionais.
>
> § 1º - O ensino religioso, de matrícula facultativa, constituirá disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental.

É de se ponderar, todavia, que as cláusulas de exceção devem ser interpretadas de forma restritiva, isto é, em eventual embate entre a regra geral e a cláusula de exceção, quando os fatos se subsumem à norma

excedendo a cláusula de exceção, e, portanto vão além das ressalvas constitucionais permitidas, prevalecerá a regra geral.

Destarte, são essas regras de interpretação que condicionam o intérprete e balizam a aplicação do preceito do § 1º do art. 164 da Constituição do Estado, assim como o § 1º do art. 210 da Constituição da República, pelo seu caráter de norma excepcional.

Com efeito, embora o comando constitucional permita o ensino religioso nas escolas públicas, é importante remarcar que o constituinte impôs aos entes federados uma postura de neutralidade em matéria religiosa. Logo, sendo o Brasil um Estado eminentemente laico, é seu dever, no que toca à ministração do ensino religioso, manter a ordem democrática no sentido de assegurar a igualdade de todos os segmentos religiosos no prestar do ensino, zelar para que essa modalidade de ensino não constitua mais um meio de dissensões ou discriminações, e assegurar, por fim, que o ensino religioso signifique o pleno exercício da própria liberdade de religião em todos os seus aspectos.

Nesse desiderato, permito-me abrir um parêntese para trazer ao palco do debate percucientes reflexões traçadas pelo jus-filósofo Norberto Bobbio no artigo intitulado "As razões da tolerância", no qual defendeu o emprego da tolerância como instrumento para os indivíduos viverem pacificamente em meio a miscelânea de crenças. No alto da sua lucidez pontificou o filósofo italiano:

> (...) pode-se aduzir em favor da tolerância uma razão moral: o respeito à pessoa alheia. Também nesse caso, a tolerância não se baseia no renúncia à própria verdade, ou na indiferença frente a qualquer forma de verdade. Creio firmemente em minha verdade, mas penso que devo obedecer a um princípio moral absoluto: o respeito à pessoa alheia. Aparentemente, trata-se de um caso de conflito entre razão teórica e razão prática, entre aquilo em que devo crer e aquilo que devo fazer. Na realidade, trata-se de um conflito entre dois princípios morais: a moral da coerência, que me induz a pôr minha verdade acima de tudo, e a moral do respeito ou da benevolência em face do outro.

> Assim como o método da persuasão é estreitamente ligado à forma de governo democrático, também o reconhecimento do direito de todo homem a crer de acordo com sua consciência é estreitamente ligado à afirmação dos direitos de liberdade, antes de mais nada ao direito à liberdade religiosa e, depois, à liberdade de opinião, aos chamados direitos naturais ou invioláveis, que servem como fundamento ao Estado liberal. De resto, ainda que nem sempre historicamente, pelo menos na teoria o Estado liberal e o Estado democrático são interdependentes, já que o segundo é o prolongamento necessário do primeiro; nos casos em que lograram se impor, eles ou se mantêm juntos ou caem juntos.
>
> Se o outro deve chegar à verdade, deve fazê-lo por convicção íntima e não por imposição. Desse ponto de vista, a tolerância não é apenas um mal menor, não é apenas a adoção de um método de convivência preferível a outro, mas é a única resposta possível à imperiosa afirmação de que a liberdade interior é um bem demasiadamente elevado para que não seja reconhecido, ou melhor, exigido. A tolerância, aqui, não é desejada porque socialmente útil ou politicamente eficaz, mas sim por ser um dever ético. Também nesse caso o tolerante não é cético, porque crê em sua verdade. Tampouco é indiferente, porque inspira sua própria ação num dever absoluto, como é o caso do dever de respeitar a liberdade do outro. (*A era dos direitos*. Trad. de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 1992. p. 209).

E mais adiante Bobbio conclui:

> Onde a história destes últimos séculos não parece ambígua é quando mostra a interdependência entre a teoria e a prática da tolerância, por um lado, e o espírito laico, por outro, entendido este como a formação daquela mentalidade que confia a sorte do *regnum hominis* mais às razões da razão que une todos os homens do que aos impulsos da fé. Esse espírito deu origem, por um lado, aos Estados não confessionais, ou neutros em matéria religiosa, e ao mesmo tempo tempo liberais, ou neutros em matéria política; e, por outro, à chamada sociedade aberta, na qual a superação dos contrastes de fé, de crenças, de doutrinas, de opiniões, deve-se ao império da áurea regra segundo a qual minha liberdade se estende até o ponto em que não invada a liberdade dos outros, ou, para usar as palavras de Kant, "a liberdade do arbítrio de um pode subsistir com a liberdade de todos os outros segundo uma lei universal" (que é a razão). (op. cit. p. 216).

Sob essas orientações, a tolerância, nesse caso, deve ser praticada de forma a evitar que tendências religiosas disseminem conflitos, discriminação ou qualquer ato de violência.

Com todo respeito ao cristianismo e também ao livro sagrado deste segmento religioso, que é a Bíblia, entendo que o Brasil, um país laico desde a proclamação da República, e que assegurou novamente na sua Constituição Federal de 1988 a separação entre Estado e Religião, respeitando, porém, a diversidade de opiniões religiosas e sem esquecer de garantir o direito daqueles que em nada creem, os ateus, não pode admitir a sobreposição de determinadas religiões em detrimento de outras. Assim é que o ensino religioso nas escolas públicas deve ser plural, e não se basear ou fazer apologia às doutrinas de certa religião pelo fato de contar com maior número de adeptos, a tolerância deve prevalecer, de modo que todos os segmentos sejam agraciados e respeitados.

Esta é a inteligência do art. 33 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional:

> Art. 33. O ensino religioso, de matrícula facultativa, é parte integrante da formação básica do cidadão e constitui disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental, assegurado o respeito à diversidade cultural religiosa do Brasil, vedadas quaisquer formas de proselitismo.

A título de reforço argumentativo, calha como luva a lição do Desembargador do Tribunal de Justiça de Minas Gerais Kildare Gonçalves Carvalho, afirmando que *"não se poderá instituir, nas escolas públicas, o ensino religioso de uma única religião, nem se pretender doutrinar os alunos a qualquer fé religiosa, ou a obrigá-los a se matricular"*. (*Direito constitucional*: teoria do estado e da constituição. 15. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 784).

O constitucionalista Alexandre de Moraes ressalta que o ensino religioso deverá adequar-se às demais liberdades públicas, dentre as quais a liberdade de culto religioso e a previsão do Brasil como um Estado

laico, assinalando, outrossim, que não se poderá instituir nas escolas da rede pública o ensino religioso de uma única religião, e tampouco será admitido doutrinar os alunos a essa ou àquela fé; o ensino religioso deverá constituir-se de regras gerais sobre religião e princípios básicos da fé, e também deverá garantir a liberdade das pessoas em matricularem-se ou não nesta disciplina, tendo em vista que a liberdade religiosa consiste de igual sorte na liberdade ao ateísmo. (*Direito constitucional*. 30. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2014. p. 49).

Nessa toada, cumpre-me transcrever as pertinentes reflexões consignadas no parecer do ilustre Procurador de Justiça Basílio Elias de Caro a respeito do tema:

> O Poder Público, desse modo, não deve interferir no exercício da liberdade religiosa, impondo ou proibindo crenças e cultos, como também não poderá privilegiar determinada orientação religiosa em detrimento de outras, ainda que professadas majoritariamente no âmbito social.
>
> Vale dizer que, apesar da inegável tradição cristã do povo brasileiro, o Estado convive com múltiplas religiões e deve tratá-las de forma igualitária e impessoal, sejam elas cristãs ou não, mantendo-se "indiferente às diversas igrejas que podem livremente constituir-se [...]". (BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.)
>
> (...)
>
> Tecidas essas considerações, embora a Bíblia desfrute de valor inestimável para a civilização ocidental e seja o livro orientador de um amplo espectro de religiões cristãs que encontram grande número de adeptos no povo brasileiro, é texto religioso de valor sagrado apenas para o cristianismo.
>
> Destarte, ao determinar que as escolas da rede municipal de ensino realizem a leitura diária de, pelo menos, um versículo bíblico no início de cada período letivo, a Lei n. 2.965/2011, do Município de Içara, gera um fator discrímen em relação às demais religiões, sob os auspícios do Poder Público, e também para com aqueles que não possuem nenhuma crença religiosa, que são igualmente titulares do direito de seguir ou não os preceitos de determinada religião.

> Anote-se que não se combate a leitura de trechos bíblicos ou de qualquer outro livro religioso no âmbito escolar, a título de fonte cultural e de conhecimento, até porque tais textos são obras milenares e patrimônio histórico-cultural da humanidade. O que não deve ocorrer é a imposição compulsória, pelo Poder Público, de tal atividade, quanto mais restringi-la aos textos sagrados do cristianismo, como o fez a Lei n. 2.965/2011, do Município de Içara.
>
> Em outros termos, na medida em que a Lei Municipal n. 2.965/2011 obriga a leitura de textos bíblicos nas escolas e, concomitantemente, deixa de prever a leitura, por exemplo, do Tora (Livro do Judaísmo) ou do Corão (Livro do Islamismo), o Estado acaba por privilegiar as religiões da vertente cristã em detrimento das demais, como também, de certa forma, impõe aos alunos e professores o "seguimento" de determinada crença, o que afronta os princípios constitucionais da liberdade religiosa, da laicidade do Estado brasileiro, da isonomia e da impessoalidade, bem como o direito à matrícula facultativa nas disciplinas de ensino religioso, todos consagrados nas Constituições Estadual e Federal. (fls. 43/44/45).

Os Tribunais de Justiça dos Estados de Minas Gerais e do Rio de Grande do Sul já tiveram a oportunidade de declarar inconstitucionais leis municipais que continham previsões idênticas, confira-se:

> ADIN - Inconstitucionalidade da Lei Municipal 5060, de 1º/10/2002, de Governador Valadares que dispõe sobre a leitura diária obrigatória de versículo bíblico nas escolas da rede municipal, quando o ensino religioso constituirá disciplina à parte e será facultativo nos termos do artigo 200, parágrafo único da CE. (TJMG, Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.0000.00.323319-4/000, rel. Desembargador Schalcher Ventura, j. 14.4.2004).
>
> ADIN. DETERMINAÇÃO DE LEITURA DA BÍBLIA ANTES DO INÍCIO DAS AULAS NAS ESCOLAS MUNICIPAIS EM CALENDÁRIO LETIVO. Violação ao princípio da liberdade religiosa ao privilegiar uma. Arts. 5º, "caput" e inc. VI, CF e art. 8º, CE. AÇÃO JULGADA PROCEDENTE. (TJRS, Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 70017748831, rel. Desembargador Paulo Augusto Monte Lopes, j. 5.2.2007).

Como visto, a norma constitucional, entre as exceções atinentes à liberdade de religião, assegurou o ensino religioso nas escolas públicas, ressalvando, no entanto, o direito do aluno de frequentar a disciplina ou não. Daí que, sendo o ensino religioso contemplado no texto constitucional como disciplina específica dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental, mas de matrícula facultativa, torna-se injustificável a imposição diária de leitura de, pelo menos, um versículo bíblico, fora do dia e horários preestabelecidos para que seja ministrada aquela disciplina, devendo, por consequência, a lei ora questionada ser declarada inconstitucional.

Não é dispendioso lembrar, ademais, que o responsável pela leitura da passagem bíblica, nos termos do art. 2º da Lei Municipal n. 2.965/2011, é o professor(a) de cada disciplina em que o período inicia. Isso significa que o aludido diploma legal não viola somente a liberdade religiosa dos alunos ao favorecer a religião cristã, mas também a do professor, ao passo que se encontra compelido a ler os versículos bíblicos quando for o docente responsável por iniciar o período letivo, ainda que não seja adepto do cristianismo.

Destarte, por mais louvável que seja a lei impugnada sob o ponto de vista de incentivo a leitura e de acesso aos conhecimentos históricos e de tantos ensinamentos contidos na Bíblia, no aspecto constitucional, de outra banda, tal norma, ao meu sentir, viola os artigos 4º e 164, § 1º, da Constituição Estadual, pois, como dito, o Estado brasileiro é laico e não se lhe permite impor aos alunos de escolas públicas o ensinamento contido em livro de determinada religião em desfavorecimento das demais.

Pelo exposto, voto no sentido de julgar procedente o pedido para declarar a inconstitucionalidade da Lei n. 2.965/2011, do Município de Içara, pois seu texto contraria os arts. 4º e 164, §1º, da Constituição Estadual.

É o voto.

Agravo em Pedido de Suspensão de Liminar n. 2015.016664-1/0001.00, da Capital

Relator: Des. Torres Marques

> AGRAVO EM PEDIDO DE SUSPENSÃO DE LIMINAR. PRELIMINARES. ARGUIDA A INCOMPETÊNCIA DO JULGADOR. NÃO OCORRÊNCIA. DELEGAÇÃO REGIMENTAL COM RESPALDO NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA E NO CÓDIGO DE ORGANIZAÇÃO E DIVISÃO JUDICIÁRIAS. SUSCITADA A INCURSÃO INDEVIDA NO MÉRITO DA AÇÃO DE ORIGEM. DECISÃO QUE SE ATEVE AOS LIMITES COGNITIVOS DA SUSPENSÃO. EIVA INEXISTENTE. PREFACIAIS REJEITADAS.
>
> MÉRITO. DETERMINAÇÃO DE PAGAMENTO DE HORAS EXTRAS A TODOS OS POLICIAIS CIVIS DO ESTADO. CONFIGURADA A AMEAÇA DE GRAVE LESÃO À ECONOMIA PÚBLICA. DECISÃO QUE IMPLICA DISPÊNDIO DE ELEVADA MONTA. TEMERIDADE DA IMPOSIÇÃO A TÍTULO PRECÁRIO. DESPESAS COM PESSOAL QUE JÁ SE ENCONTRAM ACIMA DO LIMITE PRUDENCIAL. POSSIBILIDADE DE PREJUÍZO AO PLANEJAMENTO DE CONSECUÇÃO GRADATIVA DA INSTAURAÇÃO DO REGIME DE SUBSÍDIOS. SUSPENSÃO MANTIDA. RECURSO NÃO PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo em Pedido de Suspensão de Liminar n. 2015.016664-1/0001.00, da comarca da Capital (3ª Vara da Fazenda Pública), em que é agravante o Sindicato dos Policiais Civis do Estado de Santa Catarina SINPOL, e agravado o Estado de Santa Catarina:

O Órgão Especial decidiu, por unanimidade, afastar as preliminares e negar provimento ao agravo. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Des. Nelson Schaefer Martins, e dele participaram os Exmos. Des. Ricardo

Fontes, Maria do Rocio Luz Santa Ritta, Jaime Ramos, Alexandre d'Ivanenko, Lédio Rosa de Andrade, Moacyr de Moraes Lima Filho, Jorge Schaefer Martins, Sérgio Izidoro Heil, Jorge Luiz de Borba, Jânio Machado, Sônia Maria Schmitz, Ronei Danielli, Rodrigo Collaço, Pedro Manoel Abreu, Vanderlei Romer e Fernando Carioni.

Funcionou pela Procuradoria-Geral de Justiça a Exma. Dra. Vera Lúcia Ferreira Copetti.

Florianópolis, 1º de julho de 2015.

Torres Marques
RELATOR

RELATÓRIO

Na comarca da Capital (3ª Vara da Fazenda Pública), o Sindicato dos Policiais Civis do Estado de Santa Catarina – SINPOL propôs ação coletiva, com pedido de provimento liminar, em face do Estado de Santa Catarina, com o intuito de obter, em favor dos substituídos, o pagamento das horas laboradas que extrapolem o limite de 8 (oito) horas diárias ou 40 (quarenta) semanais.

Ouvido o réu (fls. 135/150), o magistrado de primeiro grau deferiu o pleito liminar e impôs ao Estado o pagamento das indenizações a todos os policiais civis que laborem além da carga horária máxima semanal (fls. 153/159).

Ato contínuo, o ente público propôs, neste grau de jurisdição, pedido de suspensão dos efeitos do provimento liminar até o trânsito em julgado da sentença de mérito (fls. 2/23), o qual foi deferido em decisão monocrática (fls. 188/194).

Inconformado, o SINPOL manejou o presente recurso de agravo (fls. 200/223), no qual argumentou, preliminarmente, que a decisão

agravada foi proferida por autoridade incompetente, que adentrou no exame meritório do feito de origem. No mérito, defendeu a ausência de comprovação de efeito multiplicador e de grave lesão ao erário. Ponderou, ainda, que o dispêndio total com pessoal por parte do Estado não atingiu o limite prudencial e que as despesas decorrentes do cumprimento da decisão suspensa não devem ser computadas para o cálculo do referido limite, nos termos do art. 19, § 1º, IV, da Lei de Responsabilidade Fiscal. Nesses termos, requereu o exercício do juízo de retratação, a concessão de efeito suspensivo ativo e, por fim, o provimento do agravo para restabelecer os efeitos do interlocutório proferido nos autos da Ação Coletiva n. 0334420-55.2014.8.24.0023.

As contrarrazões foram apresentadas às fls. 784/792.

A Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra da Exma. Dra. Eliana Volcato Nunes, manifestou-se pelo conhecimento e não provimento do recurso (fls. 804/810).

No juízo proferido à fl. 812, a decisão agravada foi mantida e o efeito suspensivo denegado.

VOTO

Trata-se de recurso de agravo interposto em face da decisão monocrática que deferiu a suspensão dos efeitos da liminar, concedida em primeiro grau, que determinou ao Estado de Santa Catarina o pagamento de horas extras a todos os policiais civis.

Preliminarmente, o agravante arguiu a incompetência absoluta, ao argumento de que o art. 4º, *caput*, da Lei n. 8.437/92, atribui ao Presidente do Tribunal ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso a competência para suspender, em despacho fundamentado, a execução de decisões proferidas em ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes.

Não obstante, o art. 90 do Código de Divisão e Organização Judiciárias do Estado de Santa Catarina (Lei Estadual n. 5.624/79), logo após disciplinar as atribuições do Presidente, dentre as quais se encontra a análise do pedido de suspensão (XL, "b"), ressalva a possibilidade de delegação ao Vice-Presidente (XLI, "a"), com vistas a imprimir celeridade aos processos judiciais e administrativos em trâmite na Corte e atender ao princípio da eficiência.

E a possibilidade de delegação na organização interna das Cortes de Justiça foi recepcionada pela Constituição da República de 1988, a qual estabelece em seu art. 96, I, "a", que incumbe privativamente aos Tribunais "eleger seus órgãos diretivos e elaborar seus regimentos internos, com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos".

Diante disso, com pleno respaldo constitucional e infralegal, este Sodalício, por meio do art. 1º, I, "d", do Ato Regimental n. 48/01, delegou ao 1º Vice-Presidente a competência para "despachar os pedidos de suspensão de liminares e de sentenças em mandados de segurança, ação popular e ação civil pública, resolvendo os incidentes que se suscitarem".

A competência para apreciação do instituto da suspensão de tutela contra o poder público é tratada com propriedade por Isabel Cecilia de Oliveira Bezerra:

> Ademais, referidas competências, por constituírem *competências jurisdicionais funcionais*, são *inderrogáveis por convenção das partes*, e, se inobservadas, *causadoras de nulidade processual absoluta*, por expressa disposição legal, podendo ser declaradas de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição. A *delegação*, outrossim, formalizada pelos Presidentes dos Tribunais aos respectivos *Vice-Presidentes*, se faz possível, quando autorizada pelas normas regimentais, posto que, em tais hipóteses, o órgão jurisdicional não se altera (Suspensão de tutelas jurisdicionais contra o poder público. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 174).

Assim, cuida-se de mera repartição regimental de incumbência atribuída em lei aos Presidentes dos Tribunais, o que não significa usurpação de competência legítima, mas observância da eficiência administrativa.

Da mesma forma, a suscitada nulidade do provimento monocrático em razão da incursão indevida no mérito da ação de origem não merece prosperar.

Isso porque, na própria decisão, foram estabelecidos os limites de cognição, com a ponderação restrita do alegado perigo de grave lesão à ordem e à economia públicas, com a consequente e mínima incursão no mérito que essa análise exige.

Sobre a impossibilidade de exame da matéria reservada à suspensão de liminar de forma inteiramente destacada da causa de pedir formulada na ação originária, já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça:

> AGRAVO REGIMENTAL NO PEDIDO DE SUSPENSÃO. GRAVE LESÃO À ORDEM, À SEGURANÇA E À ECONOMIA PÚBLICAS. INEXISTÊNCIA. PEDIDO DE SUSPENSÃO INDEFERIDO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.
>
> I - Consoante a legislação de regência (v.g. Lei n. 8.437/1992 e 12.016/2009) e a jurisprudência deste Superior Tribunal e do c. Pretório Excelso, somente é cabível o pedido de suspensão quando a decisão proferida contra o Poder Público puder provocar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas.
>
> II - *In casu*, os agravantes não demonstraram, de modo preciso e cabal, a grave lesão à economia pública, sendo insuficiente a mera alegação de que a manutenção do decisum atacado teria o condão de provocar prejuízos ao Poder Público. Precedentes do STJ e do STF.
>
> III - Em conformidade com o entendimento jurisprudencial dessa Corte, assim como do Pretório Excelso, na decisão que examina o pedido de suspensão de provimentos jurisdicionais infunde-se um mínimo de delibação do mérito contido na ação originária.

> IV - Descaracterizada a notoriedade do fato, pacífico o entendimento jurisprudencial sobre a necessidade de cabal demonstração da potencial ou grave lesão aos bens tutelados pelas leis que regem o pedido de suspensão. Agravo regimental desprovido (Agravo Regimental na Suspensão de Liminar e de Sentença n. 1.652/BA, rel. Min. Felix Fischer, Corte Especial, j. 21/11/2012).

Do corpo do acórdão, extrai-se:

> Todavia, em conformidade com o entendimento jurisprudencial dessa Corte, assim como do e. Supremo Tribunal Federal, na decisão que examina o pedido de suspensão de provimentos jurisdicionais infunde-se um mínimo de delibação do mérito contido na ação originária. Tal decorre do fato de que na contracautela suspensiva, como em qualquer pretensão provisória (§ 9º do art. 4º da Lei 8.437/1992), urge a verificação da plausibilidade do direito alegado, já que na visão instrumental do processo, perder-se-ia sentido proteger o improvável.

Nesses termos, afastam-se as teses preliminares e passa-se ao exame do mérito da impugnação.

O principal argumento do agravante consiste na ausência de comprovação de perigo de grave lesão à economia pública.

Conforme consignado na decisão monocrática, as Leis Complementares Estaduais n. 609/13 e 611/13 fixaram o regime de subsídio aos delegados de polícia e policiais civis, respectivamente. A partir de então, o Estado de Santa Catarina passou a adotar, para todos integrantes dessas carreiras, o sistema unitário de remuneração, medida que repercutiu no aumento da contraprestação pecuniária paga aos servidores e, em contrapartida, eliminou os benefícios que até o momento eram comuns ao exercício das funções correspondentes.

Referidas leis instituíram a Indenização por Regime Especial de Trabalho Policial Civil, no patamar de 17,6471% do valor do subsídio da respectiva entrância, justificada pelas condições adversas de segurança e do cumprimento de escalas de plantão, com horários irregulares, assim como trabalho noturno e chamados a qualquer hora e dia.

Nesse contexto, para viabilizar a realização das novas despesas decorrentes do aumento considerável da remuneração das carreiras da polícia civil, as Leis Complementares n. 609/13 e 611/13 estabeleceram sua majoração gradual, diluída ao longo de 18 (dezoito) meses, de forma que o primeiro acréscimo foi efetuado em 1º de agosto de 2014 e os próximos deverão ocorrer, respectivamente, nos dias 1º de agosto e 1º de dezembro do corrente ano.

No mesmo período também foram editadas as Leis Complementares n. 610/13 e 614/13, que preveem a fixação de subsídio para os servidores do Instituto Geral de Perícias e da Polícia Militar Estadual (Polícia Militar e Corpo de Bombeiros Militar), com idênticos prazos de implementação progressiva.

Dessa forma, com o intuito de minimizar o impacto orçamentário decorrente da instalação do novo sistema, o ente público planejou-se, ao final de 2013, para fazer frente à consecução gradativa de sua meta nas mais diversas carreiras relacionadas à segurança pública, abrangendo o total de 16.225 servidores.

De outro norte, o estabelecimento do regime unitário de remuneração, por refletir no aumento da contraprestação paga aos servidores, ensejou elevação da base de cálculo para as eventuais horas extras que, por determinação judicial, venham a ser pagas sem prejuízo dos subsídios.

O demonstrativo acostado à fl. 798 revela serem muitas as horas laboradas para além da jornada semanal pelos servidores da segurança pública estadual. Particularmente quanto àqueles ligados à Polícia Civil e ao Instituto Geral de Perícias, o montante excedente trabalhado entre os meses de dezembro de 2013 e agosto de 2014 totalizou 125.212 horas, que, calculadas de acordo com a nova base, poderão impactar sobejamente a economia pública.

A corroborar essa manifestação, a planilha de fl. 185 demonstra que a receita corrente líquida estadual manteve-se praticamente constante

ao longo de todo o ano de 2014, não tendo sofrido incremento apto a abranger as despesas oriundas da decisão de primeiro grau.

Nesses termos, a determinação de pagamento de grande número de benefícios não conjecturados pelas finanças do Estado pode repercutir negativamente no plano de elevação dos subsídios, inviabilizando a observância dos prazos dispostos nas referidas leis complementares, os quais ainda se encontram em curso. Assim, temerário impor ao ente público obrigação em sede de cognição perfunctória, tal qual é o juízo da decisão liminar.

Ademais, impende salientar que, em face do caráter alimentar da verba pleiteada, o montante despendido pelo Estado ao longo do processo, a título precário, é impassível de recuperação, motivo pelo qual a imposição demanda cautela.

No que tange à alegação de que a despesa total do ente público com pessoal não atingiu o limite prudencial, convém ressaltar que a Lei Complementar n. 101/00 determina em seu art. 20, II, "c", que o percentual máximo destinado ao Poder Executivo Estadual para os gastos com pessoal não poderá ultrapassar 49% da receita do ente federativo.

Para fins de controle dos dispêndios, o art. 22, parágrafo único, do mesmo Diploma, estabelece um limite prudencial, correspondente a 95% do máximo estabelecido no art. 20 para cada esfera estatal, que, se alcançado, implicará uma série de vedações ao ente.

Portanto, para os desembolsos com pessoal empreendidos pelo Poder Executivo do Estado de Santa Catarina, o limite prudencial será atingido quando se alcançar 95% de 49% da receita corrente líquida do Estado, ou seja, o percentual de 46,55%.

E do demonstrativo de despesa total com pessoal acostado às fls. 184/186, observa-se que, no último exercício financeiro, o Estado despendeu para este fim o valor de R$ 8.548.848.193,30, correspondente a 47,93% de sua receita corrente líquida. Encontra-se, assim, acima

do limite prudencial, de forma a exigir especial cautela na assunção de qualquer gasto a título precário, sob pena de lesão irrecuperável ao erário.

Também não prospera o argumento de que as despesas decorrentes do cumprimento de decisão judicial não são computadas para o cálculo do limite prudencial, nos termos do art. 19, § 1º, IV, da Lei de Responsabilidade Fiscal.

Assim versa citado dispositivo:

> Art. 19. Para os fins do disposto no *caput* do art. 169 da Constituição, a despesa total com pessoal, em cada período de apuração e em cada ente da Federação, não poderá exceder os percentuais da receita corrente líquida, a seguir discriminados: [...]
>
> § 1º Na verificação do atendimento dos limites definidos neste artigo, não serão computadas as despesas: [...]
>
> IV - decorrentes de decisão judicial e da competência de período anterior ao da apuração a que se refere o § 2º do art. 18;

Da leitura, observa-se que, para uma despesa ser excluída do cômputo do limite máximo para os dispêndios com pessoal, nos termos do inciso IV do artigo em apreço, não basta que seja ela decorrente de decisão judicial; é necessário também que se refira a exercício anterior ao período delimitado pelo art. 18, § 2º, da mesma Lei Complementar, segundo o qual "a despesa total com pessoal será apurada somando-se a realizada no mês em referência com as dos onze imediatamente anteriores, adotando-se o regime de competência".

Assim, quando se tratar de despesa cujo fato gerador haja ocorrido durante o ano que antecedeu a determinação judicial, ela será computada nos limites estabelecidos pelo art. 20 da Lei, que destina ao Poder Executivo Estadual, em seu inciso II, alínea "c", o máximo de 49% da receita corrente líquida para gastos com pessoal. De outro norte, se o fato gerador houver ocorrido em período que antecede o comando judicial em mais de um ano, o dispêndio não será valorado nos referidos limites.

É o que se colhe da doutrina de Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

> O dispositivo permite a seguinte distinção: a despesa com pessoal, por força de decisão judicial, só é levada em consideração quando se tratar de vencimentos ou vantagens correspondentes ao regime de competência, ou seja, ao período compreendido entre o mês em que é feita a apuração do total e mais os onze imediatamente anteriores. Por outras palavras, o fato de uma das espécies remuneratórias referidas no art. 18 decorrer de decisão judicial não impede a sua inclusão no limite de despesa, desde que o seu pagamento corresponda a vencimento, subsídio ou vantagem pecuniária devidos em mês incluído no período de competência. As anteriores a esse período ficam excluídas do limite (MARTINS, Ives Gandra da Silva; NASCIMENTO, Carlos Valder do (Orgs.). Comentários à Lei de Responsabilidade Fiscal. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 192).

No caso dos autos, a decisão de primeiro grau impôs despesa cujo fato gerador ainda há de acontecer. Portanto, a situação não se enquadra na exceção do art. 19, § 1º, IV, da Lei Complementar n. 101/00, que somente se aplicaria caso as horas extras houvessem sido laboradas em período anterior ao ano que antecedeu o comando suspenso, de forma que o referido dispositivo não autoriza a prevalência do provimento liminar em detrimento da economia pública.

Quanto à alegação de que não foi comprovado o efeito multiplicador, basta a referência às Leis Complementares Estaduais n. 610/13 e 614/13, através das quais o regime de subsídio também foi implantado para os servidores do Instituto Geral de Perícias e da Polícia Militar Estadual.

Acrescente-se a isso o fato de que, no dia 10 de junho do presente ano, aportaram no gabinete da 1ª Vice-Presidência deste Tribunal os autos n. 2015.034223-4, que tratam do pedido de suspensão de provimento liminar formulado pelo Estado em face da decisão interlocutória que, no bojo de ação individual proposta por bombeiro militar, concedeu ao servidor o recebimento de gratificação adicional pela realização de horas extras vincendas, sob pena de multa diária, sem prejuízo da remuneração por subsídio.

Assim, conquanto não haja comprovação da efetiva propositura de ações coletivas análogas por parte dos grupos ligados à segurança pública, fato é que a manutenção da decisão de primeiro grau enseja a abertura de precedente quanto à possibilidade de ser determinado, em juízo liminar, o pagamento de horas extras a tais servidores de forma cumulativa com o regime de subsídios, o que agravaria a lesão à economia pública.

Por fim, a afirmação de que a certidão da fl. 180 projeta os pagamentos de benefícios para todo o grupo atuante na Segurança Pública, e não apenas para os policiais civis, é insuficiente para ensejar a reforma do comando agravado, porquanto a suspensão dos efeitos do provimento liminar não se operou com base nesse documento, mas em toda uma situação fática que se extrai do cauteloso cotejo dos elementos probatórios trazidos aos autos.

Ante o exposto, afastam-se as preliminares e nega-se provimento ao agravo.

CÂMARA CIVIL ESPECIAL

Agravo (§ 1º art. 557 do CPC) em Agravo de Instrumento n. 2015.012687-4/0001.00, de Blumenau

Relator: Des. Subst. Luiz Zanelato

AGRAVO INTERNO (ART. 557, § 1º, DO CPC) EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. CONTRATO DE FINANCIAMENTO GARANTIDO COM ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA REPRESENTADO POR CÉDULA DE CRÉDITO BANCÁRIO – CDC. PETIÇÃO INICIAL INSTRUÍDA COM FOTOCÓPIA DESSE TÍTULO DE CRÉDITO. DETERMINAÇÃO DE EXIBIÇÃO DO DOCUMENTO ORIGINAL SOB PENA DE EXTINÇÃO DO PROCESSO. IRRESIGNAÇÃO DO REQUERENTE POR AGRAVO DE INSTRUMENTO. DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGOU SEGUIMENTO, LIMINARMENTE, AO RECURSO POR MANIFESTO CONFRONTO COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE DE JUSTIÇA. TÍTULO DE CRÉDITO EM QUESTÃO SUJEITO AOS PRINCÍPIOS DA CARTULARIDADE E CIRCULARIDADE. DECISÃO UNIPESSOAL ACERTADA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

A ação de busca e apreensão de bem financiado mediante cédula de crédito bancário, com alienação fiduciária, pressupõe necessariamente a comprovação da constituição em mora do devedor e a instrução da petição inicial com a via original do título de crédito, sob pena de indeferimento da peça vestibular e extinção do processo sem apreciação do mérito.

A imprescindibilidade da exibição do documento original representativo da cédula de crédito bancário funda-se na possibilidade de circulação e transferência da cártula por meio de endosso em preto, conforme prevê o § 1º do art. 29 da Lei n. 10.931, de 2-8-2004.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo (§ 1º art. 557 do CPC) em Agravo de Instrumento n. 2015.012687-4/0001.00, da

comarca de Blumenau (Vara de Direito Bancário), em que é agravante Aymoré Crédito Financiamento e Investimento S.A., e agravada Eliane da Silva do Nascimento:

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. Cláudio Valdyr Helfenstein, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. Artur Jenichen Filho.

Florianópolis, 21 de maio de 2015.

Luiz Zanelato
RELATOR

RELATÓRIO

Aymoré Crédito Financiamento e Investimento S.A. interpôs agravo interno em agravo de instrumento da decisão monocrática que negou seguimento, liminarmente, ao recurso nos termos do art. 557, *caput*, do CPC, sob o fundamento de que o decisório recorrido encontra-se em sintonia com os precedentes desta Corte de Justiça (fls. 50-54).

A parte agravante alega, em síntese, ser descabida a determinação de juntada do título de crédito original, tendo em vista que o pacto celebrado entre as partes consiste em contrato de financiamento, e, não, em cédula de crédito bancário.

Ao finalizar, requer provimento ao recurso para ser reformada a decisão monocrática de admissibilidade e, deste modo, ser conhecido e apreciado o agravo de instrumento.

É o relatório.

VOTO

Reexaminados os autos, constata-se que, efetivamente, o agravo de instrumento originário não merece ser admitido, porquanto as razões recursais estão em manifesto confronto com a jurisprudência dominante deste Tribunal.

Inicialmente, ao contrário do que faz crer a agravante em sua petição recursal, às fls. 97-101, vislumbra-se que o contrato pactuado entre as partes consiste, deveras, em cédula de crédito bancário.

A Lei n. 10.931, de 2-8-2004, estabelece que a referida cédula constitui título executivo extrajudicial, representativo da dívida líquida, certa e exigível, como decorre do *caput* do art. 28, nestes termos:

> Art. 28. A Cédula de Crédito Bancário é título executivo extrajudicial e representa dívida em dinheiro, certa, líquida e exigível, seja pela soma nela indicada, seja pelo saldo devedor demonstrado em planilha de cálculo, ou nos extratos da conta corrente, elaborados conforme previsto no § 2º.

Nesse contexto, o título de crédito em menção submete-se aos princípios cambiais, tais como a cartularidade, a literalidade e livre transferência por endosso.

A busca e apreensão de bem financiado mediante cédula de crédito bancário, com alienação fiduciária em garantia, pressupõe necessariamente a comprovação da constituição em mora do devedor e a instrução da petição inicial com a via original do título de crédito, sob pena de indeferimento da peça vestibular e extinção do processo sem apreciação do mérito.

A imprescindibilidade da exibição do documento original representativo do título de crédito funda-se na possibilidade de circulação e transferência da cártula por meio de endosso em preto, conforme prevê o § 1º do art. 29 do diploma legal supracitado:

> § 1º A Cédula de Crédito Bancário será transferível mediante endosso em preto, ao qual se aplicarão, no que couberem, as normas do direito

> cambiário, caso em que o endossatário, mesmo não sendo instituição financeira ou entidade a ela equiparada, poderá exercer todos os direitos por ela conferidos, inclusive cobrar os juros e demais encargos na forma pactuada na Cédula.

Como se vê, a apresentação de cópia autenticada do título de crédito não é suficiente para garantir a regularidade formal do processo, vez que, na hipótese de a parte proponente da ação de busca e apreensão não se encontrar na posse do título de crédito, não pode ser presumido credor, porquanto apenas o possuidor do documento é o titular legítimo do direito de crédito.

Convém assinalar que o entendimento firmado por esse Tribunal de Justiça e, particularmente, esta Câmara Especial Cível, sustenta a imprescindibilidade de apresentação da cédula de crédito bancário original com a petição inicial da demanda de busca e apreensão, de cuja jurisprudência se destaca:

> AGRAVO (ART. 557, § 1º, CPC) EM AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO - ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA - DETERMINAÇÃO DE EMENDA À PETIÇÃO INICIAL PARA A JUNTADA DO ORIGINAL DA CÉDULA DE CRÉDITO BANCÁRIO, DEVIDAMENTE PROTESTADA -INDISPENSABILIDADE - TÍTULO CIRCULÁVEL POR ENDOSSO - EXEGESE DO ART. 29, § 1º, DA LEI N. 10.931/04 - INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA CARTULARIDADE - DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGOU SEGUIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO, POR ESTAR A DECISÃO AGRAVADA EM CONFORMIDADE COM O ENTENDIMENTO UNÂNIME DESTE SODALÍCIO - DECISÃO, AINDA, QUE NÃO DESAFIA RECURSO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO (ART. 504, CPC) - RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.
>
> É indispensável a juntada aos autos do original da cédula de crédito bancário, devidamente protestada, por ser um título passível de circulação por endosso, conforme estabelece o artigo 29, § 1º, da Lei n. 10.931/04.
>
> "A jurisprudência desta Corte de Justiça é uníssona no sentido de que, em 'se tratando de ação de busca e apreensão de bem alienado

fiduciariamente, revela-se imprescindível a juntada ao caderno processual dos títulos passíveis de circulação por endosso, como são a cédula de crédito bancária (Lei n. 10.931, art. 29, § 1º) e a nota promissória, os quais além de protestados, devem vir a juízo em seus respectivos originais' (AI n. 2007.050063-5, j. 18.8.08)" (Agravo em Agravo de Instrumento n. 2009.013181-4/000100, de Palhoça, Câmara Civil Especial, Rel. Des. Rodrigo Collaço, j. em 15/10/09) (Apelação Cível n. 2011.024293-2, de Joinville, Relatora: Desembargadora REJANE ANDERSEN, j. 15/7/2011) (Agravo (§ 1º art. 557 do CPC) em Agravo de Instrumento n. 2012.079197-1, de Criciúma, rel. Des. Rodolfo C. R. S. Tridapalli , j. 17-01-2013) (grifou-se).

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. CÉDULA DE CRÉDITO BANCÁRIO. CÓPIA REPROGRÁFICA DO MENCIONADO TÍTULO. APRESENTAÇÃO DA CÉDULA ORIGINAL IMPRESCINDÍVEL. PRINCÍPIOS DA CARTULARIDADE E CIRCULARIDADE. EMENDA À INICIAL ENSEJADA NO PRIMEIRO GRAU. JUNTADA DE CÓPIA AUTENTICADA QUE NÃO SUPRE O REQUISITO. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. SENTENÇA MANTIDA. APELO DESPROVIDO.

Conferido ensejo de emenda da exordial, sem o devido cumprimento pela autora, impõe-se o indeferimento da petição inicial, extinguindo-se o feito com base no art. 267, I, c/c art. 284, ambos do Código de Processo Civil.

Pelo princípio da cartularidade, torna-se imprescindível, por ocasião da propositura de demanda visando à satisfação do crédito correspondente, que o credor apresente a via original do título junto à inicial, condição sem a qual "mesmo que a pessoa seja efetivamente a credora, não poderá exercer o seu direito de crédito valendo-se dos benefícios do regime jurídico-cambial" (Fábio Ulhoa Coelho). (Apelação Cível n. 2012.078408-6, de São Bento do Sul, rel. Des. Gerson Cherem II , j. 22-11-2012)

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO - CÉDULA DE CRÉDITO BANCÁRIO COM ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA - DETERMINAÇÃO DE EMENDA À INICIAL,

> NOS TERMOS DO ART. 284 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, PARA JUNTADA DA VIA ORIGINAL DA CÉDULA - DECISÃO NÃO AGRAVADA - PARTE INTERESSADA QUE COLACIONOU APENAS A CÓPIA REPROGRÁFICA DO INSTRUMENTO CONTRATUAL - INADMISSIBILIDADE - TÍTULO QUE CIRCULA POR ENDOSSO EM PRETO - PRINCÍPIO DA CARTULARIDADE [...].
>
> Calcada a busca e apreensão em cédula de crédito bancário, necessária a instrução da "actio" com o documento original, uma vez que, em razão do princípio da cartularidade, sua circulação é possível por meio do endosso em preto (Lei n. 10.931/04, art. 29, § 1º).
>
> Considerando que a propositura da ação de busca e apreensão requer a juntada da via original da cédula de crédito bancário, se intimada para emendar a inicial a parte autora quedar inerte, deixando de sanar a irregularidade, imperativo o indeferimento da exordial e a consequente extinção do feito, sem resolução do mérito, forte nos arts. 284, parágrafo único, e 267, inc. I, ambos do Código de Processo Civil [...] (Apelação Cível n. 2012.079616-0, de Gaspar, rel. Des. Robson Luz Varella , j. 18-12-2012).

Corroborando essa orientação jurisprudencial desta Corte de Justiça, citam-se, ainda, estes precedentes: AI n. 2011.023041-8, de Joinville, rel. Des. Jânio Machado, j. 27-7-2011; AC n. 2011.019812-7, de Joinville, rela. Desa. Soraya Nunes Lins, j. 16-2-2012; AI n. 2011.096625-2, de Criciúma, rel. Des. Paulo Roberto Camargo Costa, j. 8-3-2012; AC n. 2012.081092-7, de São José, rel. Des. Ricardo Fontes, j. 29-11-2012; e AC n. 2012.080299-9, de São José, rel. Des. Dinart Francisco Machado, j. 18-12-2012.

Como demonstrado, a irregularidade de que se cogita acarreta, de fato, o indeferimento liminar do agravo de instrumento, por apresentar-se manifestamente inadmissível, em conformidade com o disposto no art. 557, *caput*, do CPC, que desta forma preceitua:

> 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-se 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*. 2ª. ed. São Paulo: Malheiros, p. 132).

Frente a estas ponderações, mostra-se acertada a decisão monocrática hostilizada pela via do agravo interno em apreciação, e sua manutenção é medida que se impõe, uma vez que as razões recursais estão em manifesto confronto com a jurisprudência dominante deste Tribunal de Justiça, fato suficiente a autorizar o relator a negar-lhe seguimento de acordo com o art. 557, *caput*, do CPC.

Ante o exposto, voto para conhecer e negar provimento ao recurso, nos termos do art. 557, § 1º, do CPC.

É o voto.

Agravo (§ 1º art. 557 do CPC) em Agravo de Instrumento n. 2011.071556-9/0001.00, da Capital - Continente

Relator: Des. Subst. Rodolfo Tridapalli

AGRAVO DE INSTRUMENTO INADMITIDO – CÓPIA DA DECISÃO AGRAVADA EXTRAÍDA DA INTERNET EM DATA NÃO DECLARADA E SEM OS REQUISITOS DE SUA VALIDADE – INÁBIL PARA INSTRUIR O RECURSO – CONFIABILIDADE DO DOCUMENTO POSTA EM XEQUE – AGRAVO INTERNO SUBSEQUENTE A QUE SE NEGOU PROVIMENTO – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS PELA CÂMARA CIVIL ESPECIAL – RECURSO ESPECIAL PROVIDO PELO STJ PARA CONHECER DO AGRAVO DE INSTRUMENTO INTERPOSTO - IMPOSIÇÃO DE NOVO JULGAMENTO E DA DIRETRIZ JURISPRUDENCIAL A SER SEGUIDA – INFORMAÇÕES PROCESSUAIS DISPONIBILIZADAS NA PÁGINA OFICIAL DOS TRIBUNAIS. CONFIABILIDADE. JUSTA CAUSA. ART. 183, § 2º, DO CPC. PRESERVAÇÃO DA BOA-FÉ E DA CONFIANÇA DO ADVOGADO. PRINCÍPIOS DA EFICIÊNCIA E DA CELERIDADE PROCESSUAL. INFORMAÇÃO CONSIDERADA OFICIAL, APÓS O ADVENTO DA LEI N.º 11.419/06 – AGRAVO INOMINADO CONHECIDO E PROVIDO PARA DAR SEQUÊNCIA AO AGRAVO DE INSTRUMENTO.

[...]

"2. A divulgação do andamento processual pelos Tribunais por meio da internet passou a representar a principal fonte de informação dos advogados em relação aos trâmites do feito. A jurisprudência deve acompanhar a realidade em que se insere, sendo impensável punir a parte que confiou nos dados assim fornecidos pelo próprio Judiciário.

3. Ainda que não se afirme que o prazo correto é aquele erroneamente disponibilizado, desarrazoado frustrar a boa-fé que deve orientar a relação entre os litigantes e o Judiciário. Por essa razão o art. 183, §§ 1º e 2º, do CPC determina o afastamento do rigorismo na contagem dos prazos processuais quando o descumprimento decorrer de fato alheio à vontade da parte.

4. A Terceira Turma do STJ vem adotando essa orientação, com base não apenas no art. 183 do CPC, mas também na própria Lei do Processo Eletrônico (Lei 11.419/2006), por conta das "Informações processuais veiculadas na página eletrônica dos tribunais que, após o advento da Lei n.º 11.419/06, são consideradas oficiais" (trecho do voto condutor do Min. Paulo de Tarso Sanseverino, no REsp 960.280/RS, DJe 14.6.2011).

5. Não desconheço os precedentes em sentido contrário da Corte Especial que são adotados em julgados de outros colegiados do STJ, inclusive da Segunda Turma.

6. Ocorre que o julgado mais recente da Corte Especial é de 29.6.2007 (AgRg nos EREsp 514.412/DF, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 20.8.2007), como consta do Comparativo de Jurisprudência do STJ.

7. Parece-me que a ampliação constante do uso da internet pelos operadores do Direito, especialmente em relação aos informativos de andamento processual colocados à disposição pelos Tribunais, sugere a revisão desse entendimento, em atenção à boa-fé objetiva que deve orientar a relação entre o Poder Público e os cidadãos, acolhida pela previsão do art. 183, §§ 1º e 2º, do CPC.

8. Ainda que os dados disponibilizados pela internet sejam "meramente informativos" e não substituam a publicação oficial (fundamento dos precedentes em contrário), isso não impede que se reconheça ter havido justa causa no descumprimento do prazo recursal pelo litigante (art. 183, caput, do CPC), induzido por erro cometido pelo próprio Tribunal.

9. Recurso Especial provido. (REsp 1324432/SC, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, CORTE ESPECIAL, julgado em 17/12/2012, DJe 10/05/2013)".

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo (§ 1º art. 557 do CPC) em Agravo de Instrumento n. 2011.071556-9/0001.00, da comarca da Capital - Continente (1ª Vara Cível), em que é agravante JOEL CARVALHO FAGUNDES, e agravado BANCO CITIBANK S/A:

A Câmara Civil Especial decidiu, por votação unânime, conhecer do recurso e dar provimento. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, a Exma. Sra. Desa. Cláudia Lambert de Faria e o Exmo. Sr. Des. Cláudio Valdyr Helfenstein, que o presidiu.

Florianópolis, 21 de maio de 2015.

Rodolfo Tridapalli
RELATOR

RELATÓRIO

Ação: de Revisão de Contrato n. 082.11.003879, proposta por JOEL CARVALHO FAGUNDES, ora Agravante, contra BANCO CITIBANK S/A – CARTÕES DE CRÉDITO CITIBANK BRASIL, ora Agravado.

Pronunciamento do Juízo *a quo*: indeferiu o pedido de antecipação da tutela, consistente em: a) declarar descaracterizada provisoriamente *a mora debendi* em virtude da existência de cláusulas abusivas no contrato objeto da lide; e b) determinar que a Instituição Financeira se abstenha de efetivar ou manter a inscrição do nome do Autor nos órgãos de restrição ao crédito. Inverteu o ônus da prova (fls. 11-13).

Recurso: o Autor interpôs Agravo de Instrumento com pedido de efeito ativo, sustentando, em síntese, que a Instituição Financeira aproveitou-se de uma situação de necessidade e da inexperiência do Agravante para impor-lhe a obrigação de cumprir cláusulas excessivas e abusivas, nos contratos pactuados, cobrando-lhe juros acima da média do mercado e dificultando o adimplemento contratual (fls. 02-09).

Pronunciamento do Juiz de 2º Grau no Agravo de Instrumento: por meio de decisão monocrática, o relator Des. Domingos Paludo,

negou seguimento ao recurso, por ausência de cópia válida da decisão agravada, visto que a que consta nos autos foi extraída da *internet*, em data não declarada e sem assinatura do Magistrado *a quo* (fls. 71-73).

Agravo Interno: alega que "o início do prazo antes da publicação oficial dependeria da boa-fé da parte que tomou ciência pelo *site*, coisa inaferível; o CPC define forma determinada de intimação das partes, que, na hipótese, se prova pela regular certidão, que se sobrepõe à hipotética declaração feita pelo advogado – atestando que se cientificou pelo site em "tal data"; o entendimento deste TJSC é no sentido de que a informação disponibilizada pelo sítio do Tribunal não pode substituir a certidão de intimação; e não há motivo para o óbice recursal" (fls. 75-78).

Pronunciamento do Colegiado no Agravo (§ 1º, art. 557, CPC) em Agravo de Instrumento: por votação unânime, decidiu conhecer do recurso e negar provimento (fls. 80-85).

Embargos de Declaração: aduz, em suma, que a decisão embargada violou os arts. 365, VI e 525, I, ambos do CPC e que é admissível a interposição de embargos declaratórios com o intuito de pré-questionar a matéria, não possuindo caráter protelatório, conforme dispõe a súmula 98 do STJ (fls. 87-88).

Pronunciamento do Colegiado nos Embargos de Declaração: por votação unânime, conheceu dos Aclaratórios e os rejeitou (fls. 90-94).

Recurso Especial: defendeu que o acórdão recorrido violou o disposto nos arts. 356, VI, e 525, I, do CPC, e apontou dissídio jurisprudencial (fls. 96-101).

Pronunciamento da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial: por meio do voto de relatoria do Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, deu provimento ao Recurso Especial 1384282/SC para que o Tribunal conheça do Agravo de Instrumento interposto pelo Recorrente (fls. 126-127v).

Este é o relatório.

VOTO

Trata-se de Recurso Especial ao qual foi dado provimento pelo Superior Tribunal de Justiça, liminarmente, (art. 557, § 1º-A, do CPC) para que esta c. Corte de Justiça conheça do Agravo de Instrumento interposto pelo Recorrente, o que, consequentemente, implica novo julgamento do Agravo (§ 1º, art. 557, CPC) em Agravo de Instrumento.

Rememorando brevemente o até agora processado, tem-se que ao Agravo de Instrumento interposto pelo Recorrente negou-se seguimento, porque ele não trouxe cópia válida da decisão agravada, visto que a que consta nos autos foi extraída da *internet*, em data não declarada, colocando em xeque a confiabilidade do conteúdo do documento, além do termo inicial do prazo recursal.

Irresignado, da decisão monocrática de relatoria do e. Des. Domingos Paludo, o Recorrente interpôs Agravo Inominado, alegando que "o início do prazo antes da publicação oficial dependeria da boa-fé da parte que tomou ciência pelo *site*, coisa inaferível; o CPC define forma determinada de intimação das partes, que, na hipótese, se prova pela regular certidão, que se sobrepõe à hipotética declaração feita pelo advogado – atestando que se cientificou pelo site em "tal data"; o entendimento deste TJSC é no sentido de que a informação disponibilizada pelo sítio do Tribunal não pode substituir a certidão de intimação; e não há motivo para o óbice recursal" (fls. 75-78 e 82).

Ao Agravo Interno, este colegiado, por unanimidade, negou provimento, ratificando a decisão monocrática que inadmitiu o Agravo de Instrumento, acrescentando nas razões de decidir que o Agravante "se valeu das prerrogativas do modo informatizado do Poder Judiciário para extrair cópia da decisão agravada, e deveria aproveitar deste mesmo sistema para informar a data em que obteve o documento, a tornar válida sua utilização para todos os efeitos de fato e direito, inclusive de ciência inequívoca. Em outras palavras: caso quisesse válido o papel trazido, seria

mister demonstração da data em que teve acesso a ele, justo que para aqueles que trazem cópia da decisão, há de servir a certidão de intimação tradicional" (fls. 80-85).

Pois bem. No caso em apreço, cumpre-me tão somente acatar a decisão superior (princípio da hierarquia das decisões) e seguir as diretrizes do novo julgamento imposto, imposta, inclusive, a tese.

Ressalvo, no entanto, que o meu entendimento ainda se coaduna com o Relator que proferiu a decisão objurgada, pois, por ocasião da interposição do Agravo de Instrumento, o Recorrente deve trazer cópia da decisão agravada devidamente assinada pelo MM. Juiz *a quo*, e se o processo for eletrônico, deve estar aposta a certificação digital. Tal requisito é essencial à validade do ato, nos termos do artigo 164 do CPC, sendo assim, a fotocópia juntada, imprestável para aparelhar o recurso, já que não é considerada cópia autêntica da decisão agravada conforme preceitua o dispositivo legal, porquanto considerada documento apócrifo.

Registra-se que a ausência de cópia completa de documento obrigatório caracteriza a ausência de um dos requisitos extrínsecos de admissibilidade do recurso, o que por consequência acarreta o não conhecimento do reclamo.

Em que pese o meu posicionamento a respeito da matéria, como supradito, devo apenas subsumir-se à ordem do Superior Tribunal de Justiça.

Em casos como tais, em que o advogado se vale das informações extraídas do sítio dos tribunais para instrumentalizar processos e recursos em que atua, a diretriz jurisprudencial ditada pela Corte Superior de Justiça, é firme no sentido de que, após o advento da Lei n. 11.419/2006, deve-se privilegiar a confiabilidade dos dados disponibilizados nas páginas oficiais dos tribunais de justiça, a qual é essencial à preservação da boa-fé e da confiança do advogado, em observância aos princípios da eficiência e da celeridade processual. Veja-se:

PROCESSUAL CIVIL. LITISPENDÊNCIA RECONHECIDA PELA CORTE DE ORIGEM. INFORMAÇÕES PROCESSUAIS DISPONIBILIZADAS NA PÁGINA OFICIAL DOS TRIBUNAIS. CONFIABILIDADE APÓS O ADVENTO DA LEI N. 11.419/06. PRINCÍPIOS DA EFICIÊNCIA E DA CELERIDADE PROCESSUAL.

1. Os agravantes defendem que as informações veiculadas nos sites oficiais de tribunais não são aptas a comprovar a ocorrência de litispendência, porquanto "as informações constantes nas consultas processuais ao site por vezes não conferem com a realidade, seja porque os dados podem ser preenchidos pelas partes ou pela desatualização de alguns Tribunais".

2. É assente no âmbito do STJ, após o advento da Lei 11.419/2006, a confiabilidade das informações processuais disponibilizadas na página oficial dos Tribunais. Agravo regimental improvido. (AgRg no AREsp 236.743/PR, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/02/2013, DJe 19/02/2013).

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. INFORMAÇÕES PROCESSUAIS DISPONIBILIZADAS NA PÁGINA OFICIAL DOS TRIBUNAIS. CONFIABILIDADE. JUSTA CAUSA. ART. 183, § 2º, DO CPC. PRESERVAÇÃO DA BOA-FÉ E DA CONFIANÇA DO ADVOGADO. PRINCÍPIOS DA EFICIÊNCIA E DA CELERIDADE PROCESSUAL. INFORMAÇÃO CONSIDERADA OFICIAL, APÓS O ADVENTO DA LEI N.º 11.419/06.

1. O equívoco ou a omissão nas informações processuais prestadas na página eletrônica dos tribunais configura justa causa, nos termos do art. 183, § 2º, do CPC, a autorizar a prática posterior do ato, sem prejuízo da parte.

2. A confiabilidade das informações prestadas por meio eletrônico é essencial à preservação da boa-fé e da confiança do advogado, bem como à observância dos princípios da eficiência da Administração e da celeridade processual.

3. Informações processuais veiculadas na página eletrônica dos tribunais que, após o advento da Lei n.º 11.419/06, são consideradas oficiais. Precedente específico desta Corte (REsp n.º 1.186.276/RS).

4. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. (REsp 960.280/RS, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 07/06/2011, DJe 14/06/2011).

RECURSO ESPECIAL - PROCESSO CIVIL - INFORMAÇÕES PROCESSUAIS DISPONIBILIZADAS VIA INTERNET - CARÁTER OFICIAL À LUZ DA LEI N. 11.419/2006 - PRESTÍGIO À EFICÁCIA E CONFIABILIDADE DAS INFORMAÇÕES PRESTADAS POR MEIO DA INTERNET - HIPÓTESE DE ERRO OU FALHA DO SISTEMA - JUSTA CAUSA - POSSIBILIDADE DE IDENTIFICAÇÃO – CONJUNTURA LEGISLATIVA E JURISPRUDENCIAL - ATUALIDADE - HOMENAGEM À ADOÇÃO DE RECURSOS TECNOLÓGICOS - MELHORIA DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL - ART. 5º, INCISO LVXXII, DA CARTA REPUBLICANA - RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO.

I - Com o advento da Lei n. 11.419/2006, que veio disciplinar "(...) o uso de meio eletrônico na tramitação de processos judiciais, comunicação de atos e transmissão de peças processuais", a tese de que as informações processuais fornecidas pelos sites oficiais dos Tribunais de Justiça e/ou Tribunais Regionais Federais, somente possuem cunho informativo perdeu sua força, na medida em que, agora está vigente a legislação necessária para que todas as informações veiculadas pelo sistema sejam consideradas oficiais.

II - A razão desta interpretação é consentânea com o art. 4º, caput e § 2º da Lei n. 11.419/2006, que expressamente apontam, in verbis:" (...) Art. 4º. Os tribunais poderão criar Diário da Justiça eletrônico, disponibilizado em sítio da rede mundial de computadores, para publicação de atos judiciais e administrativos próprios e dos órgãos a eles subordinados, bem como comunicações em geral.(...) § 2.º A publicação eletrônica na forma deste artigo substitui qualquer outro meio e publicação oficial, para quaisquer efeitos legais, à exceção dos casos que, por lei, exigem intimação ou vista pessoal."

III - A disponibilização, pelo Tribunal, do serviço eletrônico de acompanhamento dos atos processuais, para consulta das partes e dos advogados, impõe que ele se realize de modo eficaz, uma vez que há presunção de confiabilidade das informações divulgadas. E, no caso de

> haver algum problema técnico do sistema, ou até mesmo algum erro ou omissão do serventuário da justiça, responsável pelo registro dos andamentos, que porventura prejudique umas das partes, poderá ser configurada a justa causa prevista no caput e § 1º do art. 183 do Código de Processo Civil, salvo impugnação fundamentada da parte contrária.
>
> IV - A atual conjuntura legislativa e jurisprudencial é no sentido de, cada vez mais, se prestigiar a divulgação de informações e a utilização de recursos tecnológicos em favor da melhor prestação jurisdicional, com evidente economia de recursos públicos e em harmonia com o que dispõe o art. 5º, inciso LXXVIII, da Carta Republicana.
>
> V - Recurso especial improvido. (REsp 1186276/RS, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, julgado em 16/12/2010, DJe 03/02/2011).

Na decisão monocrática proferida no REsp 1491029/RJ, de relatoria do Ministro Mauro Campbell Marques, esclareceu-se que esse entendimento "passou a ser adotado pela Corte Especial do STJ no REsp 1.324.432/SC (Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, julgado em 17/12/2012, DJe de 10/5/2013), ocasião na qual assentou-se que a divulgação do andamento processual pelos Tribunais por meio da internet passou a representar a principal fonte de informação dos advogados em relação aos trâmites do feito. A jurisprudência deve acompanhar a realidade em que se insere, sendo impensável punir a parte que confiou nos dados assim fornecidos pelo próprio Judiciário".

Vale a pena conferir a ementa:

> PROCESSUAL CIVIL. ANDAMENTO PROCESSUAL DISPONIBILIZADO PELA INTERNET. CONTAGEM DE PRAZO. BOA-FÉ. ART. 183, §§ 1º E 2º, DO CPC. APLICAÇÃO.
>
> 1. Hipótese em que as instâncias de origem entenderam que os Embargos à Execução são intempestivos, desconsiderando a data indicada no acompanhamento processual disponível na internet.
>
> 2. A divulgação do andamento processual pelos Tribunais por meio da internet passou a representar a principal fonte de informação dos

advogados em relação aos trâmites do feito. A jurisprudência deve acompanhar a realidade em que se insere, sendo impensável punir a parte que confiou nos dados assim fornecidos pelo próprio Judiciário.

3. Ainda que não se afirme que o prazo correto é aquele erroneamente disponibilizado, desarrazoado frustrar a boa-fé que deve orientar a relação entre os litigantes e o Judiciário. Por essa razão o art. 183, §§ 1º e 2º, do CPC determina o afastamento do rigorismo na contagem dos prazos processuais quando o descumprimento decorrer de fato alheio à vontade da parte.

4. A Terceira Turma do STJ vem adotando essa orientação, com base não apenas no art. 183 do CPC, mas também na própria Lei do Processo Eletrônico (Lei 11.419/2006), por conta das "Informações processuais veiculadas na página eletrônica dos tribunais que, após o advento da Lei n.º 11.419/06, são consideradas oficiais" (trecho do voto condutor do Min. Paulo de Tarso Sanseverino, no REsp 960.280/RS, DJe 14.6.2011).

5. Não desconheço os precedentes em sentido contrário da Corte Especial que são adotados em julgados de outros colegiados do STJ, inclusive da Segunda Turma.

6. Ocorre que o julgado mais recente da Corte Especial é de 29.6.2007 (AgRg nos EREsp 514.412/DF, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 20.8.2007), como consta do Comparativo de Jurisprudência do STJ.

7. Parece-me que a ampliação constante do uso da internet pelos operadores do Direito, especialmente em relação aos informativos de andamento processual colocados à disposição pelos Tribunais, sugere a revisão desse entendimento, em atenção à boa-fé objetiva que deve orientar a relação entre o Poder Público e os cidadãos, acolhida pela previsão do art. 183, §§ 1º e 2º, do CPC.

8. Ainda que os dados disponibilizados pela internet sejam "meramente informativos" e não substituam a publicação oficial (fundamento dos precedentes em contrário), isso não impede que se reconheça ter havido justa causa no descumprimento do prazo recursal pelo litigante (art. 183, caput, do CPC), induzido por erro cometido pelo próprio Tribunal.

9. Recurso Especial provido. (REsp 1324432/SC, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, CORTE ESPECIAL, julgado em 17/12/2012, DJe 10/05/2013).

Nessa esteira, a cópia da decisão agravada, colacionada às fls. 11-13, tal qual como está, sem assinatura do Magistrado, sem a data em que fora extraída da página oficial deste Tribunal de Justiça, deve ser aceita como documento hábil a instrumentalizar o Agravo de Instrumento, com supedâneo na "confiabilidade das informações" prestadas no meio eletrônico, privilegiando-se a boa-fé do advogado.

De igual sorte, deve-se aceitar que o Recorrente teve ciência inequívoca da decisão agravada quando esta foi publicada no Diário de Justiça Eletrônico n. 1227, na data de 25/08/2011, cujo prazo recursal iniciou-se em 26/08/2011 e se findou em 05/09/2011, data da interposição do Agravo, conforme faz prova a certidão de publicação da relação de fl. 15 e fl. 02. Portanto, tempestivo é o recurso. Para a Corte Superior Infraconstitucional, é irrazoável concluir que o Recorrente teve ciência inequívoca anteriormente à extração da via da decisão agravada no sistema informatizado, pois refoge do primado da confiabilidade das informações.

Preenchidos, assim, os requisitos de admissibilidade, impõe-se o conhecimento do Agravo de Instrumento.

Do exposto, considerando as razões supramencionadas, deve ser dado provimento ao Agravo Interno, a fim de que o Agravo de Instrumento tenha regular seguimento, devendo, posteriormente, retornar a este Relator para a análise do pedido de efeito suspensivo, se for o caso.

Em decorrência, voto no sentido de conhecer do recurso e dar provimento.

Este é o voto.

CÂMARA ESPECIAL REGIONAL DE CHAPECÓ

Apelação Cível n. 2013.041815-9, de Chapecó

Relator: Des. Júlio César M. Ferreira de Melo

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE COBRANÇA DE SEGURO OBRIGATÓRIO. DPVAT. ABORTO. APELAÇÃO. PRELIMINAR DE IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO AFASTADA. NASCITURO. PESSOA QUE TITULARIZA DIREITOS. EXEGESE SISTEMÁTICA DOS ARTS. 2º, 542, 1.779 E 1.798 DO CC; BEM COMO DO ART. 8º DO ECA. ORDENAMENTO JURÍDICO QUE SE ALINHA À TEORIA CONCEPCIONISTA. FATO QUE SE SUBSOME AOS ARTS. 3º E 4º DA LEI 6.194/74. PERECIMENTO DA VIDA INTRAUTERINA. INDENIZAÇÃO DEVIDA. RECURSO ADESIVO. INAPLICABILIDADE DO § 1º DO ART. 11 DA LEI 1.060/50. ADVENTO DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL QUE INSTITUI O SISTEMA DA SUCUMBÊNCIA NO ART. 20. MAJORAÇÃO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS INDEVIDA. SENTENÇA QUE RESPEITA OS DITAMES PREVISTOS NAS ALÍNEAS "A", "B" E "C" DO § 3º DO ART. 20 DO CPC. RECURSOS CONHECIDOS E DESPROVIDOS.

I - IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. O ordenamento jurídico alinha-se à teoria concepcionista, o que demonstra ser a interpretação mais contemporânea aquela que dá ênfase ao fim do art. 2º do CC: *a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro*, permitindo a utilização do art. 1º do CC: *Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil*. Além disso, seria desarrazoado negar ao nascituro o direito à vida.

II - RECURSO ADESIVO. O art. 11, § 1º, da Lei 1.060/50 não mais se aplica após o advento do Código de Processo Civil que instituiu o sistema da sucumbência em seu art. 20 do CPC, mormente o § 3º que elevou o percentual máximo a 20% do valor da condenação.

Não há como majorar o valor arbitrado, pois a sentença o fixou devidamente ao respeitar os ditames previstos nas alíneas "a", "b" e "c" do § 3º do art. 20 do CPC.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2013.041815-9, da comarca de Chapecó (1ª Vara Cível), em que são apte/rdoad Mapfre Vera Cruz Seguradora S/A, e apda/rtead Elisângela Aparecida Ferreira:

A Câmara Especial Regional de Chapecó decidiu, por unanimidade, conhecer dos recursos e negar-lhes provimento. Custas legais.

O julgamento, realizado no dia 23 de fevereiro de 2015, foi presidido pelo Excelentíssimo Senhor Desembargador Sebastião César Evangelista, com voto, e dele participou o Excelentíssimo Senhor Desembargador Rubens Schulz.

Chapecó, 24 de fevereiro de 2015

Júlio César M. Ferreira de Melo
RELATOR

RELATÓRIO

Elisângela Aparecida Ferreira ajuizou Ação de Cobrança contra Mapfre Vera Cruz Seguradora S.A. alegando que em 7-7-12 foi vítima de um acidente de trânsito, no qual a Autora veio a perder seu filho que carregava no ventre.

Ao final, requereu a concessão da Gratuidade Judiciária e a condenação da Ré ao pagamento da indenização do seguro obrigatório (DPVAT) no valor de R$ 13.500,00 (fls. 2-4).

Foi deferida a Gratuidade da Justiça (fl. 104).

A Ré contestou (fls. 107-115) afirmando em preliminar que: a) os efeitos da revelia são relativos, b) deverá ser substituída pela Seguradora Líder; c) o pedido é juridicamente impossível. No mérito sustentou que os juros moratórios devem ser computados a partir da citação válida, bem como os honorários advocatícios não podem ultrapassar o patamar

de 15% sobre o valor da condenação em virtude da Autora litigar sob o pálio da Justiça Gratuita.

Ao sentenciar o feito, a Juíza julgou procedente o pedido para condenar Mapfre Vera Cruz Seguradora S.A. ao pagamento de R$ 13.500,00, acrescidos de correção monetária pelo índice oficial da Corregedoria-Geral da Justiça deste Estado, a contar da data do ajuizamento, além de juros de mora de 1%, incidentes desde a citação. Condenou a Ré ao pagamento das despesas processuais, além de honorários advocatícios, arbitrados em 12% sobre o valor da condenação (fls. 149-154).

A Ré interpôs apelação alegando em preliminar a impossibilidade jurídica do pedido (fls. 158-162).

A Autora apresentou recurso adesivo para majorar os honorários advocatícios (fls. 169-171), todavia não contra-arrazoou (fl. 173).

A Ré apresentou contrarrazões asseverando que se trata de demanda de baixa complexidade, sendo a Autora beneficiária da Justiça Gratuita, o que impede a majoração dos honorários (fls. 177-179).

Presentes os requisitos de admissibilidade do recurso.

Este é o relatório.

VOTO

1 Da apelação

A Ré alegou a impossibilidade jurídica do pedido, haja vista que a vítima do acidente foi a Autora ao ter sofrido a interrupção da gravidez, e não o nascituro, desprovido de personalidade jurídica, impossibilitando-a de receber a indenização do Seguro DPVAT por morte.

Não merece acolhimento o pedido da Ré, visto que o nascituro é pessoa e titulariza direitos, conforme se infere da redação dos arts. 2º, 542, 1.779, 1.798 do CC; e art. 8º do ECA:

> Art. 2º A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas **a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.**
>
> Art. 542 **A doação feita ao nascituro valerá**, sendo aceita pelo seu representante legal.
>
> Art. 1.779 **Dar-se-á curador ao nascituro**, se o pai falecer estando grávida a mulher, e não tendo o poder familiar.
>
> Art. 1.798 **Legitimam-se a suceder as pessoas** nascidas ou já **concebidas** no momento da abertura da sucessão.
>
> Art. 8º **É assegurado à gestante**, através do Sistema Único de Saúde, **o atendimento pré e perinatal.**

Há várias correntes doutrinárias acerca da interpretação do art. 2º do CC, tendo aquelas que negam ao nascituro a titularidade de direitos com base no início de sua redação *"A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida"*; e aquelas que concedem a titularidade de direitos com espeque na parte final do dispositivo: *"a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro"*.

Sobre o assunto foram criadas três teorias, quais sejam: natalista, da personalidade condicional e concepcionista.

Para melhor elucidar a questão, torna-se necessário transcrever a lição de Flávio Tartuce:

> a) Teoria natalista
>
> **A teoria natalista** prevalecia entre os autores modernos ou clássicos do Direito Civil Brasileiro, para quem **o nascituro não poderia ser considerado pessoa**, pois o Código Civil exigia e ainda exige, para a personalidade civil, o nascimento com vida. Assim sendo, **o nascituro não teria direitos, mas mera expectativa de direitos**. Como adeptos dessa corrente, da doutrina tradicional, podem ser citados Sílvio Rodrigues, Caio Mário da Silva Pereira e San Tiago Dantas. Na doutrina contemporânea, filia-se a essa corrente Sílvio de Salvo Venosa. Partem esses autores de uma interpretação literal e simplificada da lei, que dispõe que a personalidade jurídica começa com o nascimento com vida, o que traz a conclusão de que o nascituro não é pessoa. [...]

Do ponto de vista prático, **a teoria natalista nega ao nascituro até mesmo os seus direitos fundamentais, relacionados com a sua personalidade, caso do direito à vida**, à investigação de paternidade, aos alimentos, ao nome e até à imagem. **Com essa negativa, a teoria natalista esbarra em dispositivos do Código Civil que consagram direitos àquele que foi concebido e não nasceu**. Essa negativa de direitos é mais um argumento forte para sustentar a total superação dessa corrente doutrinária.

b) Teoria da personalidade condicional

A teoria da personalidade condicional é aquela pela qual **a personalidade civil começa com o nascimento com vida, mas os direitos do nascituro estão sujeitos a uma condição suspensiva, ou seja, são direitos eventuais**. Como se sabe, a condição suspensiva é o elemento acidental do negócio ou ato jurídico que subordina a sua eficácia a evento futuro e incerto. No caso, a condição é justamente o nascimento daquele que foi concebido. Como fundamento da tese e da existência de direitos sob condição suspensiva, pode ser citado o art. 130 do atual Código Civil. Como entusiastas desse posicionamento, podem ser citados Washington de Barros Monteiro, Miguel Maria de Serpa Lopes e Clóvis Beviláqua, supostamente. Diz-se supostamente quanto ao último jurista, pois, apesar de ter inserido tal teoria no Código Civil de 1916, afirmava que "Parece mais lógico afirmar francamente, a personalidade do nascituro". Na doutrina atual, Arnaldo Rizzardo segue o entendimento da teoria da personalidade condicional.

O grande problema da corrente doutrinária é que ela é apegada a questões patrimoniais, não respondendo ao apelo de direitos pessoais ou da personalidade a favor do nascituro. Ressalte-se, por oportuno, que os direitos da personalidade não podem estar sujeitos a condição, termo ou encargo, como propugna a corrente. Além disso, essa linha de entendimento acaba reconhecendo que o nascituro não tem direitos efetivos, mas apenas direitos eventuais sob condição suspensiva, ou seja, também mera expectativa de direitos. [...]

c) Teoria concepcionista

A teoria concepcionista é aquela que **sustenta que o nascituro é pessoa humana, tendo direitos resguardados pela lei**. Esse é o entendimento defendido por Silmara Juny Chinellato (a principal precursora da

> tese no Brasil), Pontes de Miranda, Rubens Limongi França, Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, Roberto Senise Lisboa, José Fernando Simão, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, Francisco Amaral, Guilherme Calmon Nogueira da Gama, Antonio Junqueira de Azevedo, Gustavo Rene Nicolau, Renan Lotufo e Maria Helena Diniz. Em sua obra sobre a Parte Geral do Código Civil de 2002, lançada no ano de 2012, o Mestre Álvaro Villaça Azevedo também expõe que o correto é sustentar que a personalidade é adquirida desde a concepção. A maioria dos autores citados aponta que a origem da teoria está no Esboço de Código Civil elaborado por Teixeira de Freitas, pela previsão constante do art. 1.º da sua Consolidação das Leis Civis, segundo o qual "As pessoas consideram-se como nascidas apenas formadas no ventre materno; a Lei lhes conserva seus direitos de sucessão ao tempo de nascimento". Como é notório, esse Esboço inspirou o Código Civil argentino, que adota expressamente a teoria concepcionista. Consigne-se que **a conclusão pela corrente concepcionista consta do Enunciado n. 1, do Conselho da Justiça Federal (CJF) e do Superior Tribunal de Justiça (STJ)**, aprovado na I Jornada de Direito Civil, e que também **enuncia direitos ao natimorto**, cujo teor segue: **"Art. 2.º A proteção que o Código defere ao nascituro alcança o natimorto no que concerne aos direitos da personalidade, tais como nome, imagem e sepultura"**. Como se pode notar, **a teoria concepcionista é aquela que prevalece entre os doutrinadores contemporâneos do Direito Civil Brasileiro. Para essa corrente, o nascituro tem direitos reconhecidos desde a concepção.** [...] (Manual de direito civil, volume único. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2012, p. 70-72).

Das três teorias supracitadas, filio-me a teoria concepcionista, que tem base na doutrina e nos arts. 2º, 542, 1.779, 1.798 do CC ao disporem: *"a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro"*; *"A doação feita ao nascituro valerá"*; *"Dar-se-á curador ao nascituro"*; *"Legitimam-se a suceder as pessoas concebidas"*.

Quanto ao art. 8ª do ECA, ao registrar *"É assegurado à gestante o atendimento pré e perinatal"*, dessume-se que tal comando visa garantir o direito à vida e à saúde do nascituro.

Em arremate, a Lei 11.804/08 disciplinou o direito a alimentos gravídicos de titularidade do nascituro, o que mais uma vez reforça a adoção da teoria concepcionista para determinar que o nascituro é pessoa humana e tem os seus direitos resguardados pela lei, sendo sujeito de direitos.

Não destoa, outrossim, a inteligência dos arts. 124 a 127 do CP ao se referirem ao crime de aborto disposto no título "Crimes contra a Pessoa" no capítulo "Dos Crimes contra à Vida".

Portanto, conclui-se que o ordenamento jurídico alinha-se à teoria concepcionista, o que demonstra ser a interpretação mais contemporânea àquela que dá ênfase ao fim do art. 2º do CC: *"a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro"*, o que permite a utilização do art. 1º do CC: *Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil.*

Seria desarrazoado negar ao nascituro o direito à vida e, deste modo, infere-se que o caso em concreto subsome-se ao art. 3º da Lei 6.194/74: ***"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"*, pois a Autora, grávida, foi vítima de acidente de trânsito que ocasionou a morte do feto.

O Superior Tribunal de Justiça assim decidiu:

> **DIREITO CIVIL. ACIDENTE AUTOMOBILÍSTICO. ABORTO. AÇÃO DE COBRANÇA. SEGURO OBRIGATÓRIO. DPVAT. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. ENQUADRAMENTO JURÍDICO DO NASCITURO. ART. 2º DO CÓDIGO CIVIL** DE 2002. **EXEGESE SISTEMÁTICA. ORDENAMENTO JURÍDICO QUE ACENTUA A CONDIÇÃO DE PESSOA DO NASCITURO. VIDA INTRAUTERINA. PERECIMENTO. INDENIZAÇÃO DEVIDA.** ART. 3º, INCISO I, DA LEI N. 6.194/1974. INCIDÊNCIA.
>
> 1. A despeito da literalidade do art. 2º do Código Civil - que condiciona a aquisição de personalidade jurídica ao nascimento -, o ordenamento

jurídico pátrio aponta sinais de que não há essa indissolúvel vinculação entre o nascimento com vida e o conceito de pessoa, de personalidade jurídica e de titularização de direitos, como pode aparentar a leitura mais simplificada da lei.

2. Entre outros, registram-se como indicativos de que **o direito brasileiro confere ao nascituro a condição de pessoa, titular de direitos:** exegese sistemática dos arts. 1º, 2º, 6º e 45, *caput*, do Código Civil; **direito do nascituro de receber doação, herança e de ser curatelado (arts. 542, 1.779 e 1.798 do Código Civil)**; a **especial proteção conferida à gestante, assegurando-se-lhe atendimento pré-natal (art. 8º do ECA, o qual**, ao fim e ao cabo, **visa a garantir o direito à vida e à saúde do nascituro); alimentos gravídicos, cuja titularidade é,** na verdade, **do nascituro** e não da mãe **(Lei n. 11.804/2008); no direito penal a condição de pessoa viva do nascituro** - embora não nascida - é afirmada sem a menor cerimônia, pois o crime de aborto **(arts. 124 a 127 do CP)** sempre esteve alocado no título referente a "crimes contra a pessoa" e especificamente no capítulo "dos crimes contra a vida" - tutela da vida humana em formação, a chamada vida intrauterina (MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de direito penal, volume II. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 62-63; NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de direito penal. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 658).

3. As teorias mais restritivas dos direitos do nascituro - natalista e da personalidade condicional - fincam raízes na ordem jurídica superada pela Constituição Federal de 1988 e pelo Código Civil de 2002. O paradigma no qual foram edificadas transitava, essencialmente, dentro da órbita dos direitos patrimoniais. Porém, atualmente isso não mais se sustenta. Reconhecem-se, corriqueiramente, amplos catálogos de direitos não patrimoniais ou de bens imateriais da pessoa - como a honra, o nome, imagem, integridade moral e psíquica, entre outros.

4. Ademais, hoje, mesmo que se adote qualquer das outras duas teorias restritivas, **há de se reconhecer a titularidade de direitos da personalidade ao nascituro, dos quais o direito à vida é o mais importante**. Garantir ao nascituro expectativas de direitos, ou mesmo direitos condicionados ao nascimento, só faz sentido se lhe for garantido também o direito de nascer, **o direito à vida, que é direito pressuposto a todos os demais.**

> 5. Portanto, **é procedente o pedido de indenização referente ao seguro DPVAT, com base no que dispõe o art. 3º da Lei n. 6.194/1974.**
>
> Se o preceito legal garante indenização por morte, o aborto causado pelo acidente subsume-se à perfeição ao comando normativo, haja vista que outra coisa não ocorreu, senão a morte do nascituro, ou o perecimento de uma vida intrauterina.
>
> 6. Recurso especial provido. (REsp 1415727/SC, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 04/09/2014, DJe 29/09/2014)

Destarte, aplicando-se a teoria concepcionista *"a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro"*; o art. 1º do CC: *"Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil"*; com a configuração do art. 3º da Lei 6.194/74: *Os danos pessoais cobertos pelo seguro compreendem as indenizações por morte*; art. 4º da Lei 6.194/74: *"A indenização no caso de morte será paga de acordo com o disposto no art. 792 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil"* ; e art. 792 do CC: ***Na falta de indicação da pessoa ou beneficiário,*** *ou se por qualquer motivo não prevalecer a que for feita,* ***o capital segurado será pago*** *por metade ao cônjuge não separado judicialmente, e* ***o restante aos herdeiros do segurado,*** *obedecida a ordem da vocação hereditária*, deflui-se que a Autora é a beneficiária legal do seguro DPVAT, mantendo-se a sentença objurgada.

2 Do recurso adesivo

A Autora sustentou que a ação foi julgada totalmente procedente, tendo os advogados laborado com zelo e agilidade, devendo ser majorado os honorários advocatícios para 20% do valor da condenação.

A Ré expendeu que a presente ação é reproduzida em massa e não exige grande esforço do Advogado, bem como alegou que a Autora é beneficiária de Justiça Gratuita, motivos pelos quais a condenação em honorários advocatícios não pode ultrapassar 15% sobre o valor da condenação.

Inicialmente, o art. 11, § 1º, da Lei 1.060/50 não mais se aplica após o advento do Código de Processo Civil que instituiu o sistema da sucumbência em seu art. 20 do CPC, mormente o § 3º que elevou o percentual máximo a 20% do valor da condenação.

> § 1º. **Os honorários do advogado serão arbitrados** pelo juiz até **o máximo de 15%** (quinze por cento) **sobre o líquido apurado na execução da sentença.**
>
> Art. 20. A sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios. Esta verba honorária será devida, também, nos casos em que o advogado funcionar em causa própria.
>
> § 3º **Os honorários serão fixados** entre o mínimo de dez por cento (10%) e **o máximo de vinte por cento (20%) sobre o valor da condenação**, atendidos:

A não aplicação deste artigo é entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça, conforme a decisão: ***A jurisprudência desta Corte firmou entendimento no sentido de que,*** *com o advento do Código de Processo Civil,* ***não mais se aplica o disposto no art. 11, § 1º, da Lei nº 1.060/50*** (AgRg no AREsp 276.833/SC, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 01/10/2013, DJe 03/10/2013).

No mesmo diapasão, entende o Tribunal de Justiça de Santa Catarina: ***A regra*** *contida no art. 11, § 1.º, da Lei n.º 1060/1950,* ***que limitava em 15% os honorários advocatícios na hipótese*** *de ser o vencedor beneficiário* ***da justiça gratuita, deixou de subsistir a partir da instituição, pela lei processual civil, do sistema de sucumbência.*** *(TJSC, Apelação Cível n. 2014.006747-4, de São José, rel. Des. Trindade dos Santos, j. 24-04-2014).*

Em suma, não se aplica a limitação de 15% aos honorários advocatícios fixados em demanda que o vencedor é beneficiário da Justiça Gratuita.

No que tange à majoração dos honorários advocatícios para 20% do valor da condenação, não há como deferi-la, pois a sentença os fixou

devidamente ao respeitar os ditames previstos nas alíneas "a", "b" e "c" do § 3º do art. 20 do CPC.

> Art. 20. A sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios. Esta verba honorária será devida, também, nos casos em que o advogado funcionar em causa própria.
>
> § 3º **Os honorários serão fixados entre o mínimo de dez por cento (10%) e o máximo de vinte por cento (20%) 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.**

A demanda em questão não é repetitiva em virtude de versar sobre os direitos do nascituro, todavia tramitou em curto lapso temporal (2 anos), e não demandou dilação probatória. Além disso, colige-se das alíneas supracitadas que deverá também o Magistrado se atentar ao grau de zelo do profissional, o lugar da prestação do serviço, a natureza e a importância da causa, e o trabalho realizado pelo Advogado, critérios esses de grande valia e importância para a mensuração dos honorários e que permitem afirmar que a fixação dos honorários no patamar de 12% sobre o valor da condenação, conforme registrado na sentença está correto, não merecendo qualquer reparo.

Dessarte, mantém-se a verba sucumbencial conforme estabelecida na sentença.

Ante o exposto, voto no sentido de conhecer dos recursos e negar-lhes provimento.

Este é o voto.

Apelação Cível n. 2011.002488-4, de Maravilha

Relator: Des. Subst. Rubens Schulz

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS E MORAIS. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA. INSTITUIÇÃO FINANCEIRA QUE OCULTA VALORES DA CONTA POUPANÇA DO AUTOR. DEVER DE RESTITUIÇÃO.

RECURSO DO BANCO. INSURGÊNCIA QUANTO AO MARCO INICIAL DA CORREÇÃO MONETÁRIA SOBRE A INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. SENTENÇA QUE FIXA A PARTIR DA CITAÇÃO. REFORMA. APLICABILIDADE DA SÚMULA 362 DO STJ.

INSURGÊNCIA PARA REDUÇÃO DO VALOR DA INDENIZAÇÃO ARBITRADA NA SENTENÇA. VERBA FIXADA EM OBSERVÂNCIA AOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE. MANUTENÇÃO DO *QUANTUM* INDENIZATÓRIO.

RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2011.002488-4, da comarca de Maravilha (1ª Vara), em que é apelante Banco do Brasil S/A, e apelado Laurindo Kaiser:

A Câmara Especial Regional de Chapecó decidiu, por votação unânime, conhecer do recurso e dar-lhe parcial provimento. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Exmos. Srs. Des. Sebastião César Evangelista, presidente com voto, e o Des. Edemar Gruber, como revisor.

Chapecó, 09 de junho de 2014.

Rubens Schulz
RELATOR

RELATÓRIO

Laurindo Kaiser ajuizou ação de reparação de danos materiais e morais contra Banco do Brasil, alegando, para tanto, que recebeu certa quantia em dinheiro oriunda de uma rescisão trabalhista e depositou tal valor em uma conta poupança na agência do banco réu. Asseverou que, após muitos anos, tendo em vista sua transferência de residência, encaminhou-se até a agência a fim de retirar a quantia depositada, no entanto, foi informado que tal valor já havia sido sacado no dia posterior ao depósito. Contudo, diligenciou no sentido de obter informações a respeito de tais valores, e a instituição financeira lhe apresentou extratos da conta, dando ciência de que a quantia ainda se encontrava na agência onde o autor promoveu o depósito.

Tendo em vista os fatos narrados, pugnou pela condenação da instituição financeira a restituição da quantia a qual foi retirada indevidamente de sua conta poupança, bem como indenização por danos morais.

Citado, o réu apresentou contestação (fls. 34-48) alegando, preliminarmente, a inépcia da petição inicial, tendo em vista que a parte autora não apresentou o contrato entabulado entre as partes que pudesse ensejar qualquer relação negocial. No mérito asseverou que não conseguiu juntar no prazo da contestação os extratos da movimentação da conta do autor, requerendo assim, prazo de 60 dias para tanto. Alegou que não estão presentes os pressupostos da responsabilidade civil, bem como está inexistente o dever de reparação moral.

Em petição à fl. 56 o réu asseverou não ter localizado os extratos referentes à conta poupança do autor.

Réplica às fls. 58-62.

Após, aportou sentença às fls. 68-70, julgando parcialmente procedente os pedidos formulados na inicial, constando em seu dispositivo:

> Ante o exposto, julgo parcialmente procedente o pedido formulado pelo demandante LAURINDO KAISER em desfavor do BANCO DO BRASIL S.A. para condenar a instituição financeira:
>
> (a) à restituição, em favor do autor, da quantia de R$ 18.921,04 (dezoito mil, novecentos e vinte e um reais e quatro centavos), com a incidência de correção monetária pelo INPC e juros moratórios de 0,5% ao mês até a vigência do CC/02 e, após essa data (11/01/2003), 1% ao mês, retroativos à data do saque indevido (15/02/1990), nos termos da Súmula 54 do STJ, até o efetivo pagamento;
>
> (b) ao pagamento, a título de danos morais, para o demandante, da quantia de R$ 30.000,00 (trinta mil reais), com a incidência de correção monetária (INPC) e juros de mora de 1% (um por cento) retroativos à data da citação (10/09/2007 – fl. 33v).
>
> Por força da sucumbência mínima da parte demandante (CPC, artigo 21, "caput"), responderá a Ré pelo pagamento da integralidade das despesas processuais e verba honorária que fixo em 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação, por se tratar de matéria de baixa complexidade, lapso temporal e ausência de audiências de instrução e julgamento (CPC, artigo 20, § 3.º, alíneas "a" a "c").

Irresignado, o réu apresentou embargos de declaração às fls. 73-75, os quais foram acolhidos, reconhecendo erro material quanto a moeda vigente à época, e a data do início da atualização monetária.

Após, o réu interpôs recurso de apelação cível (fls. 82-93), alegando que a correção monetária sobre a indenização por dano moral deverá incidir a partir da condenação. Pugnou, ainda, pela redução do valor arbitrado, sob o fundamento de que tal fato não passou de mero constrangimento/aborrecimento.

Com as contrarrazões (fls. 97-100), os autos foram remetidos a esta Corte, vindo-me, então, conclusos.

Este é o relatório

VOTO

Conheço do recurso porquanto presentes os pressupostos de admissibilidade.

Cuida-se de recurso de apelação cível interposto por Banco do Brasil S.A. contra decisão que julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados pelo autor na inicial.

Pugna o apelante, em síntese, pela redução da verba arbitrada a título de indenização por danos morais, alegando, para tanto, que tal valor, acarreta enriquecimento ilícito da parte autora/apelada, devendo ser reduzido para no máximo 10% do valor fixado na sentença.

Pois bem, como se sabe, o legislador não estipulou parâmetros rígidos para a fixação de indenização, motivo pelo qual a sua delimitação fica adstrita ao prudente arbítrio do juiz ao analisar cada caso concreto, a fim de valorá-lo de acordo com as provas existentes nos autos.

Aliás, não há no nosso ordenamento jurídico critérios para estipular o montante indenizatório em que se possa arbitrar um valor razoavelmente justo tanto para o credor quanto para o devedor. Para isso, deve o julgador mensurar as particularidades de cada caso, sopesando a intensidade do evento danoso, a situação econômica das partes, a extensão do dano e sua repercussão. Além disso, deve arbitrar o valor com base no caráter compensatório e punitivo das indenizações.

No caso concreto, o magistrado arbitrou o valor da verba indenizatória em R$ 30.000,00 (trinta mil reais), sendo observada a conduta da parte apelada que privou o autor de utilizar dos valores por ele depositados em sua conta poupança, bem como sofreu por não saber o paradeiro da quantia. Assim, entendo que a verba fixada não deve ser minorada como pretende a apelante, isso porque foi arbitrada em observância as particularidades do caso, bem como aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

Nesse rumo, orienta Regina Beatriz Tavares da Silva:

> O critério na fixação do *quantum* indenizatório deve obedecer à proporcionalidade entre o mal e aquilo que pode aplacá-lo, levando-se em conta o efeito, que será a prevenção, ou desestímulo. Em suma, a reparação do dano moral deve ter em vista possibilitar ao lesado uma satisfação compensatória e, de outro lado, exercer função de desestímulo a novas práticas lesivas, de modo a 'inibir comportamentos anti-sociais do lesante, ou de qualquer outro membro da sociedade', traduzindo-se em montante que represente advertência ao lesante e à sociedade de que não se aceita o comportamento assumido, ou o evento lesivo (Código civil comentado, coord. Regina Beatriz Tavares da Silva. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 913).

José Raffaelli Santini, nesse mesmo rumo orienta:

> 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).

A jurisprudência desta Câmara não destoa:

> O *quantum* indenizatório deve ser fixado levando-se em conta os critérios da razoabilidade, bom senso e proporcionalidade, a fim de atender seu caráter punitivo e proporcionar a satisfação correspondente ao prejuízo experimentado pela vítima sem, no entanto, causa-lhe enriquecimento ilícito, nem estimular o causador do dano a continuar a praticá-lo (Apelação Cível n. 2007.013988-3, de Chapecó, rel. Des. Gilberto Gomes de Oliveira, j. 7-4-2011).

Assim, a verba indenizatória arbitrada na sentença apelada deve ser mantida, atendendo, assim, aos fins a que se destinam as indenizações desse jaez, consideradas as circunstâncias do caso e sopesada a necessidade de uma indenização fundamentada na razoabilidade da conduta diante da ofensa sofrida, sem configurar quantia módica ou exorbitante, a ponto de lesionar a parte condenada.

De outro norte, pugna o apelante para que a correção monetária sobre a indenização por danos morais incida a partir do arbitramento.

Pois bem, a sentença de primeiro grau condenou o apelante ao pagamento de R$ 30.000,00, referente a indenização por danos morais, incidente nesta verba juros de mora de 1% ao mês e correção monetária pelo INPC, ambos retroativos à data da citação.

No entanto, sabe-se que, em se tratando de condenação referente a indenização por danos morais, a correção monetária deverá ser aplicada a partir do arbitramento da verba, conforme orientação sedimentada pela Súmula 362 do STJ:

> Súmula 362. A correção monetária do valor da indenização do dano moral incide desde a data do arbitramento.

Colhe-se de precedente desta Corte:

> APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE E INEXISTÊNCIA DE DÉBITO C/C CANCELAMENTO DE RESTRIÇÃO DE CRÉDITO E PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E ABALO DE CRÉDITO E PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. [...]
>
> CORREÇÃO MONETÁRIA. TERMO INICIAL. MAJORAÇÃO DA INDENIZAÇÃO. SÚMULA 362 DO STJ. INCIDÊNCIA A CONTAR DO ARBITRAMENTO FINAL DA INDENIZAÇÃO, OU SEJA, DA PRESENTE DECISÃO (Apelação Cível n. 2014.024025-0, de Taió, rel. Des. Subst. Stanley da Silva Braga, j. 20-5-2014).

Portanto, vê-se que, neste particular, a sentença merece reforma, devendo a correção monetária incidir a contar do arbitramento da

indenização, e não da citação conforme deixou consignado o magistrado sentenciante.

Assim, frente a tais considerações, conheço do recurso e dou-lhe parcial provimento apenas para alterar o marco inicial da correção monetária incidente sobre a indenização por danos morais, que deverá incidir a contar do arbitramento, conforme orientação da Súmula 362 do STJ.

Este é o voto.

GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO CIVIL

Embargos Infringentes n. 2013.048335-2, de Itajaí

Relator: Des. Jairo Fernandes Gonçalves

PROCESSO CIVIL. EMBARGOS INFRINGENTES. COBRANÇA DE SEGURO DE VIDA. INVALIDEZ PERMANENTE. CÂNCER. PROCEDÊNCIA NA ORIGEM. APELAÇÃO CÍVEL. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO ESPECIAL. RETORNO DOS AUTOS. REAPRECIAÇÃO DA PRESCRIÇÃO. REFORMA DO JULGADO. PRESCRIÇÃO ÂNUA ACOLHIDA. IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO NA ESFERA RECURSAL POR MAIORIA DE VOTOS.

PRESCRIÇÃO ÂNUA. TERMO INICIAL. CIÊNCIA INEQUÍVOCA DA INVALIDEZ. EXEGESE DO ENUNCIADO 278 DA SÚMULA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. PERÍCIA MÉDICA ATESTANDO A INCAPACIDADE. CONCESSÃO DE AUXÍLIO-DOENÇA. CIÊNCIA INEQUÍVOCA CARACTERIZADA.

PEDIDO ADMINISTRATIVO. SUSPENSÃO DO PRAZO. NEGATIVA DE COBERTURA. AUSÊNCIA DE PROVA DO RECEBIMENTO DA CORRESPONDÊNCIA. REINÍCIO DO PRAZO A CONTAR DA SOLICITAÇÃO DE CÓPIA DA APÓLICE DO CONTRATO, DIANTE DA AFIRMAÇÃO DE QUE A SEGURADORA HAVIA NEGADO A COBERTURA.

SOMA DAS DATAS (CIÊNCIA INEQUÍVOCA, PEDIDO ADMINISTRATIVO, SUA NEGATIVA E AJUIZAMENTO DA AÇÃO) QUE SUPERA O PRAZO ÂNUO. PREVALÊNCIA DO VOTO VENCEDOR. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos Infringentes n. 2013.048335-2, da comarca de Itajaí (2ª Vara Cível), em que são embargantes Claudio Eduardo Bestetti e Dulce Maria Silveira Bestetti, e embargados Banco do Brasil S/A e Companhia de Seguros Aliança do Brasil:

O Grupo de Câmaras de Direito Civil decidiu, por unanimidade, conhecer do recurso e negar provimento a ele. Custas legais.

O julgamento, realizado no dia 13 de maio de 2015, foi presidido pelo Excelentíssimo Senhor Desembargador Trindade dos Santos, com voto, e dele participaram, os Excelentíssimos Senhores Desembargadores Raulino Jacó Brüning, Ronei Danielli, Roseane Portella Wolff, Mariano do Nascimento, Domingos Paludo, Gilberto Gomes de Oliveira, Eduardo Mattos Gallo, Fernando Carioni, Marcus Tulio Sartorato, Maria do Rocio Luz Santa Ritta, Henry Petry Junior e Denise Volpato.

Florianópolis, 26 de maio de 2015.

Jairo Fernandes Gonçalves
RELATOR

RELATÓRIO

Claudio Eduardo Bestetti e Dulce Maria Silveira Bestetti, inconformados com a decisão majoritária proferida pela 1ª Câmara de Direito Civil nos autos da Apelação Cível n. 2004.00722-0, da comarca de Itajaí (2ª Vara Cível) (fls. 293-301) que, no acórdão da lavra da eminente Relatora Desembargadora Substituta Denise Volpato, conheceu o recurso interposto por Companhia de Seguros Aliança do Brasil para acolher a prescrição e, por conseguinte, extinguir o processo com julgamento de mérito, vencido o Desembargador Carlos Prudêncio que negou provimento ao recurso, opuseram Embargos Infringentes com o intuito de fazer prevalecer o voto vencido.

Pretendem os embargantes a prevalência do entendimento minoritário relativo aos marcos de contagem do prazo prescricional.

Alegam que a data em que foi concedido o auxílio-doença não pode ser considerada como o momento em que se teve ciência inequívoca da invalidez permanente.

Defendem também que a data em que foi encaminhada a correspondência comunicando a negativa securitária não pode ser considerada como ciência da negativa administrativa.

Ao final, pugnaram pelo provimento do recurso.

O Banco do Brasil S.A. apresentou contrarrazões (fls. 350-353), nas quais postulou a prevalência do voto vencedor.

Este é o relatório.

VOTO

O recurso preenche os requisitos do artigo 530 do Código de Processo Civil, pelo que merece ser conhecido.

Trata-se de Embargos Infringentes interpostos contra acórdão que, por maioria de votos, reconheceu a ocorrência da prescrição ânua e, por conseguinte, extinguiu o processo com julgamento de mérito.

A questão trazida aos autos diz respeito ao momento em que se inicia a contagem do prazo prescricional nas ações de cobrança de seguro. Não se discute o prazo em si, se ânuo (art. 178, § 6º, inc. II, do CC/1916 e mantida pelo CC/2002, consoante dispõe o art. 206, § 1º, inc. II, "b", do CC/02) ou se quinquenal (art. 27 do CDC).

A divergência repousa em saber em que momento a embargante teve ciência inequívoca acerca de sua incapacidade laboral.

O Superior Tribunal de Justiça firmou posicionamento acerca da prescrição para as ações de seguro:

> Súmula 101. A ação de indenização do segurado em grupo contra a seguradora prescreve em 1 (um) ano.

Em relação ao termo inicial para a contagem da prescrição:

> Súmula 278. O termo inicial do prazo prescricional, na ação de indenização, é a data em que o segurado teve ciência inequívoca da incapacidade laboral.

Ainda, em relação a contagem da prescrição:

> Súmula 229. *"O pedido de pagamento de indenização à seguradora suspende o prazo de prescrição até que o segurado tenha ciência da decisão".*

Nos autos, o voto majoritário adotou como parâmetro cientificador da incapacidade laboral da embargante, o momento em que lhe foi concedido o auxílio-doença pelo Instituto Nacional de Seguridade Social (fl. 11), ou seja, 20-4-2000.

Entende a embargante que a concessão do auxílio-doença não pode ser considerada o marco inicial da prescrição, ao argumento de que não é a data da aposentação.

Contudo, não lhe assiste razão. E isto porque, o prazo prescricional começou a fluir na data em que a segurada tomou conhecimento da sua invalidez, que, na espécie, ocorreu no ano de 2000, quando o médico perito atestou sua "incapacidade para o trabalho" (fl. 12), fato que ensejou a concessão do auxílio-doença pelo órgão previdenciário (fl. 11).

Não há dúvidas de que o deferimento do auxílio-doença foi o momento em que a embargante tomou conhecimento de sua invalidez, não só por suas alegações apresentadas na inicial como também pelos documentos que instruíram o feito, em especial a perícia realizada perante o Órgão Previdenciário Oficial (fl. 12).

Ademais, importa registrar que para a concessão de qualquer benefício perante o Órgão Previdenciário, faz-se necessário a realização de incansável bateria de exames e perícias a fim de aferir a extensão da incapacidade laboral do beneficiário, de modo que não paira dúvidas de que, no caso em apreço, o termo inicial do prazo prescricional é a data da concessão do auxílio-doença.

Neste sentido, colhe-se do acórdão de lavra do Desembargador Luiz Carlos Freyesleben:

> [...] Assim, sabe-se que "o termo inicial do prazo prescricional, na ação de indenização, é a data em que o segurado teve ciência inequívoca da

> incapacidade laboral" (Súmula 278 do STJ), o que, no caso, ocorreu em 28-9-2005, data da concessão do benefício de auxílio-doença ao autor pelo órgão previdenciário oficial (fl. 17). O apelante, entretanto, requereu administrativamente o pagamento do seguro somente no ano de 2007 (fl. 32), muito além do interregno de 1 ano, cujo termo final era em setembro de 2006.
>
> Logo, não se pode deixar de reconhecer o sepultamento da pretensão do autor apelante, fulminada que está pela prescrição, razão por que o recurso não pode ser conhecido e o processo deve ser extinto com resolução do mérito, conforme o artigo 269, IV, do Código de Processo Civil [...] (Apelação Cível n. 2009.035424-7, de Capinzal, rel. Des. Luiz Carlos Freyesleben, Segunda Câmara de Direito Civil, julgada em 10-6-2010).

Portanto, a embargante teve a ciência inequívoca de sua invalidez, no momento em que lhe foi deferido o benefício previdenciário de auxílio-doença em 20-4-2000 (fl. 11).

Assim, partindo-se do fato de que a autora teve ciência inequívoca de sua incapacidade em 20-4-2000, tinha ela até 20-4-2001 para o ajuizamento da ação de cobrança.

Vale dizer que o procedimento administrativo foi iniciado em 8-1-2001, quando a embargante comunicou à seguradora a ocorrência do sinistro (fls. 73-74), momento em que o prazo prescricional foi suspenso.

Portanto, entre a ciência inequívoca (20-4-2000) até o ajuizamento do procedimento administrativo (8-1-2001), transcorreram 8 meses e 18 dias.

Embora não pairem dúvidas quanto a ciência da incapacidade, o mesmo não se pode dizer com relação a negativa administrativa.

E isto porque apesar de incontroversa a negativa de pagamento do seguro pela embargada, como inclusive fora admitido pela autora na exordial (fl. 3), a seguradora não logrou êxito em demonstrar a data em que a segurada teve conhecimento de tal negativa, porquanto, inexiste registro acerca do dia da entrega da correspondência ao destinatário.

Apesar de anexada aos autos a supracitada correspondência (fls. 16 e 84), a qual foi confeccionada em 15-3-2001, dela não se extrai a data em que houve a transmissão inequívoca das referidas informações e a ciência da parte autora a seu respeito, o que inviabiliza fixar-lhe como retorno de fluência do prazo prescricional.

Consoante a orientação firmada por este Tribunal, "nos casos em que não há elementos nos autos que indiquem quando ocorreu a negativa de cobertura securitária, não há como aferir o marco inicial do prazo prescricional" (Apelação Cível n. 2010.049435-6, rel. Des. Stanley da Silva Braga, julgada em 114-11-2013).

Sobre o tema, remete-se a jurisprudência desta Corte de Justiça:

> APELAÇÃO CÍVEL. SEGURO DE VIDA EM GRUPO. PRETENSÃO DE RECEBIMENTO DO CAPITAL SEGURADO.
>
> AGRAVO RETIDO. INCIDÊNCIA DOS DITAMES CONSUMERISTAS. CONTRATO DE ADESÃO. HIPÓTESE QUE AUTORIZA A INVERSÃO DOS ÔNUS DE PROVA. HIPOSSUFICIÊNCIA TÉCNICA DO DEMANDANTE. RECURSO DESPROVIDO.
>
> PREJUDICIAL DE MÉRITO. PRESCRIÇÃO. ART. 206, § 1º, II, "B", DO CÓDIGO CIVIL. CONTAGEM A PARTIR DA CONCESSÃO DA INVALIDEZ. SUSPENSÃO COM O PEDIDO DE PAGAMENTO ADMINISTRATIVO. AUSÊNCIA DE PROVA DA DATA EM QUE O SEGURADO FOI CIENTIFICADO DA NEGATIVA DE COBERTURA CONTRATUAL. SÚMULA 229, STJ. LAPSO PRESCRICIONAL NÃO TRANSCORRIDO. PREFACIAL AFASTADA. MÉRITO. AUTOR DIAGNOSTICADO COM SÍNDROME DE ROUBO DE SUBCLÁVIA (IMPOTÊNCIA FUNCIONAL DE MEMBRO SUPERIOR). INCAPACIDADE TOTAL E PERMANENTE PARA EXERCER O LABOR. INVALIDEZ CONFIRMADA PELA APOSENTADORIA CONCEDIDA PELO ÓRGÃO PREVIDENCIÁRIO. DEVER DE INDENIZAR CARACTERIZADO. RECURSO DESPROVIDO (Apelação Cível n. 2012.072614-9, rel. Des. Sérgio Izidoro Heil, julgada em 3-10-2013 - grifou-se).

Por outro lado, como ficou assentado no voto dissidente, consta dos autos que o autor solicitou, em 21-6-2001, perante a instituição financeira, cópia da apólice do contrato de seguro, no qual afirmou que a seguradora havia negado a cobertura securitária em 15-3-2001.

É o que se extrai do documento de fl. 17:

> Solicito enviar-me cópia da Proposta/Apólice de número 00.549.033-2/040 contratada em 10/03/1994, para fins de recurso junto a Cia de Seguros Aliança do Brasil.
>
> O assunto em lide refere-se ao registro de sinistro n. 93.01.00267, cuja indenização foi negada em 15/03/2001, razão pela qual tenho urgência no recebimento desta documentação (sem grifo no original).

Desta forma, diversamente do consignado no voto divergente, esse deve ser considerado o momento em que a parte autora teve conhecimento da negativa administrativa, ou seja, 15-3-2001, uma vez que confesso pelo próprio autor, oportunidade em que o prazo prescricional tornou a fluir.

Contudo, a ação foi proposta apenas em 15-3-2002 (fl. 2), depois de transcorridos 12 meses da negativa administrativa.

Importante dizer que o prazo é suspensivo e não interruptivo, ou seja, não se pode desconsiderar aquele já fluido.

Assim, somando-se os prazos entre a ciência inequívoca até o início do procedimento administrativo (8 meses e 12 dias) com aquele entre a negativa administrativa e o ajuizamento da ação (12 meses), não há como afastar o transcurso *in totum* de prazo para o pleito indenizatório.

Ex positis, vota-se no sentido de conhecer do recurso e de negar provimento a ele.

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

Apelação Cível n. 2014.079066-9, da Capital

Relator: Des. Domingos Paludo

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE DUPLA PATERNIDADE. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. MÉTODO DE REPRODUÇÃO HETERÓLOGA ASSISTIDA QUE UTILIZOU GAMETA DOADO PELA IRMÃ DE UM DOS AUTORES, QUE TAMBÉM GESTOU A CRIANÇA. REGISTRO DE NASCIMENTO DA MENOR CONSTANDO OS NOMES DO CASAL HOMOAFETIVO COMO SEUS PAIS.

INSURGÊNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. PRETENDIDA NULIDADE DA SENTENÇA, POR INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO E PORQUE NÃO LHE FORA OPORTUNIZADA A MANIFESTAÇÃO SOBRE O MÉRITO. ALEGAÇÃO DE QUE O FEITO DEVERIA VERSAR SOBRE ADOÇÃO, EM RAZÃO DE O GAMETA NÃO TER SIDO DOADO POR PESSOA ANÔNIMA, O QUE DETERMINARIA A COMPETÊNCIA DA VARA DA INFÂNCIA E JUVENTUDE. INSUBSISTÊNCIA. *PARQUET* QUE, AO PROCLAMAR A INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO, SE MANIFESTOU SOBRE O MÉRITO DA DEMANDA, OPONDO-SE AO PLEITO, TESE ENCAMPADA DEPOIS PELA PROCURADORIA.

INEXISTÊNCIA DE ÓBICE LEGAL AO ATENDIMENTO DO PEDIDO. DOADORA DO GAMETA QUE, APÓS O NASCIMENTO DA CRIANÇA, RENUNCIOU AO PODER FAMILIAR. MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA QUE DEVE PREPONDERAR SOBRE FORMALIDADES, APARÊNCIAS E PRECONCEITOS.

PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DA TUTELA REALIZADO EM CONTRARRAZÕES. IMEDIATA EMISSÃO DA CERTIDÃO DE NASCIMENTO DA INFANTE, QUE SE ENCONTRA, ATÉ O MOMENTO, DESPROVIDA DO REGISTRO. POSSIBILIDADE. REQUISITOS DO ART. 273 DO DIPLOMA PROCESSUAL PREENCHIDOS.

RECURSO DESPROVIDO.

O conceito de família independe do gênero e da sexualidade das pessoas que a compõem, conforme reconheceu a Suprema Corte no julgamento da ADPF nº 132: "A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão 'família', não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. [...] Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família" (ADPF 132, Rel. Min. Ayres Britto, j. 5-5-2011).

O fato de a doadora do óvulo, que também gestou a criança, não ser anônima, não representa óbice para o reconhecimento da parentalidade socioafetiva e consequente registro da criança em nome de ambos os pais, notadamente porque decorre de um projeto amplamente idealizado pelo casal e que – a toda evidência, diante da impossibilidade de os gametas de ambos os interessados serem utilizados na fecundação – só pôde ser concretizado mediante a utilização de método de reprodução heteróloga assistida.

Formalidades não essenciais, aparências e preconceitos não podem preponderar sobre o melhor interesse da criança, impedindo-lhe de obter o reconhecimento jurídico daquilo que já é fato: o status de filha e integrante legítima do núcleo familiar formado pelos pares homoafetivos.

Imperioso reconhecer o progresso para o qual é encaminhada a sociedade e acompanhar suas transformações, de modo a preencher as lacunas que se abrem em decorrência de tais modificações.

O julgador há de auxiliar no progresso do Direito, fazendo que as relações de família se adequem à vontade da sociedade, que há de ser a da obtenção da felicidade mais ampla e geral dos envolvidos, pela realização dos sentimentos mais caros e não se constituir de obstáculo a isto, sobremaneira se não há choque algum com o mundo jurídico.

Não se pode sonegar prerrogativas aos casais homossexuais por sua sexualidade. Não há aparato jurídico para tanto.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2014.079066-9, da comarca da Capital (1ª Vara da Família), em que é

apelante Ministério Público do Estado de Santa Catarina, e apelados D. K. e outros:

A Primeira Câmara de Direito Civil decidiu, por maioria de votos, negar provimento ao recurso, retirando-lhe o efeito suspensivo, para determinar a imediata expedição da certidão de nascimento em nome de S. A. C. K., constando o nome dos genitores D. K. e J. C., e nos demais termos fixados no dispositivo da sentença. Vencido o Desembargador Raulino Jacó Brüning. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Exmos. Srs. Des. Domingos Paludo – Relator -, Des. Raulino Jacó Brüning (com declaração de voto) – Presidente – e Des. Sebastião César Evangelista.

Florianópolis, 12 de março de 2015.

Domingos Paludo
RELATOR

RELATÓRIO

Examina-se recurso de apelação interposto pelo Ministério Público contra sentença que deu procedência à inicial, declarando D.K. e J.C. pais de S.A.C.K., fruto de inseminação artificial realizada em M.B.C., irmã de J.C., que gestou a menina e, logo após o nascimento, renunciou, por meio de escritura pública, ao poder familiar com relação à infante.

Em suas razões (fls. 161-167), aduz o *Parquet* que o magistrado singular impediu-lhe de se manifestar acerca da questão de fundo da demanda, e que a hipótese retratada no caso é de adoção unilateral, o que, inclinavelmente, transfere a competência para análise à Vara da Infância e Juventude. Suscitou, para tanto, a anulação da sentença e o encaminhamento dos autos ao Juízo competente.

Os autores contra-arrazoaram às fls. 172-188. Requereram, oportunamente, a antecipação de tutela para que seja autorizada a

confecção da certidão de nascimento da menor, pedido este reiterado às fls. 191/195.

A Defensoria Pública, que atua no feito como curadora especial da criança, em suas contrarrazões (fls. 196-204), requereu antecipação de tutela para que seja afastado o efeito suspensivo, determinando-se a expedição da certidão de nascimento da pequena S., com os nomes dos genitores ou, subsidiariamente, apenas com o nome do genitor D., ressalvadas as futuras retificações, sob o argumento de que a ausência do documento obsta que à menina sejam despendidos os devidos cuidados essenciais, como acesso à saúde e à educação, bem como seu direito ao exercício da cidadania.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça manifestou parecer às fls. 211-227, opinando pelo provimento do recurso.

Vieram-me conclusos.

VOTO

Presentes os pressupostos que regem a admissibilidade, conheço do recurso.

A insurgência do *Parquet* cinge-se à assertiva de que o feito deve ser declarado nulo, eis que não fora oportunizada à Promotoria a manifestação sobre o mérito da ação. Sustenta, ainda, que a competência para análise dos autos é do Juízo da Infância e Juventude, por ter a gestora em substituição, M. B. C., irmã de J. C., doado seu gameta na composição da inseminação artificial. Deste modo, por ser mãe biológica da menor, ao renunciar ao poder familiar, à demanda deve ser conferido, em lugar de declaração de dupla paternidade, o caráter de adoção unilateral, já que para a viabilidade da primeira o gameta necessitaria ter sido concedido por doadora anônima.

As hipóteses aventadas, contudo, não merecem prosperar.

Inicialmente, é de bom alvitre tecer alguns comentários sobre adoção.

A obra de Maria Berenice Dias instrui:

> Por expressa permissão do ECA, qualquer pessoa maior de 18 anos e independentemente do estado civil pode adotar (ECA 42). Ainda que a doutrina mais conservadora considere a adoção por solteiros como o ponto mais inquietante da monoparentalidade, é mister atentar para o interesse da criança. É preferível que tenha um pai ou uma mãe do que ninguém para chamar de pai ou mãe. A interminável espera para que ocorra a adoção por um casal, muitas vezes, leva crianças e adolescentes a permanecer institucionalizados até completatem a maioridade. Nesse dia são postos para fora dos "abrigos" – hoje chamados de acolhimento institucional (ECA 90 IV) –, onde passaram toda a vida à espera de alguém que os quisesse adotar (Manual de direito das famílias, p. 216).

Anteriormente prevista pelo Código Civil de 2002, a adoção, após a revogação do diploma ocorrida em 2009, passou a ser regulamentada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, que, segundo Carolina Cintra Barbosa, é definida como sendo "um ato jurídico solene pelo qual se estabelece um vínculo de paternidade e filiação entre o adotante e o adotado, independentemente de qualquer relação natural ou biológica de ambos. É conhecida como uma filiação civil, necessitando de um desejo do adotante em trazer para sua família, na condição de filho, **alguém que lhe é estranho"** (2010, grifei).

Em outras palavras, além de um ato de amor que percorre mão dupla - pois, se de um lado, está a possibilidade de dar filhos àqueles a quem a natureza negou, de outro, encontra-se um propósito assistencial em que há um meio de propiciar melhores condições morais e materiais ao adotado -, adoção é o acolhimento de uma nova família, através de pais generosos, ao infante por vezes amargo e sofrido que, por razões diversas, fora abandonado ou rejeitado por seus genitores, e que se torna possível a partir da perda do poder familiar de seus pais biológicos com relação ao descendente.

Nessa senda, exata é a premissa de que a competência para julgamento de ações de adoção é da Vara da Infância e da Juventude.

Não é este, contudo, o cenário presente, pois a menina em questão jamais sofreu abandono ou rejeição, e tudo que historiam os autos é um projeto de montagem de uma família com os avanços que a ciência atualmente alcançou na área da reprodução humana.

Sobre o assunto, não é de rigor mais do que transcrever a fundamentação da primorosa sentença prolatada pelo Juiz de Direito Luiz Cláudio Broering, que serve de razão de decidir:

> Inicialmente, observa-se a existência de questão processual pendente. Ao longo de toda a marcha processual, o Ministério Público defendeu a incompetência deste juízo para processar e julgar o presente feito, sob o argumento de que M. e D. são os pais biológicos da criança, logo, para constar apenas os nomes dos autores no registro de nascimento dessa seria indispensável que a questão seja dirimida em processo legal de adoção unilateral, observado o juízo competente, ou seja, a Vara da Infância e Juventude desta comarca.
>
> Em que pesem os argumentos despendidos, a questão da incompetência deste juízo não deve ser acolhida. No caso *sub judice*, **não há que se falar em adoção, tampouco em competência da Vara da Infância e Juventude, uma vez que a gestante não dispõe de poder familiar em relação à menina. M. é gestora de S. em substituição aos autores, os quais são impossibilitados fisicamente para tanto. Importante ressaltar que a gestação por substituição em nada se confunde com a "barriga de aluguel". Esta é vedada pelo ordenamento jurídico, ao passo que aquela é admitida, sendo disciplinada por meio da Resolução n. 2.013/2013 do Conselho Federal de Medicina. De acordo com o referido instrumento, mostra-se viável a cessão temporária do útero, sem fins lucrativos, desde que a cedente seja parente consanguínea até quarto grau de um dos parceiros. Ademais, faz-se necessário ser firmado termo de consentimento assinado entre os envolvidos, além de contrato, estabelecendo claramente a questão da filiação da criança e a garantia do registro civil desta pelos pacientes.**

Acerca do tema, Maria Berenice Dias leciona que *a possibilidade de uso de útero alheio elimina a presunção mater semper certa est, que é determinada pela gravidez e pelo parto. Em consequência, também cai por terra a presunção pater est, ou seja, que o pai é o marido da mãe. Assim, quem dá a luz não é mãe biológica e, como o filho não tem sua carga biológica, vista da hipótese cada vez menos rara da maternidade por substituição, o que se pode afirmar que a gestatriz é sempre certa* (*in* Manual de direito das famílias, f. 371).

In casu, vislumbra-se que **os envolvidos se submeteram a uma fecundação artificial heteróloga, na qual os gametas de D. e M. foram fertilizados via intrauterina. Tradicionalmente, em se tratando de fecundação heteróloga, o doador do gameta, seja masculino ou feminino, é anônimo, ou seja, há a mantença do sigilo sobre sua identidade. No caso em apreço, contudo, tal formalidade não foi respeitada, uma vez que M., além de gestar a criança, também forneceu seu gameta.** Independentemente dessa inobservância, Rolf Madaleno ensina que: ***existem duas modalidades de mães em substituição, ou de útero de substituição, sendo uma delas considerada mãe portadora, porque apenas empresta seu útero, recepcionando os embriões do casal doador e solicitante do empréstimo do útero, ou recepcionando o óvulo de uma doadora anônima na chamada ovodoação, e a mãe de substituição, que não só empresta o útero como também pode ceder seus óvulos, sendo inseminada com o esperma do marido da mulher infértil, assumindo o compromisso de dar à luz a criança e entregá-la ao casal que assumirá a filiação, renunciando a mãe genética e gestante aos direitos maternos. Nessa hipótese em que a própria mãe de aluguel aporta o óvulo, conclui Maria Carcaba Fernandez, ocorre uma clara situação de inseminação artificial heteróloga com doador conhecido. A cessão de material genético pode derivar tanto do homem como da mulher, e de acordo com Enrique Varsi Rospigliosi, seu fundamento na igualdade e na liberdade que as pessoas têm de procriar e de fundar uma família*** (*in* Curso de direito de família, fls. 533/534). Assim, M. deve ser vista como gestora em substituição e **o fato da doadora do óvulo ser conhecida em nada altera os contornos e consequências da inseminação heteróloga. Ademais, o acervo probatório revela enfaticamente o desejo exclusivo da doadora (direito natural) de apenas auxiliar D. e J., seu irmão, a realizarem o seu sonho de serem pais.** Ora, em nenhum momento M. teve qualquer dúvida a respeito

do seu papel no projeto parental elaborado pelos autores, para que estes tivessem o seu filho. Aliás, o documento 39/42 não deixa dúvidas quanto a isso. Não obstante, **o laudo elaborado pela Psicóloga Judicial também revela que M. não se identifica como a mãe da criança** (fls. 113/117). Além disso, ainda que seja a mãe gestacional quem recebe a declaração de nascido vivo (f. 76), tal documento, por si só, não lhe atribui poder familiar, tampouco o direito de figurar no registro de nascimento da criança, sob pena de serem afrontados os direitos dos que elaboraram o projeto parental – reais detentores do poder familiar –, afora do direito à própria identidade da infante.

Portanto, considerando que M. não detém poder familiar em relação à S., afigura-se desnecessário o manejo de ação de adoção unilateral e, igualmente, declinar a competência para processar e julgar o presente feito à Vara da Infância e Juventude.

Vencida a questão processual, passa-se à análise do mérito.

Trata-se de ação ordinária, em que os autores almejam ser declarados como genitores da menina S. Consabido que se presumem concebidos na constância do casamento os filhos havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido (art. 1.597, V, do Código Civil). Aliás, importante recordar que a fecundação heteróloga gera presunção *juris et jure*, pois não há possibilidade de a filiação ser impugnada, dada a presunção absoluta de paternidade socioafetiva. Acerca do tema, traz-se à baila o Enunciado n. 570 das Jornadas de Direito Civil:

570. O reconhecimento de filho havido em união estável fruto de técnica de reprodução assistida heteróloga a parte consentida expressamente pelo companheiro representa a formalização do vínculo jurídico de paternidade filiação, cuja constituição se deu no momento do início da gravidez.

Do estudo do arcabouço probatório, extrai-se que os autores são companheiros (fls. 26/28). D. é o pai biológico de S., bem como que ambos os autores, em especial J., concordaram tanto com a realização da inseminação artificial heteróloga como com a gestação por substituição (fls. 29/37). **O fato do nascimento ter sido resultado de óvulos da gestante e sêmen de D., não repele a pretensão de J. de**

> **ter registrado como sua filha a infante S. Ora, revela-se arcaica a ideia de que o reconhecimento da maternidade ou da paternidade provém, exclusivamente, da existência de vínculo biológico.** A parentalidade socioafetiva, fruto da liberdade/altruísmo/amor, também deve ser respeitada. **O presente caso transborda desse elemento afetivo, uma vez que o nascimento de S. provém de um projeto parental amplo, idealizado pelo casal postulante e foi concretizado por meio de técnicas de reprodução assistida heteróloga, além do apoio incondicional prestado por M., que se dispôs a contribuir com seu corpo, a fim de realizar exclusivamente o sonho dos autores, despida de qualquer outro interesse.**
>
> [...]
>
> Assim, observado o princípio do interesse superior da criança, impõe-se conferir a dupla paternidade e suprimir qualquer identificação acerca da gestante no registro de nascimento de S., a fim de adequar a situação jurídica da infante à realidade vivenciada e planejada com o objetivo de constituir família, cujos vínculos nascem na socioafetividade (fls. 151/154) (grifamos).

Não obstante a irretocável resolução do magistrado *a quo*, ainda sobre a matéria, é cediço que, de acordo com o art. 244 do diploma processual civil, *"quando a lei prescrever determinada forma, sem cominação de nulidade, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, alcançar-lhe a finalidade"*. Trata-se da aplicação do brocardo jurídico *pas de nullité sans grief*, isto é, não há nulidade sem prejuízo (art. 249, § 1º, CPC).

Em consonância com esse princípio, ensina Teresa Arruda Alvim Wambier que *"é desnecessário, do ponto de vista prático, anular-se ou decretar-se a nulidade de um ato, não tendo havido prejuízo da parte"* (Nulidades do Processo e da Sentença. 6ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 169).

E a orientação dos tribunais pátrios é no sentido de aproveitar-se continuamente dos atos processuais já realizados, seja pela economia processual, seja pela busca da rápida e efetiva prestação jurisdicional.

Nesse sentido, colhe-se do entendimento da Corte Superior:

> Em consonância com o art. 219, § 1º, do CPC e com o princípio da instrumentalidade das formas, a decretação de nulidade de atos processuais depende da efetiva demonstração de prejuízo da parte interessada, prevalecendo o princípio pas de nulitte sans grief. (Resp 1395289/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, 3ª T., DJe 29/4/2014).

E mais:

> PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. DESAPROPRIAÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. INOVAÇÃO RECURSAL. OMISSÃO NÃO CONFIGURADA. INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. DESNECESSIDADE. AUSÊNCIA. NULIDADE. PREJUÍZO. NÃO COMPROVAÇÃO. VALOR DA INDENIZAÇÃO. CONTEMPORÂNEO À DATA DE AVALIAÇÃO DO IMÓVEL. [...] 3. A jurisprudência desta Corte já assentou entendimento no sentido de que a ausência de intimação do Ministério Público, por si só, não enseja a decretação de nulidade do julgado, a não ser que se demonstre o efetivo prejuízo para as partes, o que não ocorreu no caso dos autos. (AgRg no REsp n. 1413689/CE, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 10.6.2014).

Ocorreria prejuízo, entretanto, se a sentença fosse anulada como sustenta o *Parquet*, já que se perderiam diversos atos processuais que foram adequadamente constituídos, para que nada se ganhasse.

A atuação omitida, contudo, tem finalidade clara em lei, cujo bom cumprimento visa garantir. Ademais, se norma alguma fora violada, é porque os juízes assim também desejam, logo, a anulação violaria, ela mesma, a norma legal quanto à celeridade do feito e à economia processual, do que extraio que se não pode decretá-la em feitos desta natureza.

Ingressando na competência, muito embora outra coisa diga, veja-se claro, o Ministério Público invadiu já o mérito, que deseja a todo custo que de adoção se cuida, e já pretende impor sua conclusão, a tornar obrigatória, independentemente do que entendesse o magistrado. Mas isto não é assim!

Registro, ainda, que, no próprio raciocínio de que, à Promotoria, não houve oportunização de pronunciar-se sobre o mérito, manifestou-se a Procuradoria justamente no cerne da questão, quando levanta a incompetência da Vara da Família para processar o feito, sob o fundamento de impossibilidade de declaração de paternidade, sendo o deslinde viabilizado somente na forma de adoção unilateral, ante a doação do gameta ter sido realizada pela irmã do genitor, e não por doadora anônima; outra tese que não se desenvolve, mormente porque a gestora da pequena S. renunciou ao poder familiar com relação a esta, já na ocasião de seu nascimento, representando, apenas, desde então, o simples e único papel de tia na vida da infante.

Além do mais, apenas a genitora renunciou ao poder familiar – pois meramente gestora –, sendo um dos autores o pai biológico da criança, o que refuta, por mais esta razão, a teoria de adoção.

Anoto que, para regulamentar, na esfera médica, os procedimentos de reprodução assistida, vem o Conselho Federal de Medicina normatizar a Resolução n. 2.013/2013 que, apropriadamente, assim dispõe:

> Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida, anexas à presente resolução, como dispositivo deontológico **a ser seguido pelos médicos** e revoga a Resolução CFM nº 1.957/10.
>
> **II – PACIENTES DAS TÉCNICAS DE RA**
>
> [...]
>
> **2** – É permitido o uso das técnicas de RA para relacionamentos homoafetivos e pessoas solteiras, respeitado o direito da objeção de consciência do médico.
>
> [...]
>
> **IV – DOAÇÃO DE GAMETAS OU EMBRIÕES**
>
> [...]
>
> **2** – Os doadores nunca devem conhecer a identidade dos receptores e vice-versa.

[...]

VII – SOBRE A GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO (DOAÇÃO TEMPORÁRIA DO ÚTERO)

1 – As doadoras temporárias do útero devem pertencer à família de um dos parceiros num parentesco consangüíneo até o quarto grau (primeiro grau – mãe; segundo grau – irmã/avó; terceiro grau – tia; quarto grau – prima), em todos os casos respeitada a idade limite até 50 anos.

[...]

3 – Nas clínicas de reprodução os seguintes documentos e observações deverão constar no prontuário do paciente:

- Termo de Consentimento Informado assinado pelos pacientes (pais genéticos) e pela doadora temporária do útero, consignado. Obs: gestação compartilhada entre homoafetivos onde não existe infertilidade.

[...]

- Contrato entre os pacientes (pais genéticos) e a doadora temporária do útero (que recebeu o embrião em seu útero e deu à luz), estabelecendo claramente a questão da filiação da criança.

[...]

IX – DISPOSIÇÃO FINAL

Casos de exceção, não previstos nesta resolução, dependerão da autorização do Conselho Regional de Medicina. (grifei)

Como se depreende dos autos, as normas impostas na aludida Resolução foram cumpridas, especialmente a renúncia de M. ao poder familiar com relação à S., durante a gestação, após o parto e via escritura pública, abdicação esta que arreda, terminantemente, pressuposição de irregularidades em todo o processo de reprodução assistida ou de que o caso seria de adoção por ser a gestora a mãe biológica. M. doou seu óvulo, logo, não é mãe de S. Há muita claridade em todo o processo de inseminação e provas contundentes nos autos de que a gestora figura como parente da menina, jamais como mãe.

Quanto à necessidade de anonimato dos doadores dos gametas, o dispositivo revela-se genérico e frágil, de modo que, em caso de descumprimento, não prevê penalidades, tampouco consequências jurídicas; aliás, como se infere do inteiro teor da resolução, claramente foi elaborada com o escopo de disciplinar os procedimentos de ordem estritamente técnica entre os operadores, deixando, entretanto, de atender aos anseios da sociedade, que muitas lacunas encontra nesse percurso; mesmo porque não é o Conselho Federal de Medicina um órgão legislativo, o que faz com que o regulamento traga suficiência à classe médica mas, de outro norte, insegurança aos juristas e à própria sociedade, pelas exigências aparentemente sem sentido algum, e preocupações talvez lícitas a médicos, mas irrelevantes a juristas.

Aponto, precisamente, que o Código Civil também não faz menção a impedimento acerca do caso em apreço, eis que limita o disposto no texto do art. 1.597, não havendo prescrição específica para o quadro em voga, muito embora preveja até a fecundação *post mortem*, ou seja, a utilização do esperma do marido pré-morto em inseminação na esposa, sendo lastimável que não haja estipulação expressa para o que ocorre nestes autos.

Frise-se ser este projeto notadamente inovador perante a sociedade e que, por esta razão, traz à tona a urgência e a imprescindibilidade de regulamentação do método, adequando o ordenamento jurídico às novas realidades e afastando quaisquer suposições de ilegalidade do ato. Ademais, o principal bem em questão – a vida de S. – não sofrerá prejuízo por conta do mecanismo adotado.

A partir de um conceito elementar de filiação, qual seja, o estabelecimento de sociedade de parentesco entre genitor, genitora, e progenitora, que cria as bases de identidade entre os membros e sua inserção em outros grupos sociais, sobre vínculos familiares, Silvio Venosa ensina que:

> O direito à filiação não é somente um direito da verdade. É, também, em parte, um direito da vida, do interesse da criança, da paz das famílias, das afeições, dos sentimentos morais, da ordem estabelecida, do tempo que passa. (*Direito Civil: Direito das Sucessões*. V. 6. São Paulo: Atlas, 2003. P. 232).

Sobre as declarações de paternidade, Maria Berenice Dias leciona:

> Não se pode fechar os olhos e tentar acreditar que os casais de pessoas do mesmo sexo, por não disporem de capacidade reprodutiva, simplesmente não possuem filhos. Essas uniões, que passaram a ser chamadas de homoafetivas, constituem-se da mesma forma que as uniões heteroafetivas. A situação com que se depara com mais frequência é aquela em que o genitor que ficou com a guarda dos filhos resolve assumir sua orientação homossexual. A posição do companheiro do genitor se reveste de especial singularidade. Se, à evidência, ele não é nem o pai nem a mãe do menor, não se pode negar que a convivência gera um vínculo de afinidade e afetividade. Ambos, o pai e seu companheiro, passam a exercer de forma conjunta a função parental. Não raro, o parceiro do genitor participa de sua criação, desenvolvimento e educação, assumindo inclusive o dever de sustento e exercendo o papel de pai. Inquestionável que estão presentes todos os requisitos para o reconhecimento de um vínculo de filiação socioafetiva. Apesar de a ideologia da família parental de origem patriarcal pensar o contrário, não é requisito indispensável para haver família que haja homem e mulher, pai e mãe. Vetar a possibilidade de juridicizar dito envolvimento só traz prejuízo à própria criança, pois, ainda que detenha a posse do estado de filho, não vai conseguir cobrar qualquer responsabilidade nem fazer valer qualquer direito com relação a quem, de fato, exercia o poder familiar.
>
> **É cada vez mais comum casais homossexuais fazerem uso de banco de material reprodutivo, o que permite a um do par ser o pai ou a mãe biológica, enquanto o outro fica excluído da relação de filiação. *Gays* utilizam o sêmen de um ou de ambos para fecundar uma mulher. Lésbicas extraem o óvulo de uma, que, fertilizado *in vitro*, é implantado no útero da outra, que vem a dar à luz. Não há restrição nenhuma nem pode haver qualquer obstáculo legal para impedir tais práticas. Em ambos os casos, torna-se imperioso perguntar: afinal,**

> **quem são os pais dessas crianças? Qualquer resposta que não reconheça que os bebês têm dois pais ou duas mães está se deixando levar pelo preconceito. Não cabe tentar encontrar justificativa para afastar a criança de seu lar e da companhia de quem considera seus pais. Tais posturas, além de infirmarem o princípio do melhor interesse da criança, que tem direito à liberdade e o respeito à dignidade da pessoa humana. De outro lado, permitir que exclusivamente o pai biológico tenha um vínculo jurídico com o filho assim gestado é olvidar tudo que vem a justiça construindo através de uma visão mais ampliativa da estrutura de família.**
>
> **Utilizadas modernas técnicas de reprodução assistida, como a decisão de ter filhos é do casal, é necessário assegurar, quer aos gays, quer às lésbicas, o direito de proceder ao registro dos filhos no nome do casal.** (Manual de direito das famílias p. 374/375, grifei).

No mesmo sentido, sobre as novas famílias, Nazir Milano Filho e Rodolfo Cesar Milano consignam que:

> [...] com o novo Código Civil, essas formas acabaram, ao novo ordenamento, incorporadas, acrescendo-se assim a possibilidade de reconhecimento também por escrito particular, a ser arquivado em cartório, e por manifestação direta e expressa perante o juiz, ainda que o reconhecimento não haja sido o objeto único e principal do ato que o contém (art. 1º da Lei nº 8.560/92 e art. 1.609 do novo Código Civil).
>
> Por fim, **temos como personalíssimo o estado de filiação, indisponível e imprescritível; não há qualquer restrição ao seu exercício. Não pode ser renunciado; e cabe ao menor todos os benefícios e direitos em face do estado de filiação, como o nome do genitor, sucessão, alimentos e outros que se apresentarem da filiação legítima** (Estatuto da Criança e do Adolescente, comentado e interpretado de acordo com o novo Código Civil, p. 44, grifei).

É inconcebível constituir qualquer óbice à concretização deste ato sob pretextos de ausência de estrutura em razão da instabilidade da atividade profissional exercida pelos pais, por sua nacionalidade ou por se fazer uma expectativa menor de durabilidade da convivência, rotulando-a por se tratar de duas pessoas do mesmo sexo, ainda que

não tenha sido lavrada uma certidão de união estável, pois, sobre esta última, é consabido que nem os mais suntuosos casamentos, realizados de acordo com as seculares tradições e sob as mais virtuosas promessas são capazes de manter as pessoas unidas. Não se pode tarifar o que se passa internamente, nos corações de cada um.

O que garante a estabilidade das relações é a elevação dos sentimentos que as tecem, a ordenação, análise e reconhecimento das emoções e não os aspectos materiais.

É direito individual e personalíssimo equacionar as expectativas que se têm com relação ao amor e à felicidade, buscas íntimas estritamente ligadas às doses de amor que a pessoa recebe ao longo de sua existência.

Os ofícios de ambos os pais são dignos, um é dançarino de *ballet* clássico e o outro profissional liberal, empregos que certamente provêem o sustento deles e da infante, que muito bem cuidada aparenta estar e outra coisa os autos não revelam. Ademais, ambos os pais demonstram, por todo esse trâmite, deter o ímpeto de defender com força e afinco os interesses de S., protegendo-lhe dos infortúnios que possam vir a atravessar seu caminho.

Cumpre ressaltar que as famílias há muito deixaram de ter a figura convencional, ilusória e aparente haurida do Direito Romano, de marido, mulher e filhos – estes sempre oriundos do casamento, das justas núpcias, porque os demais eram adulterinos a *patre* ou a *matre*, *espúrios* ou *incestuosos*, decerto para "pagar" pela irreflexão e desamor de seus "virtuosos" pais –, tornando-se, ao longo das transições pelas quais passa a Humanidade, a ser qualquer agrupamento entre pessoas que se unem por afinidades e vínculos de amor e afeto. Não se pode sobrepor normas às relações humanas que se formam voluntariamente, obstando-lhes as uniões que por sua natureza já tornam-se tão desafiadoras aos olhos da comunidade.

Nesse sentido, inclusive, manifestou-se a Suprema Corte no julgamento da ADPF n. 132, cuja ementa é oportuno transcrever:

1. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. **UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO.** CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO. Encampação dos fundamentos da ADPF nº 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, com a finalidade de conferir "interpretação conforme à Constituição" ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação.

2. **PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA.** O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de "promover o bem de todos". Silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana "norma geral negativa", segundo a qual "o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido". Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanação do princípio da "dignidade da pessoa humana": direito a auto-estima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia

da vontade. Cláusula pétrea.

3. **TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO "FAMÍLIA" NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SÓCIO-CULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO-REDUCIONISTA.** O *caput* do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. **A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão "família", não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. Núcleo familiar que é o principal lócus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por "intimidade e vida privada" (inciso X do art. 5º). Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família.** Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. Imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural. Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas.

4. UNIÃO ESTÁVEL. NORMAÇÃO CONSTITUCIONAL REFERIDA A HOMEM E MULHER, MAS APENAS PARA ESPECIAL PROTEÇÃO DESTA ÚLTIMA. FOCADO PROPÓSITO CONSTITUCIONAL DE ESTABELECER RELAÇÕES JURÍDICAS

HORIZONTAIS OU SEM HIERARQUIA ENTRE AS DUAS TIPOLOGIAS DO GÊNERO HUMANO. IDENTIDADE CONSTITUCIONAL DOS CONCEITOS DE "ENTIDADE FAMILIAR" E "FAMÍLIA". **A referência constitucional à dualidade básica homem/mulher, no § 3º do seu art. 226, deve-se ao centrado intuito de não se perder a menor oportunidade para favorecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia no âmbito das sociedades domésticas. Reforço normativo a um mais eficiente combate à renitência patriarcal dos costumes brasileiros.** Impossibilidade de uso da letra da Constituição para ressuscitar o art. 175 da Carta de 1967/1969. Não há como fazer rolar a cabeça do art. 226 no patíbulo do seu parágrafo terceiro. Dispositivo que, ao utilizar da terminologia "entidade familiar", não pretendeu diferenciá-la da "família". Inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico. **Emprego do fraseado "entidade familiar" como sinônimo perfeito de família. A Constituição não interdita a formação de família por pessoas do mesmo sexo. Consagração do juízo de que não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um legítimo interesse de outrem, ou de toda a sociedade, o que não se dá na hipótese *sub judice*. Inexistência do direito dos indivíduos heteroafetivos à sua não-equiparação jurídica com os indivíduos homoafetivos.** Aplicabilidade do § 2º do art. 5º da Constituição Federal, a evidenciar que outros direitos e garantias, não expressamente listados na Constituição, emergem *"do regime e dos princípios por ela adotados", verbis: "Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte"*.

5. DIVERGÊNCIAS LATERAIS QUANTO À FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO. Anotação de que os Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso convergiram no particular entendimento da impossibilidade de ortodoxo enquadramento da união homoafetiva nas espécies de família constitucionalmente estabelecidas. Sem embargo, reconheceram a união entre parceiros do mesmo sexo como uma nova forma de entidade familiar. Matéria aberta à conformação legislativa, sem prejuízo do reconhecimento da imediata auto-aplicabilidade da Constituição.

> 6. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA "INTERPRETAÇÃO CONFORME"). **RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES. Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de "interpretação conforme à Constituição". Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva.** (ADPF 132, do Rio de Janeiro. Rel. Min. Ayres Britto, j. 5.5.2011, grifei).

Em situação semelhante, que versava sobre pedido de registro de nascimento deduzido por casal homoafetivo, pronunciou-se a Casa de Justiça Gaúcha:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO. **PEDIDO DE REGISTRO DE NASCIMENTO DEDUZIDO POR CASAL HOMOAFETIVO, QUE CONCEBEU O BEBÊ POR MÉTODO DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA HETERÓLOGA**, COM UTILIZAÇÃO DE GAMETA DE DOADOR ANÔNIMO. DECISÃO QUE ORDENOU A CITAÇÃO DO LABORATÓRIO RESPONSÁVEL PELA INSEMINAÇÃO E DO DOADOR ANÔNIMO, BEM COMO NOMEOU CURADOR ESPECIAL À INFANTE. DESNECESSÁRIO TUMULTO PROCESSUAL. INEXISTÊNCIA DE LIDE OU PRETENSÃO RESISTIDA. **SUPERIOR INTERESSE DA CRIANÇA QUE IMPÕE O REGISTRO PARA CONFERIR-LHE O *STATUS* QUE JÁ DESFRUTA DE FILHA DO CASAL AGRAVANTE, PODENDO OSTENTAR O NOME DA FAMÍLIA QUE LHE CONCEBEU.**
>
> 1. Por tratar-se de um procedimento de jurisdição voluntária, onde sequer há lide, promover a citação do laboratório e do doador anônimo de sêmen, bem como nomear curador especial à menor, significaria gerar um desnecessário tumulto processual, por estabelecer um contencioso inexistente e absolutamente desarrazoado.

2. Quebrar o anonimato sobre a pessoa do doador anônimo, ao fim e ao cabo, inviabilizaria a utilização da própria técnica de inseminação, pela falta de interessados. É corolário lógico da doação anônima o fato de que quem doa não deseja ser identificado e nem deseja ser responsabilizado pela concepção havida a partir de seu gameta e pela criança gerada. Por outro lado, certo é que o desejo do doador anônimo de não ser identificado se contrapõe ao direito indisponível e imprescritível de reconhecimento do estado de filiação, previsto no art. 22 do ECA. Todavia, trata-se de direito personalíssimo, que somente pode ser exercido por quem pretende investigar sua ancestralidade – e não por terceiros ou por atuação judicial de ofício.

3. Sendo oportunizado à menor o exercício do seu direito personalíssimo de conhecer sua ancestralidade biológica mediante a manutenção das informações do doador junto à clínica responsável pela geração, por exigência de normas do Conselho Federal de Medicina e da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, não há motivos para determinar a citação do laboratório e do doador anônimo para integrar o feito, tampouco para nomear curador especial à menina no momento, pois somente a ela cabe a decisão de investigar sua paternidade.

4. O elemento social e afetivo da parentalidade sobressai-se em casos como o dos autos, em que o nascimento da menor decorreu de um projeto parental amplo, que teve início com uma motivação emocional do casal postulante e foi concretizado por meio de técnicas de reprodução assistida heteróloga. Nesse contexto, à luz do interesse superior da menor, princípio consagrado no art. 100, inciso IV, do ECA, impõe-se o registro de nascimento para conferir-lhe o reconhecimento jurídico do *status* que já desfruta de filha do casal agravante, podendo ostentar o nome da família que a concebeu.

DERAM PROVIMENTO. UNÂNIME (TJRS, AI n. 70052132370, Rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos, j. 4.4.2013).

O Tribunal Fluminense não destoa:

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA. **PEDIDO DE DECLARAÇÃO DE DUPLA MATERNIDADE. PARCEIRAS DO MESMO SEXO**

> **QUE OBJETIVAM A DECLARAÇÃO DE SEREM GENITORAS DE FILHO CONCEBIDO POR MEIO DE REPRODUÇÃO ASSISTIDA HETERÓLOGA**, COM UTILIZAÇÃO DE GAMETA DE DOADOR ANÔNIMO. **AUSÊNCIA DE DISPOSIÇÃO LEGAL EXPRESSA QUE NÃO É OBSTÁCULO AO DIREITO DAS AUTORAS.** DIREITO QUE DECORRE DE INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA DE DISPOSITIVOS E PRINCÍPIOS QUE INFORMAM A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA NOS SEUS ARTIGOS 1º, INCISO III, 3º, INCISO IV, 5º, CAPUT, E 226, § 7º, BEM COMO DECISÕES DO STF E STJ. EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE FAMÍLIA. **SUPERIOR INTERESSE DA CRIANÇA QUE IMPÕE O REGISTRO PARA CONFERIR-LHE O STATUS DE FILHO DO CASAL.**
>
> 1. O elemento social e afetivo da parentalidade sobressai-se em casos como o dos autos, em que o nascimento do menor decorreu de um projeto parental amplo, que teve início com uma motivação emocional do casal postulante e foi concretizado por meio de técnicas de reprodução assistida heteróloga. 2. Nesse contexto, à luz do interesse superior da menor, princípio consagrado no artigo 100, inciso IV, da Lei nº. 8.069/90, impõe-se o registro de nascimento para conferir-lhe o reconhecimento jurídico do status que já desfruta de filho das apelantes, podendo ostentar o nome da família que a concebeu. 2. Sentença a que se reforma. 3. Recurso a que se dá provimento (TJRJ, AC. 0017795-52.2012.8.19.0209, Rel. Des. Luciano Silva Barreto, j. 07.08.2013).

Cabe aos Poderes e à sociedade, no seu todo, acompanhar a evolução, sobretudo no sentido moral, despindo-se dos prejulgamentos culturais e religiosos que impedem a convivência em sua acepção mais ampla, satisfatória e feliz, notadamente quanto aos diferentes e diferenças.

A menina S., além de um lar amoroso, oriundo de dois pais que muito a desejaram, receberá proteção e circunstâncias favoráveis a um desenvolvimento saudável, gesto plausível diante dos inúmeros casos de abandono e maus-tratos aos infantes que comumente são analisados por este Juízo, depois remediados pelos caminhos das adoções, assim que a criança permanecer depositada em alguma instituição.

Descabido é agravar a vinda da criança ao mundo, tampouco adotar solução mecânica a partir do conhecimento arquivado em escaninhos preconceituosos. A resolução deste caso pede prévio juízo dos valores acumulados no imo da alma, escolha dos valores que são caros, para fazê-los sobressair acima de tudo e dentro dos preceitos cristãos, que colocam o amor em um sagrado pedestal. Há que se ressaltarem os valores hodiernos da alteridade, exercitar a capacidade de convívio com o diferente, a fim de se estabelecer um ambiente harmônico, pacífico, igualitário e fraterno, como prevê a Constituição.

Não vislumbro contorno algum de adoção neste caso, tampouco de ilegalidade. Há, sim, novidades, que necessitam e desafiam sua adequação às normas jurídicas ainda não escritas, pois que são novas situações.

Contrário à moral seria assenhorar-se do futuro das pessoas e encaminhar à adoção uma menina tão aguardada, concebida em regime amoroso e desde então integrante de justas expectativas de uma família que goza da proteção do Estado, para constituir seu lugar em um ninho de amor, reduzindo-a do status de filha à condição de abrigada, sob princípios de uma legislação vetusta e ultrapassada que deveras não produz bons frutos, em que pese a honradez de seus propósitos, não exime as crianças dessas misérias.

Não se está pregando, aqui, vulneração de norma legal alguma. Também não se está pregando elastério que posteriormente venha a colidir com a legitimidade de um direito mais sacrossanto, pois não vejo outro que suplante os da criança ingressar na família que a chamou a este mundo, no lar que a espera e lhe pertence por direito e justiça.

E com que direito se pretende frustrar a expectativa do pai?

Por derradeiro, com relação ao pedido de antecipação de tutela formulado pela Defensoria Pública e por D. K. e J. C. em contrarrazões, configurados os requisitos do art. 273 da carta processual civil – verossimilhança das alegações e prova inequívoca dos fatos –, não tendo

havido modificação no julgado e, ainda, prevalecendo a máxima de que nenhuma formalidade processual deve sobressair ao direito da criança, afasto o efeito suspensivo da apelação e **determino a expedição da certidão de nascimento de S. A. C. K., constando o nome dos genitores D. K. e J. C., e nos demais termos fixados no dispositivo do *decisum*.**

Por todo o exposto, **nego provimento** ao recurso, mantendo incólume a sentença.

É como voto.

Apelação Cível n. 2011.023003-0, de São Bento do Sul

Relator: Des. Artur Jenichen Filho

APELAÇÃO CÍVEL. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA EM AÇÃO REIVINDICATÓRIA.

IMÓVEIS DOS LITIGANTES QUE SÃO ORIGINÁRIOS DE DESMEMBRAMENTO DE ANTIGA ÁREA DE TERRAS. POSSÍVEL SOBREPOSIÇÃO DE ÁREAS. TÍTULO DOMINIAL E DEMAIS DOCUMENTOS APRESENTADOS PELO AUTOR EVIDENCIANDO TRATAR-SE DE TERRENO SEM ADEQUADA DEMARCAÇÃO, APRESENTANDO CONFRONTAÇÕES E DELIMITAÇÕES IMPRECISAS. INVIABILIDADE, MESMO APÓS O TÉRMINO DA INSTRUÇÃO PROBATÓRIA, EM SE AFIRMAR SE A ÁREA VINDICADA ENCONTRA-SE INSERIDA NO BEM DE PROPRIEDADE DO DEMANDANTE. INDIVIDUALIZAÇÃO E ESPECIFICAÇÃO INSUFICIENTES.

IMPOSSIBILIDADE, DIANTE DE TAL CENÁRIO, DE CARACTERIZAR COMO INJUSTA A OCUPAÇÃO POR PARTE DA EMPRESA REQUERIDA. PRESSUPOSTOS DO ART. 1.228 DO CC NÃO ATENDIDOS. DECISÃO MANTIDA. APELO CONHECIDO E DESPROVIDO.

"São requisitos para a procedência do pedido reivindicatório a prova da titularidade do domínio, a individualização da coisa e comprovação da posse injusta da parte contrária sobre a coisa. Na ausência de qualquer dos requisitos a improcedência do pleito exordial é medida que se impõe". (Apelação Cível n. 2013.040407-1, de Campos Novos, rel.: Des. Saul Steil, j. 06-08-2013)

RECURSO ADESIVO INTERPOSTO PARA MAJORAÇÃO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. AUSÊNCIA DE SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. MATÉRIA, ADEMAIS, NÃO VENTILADA NA APELAÇÃO. NÃO-CONHECIMENTO.

"Como assente em jurisprudência desta Corte, em face da mais consentânea interpretação teleológica à regra procedimental defluente do artigo 500, caput, parte final, do Código de Processo Civil, o recurso adesivo não pode ser

> *interposto contra matéria não impugnada a tempo e modo por apelação, com a qual a parte, de início, conformou-se, dando azo, pois, a coisa julgada".* (Apelação Cível n. 2007.003498-5, de Itajaí, rel.: Des. Eládio Torret Rocha, j. 13-11-2008).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2011.023003-0, da comarca de São Bento do Sul (1ª Vara), em que é apte/rdoad Pedro Osvaldo Gonçalves Doria, e apda/rtead COMFLORESTA - Cia. Catarinense de Empreendimentos Florestais:

A Primeira Câmara de Direito Civil decidiu, por votação unânime, conhecer do apelo e negar-lhe provimento e não conhecer do recurso adesivo. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Raulino Jacó Brüning, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. Sebastião César Evangelista.

Florianópolis, 09 de abril de 2015.

Artur Jenichen Filho
RELATOR

RELATÓRIO

Pedro Osvaldo Gonçalves Doria ajuizou a Ação Reivindicatória nº 058.04.002531-1 em face de COMFLORESTA - Cia. Catarinense de Empreendimentos Florestais, alegando, em resumo, ser proprietário de um imóvel matriculado no Cartório de Registro de Imóveis da Comarca de São Bento do Sul sob o n. 17.778, situado em Bateias de Cima, município de Campo Alegre, constituído de uma área total de 121.000,00 m², com as seguintes confrontações: "um lado confronta com terras de José Augusto Minikovsky; outro lado confronta com terras de herdeiros de Francisco Carvalho de Lima, herdeiros de Antonio Odia e com terras

de Estanislau Odia; outro lado confronta com o antigo leito do Rio Tijucume, dividindo atualmente com terras de Comterras Ltda, e o outro lado confronta com terras de Comterras Ltda, anteriormente terras de Paulo e Floriano Ossovsky", afirmando que 28.704,54 m² estariam sendo ocupados indevidamente pela ré.

Sustentou, neste sentido, que tanto o seu terreno, como parte do imóvel da empresa demandada possuem origem comum, resultando de um desmembramento de uma antiga gleba de terras, e que pretendendo regularizar a invasão perpetrada, a Companhia Catarinense de Empreendimentos Florestais - COMFLORESTA teria, inclusive, proposto ação de retificação de registro imobiliário, bem como alterando linhas divisórias, com a destruição de marcos antigos e afixando outros novos que não refletem a real divisa, de modo que sua posse caracteriza-se como injusta e de má-fé, na medida em que ela ocupa terreno que não lhe pertence.

Com base em tais argumentos, requereu a procedência do pedido, a fim de que seja imitido na posse do terreno reivindicado, além da condenação da ré ao pagamento das custas e dos honorários advocatícios, tendo a inicial sido instruída com os documentos de fls. 12-26.

Citada, a ré apresentou contestação, arguindo, em preliminar, a impossibilidade de se discutir a questão afeta à retificação de área, visto que já resolvida em decisão transitada em julgado.

No mérito, aduziu que a área reivindicanda, em verdade, compõe imóvel de sua propriedade, confrontante ao do autor, consistente num terreno de formato irregular, denominado "Fazenda Bateias de Cima", na localidade de Bateias de Cima, município de Campo Alegre, com área total de 735.469,89 m², matriculado no Cartório de Registro de Imóveis da Comarca de São Bento do Sul sob o n. 19.339.

Asseverou, mais, que ainda que se pudesse considerar o autor como titular do domínio, a demandada vem exercendo a posse mansa

e pacífica, por si e seus antecessores, há pelo menos 3 (três) décadas, tendo implementado sobre a área projetos de reflorestamento, além de outras acessões e benfeitorias, defendendo estar configurada a prescrição aquisitiva em seu favor.

Disse, ainda, que eventual falta no imóvel adquirido pelo apelante não pode ser imputada ao terreno de sua propriedade, uma vez que Pedro Osvaldo Gonçalves Doria teria realizado compra *ad corpus* e agora busca transformá-la em *ad mensuram*, estando ausentes, ademais, elementos para a adequada individualização da área, termos em que pugnou pelo inacolhimento da pretensão inicial, e, em caso de assim não entender-se, que seja-lhe garantida a retenção da área litigiosa considerando as benfeitorias e acessões efetivadas. Juntou documentos (fls. 74-95).

Réplica às fls. 99-106.

Realizada prova pericial, o laudo foi acostado às fls. 221-239, acerca do qual restaram as partes devidamente intimadas.

Designada audiência de instrução e julgamento, proposta a conciliação restou inexitosa, tendo sido tomado a termo o depoimento de duas testemunhas, dispensadas as demais (fls. 268-271).

Alegações finais via memoriais, às fls. 272-277 pelo autor, e pela empresa ré às fls. 278-282.

Sobreveio, então, sentença julgando improcedente o pedido reivindicatório, bem como inacolhendo a pretensão deduzida na ação cautelar de atentado em apenso, restando o autor condenado ao pagamento das verbas de sucumbências (fls. 291-295).

Inconformado, Pedro Osvaldo Gonçalves Doria apelou, reiterando a argumentação esposada na exordial, no sentido de estarem presentes os pressupostos da ação reivindicatória, alegando, de outro vértice, que teriam sido desconsiderados os elementos de prova documental e testemunhal, os quais aponta como elucidativos da controvérsia, em complementação à perícia efetivada (fls. 301-311).

Contrarrazões às fls. 318-326.

Às fls. 327-331 a ré interpôs recurso adesivo, para a majoração dos honorários advocatícios fixados na sentença.

Em contrarrazões, o apelante arguiu, preliminarmente, a impossibilidade de conhecimento do reclamo, sustentando: a) ilegitimidade ativa, vez que a titularidade do direito pleiteado seria dos procuradores; b) ausência de sucumbência recíproca; c) que a matéria objeto não foi ventilada na apelação. No mérito, defendeu que o valor da verba honorária é condizente com o trabalho prestado, não sendo cabível alteração.

Este é o relatório.

VOTO

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do apelo.

Trata-se de ação reivindicatória na qual o autor afirma ser proprietário de um imóvel matriculado no Cartório de Registro de Imóveis da Comarca de São Bento do Sul sob o n. 17.778, situado na localidade de Bateias de Cima, município de Campo Alegre, constituído de uma área total de 121.000,00 m², da qual 28.704,54 m² estariam sendo ocupados indevidamente pela ré.

Consoante estabelece o Código Civil, em seu art. 1.228, *"o proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha"*.

A respeito da matéria, explica Carlos Roberto Gonçalves:

> [...] Prescreve a segunda parte do citado art. 1.228 do Código Civil que o proprietário tem a faculdade de *reaver* a coisa do poder de quem injustamente a possua ou detenha. Para tanto dispõe da *ação reivindicatória*. O direito de propriedade é dotado, assim, de uma tutela específica, fundada no direito de seqüela, esse poder de perseguir a coisa onde quer que ela se encontre.

> Compete tal ação, consoante antiga e conhecida regra, ao proprietário não-possuidor contra o possuidor não-proprietário. Pode utilizá-la quem está privado da coisa que lhe pertence e quer retomá-la de quem a possui ou detém injustamente (*Direito civil brasileiro: direito das coisas*. v. 5. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 210).

Sílvio de Salvo Venosa preleciona, por sua vez:

> Ação reivindicatória é a ação petitória por excelência. É direito elementar e fundamental do proprietário a sequela; ir buscar a coisa onde se encontra e em poder de quem se encontra. Deflui daí a faculdade de o proprietário recuperar a coisa. Escuda-se no direito de propriedade para reivindicar a coisa do possuidor não proprietário, que a detém indevidamente. É ação real que compete ao titular do domínio para retomar a coisa do poder de terceiro detentor ou possuidor indevido. *(Direito Civil: Direitos Reais*. v. 5. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 235).

A ação reivindicatória, portanto, tem como função devolver ao legítimo proprietário do imóvel a posse que é exercida injustamente por outrem, sendo exigida para o acolhimento da pretensão nela deduzida, a comprovação dos seguintes requisitos: a) a prova do domínio do autor sobre a área vindicada; b) a exata individualização do imóvel; c) a posse injusta do réu.

Partindo dessas premissas, observo que o autor, de fato, demonstrou a titularidade do domínio relativamente ao imóvel matriculado no Cartório de Registro de Imóveis da Comarca de São Bento do Sul sob o n. 17.778, através da apresentação de cópia da escritura pública de compra e venda e respectiva matrícula (fls. 12-14).

Ocorre que, apesar disso, o substrato probatório é incapaz de indicar que a área litigiosa, por ele reivindicada, esteja inserida no referido bem.

Em verdade, constitui fato incontroverso que os terrenos dos litigantes, ainda que em parte, possuem origem comum, sendo resultantes de um desmembramento de uma antiga gleba de terras na localidade de

Bateias de Cima, no município de Campo Alegre, o que inclusive se extrai das certidões e matrículas imobiliárias acostadas às fls. 18-26.

Ao que se tem diante da documentação apresentada pelo próprio demandante Pedro Osvaldo Gonçalves Doria às fls. 12-17, sua propriedade não corresponde, em campo, à área total de 121.000,00 m² indicada na matrícula n. 17.778 do Cartório de Registro de Imóveis da Comarca de São Bento do Sul, uma vez que do levantamento por ele contratado resultou 92.295,46 m², denotando que poderia estar havendo sobreposição de áreas.

Ainda que se considere esta possibilidade, diante da ausência de adequada demarcação com indicação de rumos, ângulos de deflexão e demais elementos conclusivos, não é possível dizer com segurança se esta diferença pode ser imputada ao imóvel de propriedade da empresa ré, consistente num terreno de formato irregular, denominado "Fazenda Bateias de Cima", na localidade de Bateias de Cima, município de Campo Alegre, com área total de 735.469,89 m², matriculado no Cartório de Registro de Imóveis da Comarca de São Bento do Sul sob o n. 19.339, ou mesmo a qualquer outro imóvel limítrofe.

Nesse sentido, resta consignado no laudo da prova pericial realizada, em seu item 3 (Análise Técnica e Documental), que *"no documento de propriedade apresentado pelo Autor,* ***não é possível identificar e caracterizar a perfeita delimitação e a localização da propriedade rural****, vez que nele não constam, em quantidade e qualidade suficientes, informações fundamentais tais como: distâncias, ângulos (rumos) e pontos fixos (marcos)"* (fl. 227).

Esclareceu o *expert*, ademais, que o levantamento topográfico altimétrico efetuado por georreferenciamento apontou que a área livre sobre a qual não há embate é de 95.579,00 m², diferente daquela informada na petição inicial, qual seja, 92.295,46 m², de modo que em atenção à área total de 121.000,00 m² constante da matrícula, restaria uma diferença representando a área reivindicada de 25.241,00 m².

E prosseguiu:

> A área livre e a área reivindicada estão plantadas com pinus, os quais contam aproximadamente com 10 anos de existência. Na área livre a plantação foi efetuada pelo Autor e na área reivindicada a plantação foi efetuada pela Requerida.
>
> Na área reivindicada há tocos de pinus, os quais demonstram terem sido cortados quando contavam, aproximadamente, 18 anos de existência;
>
> [...]
>
> Há vestígios, testemunhos e documentos que comprovam que sobre a área reivindicada houve uma plantação de Pinus, a qual foi cortada com idade aproximada de 18 anos e que tal plantação e corte foram executados pela empresa Requerida. (fls. 227 e 230, grifos meus).

Quanto à apontada existência de uma ação de retificação de registro imobiliário promovida pelo antigo proprietário do imóvel da apelada COMFLORESTA - Cia. Catarinense de Empreendimentos Florestais, tenho para mim que eventuais intercorrências a ela relacionadas não são cabíveis de discussão nesta ação petitória, sendo que, de todo modo, não vejo como relevante a questão, porquanto não há evidências de que a diferença a menor no imóvel do autor tenha origem em tal procedimento.

Até porque, pertinente destacar, ao ser indagado acerca dos marcos divisórios existentes entre as propriedades dos litigantes, o perito disse terem sido recentemente instalados em concreto armado pela empresa ré, mas também afirmou que *"há um marco antigo instalado no ponto comum entre as propriedades do Autor, da Requerida e de José Minikowski"* (fls. 231/132).

E ao ser perguntado se em relação à linha de confrontação traçada no mapa de fls. 15, apontada pelo autor como sendo a correta, existem indicativos de que tenha sido assim estabelecida, e não no local atualmente verificado, respondeu: *"Não foram identificados vestígios de que em alguma época a confrontação entre o imóvel do Autor e o imóvel da Requerida tenha sido estabelecida consoante o mapa encontrado na folha 15 dos autos"* (fl. 235).

Registrou, igualmente, em resposta ao quesito n. 15, à fl. 235, tratando da implantação de projetos de reflorestamento na área vindicada, que *"à luz dos documentos de folhas 78 a 95 dos autos, a posse exercida pela requerida sobre a área reivindicada pelo autor é de aproximadamente 29 anos"*.

Tais constatações reforçam a fragilidade da tese do apelante para fins da reivindicação, ao mesmo tempo em que não se mostra cabível o reconhecimento da prescrição aquisitiva em favor da empresa ré, porque tendo ela título de propriedade de imóvel confrontante ao do autor, não há como dizer que a área em disputa já não o integra, mormente diante das considerações até aqui consignadas.

De outro vértice, na contramão do que tenta convencer o apelante, entendo não ter havido desconsideração dos demais elementos de prova pelo magistrado de 1º Grau, mas apenas a correta interpretação no sentido de que, tanto a documentação acostada aos autos - aqui já analisada juntamente da prova técnica -, como também os depoimentos das testemunhas ouvidas, em nada alteram o panorama que se apresenta.

Mais especialmente quanto à prova oral, Dirinei José Martins apenas afirmou prestar serviços de agrimensura e topografia para a empresa ré, conhecendo o terreno há aproximadamente 30 (trinta) anos, e que durante todo esse tempo ele esteve na posse incontestada da COMFLORESTA - Cia. Catarinense de Empreendimentos Florestais (fl. 270).

No que diz respeito à Bárbara Derinievicz, por sua vez, em que pese tenha feito referência a especificações quanto à divisa entre terrenos ser em linha reta (fl. 271), isso por si não tem o condão de impor o acolhimento da pretensão reivindicatória, por tratar-se de indicação isolada, e que leva em consideração realidade remota, devendo ser lembrado que a antiga gleba de terras foi desmembrada ao longo dos anos, dando origem a novos terrenos, dentre os quais os dos próprios litigantes.

Ademais, ao ser apresentado o levantamento planimétrico de fl. 15, trazido pelo autor, não soube identificar quaisquer confrontações, o que igualmente faz ver que suas declarações não se mostram elucidativas como quer fazer crer o apelante.

Como se vê, ausente a adequada individualização, não há como dizer que a área reivindicanda integre o imóvel de propriedade do autor, bem como, via de consequência, reconhecer-se a posse injusta por parte da empresa ré, merecendo ser mantida a sentença de improcedência do pedido reivindicatório.

A propósito, colhe-se da jurisprudência desta Corte:

> PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO REIVINDICATÓRIA. PEDIDO JULGADO IMPROCEDENTE. APELO DA AUTORA. PROPRIEDADE DO IMÓVEL E POSSE INJUSTA INDEMONSTRADAS. INCONSISTÊNCIA DOS FATOS NARRADOS PELA AUTORA. FALTA DE PROVA DO FATO CONSTITUTIVO DO SEU DIREITO (CPC, ART. 333, I). RECURSO DESPROVIDO.
>
> O êxito da ação reivindicatória depende da comprovação da propriedade da área reivindicada, da sua correta individualização e da prova da posse injusta exercida pela ré sobre o imóvel. À míngua de um só dos requisitos de que trata o artigo 1.228 do Código Civil de 2002, cuja prova cabe, exclusivamente, à autora, nos termos do artigo 333, I, do Código de Processo Civil, o pleito reivindicatório não merece agasalho. (Apelação Cível n. 2012.025292-9, de Navegantes, rel.: Des. Luiz Carlos Freyesleben, j. 14-06-2012)

No mesmo rumo:

> APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO REIVINDICATÓRIA. REQUISITOS NÃO CUMPRIDOS. DÚVIDA ACERCA DA LOCALIZAÇÃO DA ÁREA OBJETO DA LIDE E, CONSEQUENTEMENTE, SUA PROPRIEDADE. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.
>
> São requisitos para a procedência da ação reivindicatória a comprovação da propriedade, a individualização do bem e a posse injusta do réu. Não

> havendo sequer a demonstração da real localidade em que se encontra o imóvel, inviável a procedência do pedido reivindicatório. (Apelação Cível n. 2009.010362-6, de Curitibanos, rel.: Des. Jairo Fernandes Gonçalves, j. 02-05-2013)

Por derradeiro:

> APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO REIVINDICATÓRIA. AUSÊNCIA DE INDIVIDUALIZAÇÃO DO IMÓVEL. PERÍCIA REALIZADA QUE NÃO AFIRMOU, COM CERTEZA, A EXATA LOCALIZAÇÃO DO BEM. ADEMAIS, REQUERENTE QUE É PROPRIETÁRIA DE METADE DO IMÓVEL DESCRITO NA MATRÍCULA. AUSÊNCIA DE DEMARCAÇÃO SOBRE QUAL PARTE LHE PERTENCE. PLANTA DO IMÓVEL QUE NÃO TRAZ REFERIDA ESPECIFICAÇÃO. POSSE E PROPRIEDADE DO REQUERIDO LASTREADAS EM PROCURAÇÃO E REGISTRO DE IMÓVEIS EM NOME DE TERCEIROS. MATRÍCULAS DIFERENTES. POSSE INJUSTA NÃO CONFIGURADA. EVENTUAL SOBREPOSIÇÃO DE MATRÍCULAS, EM HIPÓTESE, QUE DEVE SER PERQUIRIDA PELAS VIAS PRÓPRIAS. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS ENSEJADORES DO PLEITO REIVINDICATÓRIO. IMPROCEDÊNCIA DO PLEITO EXORDIAL QUE SE IMPÕE. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.
>
> São requisitos para a procedência do pedido reivindicatório a prova da titularidade do domínio, a individualização da coisa e comprovação da posse injusta da parte contrária sobre a coisa. Na ausência de qualquer dos requisitos a improcedência do pleito exordial é medida que se impõe. (Apelação Cível n. 2013.040407-1, de Campos Novos, rel.: Des. Saul Steil, j. 06-08-2013, grifei)

No respeitante ao recurso adesivo, ausentes condições de admissibilidade, a começar porque não configurada a sucumbência recíproca, a teor do que prescreve o art. 500 do Código de Processo Civil, no sentido de que *"sendo, porém, vencidos autor e réu, ao recurso interposto por qualquer deles poderá aderir a outra parte"*.

E, mais: inobservada a pertinência temática, uma vez que tem por objeto matéria não ventilada na apelação, de maneira que sua admissão importaria, inclusive, em conceder prazo diferenciado para interposição de recurso por uma das partes visando a modificação de conteúdo contido na sentença.

Acerca da matéria, colhem-se precedentes deste tribunal:

> [...] HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. INSURGÊNCIA MANIFESTADA EM RECURSO ADESIVO. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE POR SE TRATAR DE MATÉRIA ESTRANHA À VEICULADA NO RECURSO DE APELAÇÃO. SUBORDINAÇÃO. NÃO-CONHECIMENTO QUANTO A ESTE PONTO.
>
> O recurso adesivo, a teor do disposto no art. 500 do Código de Processo Civil, deve necessariamente atrelar-se à matéria versada na insurgência principal, sob pena de não-conhecimento. (Apelação Cível n. 2007.032825-3, de Brusque, rel.: Des. Marcus Tulio Sartorato, j. 23-10-2007).

E mais:

> RECURSO ADESIVO. PEDIDO DE MAJORAÇÃO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. MATÉRIA NÃO ENFRENTADA NO APELO PRINCIPAL. RECURSO NÃO CONHECIDO.
>
> Como assente em jurisprudência desta Corte, em face da mais consentânea interpretação teleológica à regra procedimental defluente do artigo 500, *caput*, parte final, do Código de Processo Civil, o recurso adesivo não pode ser interposto contra matéria não impugnada a tempo e modo por apelação, com a qual a parte, de início, conformou-se, dando azo, pois, a coisa julgada. (Apelação Cível n. 2007.003498-5, de Itajaí, rel.: Des. Eládio Torret Rocha, j. 13-11-2008).

Diante do exposto, voto no sentido de conhecer do apelo e negar-lhe provimento, e não conhecer do recurso adesivo. Custas legais.

Este é o voto.

Apelação Cível n. 2011.074454-6, de Lages

Relator: Des. Sebastião César Evangelista

APELAÇÕES CÍVEIS. CONTRATO DE PARCERIA RURAL. RESCISÃO. SENTENÇA QUE RECONHECEU A CULPA EXCLUSIVA DOS RÉUS. INSURGÊNCIA DOS REQUERIDOS. AVENÇA FIRMADA EM NOME DA PESSOA JURÍDICA. ILEGITIMIDADE PASSIVA DO REPRESENTANTE LEGAL RECONHECIDA. PRESCRIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. CERCEAMENTO DE DEFESA. TESE AFASTADA. REQUERIMENTO PARA PRODUÇÃO DE PROVA TESTEMUNHAL QUE JÁ HAVIA SIDO INDEFERIDO POR DECISÃO IRRECORRIDA. PRECLUSÃO. ARGUIÇÃO DE NULIDADE DA SENTENÇA. ACOLHIMENTO. FALTA DE CORRELAÇÃO ENTRE PEDIDO E DECISÃO. JULGAMENTO *CITRA* E *EXTRA PETITA*.

O decurso do prazo prescricional fulmina a exigibilidade do direito face à inércia do seu titular. Nesse sentido, o termo inicial deve ser a data da ciência inequívoca da situação geradora da ação. Em relação ao prazo, inexistindo previsão legal específica, incide a norma geral inserta no art. 205 do Código Civil, que estipula prescrição decenal.

A impugnação da decisão que rejeita pedido de produção de prova testemunhal deve ser concretizada por meio de agravo retido, a ser interposto oral e imediatamente, caso proferida em audiência, ou no prazo de dez dias, nas demais hipóteses. Não manifestada oportunamente a insurgência, inviável aventar-se nulidade em recurso de apelação, tendo-se operado preclusão sobre a matéria (CPC, artigos 473 e 522).

No sistema da livre persuasão racional, abrigado pelo Código de Processo Civil, o juiz é o destinatário final da prova, cabendo-lhe decidir quais elementos são necessários ao deslinde da causa. Não há cerceamento de defesa se a diligência requestada não se apresenta como pressuposto necessário ao equacionamento da lide.

Resolvido antecipadamente o contrato de prestação de serviço por culpa de uma das partes, a extensão dos lucros cessantes não se define pelo *status quo ante*, mas pelo estado de coisas que seria verificado na data da

rescisão caso fielmente cumprida a avença, levando-se em consideração as prestações e contraprestações a que se obrigaram as partes contratantes. Nesse sentido, as "perdas e danos", de que cuidam os artigos 389, 402 e 475 do Código Civil, correspondem ao proveito econômico que seria obtido caso a prestação esperada houvesse sido adimplida.

É faculdade do autor da demanda a cumulação de pedidos contra o mesmo réu, desde que compatíveis entre si e sujeitos à competência do mesmo juízo (CPC, art. 292). Dessa feita, ao lado dos ganhos não auferidos em razão do inadimplemento do contrato (CC, artigos 389, 402 e 475), admite-se que na mesma demanda seja analisada a responsabilidade por danos ao patrimônio jurídico do autor (material, moral e estético), com amparo no art. 927 do Código Civil.

Havendo cumulação simples de pedidos (CPC, art. 292), necessário que a prestação jurisdicional analise a todos, sob pena de caracterizar-se decisão *citra petita*, em desatenção ao princípio da correlação, prestigiado nos artigos 128, 458 e 460 do Código de Processo Civil.

"Segundo o sistema jurídico, nula é a sentença por julgamento *citra petita* quando a questão debatida não é solucionada pelo juiz, que deixa de apreciar parte do pedido." (REsp 267.156/PA, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, j. 19.9.2000)

A impossibilidade da tutela específica almejada importa na resolução do processo por perdas e danos, aplicando-se, inclusive de ofício, a previsão do art. 461 do Código de Processo Civil. Afora tal hipótese, a substituição da tutela pretendida por condenação em pecúnia configura decisão *extra petita*.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2011.074454-6, da Comarca de Lages (3ª Vara Cível), sendo apelantes e apelados Natureza Comércio Indústria Florestamento e Reflorestamento Ltda. e outro e Julio César Gamborgi Ramos:

A Primeira Câmara de Direito Civil decidiu, por unanimidade, conhecer e dar parcial provimento ao recurso do réu para reconhecer a

ilegitimidade passiva do requerido Nassim Nacif; conhecer e dar parcial provimento ao recurso do autor, para anular a sentença, preservando-se a validade dos demais atos processuais. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Raulino Jacó Brüning, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. Gerson Cherem II.

Florianópolis, 23 de abril de 2015.

Sebastião César Evangelista
RELATOR

RELATÓRIO

Cuida-se de Apelações Cíveis interpostas pelos réus Natureza Comércio Indústria Florestamento e Reflorestamento Ltda. e Nassim Nacif e pelo autor Julio Cesar Gamborgi Ramos, da decisão proferida na 3ª Vara Cível da comarca de Lages nos autos do processo n. 03908012033-2, sendo objeto da demanda a resolução de contrato de parceria rural.

A sentença julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados na exordial e, em consequência, declarou resolvido o contrato de parceria por inadimplemento culposo dos demandados. Em consequência, declarou que as árvores remanescentes da área objeto do contrato pertencem aos réus e, portanto, assegurou-lhes o direito de retirada/corte no prazo de 90 dias a contar do trânsito em julgado da sentença, condenando-os a pagarem ao autor, em caráter solidário, a título de indenização por danos materiais, o montante pecuniário equivalente a 40% das 45.778 árvores de *pinus taeda* que deveriam ter sido plantadas na área objeto do contrato (cláusula terceira da avença), pelo valor de mercado em vigência na data da decisão, considerando o preço praticado para árvores com 6 (seis) anos de idade, com juros de mora de 1% ao mês a contar da citação, tudo a ser apurado em liquidação de sentença. Ao final, condenou as partes

ao pagamento de 50% das custas e despesas processuais e pagamento de honorários advocatícios devidos ao procurador da parte contrária no importe de 15% sobre o valor da condenação.

Na fundamentação, consignou-se que a empresa demandada plantou árvores em número inferior ao devido, não realizou o trato silvicular adequado, permitiu ataque de animais e insetos às árvores, dentre outras falhas técnicas praticadas sem qualquer participação culposa do autor. Assim, o juiz singular concluiu que os danos causados ao autor decorreram de conduta culposa da empresa demandada que, ao contrário do pactuado, deixou de atender aos contornos da avença e de prestar a manutenção devida à área de plantio e às árvores, o que viabiliza a resolução da avença e a reparação civil dos danos a que deu causa (fls. 183/189).

A parte ré, em sua insurgência, alegou, preliminarmente, a ilegitimidade passiva do segundo réu, pois, apesar de ser representante legal na empresa demandada, não integra, pessoalmente, o contrato objeto da lide. Sustentou a ocorrência de cerceamento de defesa em razão do indeferimento do pedido de produção de prova testemunhal e, ainda, a prescrição da pretensão autoral que, no caso, alegou ser de 3 (três) anos. No mérito, aduziu que a culpa pelos danos causados é do autor, por manter ao redor da área pactuada animais que destruíram as árvores plantadas. Alegou que utilizou produtos para conter pragas e insetos, porém não era possível aplicar um específico para roedores, por ser prática vedada pelo IBAMA. Sustentou que não pode devolver as árvores plantadas sob pena de enriquecimento sem causa da parte autora. Ao final, requereu a redução dos honorários advocatícios (fls. 192/202).

A parte autora, em seu apelo, alegou que a decisão singular foi *extra petita* ao declarar que as árvores ainda existentes na área do florestamento são de propriedade dos requeridos, pois o pedido foi feito de forma equivocada pela parte ré, que não apresentou reconvenção em peça autônoma. Sustentou que não é possível permitir que os requeridos

retirem as árvores do local, mas, sim, que estas possam ser vendidas pelo autor, deduzindo-se o valor do montante da condenação. Contestou os critérios de cálculo de indenização, referindo à necessidade de que seja considerado em liquidação o valor que teria a floresta com 25 anos ou, alternativamente, a idade real na data em que efetuada a liquidação (e não com a idade da data da rescisão). Requereu, por fim, a condenação dos requeridos ao pagamento dos lucros futuros e a alteração da sucumbência (fls. 206/218).

Ofertadas as contrarrazões (fls. 228/231 e 233/243), ascenderam os autos a esta instância.

Este é o relatório.

VOTO

1 Os recursos são tempestivos (CPC, art. 508). A intimação da decisão recorrida foi feita em 13.6.2011 (fl. 191), tendo sido protocolizadas as apelações em 21.6.2011 e 28.6.2011. Os respectivos preparos foram recolhidos (fls. 203 e fls. 222 – confrontado com consulta ao campo "Nosso Número" no sítio do TJSC). As razões dos apelos desafiam os fundamentos da sentença e o interesse recursal é manifesto.

Passa-se à análise, primeiramente, do apelo interposto pelos requeridos.

2 A primeira questão a ser analisada diz respeito a matéria de cunho processual, qual seja, a legitimidade passiva do réu Nassim Nacif.

Sabe-se que "é parte legítima para exercer o direito de ação aquele que se afirma titular de determinado direito que precisa da tutela jurisdicional, ao passo que será parte legítima para figurar no polo passivo aquele a quem caiba a observância do dever correlato àquele hipotético direito" (WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Curso avançado de processo civil*: teoria geral do processo e processo de conhecimento. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 1, p. 168).

Conjugando referida norma com o substrato fático trazido, verifica-se que, diferentemente do que exposto na sentença, o representante legal Nassim Nacif (inicialmente indicado como réu) não tem legitimidade para figurar como demandado no caso sob análise.

Conforme relatado, a demanda ora em exame versa acerca de situação decorrente de negócio jurídico – contrato de parceria rural – celebrado entre o autor e a primeira ré, Natureza Comércio Indústria Florestamento Reflorestamento Ltda. O réu Nassim Nacif, por sua vez, é sócio da referida empresa e apenas figurou como seu representante legal na ocasião da avença (fl. 20).

O Magistrado *a quo* considerou, então, o segundo requerido parte legítima, ao argumento de que, nos termos do art. 1.016 do Código Civil de 2002 "os administradores respondem solidariamente perante a sociedade e os terceiros prejudicados, por culpa no desempenho de suas funções".

Ocorre que, no caso dos autos, apesar de o segundo requerido integrar o corpo societário da empresa ré e, inclusive, figurar como seu representante legal no contrato firmado entre as partes, não restou demonstrado, como exige o dispositivo suso mencionado, qualquer ato de má gestão praticado pelo demandado. Os fatos narrados e as provas acostadas nos autos demonstram, tão somente, o possível descumprimento do contrato por uma das partes, porém, não comprovam e nem mencionam que tal situação se deu em razão de má gestão do Sr. Nassim Nacif. E não há como responsabilizá-lo de forma solidária com a empresa ré simplesmente por ter representado a sociedade em contrato de parceria rural.

Nesse sentido, Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, em comentário ao art. 1.052 do Código Civil, lecionam que:

> As sociedades podem assumir a forma de sociedade por quotas de responsabilidade limitada, hipótese em que os sócios não respondem

> pelos prejuízos sociais, desde que não tenha havido administração irregular e tenha sido integralizado o capital social. (*Código de Processo Civil comentado*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 1044).

O precedente desta Corte não destoa:

> PRELIMINAR. ILEGITIMIDADE PASSIVA. RÉU SÓCIO DE SOCIEDADE LIMITADA. ASSINATURA DO CONTRATO COMO REPRESENTANTE DA EMPRESA. QUOTAS INTEGRALIZADAS. ATO DE MÁ GESTÃO NÃO COMPROVADO. RECONHECIMENTO DE OFÍCIO. - O réu que integraliza suas quotas e contra o qual não se comprova ato de má gestão não tem legitimidade para ser cobrado solidariamente com a empresa da qual é sócio simplesmente por ter representado a sociedade em contrato de novação de mútuo feneratício. Seu patrimônio apenas poderá ser alvo de execução na hipótese de eventual desconsideração da personalidade jurídica. (Ap. Cív. n. 2013.047006-3, de Gaspar, rel. Des. Henry Petry Junior, j. 20.2.2014).

Assim, acolhe-se a preliminar para que seja reconhecida a ilegitimidade passiva *ad causam* de Nassim Nacif, extinguindo-se o processo, apenas com relação a ele, sem resolução de mérito (art. 267, VI, do Código de Processo Civil).

A seu turno, condena-se a parte autora ao pagamento da integralidade das custas processuais relativas à extinção da ação contra o segundo requerido, bem como aos honorários advocatícios ao procurador desse, os quais se fixam no valor de R$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais), seguindo-se os parâmetros fornecidos pelo art. 20, § 3º, a, b e c, e § 4º, do Código de Processo Civil, e levando-se em consideração os valores fornecidos pela Tabela de Honorários da Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional de Santa Catarina.

2.2 Passa-se à análise da prejudicial de mérito invocada pelos réus, que sustentam a prescrição da pretensão indenizatória.

Insta mencionar, inicialmente, que apesar de a prescrição não ter sido aventada na contestação pelo réu, sabe-se que se trata de matéria de

ordem pública e que, portanto, a sua análise pode ser realizada a qualquer tempo, inclusive de ofício pelo magistrado.

Pois bem. Alega o apelante que a pretensão autoral restou fulminada pela prescrição, já que o pleito se refere à reparação civil e, segundo o art. 206, § 3º, inciso V, do CC/02, o prazo previsto para o caso seria de 3 (três) anos.

Razão, contudo, não lhe assiste.

O contrato de parceria rural encontra-se subordinado aos mandamentos do Estatuto da Terra (Lei 4.504/64), entretanto, o referido regramento não previu expressamente prazo prescricional aplicável às suas relações. Diante da omissão, tem-se que na hipótese o prazo prescricional é, de fato, regulado pelo Código Civil. Todavia, a despeito de firmado o contrato em 2002, quando ainda vigente o Código Civil de 1916, a pretensão diz respeito a fatos ocorridos a partir de 2008, conforme comprova o laudo pericial de fls. 30/38 – documento que comprova de forma inequívoca a ciência do autor acerca dos danos – portanto, já na vigência do Código Civil de 2002.

Ora, não há de se considerar o autor inerte antes de ter ciência do real estado da execução do contrato - tarefa nada simples, considerando a extensão da área de plantio. Dessa feita, tendo-se em vista que a prescrição fulmina a exigibilidade do direito face à inércia do seu titular, não se admite, na espécie, que o termo inicial seja anterior à entrega do laudo pericial (extrajudicial, encomendado pelo autor). Por consequência, tem-se que transcorreu período exíguo entre a data da perícia que constatou os fato sob análise (7.4.2008) e a data do ajuizamentos da demanda (1.7.2008), não havendo cogitar da ocorrência de prescrição da pretensão do autor.

Afasta-se, pois, a prejudicial alegada.

2.3 Alega a apelante a nulidade do *decisum* de primeira instância por cerceamento de defesa, em razão do não deferimento do pedido de prova testemunhal formulado nos autos.

A alegação, entretanto, é insubsistente.

Isso porque apesar de o pedido ter sido indeferido por ocasião da decisão interlocutória de fl. 176, o réu não interpôs, no momento oportuno, recurso a fim de reverter o comando judicial.

Como se sabe "a falta de impugnação no tempo e modo devido acarreta perda da faculdade processual, impossibilitando seu conhecimento em sede recursal face à preclusão temporal" (Ap. Cív n. 2004.022882-1, rel. Des. José Inácio Schaefer, j. 9.6.2009).

A matéria arguida na preliminar, portanto, encontra-se fulminada pela preclusão, nos termos do art. 473 do CPC.

Além do mais, é sabido que no sistema da livre persuasão racional, abrigado pelo Código de Processo Civil, em especial em seu art. 130, o juiz é o destinatário final da prova, cabendo-lhe decidir quais elementos são necessários ao deslinde da causa. No caso em exame, a prova carreada aos autos mostra-se suficiente para embasar a decisão proferida. Não há cerceamento de defesa se a diligência reputada desnecessária pelo magistrado não se apresenta como pressuposto necessário ao equacionamento da lide.

Afasta-se, pois, a alegação de nulidade por cerceamento de defesa.

3 No tocante aos termos em que definidas as consequências da resolução do contrato, analisam-se conjuntamente ambos os recursos, já que tanto o autor quanto os réus insurgiram-se contra esse aspecto do julgado.

A sentença declarou rescindido o contrato de fls. 20 a 25, que criou entre as partes um vínculo de "parceria agrícola", firmado em 22 de março de 2002, com duração prevista de 22 anos. A ação foi proposta após 6 anos de vigência do pacto, em 1º de julho de 2008.

O Magistrado *a quo* declarou resolvido o contrato e estabeleceu as consequências nos seguintes termos:

> Entendo, por outro lado, que há incompatibilidade lógico-jurídica entre os vários pedidos formulados na exordial. Não me parece possível que a parte pleiteie o pagamento de indenização pela perda do valor comercial da floresta e, ao mesmo tempo, pugne por indenização correspondente aos custos atuais e futuros que incidem e incidirão na floresta com idade de 6 anos até o seu corte final. Ora, a indenização serve justamente para ressarcir os danos causados pela inexecução das obrigações da empresa demandada, partindo do pressuposto de que a resolução encerra e limita no tempo a extensão da responsabilidade dos réus. Logo, não há como indenizar pelos danos causados no passado (durante a validade do contrato) e continuar pagando pelos futuros custos da manutenção que teria que fazer se a relação contratual não tivesse sido rompida. Seria, a meu juízo, reparar duas vezes o mesmo dano (*bis in idem*), o que é vedado pelo sistema sob pena de enriquecimento ilícito do credor. Desta forma, recebo o pedido contido no item "b" da exordial como principal e os demais, como sucessivos (CPC, 289).
>
> Assim sendo, na verdade, por estrita observância lógica ao laudo pericial de fls. 140/170 dos autos, de maneira a interpretar a pretensão do autor à luz da causa de pedir e do direito em discussão, pode e deve o autor ser ressarcido pelos prejuízos que sofreu através de indenização no montante pecuniário equivalente a 40% (quarenta por cento) das 45.778 (quarenta e cinco mil e setecentas e setenta e oito) árvores que deveriam ter sido plantadas na área (parte que lhe cabe por força da cláusula terceira do contrato), pelo valor de mercado em vigência nesta data, considerando o preço praticado para árvores com 06 (seis) anos de idade. Os demais pedidos, por via de conseqüência, restam prejudicados.
>
> Considerando que, em virtude da rescisão do contrato, as partes retornam ao *status quo ante*, e levando-se em conta que as árvores remanescentes são de propriedade dos réus como conseqüência natural da indenização devida, asseguro aos demandados o direito de retirada/corte das árvores plantadas na referida área, no prazo de 90 dias a contar do trânsito em julgado desta decisão, de maneira a devolver ao terreno sua feição anterior à celebração do contrato. Permitir que as árvores ficassem com o autor seria duplamente penalizar os demandados.

A parte autora reputa que nesse ponto haveria defeito a ensejar a nulidade da sentença, porque proferida *extra petita*. Nas suas razões

recursais, argumentou que não é possível resguardar-se um pretenso direito da ré a retirar parte das árvores sem que para isso houvesse pedido reconvencional.

Já a parte ré, em seu apelo, sustentou também que a decisão, nesse ponto, mereceria reparo, embora por outra linha de argumentação. Aduziu que a sentença tê-la-ia condenado a, cumulativamente, deixar todas as árvores plantadas para o autor e ainda pagar-lhe "indenização de 40% das 45.778 mil árvores" (fl. 200), o que representaria, a seu sentir, *bis in idem* e enriquecimento sem causa ao autor.

3.1 Antes de se adentrar o mérito de cada uma dessas reclamações, observa-se que há nesse aspecto da sentença profligada alguns reparos a serem feitos.

3.1.1 O primeiro está na análise segundo a qual a resolução do contrato teria por consequência a restauração de um *status quo ante*. Esse raciocínio desafia o disposto nos artigos 389 e 475 do Código Civil e afasta-se dos termos em que formulados, na espécie, os requerimentos da parte autora.

O aludido artigo imputa ao inadimplente a responsabilidade pela reparação de "perdas e danos", o que se compreende, segundo o art. 402 do Código Civil, como a soma entre o que a vítima do inadimplemento perdeu, acrescido daquilo que razoavelmente deixou de ganhar.

O que a legislação civil em vigência estabelece, na mesma esteira do anteriormente disposto no art. 1.056 do Código Civil de 1916, é que na aferição das perdas e danos devem-se comparar os cenários – o real, com as consequências do inadimplemento, e o ideal – aquele que sobreviria se fielmente cumprido o contrato.

As partes contratantes, ao se vincularem contratualmente, criam deveres e obrigações recíprocos e conferem uma à outra o dever de exigir a satisfação de determinadas prestações em prazo previamente ajustado.

Descumprida a avença, surge à parte lograda o direito a exigir, em juízo ou fora dele, o adimplemento da obrigação.

No caso em apreço, narrou a parte autora em sua petição inicial que a ré teria descumprido os seus deveres contratuais, pois não apenas não teria concluído o plantio das árvores no quantitativo contratado, mas teria sido negligente no seu dever de conservação da área, permitindo a proliferação de danos variados. Ao final, requereu os lucros cessantes, bem como reparação por danos materiais. Esses pedidos estão contidos nos itens "a" a "h" da petição inicial, após os quais foi feito o seguinte requerimento (fl. 17):

> REQUER ainda que seja decretado rescindido o contrato de parceria florestal firmado entre as partes;

Vê-se, pois, que não se está a pleitear o restabelecimento de um *status quo ante*. A prestação jurisdicional que a parte autora espera é a entrega de um estado de coisas que teria sido alcançado se a avença houvesse sido fielmente cumprida. É esse um direito da parte contratante lesada pelo inadimplemento.

Sobre o tema, disserta Ruy Rosado de Aguiar:

> O art. 475 do Código Civil garante ao não-inadimplente o direito de indenização por perdas e danos; "perdas e danos", diz o art. 402 do Código Civil, salvo exceção expressa – que não é o caso – abrangem, além do que efetivamente se perdeu (despesas, preparação para a celebração e cumprimento do contrato etc.), o que razoavelmente se deixou de lucrar, nessa parcela compreendido também o ganho que não se teve em razão do incumprimento e da resolução. Nessas amplas disposições estão inseridas as vantagens que o credor não-inadimplente auferiria com o recebimento da prestação (...). (*Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*. 2. ed. Rio de Janeiro: Aide, 2004. p. 269).

Além do que razoavelmente deixou de ganhar, requereu o autor a indenização por danos materiais alegadamente sofridos.

São distintas as situações previstas nos artigos 402 e 927 do Código Civil. A reparação pelos ganhos não auferidos não afasta o dever de indenizar por danos que tenham sido ocasionados pelo inadimplemento ou pela prestação defeituosa de serviço. Exemplificativamente, se o arrendatário permite que o maquinário se deteriore por falta de manutenção ou utilização inadequada, se contamina o terreno com substância tóxica ou se, imaginando-se situação extrema, põe abaixo um galpão industrial, haverá responsabilidade que não se confunde com "perdas e danos" (que conforme o art. 402 do Código Civil corresponde a "lucros cessantes"), configurando simples dever de indenizar por danos materiais, na forma do art. 927 do Código Civil. Em termos mais simples, a reparação do que se deixou de ganhar (lucros cessantes) não afasta o dever de indenizar pelo que se perdeu (reparação de danos).

No caso em apreço, além de pleitear lucros cessantes em razão do reduzido número de árvores plantadas, o autor da demanda requereu a indenização por danos provocados na floresta, já que a negligência dos réus teria ocasionado o crescimento de mato e a proliferação de roedores, danificando boa parte das árvores plantadas e criando a necessidade urgente de medidas de recuperação da área.

Assim, as pretensões formuladas pela parte autora, e que deveriam ter sido analisadas na sentença, não correspondem à restituição de um *status quo ante*, mas sim à cumulação de pedidos para a reparação por lucros cessantes, acrescida da reparação de danos.

3.1.2 Outro ângulo em que merece ser revista a fundamentação está na assertiva de que os pedidos indenizatórios formulados pela parte autora seriam sucessivos quando, de fato, há apenas cumulação simples.

O juízo sentenciante, conforme excerto já transcrito, recebeu o pedido contido no item "b" da exordial como principal e os demais, como sucessivos, amparando-se o julgado no art. 289 no CPC:

> Art. 289. É lícito formular mais de um pedido em ordem sucessiva, a fim de que o juiz conheça do posterior, em não podendo acolher o anterior.

O referido dispositivo processual cuida da possibilidade de relacionamento de uma ordem de pedidos subsidiários e excludentes, sendo que somente na eventualidade de rejeitado o principal, deve-se analisar o pedido subsequente (sucessivo). O preceito é inaplicável à petição inicial sob exame, em que o autor pediu, em síntese, (a) a rescisão do contrato por inadimplemento culposo da ré, (b) a condenação dos réus ao pagamento de lucros cessantes, sendo-lhe reconhecido o direito a ganho proporcional ao que auferiria se a avença houvesse sido fielmente cumprida e (c) indenização por danos à sua propriedade, em razão da negligência da parte ré com os cuidados básicos com a sua manutenção, contrariando os deveres contratualmente assumidos. Tais pedidos são cumulativos, ou seja, o autor pretende que sejam todos integralmente acolhidos, não havendo cogitar de aplicação do art. 289 do Código de Processo Civil.

Verifica-se cumulação sucessiva na relação entre o pedido de declaração de rescisão do contrato por culpa do réu e os pedidos de indenização e lucros cessantes. Todavia, entre os itens relativos a lucros cessantes e reparação de danos, há cumulação simples (CPC, art. 292). A fim de aclarar o que se afirma, descrevem-se brevemente os conceitos e os motivos por que tais classificações são aplicáveis à espécie.

Diz-se que há pedidos em cumulação sucessiva nas hipóteses em que o acolhimento de um pressupõe o acolhimento do outro. Sobre o tema, colhe-se da doutrina:

> "Dá-se a cumulação sucessiva quando os exames dos pedidos guardam entre si um vínculo de precedência lógica: o acolhimento de um pedido pressupõe o acolhimento do anterior. Veja-se que aqui, diferentemente do que ocorre na cumulação subsidiária, o segundo pedido só será apreciado se o primeiro for acolhido." (DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso prático de Direito Processual Civil*. Salvador: JusPodivm, 2008. v. 1. p. 415).

Ainda em relação ao mesmo conceito, registra-se precedente do Superior Tribunal de Justiça:

> O pedido alternativo é aquele que, pela natureza da obrigação, pode ser cumprido por mais de um modo. Já o pedido cumulativo sucessivo ocorre quando o autor faz mais de um pedido e pretende o acolhimento de todos, sendo que o acolhimento do primeiro é pressuposto para análise dos demais. (REsp 1371124/SC, Rel. Min. Humberto Martins, j. 25.6.2013).

No caso em tela, a resolução por inadimplemento do contrato de parceria rural é questão precedente e prejudicial aos pedidos de indenização amparados no art. 389 do Código Civil. Se não houvesse rescisão por inadimplemento culposo, ficariam prejudicados os pedidos de reparação. Situação diversa é a verificada nos componentes dos pleitos de indenização por danos e de lucros cessantes, contidos nos itens "a" a "g" da petição inicial, entre os quais há cumulação simples.

Sobre o conceito de "cumulação simples", ou "cúmulo objetivo simples", colhe-se da doutrina:

> Cumulação de pedidos significa, em linhas gerais, a possibilidade concedida pelo sistema instrumental de o interessado, numa única relação jurídico-processual, ajuizar de forma simultânea e cumulativa, diferentes ações. Este instituto, também denominado de cúmulo ***objetivo simples***, traz em seu bojo notável economia processual e de despesas, especialmente porque a sentença a ser prolatada haverá de examinar as diversas questões comuns às várias ações cumulativas, com a manifesta vantagem ulterior de evitar decisões conflitantes.
>
> Destarte, a cumulação de pedidos indica nada menos do que acumulação de pretensões, ou seja, cumulação objetiva (elementos objetivos são: causa e objeto), a qual se verifica quando a parte inclui, facultativamente, dentro da mesma demanda, diversos pedidos fundados em normas substanciais diferentes, para obter do Estado-juiz uma única e favorável manifestação jurisdicional. Em síntese, podemos dizer que o chamado cúmulo objetivo de ações é uma acumulação de pretensões. (FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v. 4. Tomo II. p. 151, 152).

Na mesma senda, colhe-se da jurisprudência:

> A hipótese é de cumulação simples de pedidos, prevista no art. 292 do CPC, haja vista que a apreciação de um (dano material) é totalmente independente em relação à apreciação do outro (dano moral), o que permitiria, inclusive, que tais pretensões fossem objeto de ações distintas. (AgRg no AREsp 242.895/SP, rel. Min. Sidnei Beneti, j. 21.3.2013).

Uma vez que os pedidos de reparação de danos e de percepção dos lucros cessantes foram formulados em cumulação simples, deveriam ter sido objeto de exame na sentença. O seu exame é necessário para cumprimento do disposto no art. 460 do Código Civil, sendo indispensável, também, para a distribuição dos ônus de sucumbência. Dessa feita, acolhido o pedido de rescisão de contrato fundado no inadimplemento da ré, cumpria ao magistrado *a quo* proceder à análise de todos os pedidos de reparação de danos.

Tecidas essas considerações, passa-se ao exame das reclamações de cada uma das partes sobre os termos em que definida a condenação pelo juízo de origem.

3.2 Analisa-se inicialmente o protesto da ré, que é insubsistente e decorre de interpretação incorreta da sentença.

Ao contrário do alegado, o juízo de origem não aplicou dupla sanção: a decisão inquinada estabeleceu que a ré teria direito a levantar todas as árvores plantadas, restando ao autor o direito de lhe exigir em espécie o proveito econômico do contrato, conforme dados levantados em perícia, ou seja, "indenização no montante pecuniário equivalente a 40% (quarenta por cento) das 45.778 (quarenta e cinco mil e setecentas e setenta e oito) árvores que deveriam ter sido plantadas na área".

Descabida, portanto, a insurgência da ré em relação à tese de *bis in idem*.

3.3 O recurso do autor, por outro lado, toca em questão mais delicada: a nulidade da decisão por falta de correspondência entre pedido e entrega da prestação jurisdicional.

Na leitura da parte autora, a sentença, indo além do pedido, teria estabelecido providência em favor da ré, sem que para tanto houvesse sido oposta reconvenção. Aduziu o apelante, nas razões recursais, que o magistrado *a quo*, ao conferir à requerida prazo de noventa dias para o corte de todas as árvores plantadas, teria violado os princípios dispositivo e da correlação.

A fim de se avaliar a pertinência da alegação, é útil proceder-se a comparativo entre os pedidos formulados na petição inicial com o teor da sentença profligada.

Os pedidos, no que toca a lucros cessantes e reparação de danos, foram apresentados da seguinte forma (fls. 16, 17):

> a) que a totalidade das árvores existentes no reflorestamento seja declarada de propriedade do Requerente, para assim preservar o número de árvores que este seria proprietário caso o contrato fosse integralmente cumprido;
>
> b) o pagamento de indenização pela perda do valor comercial da floresta, levando-se em conta a depreciação sofrida pelas árvores no seu valor de venda, seja no momento dos desbastes, bem como no corte final;
>
> c) o pagamento de todos os custos que se fazem necessários de imediato na floresta, tais como roçadas, podas, abertura de aceiros, controle de ratos e tudo o mais que a floresta necessitar para seu bom desenvolvimento, conforme o estipulado na cláusula quinta, parágrafo primeiro e cláusula sexta, item 3, do Contrato de Parceria Florestal (doc. 2);
>
> d) o pagamento de todos os custos futuros de manutenção que incidirão na floresta, conforme a necessidade de uma floresta com idade de 6 anos até seu corte final, conforme o estipulado na cláusula quinta, parágrafo primeiro e cláusula sexta, item 3, do Contrato de Parceria Florestal (doc. 2);
>
> e) o pagamento do arrendamento de 2.000 kg de boi, que vem o Requerente arcando anualmente desde o início do Contrato de Parceria Florestal firmado com a Requerida;
>
> f) o pagamento dos custos para a elaboração de uma cerca de 1.7 km para cercar a área reflorestada, conforme o estipulado na cláusula quarta do Contrato de Parceria Florestal;

> g) a condenação da Requerida também em custas e honorários advocatícios, na ordem de 20% sobre o valor da condenação e demais ônus sucumbenciais, tudo devidamente atualizado e corrigido conforme juros legais;
>
> h) a apuração de todos os valores a serem fixados em liquidação de sentença, acrescidos de juros e atualização monetária;

Cotejando-se esses requerimentos com o conteúdo da sentença, apreciando-se conjuntamente fundamentação e dispositivo, tem-se que aos pedidos foram dadas as seguintes respostas:

a) não apenas se rejeitou o pedido, mas assegurou-se à ré o direito de cortar todas as árvores plantadas, em prazo de 90 dias a contar-se do trânsito em julgado da decisão, providência que, de fato, foi adotada sem que houvesse pedido reconvencional;

b) condenou-se a ré a pagar ao autor o valor pecuniário correspondente ao valor das árvores a que faria jus se o contrato houvesse sido cumprido, em atenção aos quantitativos definidos em perícia;

c) não foi apreciado;

d) rejeitado, ao fundamento de que implicaria *bis in idem* em relação ao valor da indenização já arbitrada;

e) não foi apreciado;

f) não foi apreciado;

g) a ré foi condenada ao pagamento de custas e honorários advocatícios;

h) foi considerado prejudicado.

Analisando-se o que se decidiu no item "a", observa-se que, de fato, houve cominação em favor da parte ré, sem que para tanto houvesse ajuizamento de reconvenção ou de ação autônoma. Mais que isso, o juiz reconheceu-lhe o direito a promover o corte em até 90 dias contados do trânsito em julgado, sendo que o pacto já foi rescindido. Nesse contexto,

afigura-se que, implicitamente, a sentença impôs ao autor o dever de preservar a área às suas próprias expensas, mantendo íntegras as árvores plantadas, enquanto aguarda o trânsito em julgado da demanda, para então permitir que a ré faça o corte e levante das 19.876 árvores. E isso sem que houvesse formulação de pedido pela parte adversa, que apenas apresentou resposta na forma de contestação.

Em relação ao item "b" do pedido, o comando sentencial estabeleceu condenação ao pagamento em espécie do valor integral do contrato, a despeito de ter o autor requerido a apropriação das árvores (item "a"), com o acréscimo de indenização em pecúnia correspondente ao valor em que foram àquelas desvalorizadas em razão dos danos sofridos, particularmente pela ação de roedores.

O item "d" do pedido foi afastado, ao fundamento de que, rescindido o contrato, a área objeto da outorga é retomada pelo autor e então a sua exploração econômica volta a ser possível, seja diretamente ou por meio de arrendamento ou de novo contrato de parceria, não havendo norma amparar a pretensão à indenização por custos futuros, considerada toda a vigência prevista para o contrato (22 anos).

Os itens "c" (reparação de danos à floresta, custeio de medidas emergenciais de manutenção), "e" (restituição do valor de arrendamento) e "f" (custeio da construção de cerca) não foram resolvidos pela sentença.

Além disso, decidiu o juízo de origem (fl. 188):

> Faculto às partes, também, a possibilidade de eventual compensação entre seus créditos, visto que o valor aproximado da indenização devida pelos demandados, segundo os cálculos do Sr. Perito, não destoa muito da estimativa do valor da floresta no estado em que se encontra, podendo os demandados, assim, se houver concordância do autor, transmitirem a propriedade das árvores ao parceiro outorgante como pagamento (total ou parcial) da indenização a ser arbitrada, *ex vi* dos arts. 368 e seguintes do Código Civil.

Infere-se do exame feito que a sentença equacionou a demanda de forma discrepante do conteúdo dos pedidos contidos nos itens "a" e "b", afastou com bons fundamentos o item "d" e deixou intocados os requerimentos contidos nos itens "c", "e", e "f", além de estabelecer a possibilidade de compensação, reconhecendo créditos recíprocos. Inafastável, pois, a conclusão de que malferido o dever de correlação, protegido nos artigos 128, 458, III, e 460 do Código de Processo Civil.

A decisão, ao não abordar três pontos do pedido, caracteriza-se como *citra petita*, o que por si só enseja a sua cassação.

Sobre o tema, registra-se precedente do Superior Tribunal de Justiça:

> Segundo o sistema jurídico, nula é a sentença por julgamento *citra petita* quando a questão debatida não é solucionada pelo juiz, que deixa de apreciar parte do pedido. (REsp 267.156/PA, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, j. 19.9.2000).

Ressalte-se que, se de um lado é relativamente fácil, na espécie, observar o vício de decisão *citra petita*, de outro a alegação de decisão *extra petita* merece alguma reflexão.

Nas definições da sentença sobre o direito ao corte das árvores e a "possibilidade de eventual compensação" é que vislumbrou o autor uma decisão além do pedido, ao argumento de que o reconhecimento de crédito em favor da ré dependeria de reconvenção. É esse, em suma, o questionamento do apelante.

Em análise dessa alegação, reconhecem-se como verdadeiras as premissas de que (a) não houve reconvenção e (b), de fato, a compensação efetua-se entre dívidas líquidas, certas e exigíveis (CC, art. 386), dependendo, em regra, da formulação de pedido reconvencional. Todavia, a sentença, ao resolver o contrato de parceria, pode limitar a extensão do direito à apropriação das árvores, assim como a decisão que resolve compromisso de compra e venda pode limitar o direito

à retenção dos valores pagos. Há, em tais casos, simples acolhimento parcial do pedido. Ocorre que da limitação, por sentença, dos direitos de uma das partes em relação ao objeto do contrato, naturalmente resulta que a fração que não lhe cabe deve ser mantida ou devolvida à parte adversa.

Noutras palavras, seria possível, ao menos em tese, que a presente demanda fosse julgada por sentença que reconhecesse que, resolvido o contrato, apenas uma fração das árvores plantadas pertenceria ao autor, sem que com isso se incorresse em decisão *extra petita*. Todavia, estudando-se atentamente os autos, conclui-se que a sentença recorrida, de fato, adotou providência que ultrapassa os contornos do pedido, conforme as razões a seguir descritas.

Tem-se, no caso sob exame, um pedido de tutela específica (apropriação da totalidade das 19.876 árvores) que, se parcialmente acolhido (apropriação apenas de uma fração do total plantado), terá uma particularidade: o provimento judicial, ao decidir que a parte do produto final que lhe aproveita é inferior à pleiteada, implicitamente define o direito da parte adversa, mesmo que não haja reconvenção. Sob certa ótica, o Judiciário terá traçado uma linha divisória, especificando qual é a parte dos frutos que cabe à parte autora e, ao fazê-lo, implicitamente, por imperativo lógico, independentemente de provocação da parte contrária, definirá uma fração como sendo de propriedade da ré.

Assim, poderia o juízo de origem ter julgado que por efeito da rescisão do contrato apenas uma fração das árvores plantadas pertenceria ao autor por decorrência da rescisão, sem que com isso houvesse decisão *extra petita*. Ocorre que não foi essa a solução da sentença. O juízo de origem não limitou o pedido, acolhendo-o somente em relação a uma fração do total de árvores. O que se concluiu na sentença foi, em apertada síntese, que a obrigação se resolvia integralmente por meio de condenação ao pagamento de valor certo e que a ré teria o direito a cortar todas as árvores plantadas na propriedade do autor.

Dessa forma, indo além dos requerimentos formulados na inicial, o magistrado *a quo* ignorou o pedido de tutela específica contido no item "a" da petição inicial (retenção das árvores), substituindo-o por uma condenação em valor certo. Decretou, outrossim, que a ré, mesmo após a rescisão do contrato, e sem que houvesse pedido formulado em ação própria ou em reconvenção, poderia adentrar a propriedade do autor e, no prazo de 90 dias a contar-se do trânsito em julgado, cortar todas as 19.876 árvores plantadas.

Considerando-se que o pacto não previu o pagamento em dinheiro mas a divisão do resultado do plantio, cabendo a cada qual um percentual sobre o total de árvores plantadas, então assiste ao autor, ao menos em tese, o direito à tutela específica. A lógica do autor, sinteticamente, é a de que se o total de árvores houvesse sido plantado (segundo a perícia, o total seria de 45.778 árvores), então a sua participação (de 40%) corresponderia a número próximo ao total plantado (lembrando, o total de árvores plantadas foi de 19.876, ao passo que os 40% de 45.778 correspondem a 18.311). Como parte dessas árvores estaria danificada, por culpa da ré, que não teria adotado cuidados com a sua conservação, então ele teria direito a reter todas as árvores. Esse é o pedido formulado no item "a" da vestibular.

A substituição desse pedido por uma condenação em pecúnia somente seria viável se tornada impossível a tutela específica, ou se expressamente requerido pela parte autora, hipóteses em que se resolve a demanda por perdas e danos.

A matéria é disciplinada pelo art. 461, § 1º, do Código de Processo Civil, que dispõe:

> § 1º A obrigação somente se converterá em perdas e danos se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente.

O preceito que permite a conversão em perdas e danos claramente inaplicável ao caso em tela, haja vista a concorrência de duas circunstâncias:

(a) não houve pedido da parte autora e (b) tampouco há cogitar, na espécie, de impossibilidade do corte das árvores, já que a sentença expressamente o autorizou (em favor, entretanto, da parte ré). Observe-se, ademais, que a sentença não faz referência ao art. 461 do CPC nem em "conversão em perdas e danos". Houve simplesmente provimento judicial diverso do requerido, ao fundamento de que seria o *modus operandi* adequado à reconstituição de um *status quo ante*, embora se tenha, com isso, chegado a provimento judicial que discrepa dos termos do pedido formulado pelo autor da demanda.

Em tal contexto, reconhece-se que não poderia o magistrado ter autorizado o corte da totalidade das árvores pela parte ré, tampouco substituído a tutela específica pleiteada pelo autor por condenação em valor certo. Acolhe-se, por conseguinte, a alegação de nulidade da decisão *extra petita*.

Verificada a inconsistência entre o pedido e a sentença, tem-se violação ao princípio da congruência, ou da correlação, vício a nulificar a sentença, consoante o disposto nos artigos 128, 458, III, e 460 do Código de Processo Civil.

Nesse esteio, averbou-se em precedente do Superior Tribunal de Justiça:

> "O art. 128 do CPC impõe ao Juiz decidir a lide nos limites em que foi proposta, enquanto o art. 460 do CPC veda-lhe a prolação de decisão além (*ultra petita*), fora (*extra petita*) ou aquém do pedido (*citra ou infra petita*); ambos os dispositivos consagram o chamado princípio da congruência ou da correlação, que preceitua que a sentença deve corresponder, fielmente, ao pedido formulado pela parte promovente, deferindo-o ou negando-o, no todo, parcialmente, se for o caso." (EREsp 1284814/PR, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Corte Especial, j. 18.12.2013).

Nesse contexto, acolhe-se o pedido de cassação da sentença, por violação ao princípio da correlação, determinando-se o retorno dos autos à origem.

4 Em decorrência da cassação da sentença, ficam prejudicados os recursos em relação ao exame de questões de mérito.

5 Por todo o exposto conhece-se do recurso dos réus e dá-se-lhe parcial provimento para reconhecer a ilegitimidade do segundo requerido, Nassim Nacif e, em consequência, extinguir o processo, apenas com relação a ele, sem resolução de mérito (art. 267, inc. VI, do Código de Processo Civil – CPC). A seu turno, condena-se a parte autora ao pagamento das custas processuais relativas à extinção da ação contra o segundo requerido, bem como aos honorários advocatícios ao procurador desse, os quais se fixam no valor de R$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais), seguindo-se os parâmetros fornecidos pelo art. 20, § 3º, a, b e c, e § 4º, do Código de Processo Civil, e levando-se em consideração os valores fornecidos pela Tabela de Honorários da Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional de Santa Catarina. Conhece-se, ainda, do apelo do autor e, considerando-se que houve violação aos artigos 128, 458, III, e 460, todos do Código de Processo Civil, dá-se-lhe parcial provimento para anular a sentença, preservando-se a validade dos demais atos processuais.

É o voto.

Agravos de Instrumento n. 2014.047302-4 e 2014.054470-1, da Capital

Relator: Des. Raulino Jacó Brüning

AGRAVOS DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE ALIMENTOS. TUTELA ANTECIPADA DEFERIDA. PENSÃO ALIMENTÍCIA FIXADA A FILHO ADULTO E CAPAZ. ARBITRAMENTO DE DUAS QUANTIAS, UMA DESTINADA À SUBSISTÊNCIA (SEIS SALÁRIOS MÍNIMOS) E OUTRA PARA PAGAMENTO DE SEMESTRALIDADE DE CURSO DE ARTES PLÁSTICAS EM FACULDADE DE PARIS, FRANÇA (R$ 42.217,00 - QUARENTA E DOIS MIL DUZENTOS E DEZESSETE REAIS). **1.** RECURSO DE AMBAS AS PARTES. PONTO DE IRRESIGNAÇÃO COMUM. PLEITO, PELO RÉU, DE MINORAÇÃO DO *QUANTUM*, E, PELO AUTOR, DE MAJORAÇÃO DA VERBA. MAIORIDADE CIVIL DO REQUERENTE QUE FAZ EXTINGUIR O PODER FAMILIAR. ÔNUS DE DEMONSTRAR A NECESSIDADE DA VULTOSA QUANTIA ALIMENTAR QUE RECAI SOBRE O REQUERENTE, DO QUAL NÃO SE DESINCUMBIU. EXEGESE DO ARTIGO 333, I, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. DESCENDENTE QUE CONTA 27 (VINTE E SETE) ANOS DE IDADE, JÁ CURSOU PARCIALMENTE DUAS UNIVERSIDADES NO BRASIL, ESTUDOU LÍNGUA ESTRANGEIRA NOS ESTADOS UNIDOS E AINDA NÃO LOGROU ÊXITO EM CONCLUIR ENSINO SUPERIOR NA FRANÇA. RELAÇÃO DE ANIMOSIDADE ENTRE AS PARTES QUE FAZ COM QUE O GENITOR NÃO SE SINTA MORALMENTE OBRIGADO A PRESTAR AUXÍLIO AO DESCENDENTE. FILHO COM PLENA CAPACIDADE DE EXERCER ATIVIDADE REMUNERADA E PROVER O PRÓPRIO SUSTENTO. LIMITAÇÃO IMPOSITIVA DO PENSIONAMENTO PELO PRAZO IMPRORROGÁVEL DE 6 (SEIS) MESES, APENAS PARA QUE TRANSFIRA E CONCLUA OS ESTUDOS INICIADOS NO EXTERIOR EM EDUCANDÁRIO BRASILEIRO. MINORAÇÃO DO *QUANTUM* PARA 1 (UM) SALÁRIO MINIMO MENSAL, EM ESPÉCIE, MAIS O PAGAMENTO *IN NATURA* DA MENSALIDADE DE UNIVERSIDADE NESTE PAÍS. **2.** RECURSOS CONHECIDOS, AGRAVO DO AUTOR DESPROVIDO E DO RÉU, PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 2014.047302-4, da comarca da Capital (2ª Vara da Família), em que são agravantes e agravados R. S. G. e D. S. S. G.:

A Primeira Câmara de Direito Civil decidiu, por votação unânime conhecer do agravo de D. S. S. G. e negar-lhe provimento, bem como conhecer do recurso de R. S. G. e dar-lhe provimento, a fim de limitar a obrigação alimentar pelo prazo improrrogável de 6 (seis) meses, da seguinte maneira: R$ 1.000,00 (mil reais) mensais em espécie, mais o pagamento *in natura* da mensalidade da universidade que D. S. S. G. por ventura venha a querer cursar no Brasil, em conclusão daquela iniciada no exterior. Custas legais.

O julgamento, realizado no dia 28 de maio de 2015, foi presidido por este Relator e dele participaram os Desembargadores Gerson Cherem II e Domingos Paludo. Funcionou como Representante do Ministério Público o Exmo. Sr. Dr. Paulo Cezar Ramos de Oliveira.

Florianópolis, 28 de maio de 2015.

Raulino Jacó Brüning
PRESIDENTE E RELATOR

RELATÓRIO

Na Comarca da Capital, D. S. S. G. ajuizou ação de alimentos em face do genitor R. S. G., contando que, desde a separação dos pais, estes vinham acertando amigavelmente o pensionamento em seu favor, o que não mais está acontecendo. Em razão do exposto, requereu liminar para fixar alimentos provisórios no valor de R$ 10.379,00 (dez mil trezentos e setenta e nove reais) mensais, a fim de custear suas despesas cotidianas em Paris – França (gastos pessoais, alimentação e moradia), bem como o pagamento do valor semestral de R$ 42.217,00 (quarenta e dois mil duzentos e dezessete reais), correspondente ao semestre de aulas da

faculdade que frequenta na mencionada cidade europeia e, por fim, a sua confirmação na sentença.

O Magistrado de primeiro grau deferiu em parte a tutela antecipada, nos seguintes termos:

> Dessa forma, recebo a emenda à inicial de fls. 92/102 e a reputo em termos. No mais, arbitro alimentos provisórios, a serem pagos pelo réu ao autor, no valor correspondente a seis salários mínimos, além do pagamento *in natura* da faculdade do filho que, atualmente, corresponde à quantia semestral de R$ 42.217,00 (quarenta e dois mil, duzentos e dezessete reais). O termo inicial dos alimentos será a presente data. O pagamento deverá ser realizado, mensalmente, sempre até o dia dez, por meio de depósito na conta bancária a ser informado pelo autor no prazo de cinco dias. Cite-se o réu para, querendo, no prazo de quinze dias, apresentar resposta, sob as penas da Lei. Intimem-se as partes, sendo o réu pessoalmente. Cumpra-se.

R. S. G. interpõe agravo de instrumento n. 2014.047302-4, alegando: a) que seu filho, apto e capaz, conta quase 27 (vinte e sete) anos de idade; b) que o descendente abandonou três cursos superiores em nove anos (segundo afirma, a faculdade atual deveria ter sido concluída em maio de 2014); c) a inexistência de termo final para o pensionamento do alimentando que, já adulto, não conclui nenhum dos cursos superiores que se dispõe a frequentar; d) possui dúvida acerca da frequência ao estudo de artes plásticas no 'Paris College of Art', na França, haja vista que o filho não presta nenhum tipo de contas com o pai; e) que D. S. S. G. abandonou o imóvel locado pelo genitor para sua moradia em Paris, deixando pendente uma dívida aproximada de R$30.000,00 (trinta mil reais), porque não efetuava os pagamentos mensais do aluguel; f) que é cirurgião plástico, contudo sofreu decréscimo em sua condição financeira, porquanto a morte de uma paciente denegriu sua reputação, afastando a clientela; e, g) que arca com pensão alimentícia à ex-esposa (R$10.000,00 – dez mil reais) e à filha menor (R$4.000,00 – quatro mil reais). Requer, assim, efeito suspensivo e a reforma da decisão, *"determinando-se o custeio*

por mais seis meses para o término da faculdade no Brasil (in natura), mais o valor mensal de R$1.000,00 (mil reais) por iguais 6 (seis) meses" (fls. 2/19).

Igualmente irresignado, D. S. S. G. agrava (processo n. 2014.054470-1), sustentando, em síntese que: a) o genitor fez promessa moral de custear seus estudos no local escolhido (Paris – França), incluindo, aqui, mensalidade do educandário, moradia e gastos pessoais; b) de nada adianta receber os valores correspondentes às despesas pessoais e com a faculdade se não tiver como custear sua moradia; c) o pai é médico cirurgião renomado de realidade financeira extremamente confortável, possuindo condições de lhe financiar os estudos; e, d) o retorno ao Brasil faria com que perdesse os dois anos cursados na universidade francesa, uma vez que impossível a validação de matérias em uma instituição brasileira. Pleiteia, destarte, efeito suspensivo e a reforma da decisão, a fim de condenar R. S. G. ao pagamento, também, de suas despesas com moradia, no valor mensal de 1.650€ (mil seiscentos e cinquenta euros), aproximadamente R$5.000,00 (cinco mil reais).

Contraminuta apresentada apenas no recurso de n. 2014.047302-4, na qual a parte adversa rebateu as teses aventadas.

A colenda Câmara Civil Especial indeferiu ambos os pedidos de efeito suspensivo.

Lavrou pareceres pela douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Tycho Brahe Fernandes, manifestando a desnecessidade de intervenção no feito.

VOTO

Os recursos são tempestivos (fls. 2 e 132 do recurso n. 2014.047302-4 e fls. 2 e 34 do recurso n. 2014.054470-1) e munidos de preparo (fl. 135 do recurso n. 2014.047302-4 e fl. 41 do recurso n. 2014.054470-1).

Inicialmente, cumpre ressaltar que os agravos de instrumento ora analisados são conexos, pois interpostos contra a mesma decisão

proferida pelo Magistrado *a quo*, motivo pelo qual serão julgados em conjunto.

Trata-se de medida de urgência, para a qual são exigidas prova inequívoca, verossimilhança da alegação, fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação ou, ainda, abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu, nos exatos termos do artigo 273 do Código de Processo Civil.

Os alimentos, como se sabe, constituem uma modalidade de assistência imposta por lei, e representam *"as prestações devidas, feitas para que aquele que as recebe possa subsistir, isto é, manter sua existência, realizar o direito à vida, tanto física (sustento do corpo) como intelectual e moral (cultivo e educação do espírito, do ser racional)"* (CAHALI, Yussef Said. Dos alimentos. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 16).

Em relação aos filhos menores, incumbe aos genitores providenciar-lhes a subsistência material e moral, de forma que a obrigação de fornecer alimentos é um dos deveres inerentes ao poder familiar, nos termos do que estabelece a Constituição Federal, em seu artigo 229: *"Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores"*.

Do mesmo modo, o Código Civil estabelece, no artigo 1.701, ser dever dos genitores o de fornecer o necessário à educação dos filhos, enquanto menores de idade, motivo por que, até os 18 (dezoito) anos, a necessidade alimentar é presumida, conforme ensinamento de Arnaldo Rizzardo:

> **Especialmente aos filhos menores, ou incapazes, a obrigação de prestar alimentos é um dos deveres inerentes ao poder marital – mais apropriadamente, pode-se dizer, do poder familiar**, e que decorre do próprio direito natural, porquanto é inerente ao instituto humano a tendência de criar, amparar e preparar para o futuro a prole – fenômeno este que é comum nos seres animais em geral.
>
> [...]

> Há de se entender, de outro lado, que **a necessidade alimentar é presumida**, como foi assentado: "Alimentos. A necessidade de alimentos presume-se em favor dos filhos menores, competindo ao obrigados prestá-los provar que deles os mesmos não carecem. As obrigações assumidas pelo pai com nova sociedade familiar não são motivo suficiente para o pagamento de quantia alimentar irrisória." (RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de família*: Lei nº 10.406, de 10.01.2002. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 770) (Grifo acrescido).

Assim, atingida a maioridade, extingue-se o poder familiar, na forma do disposto no artigo 1.635 do Código Civil. Contudo, isto não significa que cessa qualquer possibilidade de os genitores fornecerem alimentos aos descendentes, mas apenas que eventual obrigação alimentar em relação aos filhos maiores, outrora fundamentada no pátrio poder, passa a encontrar substrato no princípio da solidariedade que norteia as relações de parentesco (arts. 1.694 a 1.698, todos do Código Civil).

É a lição de Yussef Said Cahali:

> Mas **a cessação da menoridade não retira do filho o direito de pedir alimentos aos seus pais** [...].
>
> Efetivamente, com a maioridade, pode surgir obrigação alimentar dos pais em relação aos filhos adultos, porém de natureza diversa, fundada no artigo 1694 do CC/2002. Essa obrigação diz respeito aos filhos maiores que, por incapacidade ou enfermidade, não estão em condições de prover à sua própria subsistência. **Essa estrita obrigação alimentar entre pais e filhos, resultante da relação de parentesco em linha reta, terá como pressuposto o estado de necessidade do alimentário e a correlata possibilidade do alimentante de ministrá-los**, sem com isso desatender às suas próprias necessidades e de sua família (CAHALI, Yussef Said. *Dos alimentos*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 336) (Grifo acrescido).

Portanto, o direito de alimentos pelo filho maior de idade nasce somente quando demonstrada sua necessidade e a possibilidade do genitor alimentante, cumprindo ao descendente justificar e comprovar

sua incapacidade de sustentar-se, diante do desaparecimento da presunção decorrente do poder familiar.

Neste sentido, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina já decidiu:

> **A obtenção de alimentos pelo filho maior de idade depende de prova da existência de situação a dar ensejo à imposição da respectiva obrigação,** que passa a ter fundamento não mais nos deveres decorrentes do poder familiar, porquanto extinto, e sim na relação de parentesco regida pelo princípio da solidariedade familiar (arts 1.694 a 1.698 do CC/2002). (AC n. 2009.012476-1. Relator: Des. Luiz Fernando Boler, Data: 28/07/2011) (Grifo acrescido).

Na espécie, D. S. S. G. ajuizou ação em face do genitor R. S. G., requerendo a fixação de alimentos no valor de R$10.379,00 (dez mil trezentos e setenta e nove reais) mensais, a fim de custear suas despesas cotidianas em Paris – França (gastos pessoais, alimentação e moradia), bem como o pagamento do valor semestral de R$42.217,00 (quarenta e dois mil duzentos e dezessete reais), correspondente ao custo da faculdade que frequenta na mencionada cidade europeia.

Fixados, pelo Magistrado *a quo*, os alimentos provisórios em seis salários mínimos mensais, mais a semestralidade de R$42.217,00 *(in natura*), ambos os contendores insurgiram-se.

O alimentando aduz que de nada lhe adianta receber valores para o custeio das despesas pessoais e com a instituição de ensino se não obtiver, também, a quantia necessária para moradia. Ademais, que o pai é médico bem sucedido e goza de saúde financeira invejável.

Argumenta o provedor, por sua vez, que o filho é maior, capaz e, unicamente por sua desídia, não conclui nenhum dos cursos superiores que se propõe a frequentar. Também, que sua condição econômica sofreu decréscimo considerável em razão do falecimento, em cirurgia, de uma de suas pacientes.

Com efeito, acerca de D. S. S. G., tem-se que, nascido em 16/12/1987, conta atualmente 27 (vinte e sete) anos de idade, sendo filho

biológico da ex-cônjuge do alimentante e filho registral deste. Sobreleva destacar, ademais, que o alimentando é um adulto plenamente saudável e capaz.

Além disso, conforme se observa das informações prestadas pela Universidade do Sul de Santa Catarina – UNISUL às fls. 279/283 do processo de origem (0318334-09.2014.8.24.0023), D. S. S. G. ingressou na instituição em 2006/1, no curso de Administração/noturno, e pediu transferência em 2008/1 para o de Design. Portanto, frequentou um curso durante 2 (dois) anos, desistiu, e matriculou-se em outro, do qual igualmente desistiu.

Há relatos, também, de que o jovem estudou língua inglesa e fez curso de grafismo nos Estados Unidos, na cidade Nova Iorque, tendo iniciado sua frequência no final do ano de 2010.

Ato contínuo, por não conseguir aprovação para ingresso em universidade americana, o alimentando optou por estudar artes plásticas no educandário "École Parsons à Paris", na França, com duração de outubro de 2012 até julho de 2013. Os documentos de fls. 73/78 do agravo n. 2014.047302-4 dão conta de que R. S. G. pagou pelo referido curso a quantia de R$67.580,00 (sessenta e sete mil quinhentos e oitenta reais). Responsabilizou-se, ainda, o genitor, pela quitação dos valores relativos ao aluguel do imóvel que o filho necessitaria para residir – 1.650,00 € (mil seiscentos e cinquenta euros) mensais pela locação de 5/10/2012 até 14/10/2013 (fls. 116/120 do agravo n. 2014.047302-4), além da disponibilização de cartão de crédito para custeio de todo e qualquer gasto pessoal de D. S. S. G. durante o período.

Assim, analisados os elementos coligidos aos autos de ambos os agravos de instrumento, possível perceber que após o término do mencionado período letivo, com o qual R. S. G. consentiu espontaneamente, D. S. S. G. retornou ao Brasil em dezembro de 2013. Permaneceu aqui, o jovem, até janeiro de 2014, quando no dia 10/1/2014

embarcou novamente para Paris, desta vez com autorização paterna para permanecer apenas até 24/5/2014, data para qual estava marcada sua viagem de volta ao país natal.

Neste segundo período, importa destacar, novamente o alimentante anuiu com os anseios do filho de continuar estudando na "École Parsons à Paris", comprometendo-se a custear totalmente suas despesas até a pactuada data de retorno. Contudo, no mês de abril de 2014, a genitora de D. S. S. G. entrou em contato com o ex-cônjuge a fim de interceder pelo filho comum, solicitando a transferência da passagem de volta para o Brasil para meados de dezembro de 2014, porque D. S. S. G. ainda estava em aulas.

Na conversa tida entre os pais do alimentando, por meio de aplicativo de celular (fls. 56/59 do agravo n. 2014.047302-4), infere-se que a aprovação do alimentante para permanência do filho em Paris gozava de termo final exato (24/5/2014), o qual R. S. G. expressamente manifestou não estar disposto a adiar. Do colóquio, ainda, é possível ver a insistência da genitora em pedir que o pai prorrogue a passagem de retorno de D. S. S. G., bem como que se mantenha custeando todos os gastos dele, não obstante as veementes negativas do ex-esposo.

Colaciona-se, a propósito, trecho no qual o obrigado concorda com o alongamento da estadia do descendente no país europeu, contudo, se, e somente se, a ex-cônjuge participar do custeio das despesas, *in verbis*:

> Posso sim. Vejo esta semana e transfiro p 13/12 [a passagem]. Confirmo p vc assim q fizer. Outro assunto, vc ja providenciou cartão ou outra via de transferencia de valores p [D.] a partir de final de maio? Lembrando q combinamos isso em fevereiro. O apto vou pagando ate encerrar contrato em 14/10. (sic – fl. 56 do agravo n. 2014.047302-4).

Embora o dever legal de prestar alimentos, *in casu*, já tenha se encerrado há muito, R. S. G. justifica sua negativa em concordar com a manutenção do pagamento integral das despesas do filho na Europa, o qual, necessário ponderar, inscreveu-se para um terceiro período de

estudos na "École Parsons à Paris" (aulas de 1/9/2014 até 31/5/2015) (fl. 35 do agravo n. 2014.047302-4).

A uma, expõe o alimentante que teve diagnosticado um câncer de tireoide no ano de 2013 e passa por tratamento, o que reduziu sua capacidade laborativa e emocional. Corrobora seu relato a documentação médica de fls. 138/141 do agravo n. 2014.047302-4, na qual consta laudo descritivo positivo da grave enfermidade.

A duas, R. S. G. narra ter sofrido grande revés em sua carreira, porque perdeu uma paciente durante a realização de procedimento cirúrgico em junho de 2013. Relata que a ampla divulgação do fato, na mídia televisiva, jornais impressos e internet, deu-se porque a pessoa que estava sob seus cuidados e veio a falecer era esposa do então vice-governador do Estado. Diante do ocorrido, a confiança de possíveis novas pacientes em seu trabalho e em sua clínica foi deveras abalada, consequentemente, instalou-se relevante crise econômica.

Desta feita, extinto o poder familiar, porquanto atingida a maioridade pelo alimentando, não se vislumbra dos elementos carreados substrato capaz de justificar a obrigação alimentar no princípio da solidariedade entre parentes. Isto pois ausente o estado de necessidade daquele que pleiteia e a correlata possibilidade do alimentante de ministrá-los.

Com efeito, D. S. S. G. conta 27 (vinte e sete) anos de idade, é, portanto, homem adulto e capaz, inclusive, passou da idade tida como escolar (usualmente, tem-se como bom termo final para a graduação 24 - vinte e quatro - anos). Não é demais salientar, também, que, com o tempo de vida do alimentando, a imensa maioria da população brasileira está produzindo, sustentando-se.

Acerca do dever de continuar prestando alimentos, leciona Yussef Said Cahali:

> O caso mais comum, portanto, é o do filho agora maior mas estudante, sem economia própria, em que reiterada jurisprudência afirma a

> não cessação da obrigação alimentar paterna diante da maioridade do filho, determinando a **manutenção do encargo até o limite de 24 anos do filho, enquanto o mesmo estiver cursando escola superior**, salvo se este dispuser de meios próprios para sua manutenção. (CAHALI, Yussef Said. *Dos alimentos*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 665/666) (Grifo acrescido).

Ademais, *"consoante o disposto no art. 1.635, III, do Código Civil, a maioridade extingue o poder familiar e, consequentemente, o dever de sustento. Todavia,* ***se o alimentando estiver cursando universidade, tanto a doutrina quanto a jurisprudência recomendam a manutenção do pensionamento até o limite de 24 anos, na hipótese de não dispor ele de rendimentos suficientes para sua mantença."*** (TJSC, Agravo de Instrumento n. 2003.016032-9, da Capital - Continente, rel. Des. Mazoni Ferreira, j. 07-10-2004) (Grifo acrescido).

Sobre o tema, haure-se da jurisprudência deste Sodalício:

> AÇÃO DE EXONERAÇÃO DE PENSÃO ALIMENTÍCIA. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA. OBRIGAÇÃO ALIMENTAR AJUSTADA EM FAVOR DA EX-CÔNJUGE E FILHOS EM ACORDO CELEBRADO NOS AUTOS DE AÇÃO DE SEPARAÇÃO CONSENSUAL. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO ACERCA DA ALTERAÇÃO DA SITUAÇÃO ECONÔMICA DO ALIMENTANTE. ELEMENTOS PROBATÓRIOS QUE APONTAM QUE A EX-CÔNJUGE ALIMENTANDA EXERCE ATIVIDADE REMUNERADA MAS INSUFICIENTE PARA SUA SUBSISTÊNCIA. FILHO, APESAR DE MAIOR, ENCONTRA-SE CURSANDO ENSINO SUPERIOR. MANUTENÇÃO DA PENSÃO ALIMENTÍCIA EM FAVOR DE AMBOS OS DEMANDADOS, DIMINUIÇÃO DA VERBA SOMENTE EM RELAÇÃO À EX-CÔNJUGE. RECURSO DESERTO DO AUTOR. PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO DA RÉ. TOTAL PROVIMENTO AO RECURSO DO RÉU. "A maioridade extingue o dever de prestar alimentos em razão do poder familiar, posto que cumpre aos pais criar, educar e sustentar os filhos menores, sendo presumida a necessidade do incapaz. **A maioridade, entretanto, muda a natureza da obrigação e assim, por se tratar de alimentos em razão do parentesco e não**

> **mais em virtude do poder familiar, o credor tem que comprovar sua necessidade e a possibilidade do devedor, sob pena de exoneração, já que os alimentos não podem incentivar o parasitismo, razão de não serem devidos, se quem os pretende, possuir condições de trabalhar para o seu sustento (art. 1685, CC), mesmo no caso de estudante, se o horário dos estudos possibilita o trabalho. [...]. Embora a natureza da obrigação alimentícia transmude com o advento da maioridade e passe a existir em decorrência do parentesco, impõe-se, nessa circunstância a comprovação da real necessidade de percebê-la, sob pena de servir, apenas, como prêmio a ociosidade"**. (CARVALHO, Dimas Messias de. Direito de Família. vol. VII. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, pp. 442-443). (TJSC, Apelação Cível n. 2012.089119-2, de Canoinhas, rel. Des. Ronei Danielli, j. 31-10-2013) (Grifos acrescidos).

Destarte, não há falar em obrigação de prestar alimentos após o alcance dos 24 (vinte e quatro) anos de idade por aquele que os pleiteia. Após a mencionada idade limítrofe, resta, tão somente, o que se pode chamar de obrigação moral, ato de liberalidade e amor.

Porém, transparece com facilidade dos elementos acostados aos cadernos processuais a relação de animosidade entre as partes, o que, por óbvio, legitima a vontade de R. S. G. encerrar com o fornecimento de vultosas quantias ao descendente adulto que nem sequer cultiva um bom relacionamento com o pai.

Às fls. 148/156 do agravo n. 2014.047302-4, nota-se das conversas de texto via celular a agressividade e a falta de respeito com que D. S. S. G. trata o genitor, chegando ao ponto de chamá-lo de "traidor" e "palhaço" (sic – fl. 150 do agravo n. 2014.047302-4). Isto depois de o alimentante passar dias tentando contato com o filho, sem que este lhe desse qualquer resposta.

Ora, que tipo de homens formaremos?

A quem interessa que nossos jovens cresçam mimados, pensando ser possível partir para o exterior à custa dos pais, vivendo vidas despreocupadas, sem nada produzir, apenas gozando das benesses da vida?

Aliás, benesses, no caso em comento, proporcionadas por um pai de apenas 47 (quarenta e sete) anos de idade que, certamente, não se esquivou da busca pela maturidade, concluindo sua formação médica e inserindo-se no mercado de trabalho. Coisa que o filho reluta em fazer.

A respeito da tese aventada por D. S. S. G., de que só embarcou para França porque o genitor prometeu custear a totalidade das despesas da viagem, não merece prosperar.

Com efeito, não se vislumbra dos autos qualquer promessa expressamente feita por R. S. G. no sentido de que cobriria os gastos do descendente até quando este assim o quisesse, não há documento assinado, não há qualquer indício de prova. Bem ainda, o documento de fls. 113/114 do agravo n. 2014.047302-4, intitulado "declaração sob compromisso de honra", assinado pelo alimentante, traz em seu conteúdo a seguinte promessa, *in verbis*:

> Eu, R. S. G. [...], me comprometo a enviar ao meu filho D. S. S. G. [...] o valor mínimo de 615 € (euros) por mês, para custear as suas despesas de educação e manutenção, **durante a sua estadia na França, de 03 de agosto de 2012 a 30 de julho de 2013.** (Grifo acrescido).

Por conseguinte, o compromisso assumido pelo pai restou plenamente cumprido, não havendo falar em prática de comportamento contraditório, mormente porque R. S. G., depois de findo o período de 3/8/2012 até 30/7/2013, concordou em permitir que o filho retornasse à França para mais seis meses de estudos. Veio a expor opinião contrária apenas no terceiro pedido do jovem, quando, também, a ex-cônjuge negou-se a colaborar financeiramente com a cobertura dos gatos do filho comum.

Por derradeiro, não é demais destacar que D. S. S. G. não mais reside no imóvel locado por seu genitor, tendo saído do local deixando pendente de pagamento os aluguéis dos meses de julho, agosto, setembro e outubro de 2014. Referida dívida, somada aos reparos de que necessita o local, alcança 8.756,40€ (oito mil setecentos e cinquenta e seis euros

e quarenta centavos), aproximadamente R$30.000,00 (trinta mil reais), consoante levantamento e cobrança enviados pelo proprietário do lugar, através de correio eletrônico, A R. S. G. em 20/3/2015 (fl. 342/344 do agravo n. 2014.047302-4).

Fácil concluir, destarte, que o alimentando residiu no local por determinado período sem efetuar os respectivos pagamentos mensais e evadiu-se sem nem comunicar o pai, recaindo, assim, a dívida, sobre R. S. G., responsável pelo contrato de locação.

Diante do exposto, extinto o poder familiar, porquanto D. S. S. G. conta 27 (vinte e sete) anos idade, é adulto e capaz, passou da fase tida como escolar (frequentou dois cursos universitários no Brasil, um curso de língua estrangeira nos Estados Unidos e ainda não logrou êxito em finalizar curso de ensino superior iniciado na França) e não cultiva o bom relacionamento com o genitor provedor de alimentos, é de ser readequado o pensionamento.

Com isso, dá-se provimento ao recurso de R. S. G., nos exatos termos em que requerido pelo obrigado, a fim de limitar a obrigação alimentar pelo prazo improrrogável de 6 (seis) meses, da seguinte forma: R$1.000,00 (mil reais) mensais em espécie, mais o pagamento *in natura* da mensalidade da universidade que D. S. S. G. por ventura venha a querer cursar no Brasil.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, o voto é no sentido de conhecer do agravo de D. S. S. G. e negar-lhe provimento, bem como conhecer do recurso de R. S. G. e dar-lhe provimento, a fim de limitar a obrigação alimentar pelo prazo improrrogável de 6 (seis) meses, da seguinte maneira: R$1.000,00 (mil reais) mensais em espécie, mais o pagamento *in natura* da mensalidade da universidade que D. S. S. G. por ventura venha a querer cursar no Brasil, em conclusão daquela iniciada no exterior.

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

Apelação Cível n. 2014.042671-9, de Lages

Relator: Des. Monteiro Rocha

> DIREITOS CIVIL E PROCESSUAL CIVIL – CONTRATOS – PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS MECÂNICOS – COBRANÇA – PROCEDÊNCIA EM 1º GRAU – IRRESIGNAÇÃO DO RÉU – 1. APLICAÇÃO DO CDC E INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA – RÉU PROPRIETÁRIO DE TRANSPORTADORA – GASTOS MECÂNICOS EM VEÍCULO DE CARGA – DESTINATÁRIO FINAL AUSENTE – INAPLICABILIDADE DO CDC – 2. INADIMPLEMENTO CONTRATUAL DA AUTORA – MÁ PRESTAÇÃO DE SERVIÇO – FATO IMPEDITIVO DE COBRANÇA EM CONTRATOS BILATERAIS – INSTRUÇÃO PROBATÓRIA NECESSÁRIA – CERCEAMENTO CONFIGURADO – SENTENÇA CASSADA – RECURSO PROVIDO.
>
> 1. Segundo teoria finalista da ação, não se enquadra no conceito de destinatário final o adquirente de produtos e serviços indispensáveis à atividade econômica fim.
>
> 2. Importa em cerceamento de defesa antecipar o julgamento de mérito, proibindo que o réu prove o inadimplemento contratual da autora, que é fato impeditivo de cobrança em contratos bilaterais.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2014.042671-9, da comarca de Lages (3ª Vara Cível), em que é apelante Ivo Barbisan, sendo apelada Eletrônica Diesel Oficina Mecânica Ltda:

A Segunda Câmara de Direito Civil decidiu, por votação unânime, conhecer do recurso e dar-lhe provimento. Custas na forma da lei.

Presidiu a sessão, com voto, o Exmo. Sr. Des. Trindade dos Santos e participou do julgamento, realizado nesta data, o Exmo. Sr. Desembargador João Batista Góes Ulysséa.

Florianópolis, 15 de janeiro de 2015.

Monteiro Rocha
RELATOR

RELATÓRIO

Eletrônica Diesel Oficina Mecânica Ltda. ajuizou ação de cobrança em face de Ivo BarbiSan, objetivando, em síntese, a quitação de dívida decorrente de reparos realizados no veículo do requerido.

Aduziu que nos meses de agosto, novembro e dezembro de 2012 e fevereiro de 2013, foram realizados reparos em veículo do requerido, resultando em dívida de R$4.605,60 (quatro mil, seiscentos e cinco reais e sessenta centavos), conforme documentos de fls. 07-10.

Alegou que o réu foi informado do valor total das despesas, mas negou-se ao pagamento sem qualquer esclarecimento.

Requereu, ao final, a condenação do requerido ao pagamento da dívida principal, acrescida de correção monetária e juros de mora.

Citado, o réu ofereceu contestação (fls. 22-24), afirmando que os serviços mecânicos, sequer descritos na inicial, não foram prestados a contento pela requerente e que, em razão disso, teve que refazer o serviço com terceira pessoa, pelo que requereu a produção de provas e a improcedência da ação, condenando-se a autora ao pagamento de custas processuais e honorários advocatícios.

Impugnação à contestação às fls. 43-44.

Entregando antecipadamente a prestação jurisdicional, o magistrado singular proferiu sentença de procedência do pedido (fls. 45-46), com dispositivo final de seguinte teor:

> "Isto posto, JULGO PROCEDENTE o pedido constante na inicial, para declarar a existência do débito cobrado e condenar o réu ao pagamento

> em favor da autora da quantia de R$4.438,22 (quatro mil quatrocentos e trinta e oito reais e vinte e dois centavos), acrescida de correção monetária pelo INPC a contar do ajuizamento da ação, e juros de 1% ao mês, a teor do art. 406 do Código Civil, incidentes desde a citação. Condeno ainda, o réu ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, que com base no art. 20, §3° do CPC, fixo em 10% sobre o valor da condenação, considerando a complexidade da causa e o tempo de duração".

Irresignado, o réu Ivo Barbisan interpôs recurso de apelação (fls. 49-54), afirmando que o Código de Defesa do Consumidor é aplicável ao caso, devendo-se inverter o ônus da prova para que o requerente demonstre que o serviço foi prestado de forma correta.

Alegou, ainda, que em momento algum houve a confissão quanto à realização dos serviços, não cabendo, portanto, o julgamento antecipado da lide, fato que resultou em cerceamento de defesa ao apelante.

Aduziu que não merece prosperar o argumento utilizado na sentença de que o apelante, ao invés de reter o valor da prestação, deveria ter ingressado em juízo para discutir a falha na prestação do serviço, uma vez que as partes ficaram em tratativas para o acerto da retificação do motor e, conforme o CDC, o valor da prestação pode ser retido no caso do serviço ser realizado de modo defeituoso.

Assim, requereu o provimento do recurso para determinar a instrução do feito em primeiro grau, com o deferimento das provas requeridas.

Contrarrazões às fls. 59-63.

É o relatório.

VOTO

Conheço do recurso, porque preenchidos os requisitos subjetivos e objetivos de admissibilidade.

Sustenta o apelante que o CDC é aplicável ao caso, devendo-se inverter o ônus da prova para que a empresa requerente demonstre haver prestado corretamente o serviço que pretende cobrar.

Nessa linha de raciocínio, sustenta que trouxe aos autos prova documental suficiente para demonstrar a necessidade de refazimento do trabalho realizado pela empresa autora, de sorte que não estava obrigado a cumprir sua parte no contrato, uma vez que a empresa autora não cumpriu a sua.

Concluiu, em teses jurídicas relacionadas, que houve cerceamento de defesa com o julgamento antecipado da lide, pois requereu a produção de prova pericial e testemunhal para demonstrar que o serviço prestado pela empresa autora não foi realizado a contento.

Em linha de princípio, prevalece nos contratos bilateriais a certeza de que o contratante que não cumpriu sua parte no contrato não pode exigir a contraprestação do outro contratante (CC/16, art. 1.092; CC/02, art. 476).

Assim, o alegado inadimplemento contratual da empresa autora – porque não consertou adequadamente o veículo de propriedade do réu – é fato relevante e, nessa medida, apresenta-se equivocado o entendimento da sentença de que a prestação do serviço do serviço é fato incontroverso, sendo desnecessária a produção de prova, à luz do art. 334, II, do CPC.

Claro, porque o réu, embora tenha reconhecido a prestação do serviço pela empresa autora, não reconheceu o adimplemento contratual da parte ex adversa, que são coisas bem diferentes e, no caso concreto, representam uma diferença abissal de raciocínio para a solução da demanda.

Sob o ponto de vista jurídico, o réu defendeu-se da pretensão vestibular alegando o inadimplemento contratual da parte autora como causa impeditiva do direito de cobrança e, objetivando demonstrar sua alegação, trouxe aos autos notas fiscais (fls. 30-39) para provar a

necessidade de refazimento dos serviços realizados pela empresa autora (inclusive no veículo MBV-6659, fl. 35).

Os serviços anunciados nessas notas fiscais tratam de gastos para refazer o serviço mau prestado pela empresa autora? A prova documental não é suficiente para esclarecer, mas a prova oral requerida pode fazê-lo, demonstrando sua necessidade e utilidade.

Assim, o julgamento antecipado da lide fundado na equivocada premissa de que a prestação de serviço é fato incontroverso – equivocada porque o adimplemento contratual da autora é fato controvertido –, resultou em inequívoco prejuízo ao requerido.

É preciso ressaltar, o fato processual relevante não é saber se a empresa autora prestou algum serviço no veículo do réu, mas sim se adimpliu o contrato, isto é, se efetivamente consertou o veículo do réu. Daí o desacerto em antecipar-se o julgamento do pedido, pela procedência, sem investigar se a parte autora cumpriu sua parte no contrato, uma vez que o réu acusa o inadimplemento da autora, trazendo início de prova documental corroborando sua versão de que fez novos serviços no mesmo automóvel.

Por outro lado, entendo inaplicável o Código de Defesa do Consumidor ao caso vertente porque o requerido explora o ramo de transporte de cargas e, por essa razão, não pode ser enquadrado como destinatário final de serviços mecânicos necessários à realização de sua atividade fim.

A propósito, destaco da jurisprudência deste Tribunal de Justiça:

> "APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ORDINÁRIA DECLARATÓRIA C/C INDENIZAÇÃO. IMPROCEDÊNCIA NA ORIGEM. INSURGÊNCIA DA AUTORA. INAPLICABILIDADE DAS REGRAS ATINENTES AO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. ADOÇÃO DA TEORIA FINALISTA. TRANSPORTADORA QUE NÃO SE CONFIGURA NO CONCEITO DE CONSUMIDORA FINAL (ART. 2º, CDC). PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS MECÂNICOS. DUPLICATA. PROTESTO E INSCRIÇÃO JUNTO AOS ÓRGÃOS

> DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO. DÍVIDA QUITADA POR MEIO DIVERSO DO CONTRATADO. NÃO COMUNICAÇÃO AO CREDOR DO ADIMPLEMENTO POR MEIO DE DEPÓSITO BANCÁRIO. IMPOSSIBILIDADE DE IDENTIFICAÇÃO DO PAGAMENTO PELO CREDOR. CULPA EXCLUSIVA DA AUTORA. LIAME DE CAUSALIDADE ROMPIDO. RESPONSABILIDADE CIVIL NÃO CONFIGURADA" (TJSC, 5ª Cam. Dir. Com., rel. Des. Guilherme Nunes Born, ACV n. 2014.034671-0, de Jaraguá do Sul, j. 26-06-2014).
>
> "INDENIZATÓRIA. DANOS EMERGENTES E LUCROS CESSANTES. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS MECÂNICOS EM TRATOR. DEMANDA AMPARADA NA EXISTÊNCIA DE VÍCIO/DEFEITO DO SERVIÇO. PARCIAL PROCEDÊNCIA NA ORIGEM. INAPLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR, DADA A INEXISTÊNCIA DE DESTINATÁRIO FINAL (ART. 2º DO CDC). EMPRESA AUTORA QUE EMPREGA O BEM EM SUA ATIVIDADE PROFISSIONAL. VULNERABILIDADE NÃO VISLUMBRADA. MÁ PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. REVISÃO DE MAQUINÁRIO QUE NÃO CONSTATOU DEFEITO. PROBLEMA NO MESMO LOCAL DA QUEIXA ANTERIOR, CAIXA DE TRANSMISSÃO, EVIDENCIADO APROXIMADAMENTE TRÊS MESES APÓS PRIMEIRA AVALIAÇÃO. AGRAVAMENTO DA AVARIA. NECESSIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DE DIVERSAS PEÇAS. DEVER DE INDENIZAR CARACTERIZADO. SENTENÇA MANTIDA EM SUA INTEGRALIDADE. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO" (TJSC, 6ª Cam. Dir. Civ., rel. Des Ronei Danielli, ACV n. 2011.022217-4, de Curitibanos, j. 20-06-2013).

No mesmo sentido, destaco o seguinte acórdão relatado pelo eminente Desembargador Gilberto Gomes de Oliveira, por tratar da pretendida inversão do ônus do prova:

> "Sobre a possibilidade de inversão do ônus da prova, em decorrência da aplicação do Código de Defesa do Consumidor, adoto a teoria finalista, para a qual não se aplica o instituto quando o produto/serviço é usado na cadeia lucrativa daquele que obtém a prestação" (TJSC, Cam. Esp. Reg. de Chapecó, ACV n. 2008.036240-9, de Chapecó, j. 10-06-2010).

Do corpo do acórdão extrai-se:

> "Na hipótese em exame, a Embargante é empresa de transportes e, em decorrência de danos que um de seus veículos sofreu, recebeu a prestação de serviços e materiais para o conserto devido.
>
> "O conserto do veículo, portanto, está diretamente ligado ao objeto de lucro da Embargante, razão pela qual, à luz da teoria finalista, ao qual compartilho o entendimento, porque melhor se coaduna com o que o legislador estabeleceu no art. 2º da Lei nº 8.078/90, inaplicável o CDC".

No caso sub judice, é importante destacar que, embora a nota fiscal referente ao início dos serviços tenha sido expedida em nome da pessoa física de Ivo Barbisan (fl. 07), os documentos anexos à contestação evidenciam que a prestação de serviço foi realizada em veículo com atuação na Transportadora Barbisan Ltda.

Assim, o CDC não se aplica ao caso vertente. E, ainda que se concluísse pela aplicação das normas protetivas do CDC, a inversão do ônus probatório – regra de instrução – na fase de julgamento do recurso surpreenderia os litigantes, causando cerceamento de defesa.

Consoante entendimento jurisprudencial e doutrinário, a inversão do ônus da prova deve, preferencialmente, ocorrer até a fase de saneamento processual, sob pena de ofender o contraditório e a ampla defesa da parte contrária e, no caso *sub judice*, o autor postulou a inversão do ônus probatório somente em sede de apelação.

Conforme bem pontua Fredie Didier:

> [...] não se trata de regra de julgamento, como a que distribui o ônus da prova. Assim, deve o magistrado anunciar a inversão antes de sentenciar e em tempo do sujeito onerado se desincumbir do encargo probatório, não se justificando o posicionamento que defende a possibilidade de a inversão se dar no momento do julgamento. [...] Reservar a inversão do ônus da provas ao momento da sentença representa uma ruptura com o sistema do devido processo legal, ofendendo a garantia do contraditório. Não se pode apenar a parte que não provou a veracidade ou inveracidade de uma determinada alegação sem que se tenha conferido a ela a oportunidade de fazê-lo. (DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*: volume 2 -

> teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 8. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2013, p. 90-94).

Sobre o tema, é entendimento do STJ:

> - "A inversão 'ope judicis' do ônus probatório deve ocorrer preferencialmente na fase de saneamento do processo ou, pelo menos, assegurando-se à parte a quem não incumbia inicialmente o encargo, a reabertura de oportunidade para apresentação de provas" (STJ, Resp n. 802.832/MG, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 13-04-2011, DJe 21-04-2011).

No mesmo sentido é o entendimento deste Tribunal de Justiça:

> - "Cumpre afastar o pedido de inversão do ônus da prova, uma vez que formulado em momento manifestamente inadequado. É que, em que pese acalorados debates que o tema outrora incitou na jurisprudência, recentemente sedimentou-se no âmbito jurisprudencial o entendimento de que a inversão do ônus da prova é regra de instrução e, portanto, deve ser determinada até a fase de saneamento do processo, sob pena de ofensa ao contraditório e ampla defesa" (TJSC, 3ª Câm. De Direito Civil, Rel. Des. Marcus Tulio Sartorato, AC 2013.082114-3, de Tubarão, j. 18-2-2014).

Em decorrência, seja pela inaplicabilidade do CDC ao caso vertente, seja pela impossibilidade de inverter o ônus da prova por ocasião do julgamento, é vedada a pretendida inversão do ônus da prova.

Isto não afasta, contudo, o direito processual do réu demonstrar o inadimplemento contratual da empresa autora, que é fato impeditivo do direito de cobrar a contraprestação de seu adverso.

A perícia pretendida está prejudicada com o conserto do veículo por outrem, mas a prova oral pode, conjugada com a documentação já acostada, demonstrar o inadimplemento contratual da empresa autora, através da prova de que o serviço por ela realizado precisou ser refeito.

O réu trouxe início de prova documental e pretende complementá-la com prova testemunhal e depoimento pessoal.

Em tese, o inadimplemento contratual da empresa autora pode ser demonstrado por prova pericial (prejudicada com o conserto do veículo); prova documental (notas fiscais de serviços e produtos); prova testemunhal (oitiva de mecânicos que realizaram o serviço inicial e os que trabalharam no refazimento do serviço, por exemplo) e depoimento pessoal das partes.

O julgamento do processo neste momento não é possível porque a prova documental existente deve ser esclarecida por prova oral, no sentido de demonstrar que de fato houve a necessidade de refazimento do trabalho realizado pela empresa autora, no mesmo veículo de placas MBV-6659 em que ela prestou os serviços que pretende cobrar.

Há nas notas fiscais anexas à contestação, algumas que não reportam a qualquer veículo (fato a ser eventualmente esclarecido pela prova testemunhal), outras que fazem referência a veículo de placas com letras não correspondentes ao veículo consertado pela empresa autora (não se sabe se foi erro de digitação ou se se tratam de veículos diferentes: fl. 30, MBZ-6659; fl. 37, MDV-6659).

Os espelhos de nota fiscal de fls. 30 e seguintes, também não esclarecem a data de realização dos serviços, embora tenham sido extraídos e impressos em 24-10-2013, para fins de juntada na peça de defesa.

Essas questões, relevantes para identificar o adimplemento ou inadimplemento contratual da parte autora, podem ser esclarecidos pela prova oral postulada, mas cuja produção foi vedada pelo julgamento antecipado da lide.

Assim, caracterizado o cerceamento de defesa, dou provimento ao recurso para cassar a sentença monocrática e determinar a devolução dos autos à origem para produzir provas sobre eventual inadimplemento contratual da autora.

É o voto.

Apelação Cível n. 2015.014617-5, de Lages

Relator: Des. Trindade dos Santos

> ALIMENTOS. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE C/C ALIMENTOS. VÍNCULO GENÉTICO CONFIGURADO EM EXAME DE DNA. INSURGÊNCIA QUANTO AO DEFERIMENTO DE ALIMENTOS. MAIORIDADE CIVIL. ALIMENTÁRIA CURSANDO ENSINO TÉCNICO. IMPOSSIBILIDADE DE PROVER, POR SI SÓ, O SEU SUSTENTO. POSSIBILIDADE PRESUMIDA. MANUTENÇÃO DO ENCARGO ALIMENTAR. RESPEITO AO BINÔMIO NECESSIDADE E POSSIBILIDADE CONSUBSTANCIADO NO ART. 1694, § 1.º, DO CÓDIGO CIVIL. *DECISUM* DE PROCEDÊNCIA CONFIRMADO. RECLAMO APELATÓRIO DESPROVIDO.
>
> 1 O poder familiar e, em decorrência, o dever de prestar alimentos a descendente cessa com o alcançamento, por este, da maioridade civil. No entanto, o só fato de atingir a alimentanda a maioridade, não gera, por si só, a exoneração dos alimentos devidos, estendendo-se a obrigação até que a beneficiária da verba atinja a idade de 24 (vinte e quatro) anos, na hipótese de estar ela freqüentando curso de ensino superior ou técnico. De qualquer forma, é sempre subsistente o dever de solidariedade respaldado em relação parental.
>
> 2 O afastamento dos alimentos devidos à filha que atingiu a maioridade, mas que cursa ensino técnico, depende da desnecessidade da alimentanda em recebê-los, ou da impossibilidade do genitor prestá-los, com o ônus da prova a respeito sendo exclusivamente do prestador da verba. Não comprovada documentalmente nos autos a incapacidade do alimentante em prover os alimentos, a manutenção da verba é medida que se impõe, até porque, presumida a necessidade de filha, com pouco mais de 21 (vinte e um) anos, que encontra-se desempregada e, a par disso, frequenta curso técnico.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2015.014617-5, da comarca de Lages (Vara da Universidade), em que é apelante J. A. dos S., sendo apelada T. C. C.:

A Segunda Câmara de Direito Civil decidiu, por votação unânime, negar provimento ao recurso. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado no dia 23 de abril de 2015, os Exmos. Srs. Des. Monteiro Rocha e Gilberto Gomes de Oliveira.

Pela colenda Procuradoria-Geral de Justiça, manifestou-se nos autos o Exmo. Sr. Dr. Tycho Brahe Fernandes.

Florianópolis, 24 de abril de 2015.

Trindade dos Santos
PRESIDENTE E RELATOR

RELATÓRIO

J. A. dos S. interpôs recurso de apelação contra a sentença que, nos autos da ação de investigação de paternidade cumulada com alimentos, contra si ajuizada por T. C. C., acolheu em parte os pedidos iniciais para declarar o requerido pai da autora, bem como condená-lo ao pagamento de verba alimentícia na proporção de um salário mínimo nacional.

Em seu arrazoado, disse o recorrente que a apelada é maior e capaz e que se encontra convivendo em união estável, motivo pelo qual se mostra indevida a prestação alimentícia a que foi ele condenado, como ressai do art. 1.708 do Código Civil.

Enfatizou que as provas colacionadas aos autos evidenciam ser este o estado civil da recorrida - muito embora argumente ela em sentido contrário - especialmente diante das certidões colhidas pelos oficiais de justiça e da livre afirmação constante em seu perfil da rede social *facebook*, em que aparece com o *status* de "casada".

Salientou, ademais, que a acionante apenas realizou sua matrícula no curso técnico CEDUP - Renato Ramos da Silva muito tempo após o ajuizamento da ação em epígrafe, restando clara a sua intenção de

justificar o merecimento dos alimentos requeridos, unido ao fato de que esta formação em nada atrapalha sua aptidão para o trabalho, vez que o curso em questão é disponibilizado no período noturno, além de ser público e notório tratar-se de estabelecimento de ensino mantido pelo Estado de Santa Catarina, não advindo, em decorrência, ônus de mensalidades para a apelada.

Requereu, ao final, a improcedência do pedido de alimentos, ou, alternativamente, a redução da prestação para quantia inferior a 1/3 do salário mínimo, até que venha a apelada a completar a idade de 24 (vinte e quatro) anos.

Formulada resposta ao recurso, a colenda Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se pela desnecessidade de sua intervenção nos autos por envolver a lide pessoas maiores e capazes.

VOTO

Recursalmente, inflete o apelante contra a sentença que, na ação de investigação de paternidade cumulada com alimentos contra si proposta pela recorrida, declarou-o pai biológico da demandante e julgou parcialmente procedente o pedido de alimentos, condenando-o ao pagamento de um salário mínimo nacional a título de prestação alimentícia.

Impende salientar que não houve recurso acerca do reconhecimento da paternidade, cingindo-se a apelação ao inconformismo do acionado quanto ao deferimento do pedido alimentar.

Isto porque, argumenta em suas razões ser indevida a pensão alimentícia diante do fato de ser a apelada maior e capaz, encontrar-se convivendo em união estável, estudar em estabelecimento público de ensino, inexistindo mensalidades para custear, estando ela apta para o trabalho, vez que o curso freqüentado se desenvolve no período noturno.

Entretanto, razão não assiste ao apelante!

Primeiramente, compulsando-se os autos, é incontroverso, diante do Exame de Vínculo Genético realizado (fls. 79 a 86), que o apelante é pai biológico da apelada, o que estabelece, desta forma, um dever alimentar entre os litigantes.

Ressalta Orlando Gomes que:

> [...] alimentos são prestações para satisfação das necessidades vitais de quem não pode provê-las por si. A expressão designa medidas diversas. Ora significa o que é estritamente necessário à vida de uma pessoa, compreendendo, tão somente, a alimentação, a cura, o vestuário e a habitação, ora abrange outras necessidades, compreendidas as intelectuais e morais, variando conforme a posição social da pessoa necessitada (*Direito de família*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 427).

Nos dizeres de Yussef Said Cahali:

> [...] a palavra 'alimentos' vem a significar tudo o que é necessário para satisfazer aos reclamos da vida; são as prestações com as quais podem ser satisfeitas as necessidades vitais de quem não pode provê-las por si; mais amplamente, é a contribuição periódica assegurada a alguém, por um título de direito, para exigi-la de outrem, como necessário à sua manutenção (*apud* GOMES, Orlando; CICU. *Dos alimentos*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 15 e 16).

Rolf Madaleno da mesma forma, define que:

> Os alimentos são destinados a satisfazer as indigências materiais de subsistência, vestuário, habitação e assistência na enfermidade, e também para responder às requisições de índole moral e cultural, devendo as prestações atender à condição social e ao estilo de vida do alimentando, assim como a capacidade econômica do alimentante, e, portanto, amparar uma ajuda familiar integral (*apud* BELLUSCIO, Cláudio. *Curso de direito de família*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 821).

É imperioso registrar que a apelada conta hoje com 21 (vinte e um) anos de idade, tendo sido reconhecida como filha legítima do recorrente apenas com a definição judicial positiva dada à demanda por ela proposta.

Sabe-se que, como regra geral, dispõe o art. 1.635, inc. III, do Código Civil, que a maioridade civil constitui causa de extinção do poder familiar e, por consequência, faz cessar o dever de sustento que compete aos genitores.

Contudo, os alimentos não defluem unicamente do poder familiar, podendo, ainda, sobrevir da relação de parentesco, que tem como causa jurídica o vínculo da consangüinidade, fundamento pelo qual é possível o acometimento aos pais do encargo alimentar em relação aos filhos maiores, bem como, reciprocamente aos filhos em relação aos pais.

Em qualquer dessas hipóteses, todavia, indispensável é que esteja demonstrada a necessidade do alimentado e a capacidade financeira do obrigado à prestação, conforme preconiza o art. 1.696 do Código Civil, quando dispõe que:

> O direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros.

Desta forma, inegável a existência de obrigação alimentar entre os pais e os filhos que já alcançaram a maioridade, conforme a seguinte lição de Regina Beatriz Tavares da Silva, em obra por ela coordenada:

> O instituto dos alimentos entre parentes compreende a prestação do que é necessário à educação independentemente da condição de menoridade, como princípio de solidariedade familiar. Pacificou-se na jurisprudência o princípio de que a cessação da menoridade não é causa excludente do dever alimentar. **Com a maioridade, embora cesse o dever de sustento dos pais para com os filhos, pela extinção do poder familiar (art. 1.635, III), persiste a obrigação alimentar se comprovado que os filhos não têm meios próprios de subsistência e necessitam de recursos para a educação.** Essa é a orientação da Súmula 358 do STJ (*Código civil comentado*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 1.887, grifo nosso).

É, também, o posicionamento de Maria Berenice Dias, ao expor:

> O adimplemento da capacidade civil, aos 18 anos (CC 5º), ainda que enseje o fim do poder familiar, não leva à extinção automática do encargo

> alimentar. Persiste a obrigação pelos laços de parentesco derivados da relação paterno-filial. Assim, de todo descabido fixar termo final aos alimentos. A fixação é ineficaz. O implemento da data fixada não autoriza nem a cessação do pagamento nem singelo pedido nos autos da ação em que os alimentos foram fixados. A exoneração deve ser formulada em ação autônoma.
>
> [...]
>
> A obrigação dos pais vai além dos deveres decorrentes do poder familiar, prosseguindo até depois de o filho atingir a maioridade. Enquanto estiver estudando, persiste a obrigação (*Manual de direito das famílias*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. pp. 469 e 470).

Corroborando a corrente de que a maioridade civil, por si só, não constitui motivo hábil a ensejar a cessação da obrigação alimentar, Yussef Said Cahali leciona:

> O dever de sustento diz respeito ao filho menor e vincula-se ao pátrio poder; seu fundamento se encontra no art. 231, III, do CC, como dever de ambos os cônjuges em relação à prole e no art. 233, IV, como obrigação precípua do genitor de mantença da família (arts. 1.566, III e 1.568 do Novo Código Civil); cessando o pátrio poder, pela maioridade ou pela emancipação, cessa consequentemente aquele dever; termina o dever de sustento, portanto, quando começa a obrigação alimentar.
>
> **A obrigação alimentar não se vincula ao pátrio poder, mas à relação de parentesco, representando uma obrigação mais ampla, que tem seu fundamento no art. 397 do CC (art. 1.696 do Novo Código Civil); tem sua causa jurídica no vínculo ascendente-descendente.**
>
> **A obrigação alimentar é recíproca (CC, art. 397), nasce depois de cessada a menoridade e, com isto, o pátrio poder, não mais encontrando limitação temporal; sujeita-se, contudo, aos pressupostos da necessidade do alimentando e das possibilidades do alimentante (CC, art. 399)**, exaurindo-se o seu adimplemento numa obrigação de dar, representada pela prestação periódica de uma quantia fixada segundo aquelas condições, não compreendendo necessariamente as despesas com educação (obr. cit., 4. ed., 2002, pp. 658-659, grifo nosso).

Na hipótese vertente, a apelada apresenta-se desempregada desde o mês de maio de 2014, época em que foi desligada do cargo de faxineira que ocupava na empresa LVS Silva Terraplanagem e Const. Ltda. ME. (fl. 9) e, ainda assim, permaneceu estudando (fls. 11 e 93), demonstrando a vontade de se profissionalizar para buscar um futuro melhor para si, não transparecendo de suas atitudes, pois, qualquer tendência ao parasitismo ou ao ócio.

Por sua vez, objetivando evitar a obrigação alimentar que se mostra patente, alega o apelante que sua filha convive em união estável, baseando esta afirmação no perfil mantido pela mesma na rede social *facebook*, onde, espontaneamente, qualificou-se ela como detentora do status de *"casada"*.

A respeito, colhe-se do magistério de Rolf Madaleno:

> [...] se o filho credor dos alimentos mantém uma união estável ou contrai núpcias, faz supor com esta sua decisão a sua emancipação e faz igualmente presumir esteja apto a prover a manutenção de família por ele constituída pelo casamento ou pela união estável (obr. cit., 2008. p. 750).

Não obstante, por óbvio que uma simples informação constante em registro feito na rede social *facebook* não tem o condão de, isoladamente, comprovar para efeitos jurídicos a afirmação de viver a recorrida em união estável, mormente porque, como bem explicitado pelo eminente julgador singular no *decisum* atacado:

> Pertinente ao alegado casamento da autora, restou esclarecido na réplica que tal 'status' é comumente usado nas redes sociais pelos jovens quando estão em namoro sério, não podendo, portanto, ser considerada união estável as informações postadas na rede.

O mesmo raciocínio se aplica, por pertinente, ao argumento de que as certidões dos oficiais de justiça constantes dos autos (fls. 19 e 22) comprovam que a acionante não estaria mais residindo com sua mãe no endereço informado no mandado.

Todavia, não há como considerar como prova hábil de união estável o simples fato de a investigante não residir mais com sua genitora. Outros indícios se fazem necessários para fundamentar a presunção de estar ela convivendo com um companheiro em um novo endereço, com *animus familiae*, em uma relação duradoura, não tendo o apelante, no entretanto, se desincumbido dessa prova.

É de se relembrar que os requisitos caracterizadores da união estável são: diversidade de sexos, publicidade, continuidade e objetivo de constituição de família. Diversos estudiosos pátrios acrescentam, ainda, a durabilidade, a estabilidade, a exclusividade, a inexistência de impedimento matrimonial e a necessidade de coabitação sobre o mesmo teto para a verificação da união estável.

A respeito, é do compêndio civilista pátrio:

> Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, **configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família** (grifo nosso).

Porém, é de se deixar assentado, com espeque na doutrina de Ana Cláudia S. Scalquete, que:

> Encerramos os requisitos para configuração da união estável ressaltando que todos devem ser analisados em conjunto e com cautela, pois a pequena presença de um pode ser suprida pela robusta prova do outro, dessa forma perfazendo o conteúdo necessário para o reconhecimento da união pelo órgão judicante (*União estável*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 9).

Todavia, é de se considerar insuficiente, para os fins pretendidos pelo insurgente, o esboço de prova por ele trazido ao caderno processual, vez que, de fato, o *status* de "casados" é popularmente utilizado pelos jovens nas redes sociais quando estimam um namoro respeitável e, por certo, existe uma distância abismal entre não residir a apelada com sua mãe e ter ela relação de convivência estabelecida ao nível da união estável.

Além disso, infere o insurgente a desnecessidade da prestação substancial à sua filha do simples fato de ser público o estabelecimento de ensino técnico por ela freqüentado, circunstância essa que a desoneraria do ônus do pagamento de mensalidades escolares.

Nesse ponto, por igual, carecem de razão os argumentos do apelante!

É consabido que os custos de um ensino profissionalizante não se resumem apenas às mensalidades do curso. Agrega-se a este valor os gastos com vestuário, alimentação, transporte, livros, materiais necessários para a conclusão do curso, entre outras necessidades presumidas que indicam a indispensabilidade do auxílio financeiro a ser prestado por seu genitor, este que, ademais, ao longo de quase 20 (vinte) anos jamais prestou à autora qualquer ajuda financeira.

Em pedido alternativo, requereu o recorrente fossem os alimentos arbitrados em um valor menor, definida a cessação da prestação da verba ao alcançar a autora a idade de 24 (vinte e quatro) anos.

A respeito, anote-se a posição adotada por Yussef Said Cahali:

> Julgados, há, também, que, ainda por inspiração da eqüidade, ou por economia processual, preservarem a pensão concedida para sustento do filho menor, agora sob o color de obrigação alimentícia, para além do momento inicial da maioridade, recusando a exoneração do genitor, 'se a essa conclusão leva a prova dos autos'.
>
> Tal entendimento tem sido geralmente adotado naqueles casos em que o filho encontra-se cursando escola superior: 'A maioridade do filho, que é estudante e não trabalha, a exemplo do que acontece com as famílias abastadas, não justifica a exclusão da responsabilidade do pai quanto a seu amparo financeiro para o sustento e estudos'. Aliás, o Regimento do Imposto de Renda, em seu art. 82, § 3º (Dec. 58.400, de 10-5-1966), que reflete dispositivo da lei 1.474, de 26-11-1951, reforça a posição jurídica de que os filhos maiores, até 24 anos, quando 'ainda estejam cursando estabelecimento de ensino superior, salvo na hipótese de possuírem rendimentos próprios'.

> O caso mais comum, portanto, é do filho agora maior mas estudante, sem economia própria, em que reiterada jurisprudência afirma a não cessação da obrigação alimentar paterna diante da maioridade do filho, determinando a manutenção do encargo até o limite de 24 anos do filho, enquanto o mesmo estiver cursando estabelecimento superior, salvo se este dispuser de meios próprios para sua manutenção (obr. cit. 3. ed., 1998. pp. 691e 692).

Vem recomendando a jurisprudência, de modo praticamente unânime, a manutenção da pensão alimentícia até os 24 (vinte e quatro) anos de idade do beneficiário, na hipótese de frequentar ele curso técnico ou universitário.

A título de exemplificação, transcreva-se:

> A obrigação alimentar decorrente do pátrio poder ou poder familiar cessa, em regra, com a maioridade civil do alimentário. Entretanto, o dever dos genitores de sustento da prole sofrerá prorrogação até que o filho complete 24 anos de idade, se estiver este cursando ensino superior (TJSC, Ap. Cív. n. 2004.001869-0, de São Bento do Sul, rel. Des. Luiz Carlos Freyesleben, j. 13-5-2004).

> A maioridade civil extingue o poder familiar e, por conseguinte, o dever de prestar alimentos. Todavia, se o alimentado estiver freqüentando curso superior, a obrigação alimentar se estende até que ele complete o curso ou dele desista voluntariamente, respeitando a idade limite de 24 (vinte e quatro) anos (TJSC, Ap. Cív. n. 2004.013886-5, de Xanxerê, rela. Desa. Salete Silva Sommariva, j. 21-12-2004).

Nessa esteira, entendemos que, mesmo tendo a apelada atingido a maioridade, não mais existente, pois, o pátrio poder não mais existe, pátrio poder esse que vinculava o dever de prestação de alimentos pelo pai à filha, o simples alcançamento da maioridade civil pela aqui recorrida, não abstrai o dever de solidariedade decorrente da relação parental; e, necessitando ela, aliás pela primeira vez, da ajuda financeira de seu genitor para garantir sua freqüência em estabelecimento de ensino técnico, está aquele obrigado a prestar-lhe o pensionamento.

Observa, a propósito, Rolf Madaleno:

> Cessada a menoridade civil também encerra o dever de sustento do poder familiar e deixa o filho de ser destinatário do direito alimentar, salvo a exceção disposta na parte final do artigo 1.694 do Código Civil, de o crédito alimentar ser destinado a atender às necessidades de educação do alimentado, porque a formação profissional da prole não termina com a maioridade civil.
>
> [...]
>
> O termo educação comporta o direito de um e o dever do outro, de ocupar-se da formação física, espiritual e moral do menor e do adolescente, cuidando de prepará-lo para uma profissão ou determinada atividade que represente uma utilidade ao menor e à sociedade.
>
> [...]
>
> A maioridade sendo operada aos dezoito anos de idade, coincidirá com a fase de preparação do estudante para o ingresso nas universidades e nos cursos de profissionalização, porque é nessa fase da vida que o alimentando, em regra, conclui o segundo grau e se prepara para o estafante exame do vestibular e ingresso na universidade.
>
> Seguirá sendo da tradição da jurisprudência brasileira prorrogar a dependência econômica do filho civilmente capaz, mas financeiramente dependente dos genitores, não desfrutando de maior próprios para fazer frente à sua subsistência pessoal, especialmente por estar investindo na sua formação profissional em curso técnico, ou a caminho da faculdade. A jurisprudência prolonga o encargo alimentar para possibilitar ao filho maior de idade complementar com o auxílio dos seus genitores a sua formação para a vida profissional (obr. cit., pp. 692 e 693).

Linhas após, explicita o renomado jurista:

> A maioridade civil não é razão suficiente para a extinção do direito alimentar, e tampouco o fato de o alimentando atingir os 24 anos de idade se ainda estiver cursando a faculdade e até mesmo uma pós-graduação, devendo ser examinado o caso concreto (p. 718).

Na mesma esteira de entendimento, os julgados desta Corte assim ementados:

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE EXONERAÇÃO DE ALIMENTOS - FILHO MAIOR DE 24 ANOS CURSANDO ENSINO SUPERIOR - MAIORIDADE QUE NÃO PODE SER CONSIDERADA PARA EXTINÇÃO AUTOMÁTICA DA OBRIGAÇÃO ALIMENTAR - NECESSIDADE SUBSISTENTE ATÉ O TÉRMINO DO CURSO - INTELIGÊNCIA DO ART. 1.694, § 1º, DO CÓDIGO CIVIL - NECESSIDADE DEMONSTRADA - POSSIBILIDADE DO ALIMENTANTE HÍGIDA - BINÔMIO LEGAL ATENDIDO - TUTELA ANTECIPADA REVOGADA - RECURSO PROVIDO.

Observado o binômio necessidade/possibilidade, incumbe ao genitor propiciar ao filho, ainda que maior de 24 anos, condições de prosseguir com os seus estudos, sob pena de lhe tolher a construção de um futuro mais promissor (Ap. Cív. n. 2006.007168-1, da Capital, rel. Des. Sérgio Izidoro Heil, j. 18-5-2006).

DIREITO DE FAMÍLIA - AÇÃO DE EXONERAÇÃO DE ALIMENTOS - TUTELA ANTECIPADA CONCEDIDA - AUSÊNCIA DE VEROSSIMILHANÇA DAS ALEGAÇÕES - NECESSIDADE DA ALIMENTANDA DEMONSTRADA EM TESE - ESTUDANTE UNIVERSITÁRIA - RECURSO PROVIDO.

Em princípio, a maioridade do alimentando, por si só, não é razão suficiente a justificar a exoneração da obrigação alimentar, notadamente em se tratando de estudante universitário (AI n. 2003.029548-8, de São José, rel. Des. Marcus Tulio Sartorato, j. 21-5-2004).

APELAÇÃO CÍVEL - EXONERAÇÃO DE ALIMENTOS - MAIORIDADE - DESCENDENTE QUE FREQÜENTA CURSO UNIVERSITÁRIO - DIFICULDADE EM CONCILIAR COM ATIVIDADE REMUNERADA - RECURSO QUE VISA A REVERSÃO DO VEREDICTO - DEVER DOS GENITORES EM PROVER SUA SUBSISTÊNCIA - MARCO FINAL QUE DEVE COINCIDIR COM A PROVÁVEL DATA DE CONCLUSÃO DO CURSO SUPERIOR - APELO CONHECIDO E PROVIDO PARCIALMENTE.

O prolongamento da verba alimentar nos casos em que o alimentado freqüenta curso superior, em que pese a jurisprudência dividir-se em duas correntes, uma no sentido de se manter o encargo alimentar até o limite de 24 anos do beneficiário e a outra, restringindo referida obrigação até

o término do curso superior por ele freqüentado, adota-se, in casu, para o seu termo final, a data da provável conclusão do aludido curso, ainda que o alimentário não o tenha concluído por sua culpa exclusiva (Ap. Civ. n. 2004.004726-6, de Porto União, rel. Des. Dionízio Jenczak, j. 30-4-2004).

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE EXONERAÇÃO DE PENSÃO ALIMENTÍCIA - FILHA QUE COMPLETOU A MAIORIDADE CIVIL - ALIMENTANDA ESTUDANTE UNIVERSITÁRIA - MANIFESTA DIFICULDADE EM PROVER O SEU PRÓPRIO SUSTENTO - BINÔMIO NECESSIDADE/POSSIBILIDADE - ART. 1.694, §1º, E ART. 1.695 DO CC/02 - OBRIGAÇÃO DE ALIMENTAR MANTIDA - RECURSO PROVIDO.

Com a maioridade civil (18 anos), em linha de princípio, cessa o poder familiar e, com ele, o dever dos pais de prestar alimentos aos filhos, salvo se mantida a necessidade preexistente, o que depende de prova, em observância aos critérios estabelecidos no art. 1.694, § 1º, do Código Civil de 2002.

Inverte-se, assim, o ônus da prova, para fins de manutenção ou postulação de alimentos, tendo em vista que a presunção anterior militante em favor do filho então menor desaparece com a maioridade, havendo de provar a sua condição de estudante ou encontrar-se com a saúde prejudicada a ponto de perder (total ou parcialmente) a sua capacidade laboral.

No caso dos autos, nada obstante a filha ter completado a maioridade, persiste a necessidade de prestação de alimentos em decorrência de sua condição de estudante universitária, cabalmente comprovada nos autos, tornando-se impossível acolher o pedido de exoneração de pagamento da pensão alimentícia (Ap. Cív. n. 2005.034105-9, da Capital, rel. Des. Joel Dias Figueira Júnior, j. 10-4-2007).

APELAÇÃO CÍVEL AÇÃO DE EXONERAÇÃO DE ALIMENTOS. MAIORIDADE CIVIL. ALIMENTANDA COM 20 ANOS DE IDADE E QUE COMPROVA ESTAR FREQÜENTANDO CURSO TÉCNICO. CONTINUIDADE DA OBRIGAÇÃO ALIMENTAR QUE SE IMPÕE. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS. DECISÃO MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

> O fato de a alimentanda ter atingido a maioridade civil não implica, por si só, exoneração da verba alimentar prestada pelo pai, se ainda estiver estudando e dela necessitar (Ap. Cív. n. 2010.072337-4, de Lages, rel. Des. Victor Ferreira).

E, em julgamentos mais recentes:

> DIREITO DE FAMÍLIA. AÇÃO DE EXONERAÇÃO DE ALIMENTOS. PLEITO NÃO ACOLHIDO. INSURGÊNCIA DO ALIMENTANTE. RAZÕES RECURSAIS CALCADAS NO IMPLEMENTO DA MAIORIDADE CIVIL DO ALIMENTANDO, O QUAL, TODAVIA, COMPROVOU ESTAR FREQÜENTANDO CURSO DE ENSINO SUPERIOR. CIRCUNSTÂNCIAS QUE NÃO AUTORIZAM A DESOBRIGAÇÃO ALIMENTAR PRETENDIDA. RECURSO DESPROVIDO.
>
> Conquanto a maioridade civil do filho possa, em tese, viabilizar a exoneração do encargo alimentar devido pelo genitor, a continuidade da prestação de alimentos deve persistir se o alimentando demonstrar dela necessitar por estar freqüentando curso de ensino superior (Ap. Cív. n. 2008.025124-7, da Capital, rel. Des. Eládio Torret Rocha, j. 17-3-2011).
>
> O dever alimentar do genitor persiste mesmo após a maioridade da prole, estando alicerçado no princípio da solidariedade familiar, especialmente quando sua filha comprova a necessidade premente da verba alimentícia para custear seu ensino superior, aliado ao fato de evidências claras da possibilidade financeira do Alimentante em arcar com o valor arbitrado pelo juízo singular, que com ponderação e proporcionalidade observou o binômio necessidade x possibilidade (Ap. Cív. n. 2012.044536-6, de Joinville, rel. Des. João Batista Góes Ulysséa , j. 7-2-2013).

Não divergindo, tem dito o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

> APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE ALIMENTOS. FILHA MAIOR DE IDADE. ESTUDANTE UNIVERSITÁRIA. OBRIGAÇÃO DEVIDA. BINÔMIO NECESSIDADE/POSSIBILIDADE VERIFICADO NOS AUTOS. SENTENÇA REFORMADA EM PARTE PARA MAJORAR O ENCARGO E AMPLIAR SUA INCIDÊNCIA.

A maioridade civil, por si só, não é suficiente para eximir o alimentante da obrigação de prestar alimentos, muito embora seja necessária prova cabal da necessidade, a qual deixa de ser presumida. Caso concreto quem que a filha (alimentanda) é jovem, e embora exerça atividade laboral remunerada, não aufere renda suficiente para custear seus estudos, buscando melhor qualificação profissional para seu progresso no mercado de trabalho, necessitando do auxílio financeiro de seus genitores. Obrigação alimentar adequadamente estabelecida em percentuais sobre os rendimentos do alimentante que atualmente obtém renda mensal fixa em decorrência de trabalho e aposentadoria. Verba alimentar majorada e determinada sua incidência não apenas sobre o salário, mas também sobre os proventos previdenciários. APELO PARCIALMENTE PROVIDO (Ap. Cív. n. 70051992741, rela. Desa. Sandra Brisolara Medeiros, 7.ª CCív., j. 27-2-2013).

ALIMENTOS. FIXAÇÃO PROVISÓRIA. FILHO MAIOR DE IDADE E ESTUDANTE UNIVERSITÁRIO. CABIMENTO.

1. O poder familiar cessa quando o filho atinge a maioridade, mas não desaparece o dever de solidariedade decorrente da relação parental.

2. Necessitando o filho de alimentos para garantir a freqüência a estabelecimento de ensino e também para se manter, estão ambos os genitores obrigados a auxiliá-lo.

3. Os alimentos fixados em sede liminar merecem modificação do seu quantum apenas quando resta demonstrada a sua inadequação ao binômio possibilidade e necessidade.

4. Sendo a fixação provisória, o valor dos alimentos pode ser revisto a qualquer tempo, bastando que venham aos autos elementos de convicção que agasalhem a revisão. Recurso desprovido (AI n. 70052622974, rel. Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, 7.ª CCív., j. 18-12-2012).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO REVISIONAL DE ALIMENTOS. FILHA ESTUDANTE. NECESSIDADE DO AUXÍLIO PATERNO. REDUÇÃO. DESCABIMENTO. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA.

1. Caso concreto em que estão demonstradas as necessidades da alimentada, maior de idade, em receber auxílio paterno, na medida em

> que é estudante universitária e não detém recursos próprios para atender suas próprias despesas.
>
> 2. Inexistência de elementos de prova suficientes a amparar o pleito de redução da verba alimentar, que deve, portanto, ser restabelecida. Necessidade de dilação probatória.
>
> AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO (AI n. 70049639743, rel. Des. Ricardo Moreira Lins Pastl, 8.ª CCív., j. 30-8-2012).

Pondere-se, também, que o pedido de alimentos está estritamente vinculado, conforme emana do art. 1.694, § 1.º, do Código Civil de 2002, ao binômio necessidade do alimentado e possibilidade econômico-financeira do alimentante.

Maria Helena Diniz registra:

> Imprescindível será que haja proporcionalidade na fixação dos alimentos entre as necessidades do alimentando e os recursos econômico-financeiros do alimentante, sendo que a equação desses dois fatores deverá ser feita, em cada caso concreto, levando-se em conta que a pensão alimentícia será concedida sempre *ad necessitatem* (*Código civil anotado*. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 1998. p. 361).

E, muito embora inexistam nos autos elementos concretos sobre as possibilidades financeiras do apelante, pode-se concluir, por indícios, que possui ele uma vida estável, pois, apesar de se classificar como desempregado, segundo a apelada é ele diretor da Lorenzzi Faculdades, situada em Caçador/SC, tendo ele, inclusive, sido citado no endereço da referida instituição, em sua sala de n.º 3 (fls. 25 e 71), oferecendo-se, inclusive, para pagar as despesas referentes ao exame de DNA no feito (fls. 31 e 75).

Diante de tais elementos, nega-se provimento ao recurso, para manter incólume a sentença invectivada por seus próprios fundamentos.

Este é o voto.

Apelação Cível n. 2012.060613-9, da Capital

Relator: Des. Gilberto Gomes de Oliveira

> CONVERSÃO DE UNIÃO ESTÁVEL EM CASAMENTO. HABILITAÇÃO DO CASAMENTO OBSTADA POR SE TRATAR DE RELACIONAMENTO HOMOAFETIVO. VIABILIDADE JURÍDICA INQUESTIONÁVEL.
>
> A conversão da união estável em casamento é garantida pelo § 3º do art. 226 da Constituição Federal, segundo a qual "para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento".
>
> O fato de o relacionamento ser homoafetivo já foi superado pela decisão do Supremo Tribunal Federal na ADPF 132-RJ e na ADI 4.277-DF, que tem efeito *erga omnes*, de modo que o reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo é constitucionalmente viável e, frise-se, socialmente justo.
>
> A conversão da união estável em casamento foi garantida pela Resolução nº 175 do CNJ que veda, às autoridades competentes, a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo (art. 1º).
>
> APELO CONHECIDO. PROVIMENTO NEGADO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 2012.060613-9, da comarca da Capital (Vara de Sucessões e Reg. Pub. da Capital), em que é apelante Ministério Público do Estado de Santa Catarina, e apelados H. L. da S. e J. F. R.:

A Segunda Câmara de Direito Civil decidiu, por votação unânime, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Monteiro Rocha, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. João Batista Góes Ulysséa.

Florianópolis, 18 de junho de 2015.

Gilberto Gomes de Oliveira
RELATOR

RELATÓRIO

Perante o Juízo de Direito da Vara de Registros Públicos da Comarca da Capital, H. L. da S. e J. F. R. ajuizaram ação declaratória de reconhecimento de união homoafetiva e conversão em casamento.

Arguiram que conviviam em união estável desde 1997 e, em 2007, inclusive lavraram escritura pública dando conta da natureza do relacionamento.

Após cerca de quinze anos de convívio, buscaram a conversão da união estável em casamento, o que não foi possível em virtude do parecer negativo do Ministério Público, exarado por ocasião da habilitação.

Foram juntados os autos da habilitação para o casamento às fls. 46/51.

Em seguida, foi dada vista ao Ministério Público (fl. 93) e sobreveio sentença de procedência, cujo dispositivo ficou assim vertido (fls. 96/103):

> Por todo o exposto, julgo procedente a ação proposta e HOMOLOGO a disposição de vontades declarada pelos Requerentes do presente procedimento, para CONVERTER em CASAMENTO, pelo regime escolhido da comunhão universal de bens, a união estável mantida pelos Requerentes – os quais, por força deste casamento, permanecem assinando, respectivamente, "H. L. da S." e "J.F.R.".
>
> Tratando-se esta sentença de ato judicial que substitui a celebração, possui efeitos imediatos, os quais se mantém conforme a antecipação da tutela deferida.
>
> Assim, lavre-se o assento da conversão de união estável em casamento, nos termos do Provimento 14/97, e providencie-se o necessário às averbações nos registros do nascimento e casamento das partes.

P.R.I.

Ciência ao Ministério Público.

Irresignado, o representante do Ministério Público interpôs recurso de apelação (fls. 105/109), oportunidade em que reiterou a inviabilidade de reconhecimento de união estável entre pessoas do mesmo sexo, motivo pelo qual pleiteou a reforma da sentença.

Contrarrazões às fls. 115/137 e parecer da Procuradoria-Geral de Justiça às fls. 143/152 pelo conhecimento e provimento do apelo.

Ascenderam os autos.

VOTO

1. Cuida-se de apelo interposto pelo representante do Ministério Público da sentença que julgou procedente o pedido de conversão da união estável de H. L. da S. e J. F. R., sob o argumento de que o ordenamento jurídico pátrio não reconhece a união estável entre pessoas do mesmo sexo.

Preenchidos os pressupostos de admissibilidade, conheço do apelo.

2. A conversão da união estável em casamento é garantida pelo parágrafo 3º do art. 226 da Constituição Federal, segundo a qual "para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento".

Os requisitos para a conversão pretendida previstos nos arts. 641, 642 e 643 do Código de Normas vigente à época foram devidamente cumpridos, consoante se colhe da sentença vergastada, o que não foi objeto de recurso.

Importa transcrever o excerto do provimento jurisdicional (fl. 97):

> Segundo o artigo 641 do mencionado Código, é necessário, para tal conversão, declaração de que os pretendentes mantêm união estável,

> o que se encontra acostado nos autos, na forma de "Escritura Pública Declaratória de União Homoafetiva" (fl. 62). Conforme o mesmo artigo, consta que o pedido de conversão de união estável em casamento também foi requerido pelos conviventes no Ofício do Registro Civil das Pessoais Naturais de seu domicílio, conforme processo de habilitação de casamento original juntado aos autos. Consta, também, em cumprimento aos requisitos, que se iniciou o processo de habilitação previsto em lei, tendo sido expedidos editais mencionando a conversão pretendida da união estável em casamento (fl. 79), tendo decorrido os prazos sem qualquer manifestação contrária (fl. 80). Conforme, ainda, o artigo 642 do Código de Normas deste Estado, consta que a "conversão da união estável dependerá da superação dos impedimentos legais para o casamento, sujeitando-se à adoção do regime matrimonial de bens, na forma e segundo os preceitos da lei civil e às regras de ordem públicas pertinentes ao casamento". A esse respeito, os Requerentes pretendem adotar o regime de comunhão total de bens.
>
> Ainda, segundo o artigo 643 do Código de Normas, "Após a homologação pelo juiz e decorrido o prazo de quinze dias a contar da afixação do edital em cartório, se não aparecer quem oponha impedimento nem constar algum dos que de ofício deva declarar, ou se tiver sido rejeitada a impugnação do órgão do Ministério Público, o oficial certificará a circunstância e, no livro B, lavrará o assento da conversão da união estável em casamento, independentemente de qualquer solenidade. § 1º O assento conterá os requisitos do art. 1.536 do Código Civil e os espaços próprios para a data da celebração e o nome e a assinatura do presidente do ato deverão ser inutilizados, anotando-se no respectivo termo que se trata de conversão de união estável em casamento. § 2º Não constará do assento a data do início da união estável."
>
> O casamento civil difere do casamento por conversão de união estável apenas pela substituição do ato solene da celebração, presidido pelo "juiz de paz", pela lavratura do assento da conversão da união estável em casamento, independentemente de qualquer solenidade.

No caso dos autos, verifica-se que o representante do Ministério Público opõe-se à conversão da união estável vivida pelos autores em casamento porque entende não ser admissível no ordenamento jurídico.

Tal questão, pois, já foi superada com o julgamento da ADPF 132-RJ e da Adi nº 4.277-DF pelo Supremo Tribunal Federal em 05 de maio de 2011, uma vez que sobre o assunto não pairam mais divergências.

É a decisão, cuja longa ementa merece ser transcrita na íntegra diante do peculiar caso dos autos:

> ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO.
>
> Encampação dos fundamentos da ADPF nº 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, com a finalidade de conferir "interpretação conforme à Constituição" ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação.
>
> PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SOCIOPOLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA.
>
> O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de "promover o bem de todos". Silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana "norma geral negativa", segundo a qual "o que não estiver juridicamente

proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido". Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanação do princípio da "dignidade da pessoa humana": direito a auto-estima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétrea.

TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO "FAMÍLIA" NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SOCIOCULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO- REDUCIONISTA.

O *caput* do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão "família", não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. Núcleo familiar que é o principal lócus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por "intimidade e vida privada" (inciso X do art. 5º). Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. Imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na

direção do pluralismo como categoria sociopolítico-cultural. Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas.

UNIÃO ESTÁVEL. NORMAÇÃO CONSTITUCIONAL REFERIDA A HOMEM E MULHER, MAS APENAS PARA ESPECIAL PROTEÇÃO DESTA ÚLTIMA. FOCADO PROPÓSITO CONSTITUCIONAL DE ESTABELECER RELAÇÕES JURÍDICAS HORIZONTAIS OU SEM HIERARQUIA ENTRE AS DUAS TIPOLOGIAS DO GÊNERO HUMANO. IDENTIDADE CONSTITUCIONAL DOS CONCEITOS DE "ENTIDADE FAMILIAR" E "FAMÍLIA".

A referência constitucional à dualidade básica homem/mulher, no § 3º do seu art. 226, deve-se ao centrado intuito de não se perder a menor oportunidade para favorecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia no âmbito das sociedades domésticas. Reforço normativo a um mais eficiente combate à renitência patriarcal dos costumes brasileiros. Impossibilidade de uso da letra da Constituição para ressuscitar o art. 175 da Carta de 1967/1969. Não há como fazer rolar a cabeça do art. 226 no patíbulo do seu parágrafo terceiro. Dispositivo que, ao utilizar da terminologia "entidade familiar", não pretendeu diferenciá-la da "família". Inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico. Emprego do fraseado "entidade familiar" como sinônimo perfeito de família. A Constituição não interdita a formação de família por pessoas do mesmo sexo. Consagração do juízo de que não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um legítimo interesse de outrem, ou de toda a sociedade, o que não se dá na hipótese *sub judice*. Inexistência do direito dos indivíduos heteroafetivos à sua não-equiparação jurídica com os indivíduos homoafetivos. Aplicabilidade do § 2º do art. 5º da Constituição Federal, a evidenciar que outros direitos e garantias, não expressamente listados na Constituição, emergem *"do regime e dos princípios por ela adotados", verbis: "Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte"*.

> DIVERGÊNCIAS LATERAIS QUANTO À FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO.
>
> Anotação de que os Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso convergiram no particular entendimento da impossibilidade de ortodoxo enquadramento da união homoafetiva nas espécies de família constitucionalmente estabelecidas. Sem embargo, reconheceram a união entre parceiros do mesmo sexo como uma nova forma de entidade familiar. Matéria aberta à conformação legislativa, sem prejuízo do reconhecimento da imediata auto-aplicabilidade da Constituição.
>
> INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA "INTERPRETAÇÃO CONFORME"). RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES.
>
> Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de "interpretação conforme à Constituição". Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva.

Em seu apelo, o *Parquet*, inconformado com o provimento jurisdicional exarado, argumentou que o Supremo Tribunal Federal não julgou, como lhe cabia, mas legislou (fl. 107).

Ora, ainda que respeite seu posicionamento jurídico, tenho que sua opinião deva ser expressada e pormenorizada em ambiente acadêmico, de modo a elaborar estudos e buscar o engrandecimento de sua tese com publicações. No âmbito judicial, porém, não cabe mais outra postura que não o estrito cumprimento da decisão proferida pela Corte Suprema (com a natural ressalva do seu entendimento pessoal), pois seus efeitos são *erga omnes*, em franco prejuízo aos jurisdicionados, que já contam com uma Justiça por demais morosa.

Sobre a decisão, explica Flávio Tartuce:

> Como a decisão tem efeito vinculante e *erga omnes*, não se pode admitir outra forma de interpretação que não seja o enquadramento da união homoafetiva como família. Nesse contexto, podem ser destacadas as seguintes aplicações legais para a união homoafetiva, sem qualquer ressalva:
>
> [...]
>
> Art. 1.725 do CC - A união homoafetiva, em regra, está submetida ao regime da comunhão parcial de bens, não havendo necessidade de prova do esforço comum para a aquisição dos bens havidos durante a união. Os companheiros homoafetivos podem estabelecer, por força de contrato de convivência, outro regime para a comunicação dos bens. É plenamente viável juridicamente que os companheiros homoafetivos reconheçam a união por meio de escritura pública de união estável. (Manual de direito civil. 2 ed. São Paulo: Método, 2012. p. 1162).

Não apenas o reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo é constitucionalmente viável e SOCIALMENTE JUSTO, como sua conversão em casamento foi assegurada pelo art. 226, § 3º, da CF.

A Resolução nº 175 do CNJ veio a corroborar este posicionamento, uma vez que veda, às autoridades competentes, a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo (art. 1º).

Não há, portanto, qualquer fundamento jurídico ou fático que justifique a reforma da sentença prolatada, uma vez que não se pode ignorar o movimento da jurisprudência pátria, a começar pelo STF, pela ampla aplicação do princípio da IGUALDADE trazido no *caput* do art. 5º da Constituição Federal.

E esta postura é aplicada também às relações afetivas: ainda que não tenha vindo expressamente tutelado na Carta Magna ou ainda não tenha sido objeto de regulamentação infraconstitucional, a

jurisprudência tem se encarregado de dar tratamento JUSTO e igualitário aos relacionamentos homoafetivos. Importa salientar que o art. 226 da Constituição Federal indicou os tipos de família em rol meramente exemplificativo e não exaustivo, de modo que, pelo simples fato de não se encontrarem expressamente mencionados não significa que a entidade familiar consubstanciada nos relacionamentos homoafetivos não mereça proteção do Estado - talvez mereça até maior proteção, se considerado o grande preconceito ainda arraigado na alma da sociedade.

Não se trata, aqui, de dizer o que é certo ou errado nas relações pessoais; ao contrário, na sua intimidade cada um pode ser feliz e satisfazer-se da maneira que melhor lhe aprouver, desde sexualmente entre maiores e capazes. Aquilo que é certo e bom para um, por motivos de foro íntimo ou orientação religiosa, pode não sê-lo para outrem e isto tem que ser respeitado.

Bem por isto O ESTADO É LAICO e vivemos em uma democracia: para que cada um tenha a liberdade de fazer suas escolhas sem limitar as escolhas do outro. Aquele que é "contra o casamento gay", que não se case com pessoa do mesmo sexo, simples. Não poderá, contudo, impedir aquele que desejar fazê-lo. É a máxima da vida civil: a liberdade de cada um termina onde começa o direito do outro.

Por fim, importa congratular o senso de Justiça, a contundência e a coragem da sentença imerecidamente combatida.

3. VOTO no sentido de conhecer do apelo e negar-lhe provimento.

Este é o voto.

TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

Apelação Cível n. 2014.094771-8, de Joinville

Relator: Des. Marcus Tulio Sartorato

> PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C LIMINAR E REPARAÇÃO DE DANOS. ALEGADA MÁ PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS DE REPARO EM COMPRESSOR. PRETENDIDA A CONDENAÇÃO DA FABRICANTE/RÉ AO PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO POR FALHA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. EQUIPAMENTO FORA DA GARANTIA. RÉ QUE ALERTOU A AUTORA POR DIVERSAS VEZES ACERCA DA NECESSÁRIA MANUTENÇÃO PREVENTIVA, BEM COMO DO USO INCORRETO DO COMPRESSOR. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DESIDIOSA OU DEFEITUOSA. ÔNUS QUE CABIA À PARTE AUTORA. DEVER DE INDENIZAR NÃO CONFIGURADO. EXEGESE DO ART. 333, I, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. PREQUESTIONAMENTO. DESNECESSIDADE DE MANIFESTAÇÃO POR PARTE DO JULGADOR SOBRE TODOS OS PONTOS SUSCITADOS QUANDO JÁ TIVER FORMADO O SEU CONVENCIMENTO. ÔNUS SUCUMBENCIAIS INALTERADOS. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO.
>
> 1. É da dicção do art. 333, I, do Código de Processo Civil que incumbe ao autor o ônus da prova acerca dos fatos constitutivos de seu direito.
>
> 2. Não há que se cogitar em responsabilidade civil por ato ilícito e reparação de danos sem comprovação dos requisitos insculpidos no art. 186 do atual Código Civil.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2014.094771-8, da comarca de Joinville (2ª Vara Cível), em que é apelante Fernandez & Cia Indústria e Comércio de Plásticos Ltda., e apelada Atlas Copco Brasil Ltda.:

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

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

Florianópolis, 10 de fevereiro de 2015.

Marcus Tulio Sartorato
RELATOR

RELATÓRIO

Adota-se o relatório da sentença recorrida que é visualizado às fls. 194/195, por revelar com transparência o que existe nestes autos, e a ele acrescenta-se que o MM. Juiz de Direito, Doutor Rafael Osorio Cassiano, julgou improcedentes os pedidos da autora, condenando-a ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios.

Irresignada, a autora interpôs recurso de apelação (fls. 210/225), no qual sustenta que é proprietária de um compressor fabricado pela ré, e que esta lhe prestava assistência técnica. Afirma que, após diversos reparos no compressor mencionado, foi comunicado pela apelada que novos reparos só seriam realizados após o cumprimento de várias exigências. Desta forma, pretende a condenação da ré ao pagamento de indenização em razão da má prestação de serviço. Por fim, prequestiona dispositivos legais.

Em contrarrazões (fls. 231/241), a ré pugna pela manutenção do veredicto.

VOTO

Inicialmente, há que se reconhecer a relação de consumo existente entre as partes, as quais se enquadram nos conceitos de consumidor e

fornecedor de serviços, estatuídos nos arts. 2º e 3º do Código de Defesa do Consumidor, respectivamente. Prescrevem mencionados dispositivos que *"consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produtos ou serviço como destinatário final"*, e que *"fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços"*.

Destarte, são considerados fornecedores todos aqueles que proporcionam a oferta de produtos e serviços no mercado de consumo, com o propósito de atender às necessidades dos consumidores. Ada Pellegrini Grinover, citando Zelmo Denari, afirma que *"a colocação de bens ou serviços no mercado de consumo a cargo dos fornecedores in genere suscita, em contrapartida, a relação de responsabilidade, decorrente do inadimplemento de obrigação contratual (responsabilidade contratual) ou da violação de direitos tutelados pela ordem jurídica de consumo (responsabilidade extracontratual)* [...] *Código pretende alcançar todos os partícipes do ciclo produtivo-distributivo, vale dizer, todos aqueles que desenvolvem as atividades descritas no art. 3º do CDC"* (Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, 5ª ed., 1997, p. 138).

Nelson Nery Júnior descreve que *"a relação jurídica de consumo se verifica entre o fornecedor e o consumidor, que dela são sujeitos. As partes devem, portanto, suportar os ônus e obrigações decorrentes do contrato de consumo, incluído entre elas o dever de indenizar"* (op. cit., p. 410).

Perfectibilizada a relação de consumo existente entre as partes, mister se faz a análise do art. 18, do Código de Defesa do Consumidor, o qual dispõe:

> Art. 18. Os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam

> ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade, com as indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas.
>
> § 1° Não sendo o vício sanado no prazo máximo de trinta dias, pode o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha:
>
> I - a substituição do produto por outro da mesma espécie, em perfeitas condições de uso;
>
> II - a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos;
>
> III - o abatimento proporcional do preço. [...]
>
> § 3° O consumidor poderá fazer uso imediato das alternativas do § 1° deste artigo sempre que, em razão da extensão do vício, a substituição das partes viciadas puder comprometer a qualidade ou características do produto, diminuir-lhe o valor ou se tratar de produto essencial.

In casu, constitui fato incontroverso que a autora adquiriu compressor modelo GX 11 N/S 502048, fabricado pela ré, e que esta por diversas vezes lhe prestou serviços de assistência técnica.

O referido equipamento foi adquirido da apelada em 09.11.2004 (fl. 94), sendo que, após transcorridos cinco anos da compra, a autora entrou em contato com a ré para que esta prestasse serviços de assistência técnica.

A documentação acostada pela própria apelante demonstra que a ré atendeu aos chamados, tendo sido verificada a necessidade de manutenção corretiva (fl. 25).

Na ordem de serviço de fl. 25, ficou registrado que *"foi explicado para o cliente qual será o procedimento para realizar a manutenção corretiva" e que "foi explicado o procedimento de desligar o compressor do cliente, pois o mesmo tem sido desligado de forma errada, em carga."*

À fl. 28 restou consignado que foi *"explicado ao cliente que pode ter vindo a romper o separador por motivo de má operação"*. À fl. 30 foi registrado que *"deveria ter sido feita a revisão de 8.000 hs"* no equipamento, sendo que *"a máquina está com 9.329 hs e não foi feita"*.

Desta forma, por certo houve desídia da autora na operação de seu equipamento, uma vez que restou constatado que a manutenção preventiva não vinha sendo realizada, bem como os operadores não o utilizavam da forma correta.

Não pode a apelante vir a alegar má prestação de serviços por parte da apelada sendo que sequer mantinha o compressor em dia com as manutenções e uso correto do equipamento. Também não há provas de quaisquer atitudes negligentes da ré que dão azo à tese da má prestação de serviços. Ao contrário, a apelada por diversas vezes informou a autora sobre o uso incorreto e falta de manutenção prevista no manual de instruções.

Ora, cabia à autora demonstrar os fatos constitutivos de seu direito, à luz do art. 333, inciso I, do Código de Processo Civil. Acerca o ônus da prova, ensina Ovídio A. Baptista da Silva:

> O autor só poderá dar consistência objetiva à sua pretensão em juízo fazendo afirmações sobre a existência de fatos e a pertinência deles a uma relação jurídica. Enquanto ele afirma, deve naturalmente provar as afirmações que faz. Assim também o réu se, ao defender-se, tiver necessidade de fazer afirmações em sentido contrário. O réu poderá, certamente, limitar-se a negar os fatos afirmados pelo autor e esperar que este tente demonstrar a sua veracidade. Se o réu limitar-se a simples negativa, sem afirmar a existência de outros fatos incompatíveis com aqueles afirmados pelo autor, nenhum ônus de prova lhe gravará; se, todavia, também ele afirma fatos tendentes a invalidar os fatos afirmados pelo autor, caber-lhe-á o ônus de provar os fatos afirmados (Teoria Geral do Processo, RT, 2002, 3ª ed. p. 300).

A respeito do tema, colhe-se da doutrina:

> Não há um dever de provar, nem à parte contrária 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 (Humberto Theodoro Júnior, Curso de Direito Processual Civil, Forense, 1999, 26ª ed., v. 1, p. 423).
>
> 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 autor e réu com referência ao fato e às suas circunstâncias (quaestiones facti), 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.
>
> [...]
>
> 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 (Moacyr Amaral Santos, Primeiras linhas de direito processual civil, Saraiva, 1997, 18ª ed., v. II, pp. 343-4 e 346).
>
> A função de toda atividade probatória é fornecer ao julgador os elementos por meio dos quais ele há de formar o seu convencimento a respeito dos fatos controvertidos no processo. [...] Sempre, no entanto, que esta investigação sobre pessoas ou coisas, inclusive documentos, exigir conhecimentos técnicos especiais da pessoa encarregada de fazê-lo, estaremos frente à necessidade de prova pericial (Ovídio A. Baptista da Silva, Curso de Processo Civil, RT, 2003, 6ª ed., p. 383).

Em situações semelhantes, decidiu esta Corte:

> É da dicção do art. 333, I, do Código de Processo Civil que incumbe ao autor o ônus da prova acerca dos fatos constitutivos de seu direito,

> sob pena de inacolhimento de sua pretensão (TJSC, Apelação Cível n. 2012.055319-9, de Biguaçu, rel. Des. Marcus Tulio Sartorato, com votos vencedores dos Exmos Srs. Des. Fernando Carioni e Maria do Rocio, j. 28-08-2012).
>
> O processo civil pátrio, salvo algumas exceções, orienta-se pelo princípio dispositivo, por isso que o ônus da prova incumbe ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito, e ao réu, relativamente à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor (art. 333 do CPC, incisos I e II). Daí ser fácil apreender que destoa do sistema permitir-se o deferimento de pretensões embasadas em meras conjecturas, carecedoras de aparato probatório hábil a lhes dar sustentação (TJSC, Apelação Cível n. 2012.029180-4, de Balneário Camboriú, rel. Des. Maria do Rocio Luz Santa Ritta, com votos vencedores deste relator e do Exmo. Sr. Des. Fernando Carioni, j. 31-07-2012).
>
> No direito processual civil, cabe ao autor a comprovação, de forma indelével, do fato constitutivo de seu direito, nos termos do artigo 333, I, do Código de Processo Civil (TJSC, Apelação Cível n. 2011.033459-6, de Navegantes, rel. Des. Fernando Carioni, com votos vencedores dos Exmos. Srs. Des. Maria do Rocio Luz Santa Ritta e Saul Steil, j. 28-06-2011).

Logo, inexistindo provas de qualquer desídia da ré na prestação de serviços à autora, e dando-se por certo que competia à ela demonstrar a existência dos fatos constitutivos de seu direito, à luz do art. 333, inciso I, do Código de Processo Civil, impossível imputar à ré qualquer responsabilidade pelo narrado na inicial.

2. Por derradeiro, acerca do pedido de prequestionamento da matéria, registra-se que, conforme entendimento reiteradamente explicitado na jurisprudência, *"o juiz não está obrigado a responder todas as alegações das partes, quando já tenha encontrado motivos suficientes para fundar a decisão, nem se obriga a ater-se aos fundamentos indicados por ela e tampouco a responder um ou todos os seus argumentos"* (EDREsp n.º 231.651, Min. Vicente Leal), sendo dispensável emitir juízo a respeito de mera menção a dispositivos legais e constitucionais para efeito de prequestionamento.

3. Ante o exposto, vota-se no sentido de negar provimento ao recurso, mantendo-se a sentença de improcedência em seus ulteriores termos.

Apelação Cível n. 2014.092901-9, de Rio Negrinho

Relatora: Desa. Maria do Rocio Luz Santa Ritta

> AÇÃO ANULATÓRIA. REVOGAÇÃO DE TESTAMENTO. DOAÇÃO DE IMÓVEL PARA FILHA. VÍCIOS DE CONSENTIMENTO NÃO DELINEADOS. ADEMAIS, AUSÊNCIA DE INDICATIVO DE VIOLAÇÃO AO QUINHÃO HEREDITÁRIO DOS DEMAIS HERDEIROS. ATOS JURÍDICOS PERFEITOS (ART. 82 DO CÓDIGO CIVIL DE 1916). RECURSO DOS AUTORES DESPROVIDO.
>
> PERÍCIA TÉCNICA TENDENTE A AVALIAR OS BENS DO ACERVO. SUSPEIÇÃO APRESENTADA DE MANEIRA INTEMPESTIVA (ART. 138, § 1º, DO CPC). ADEMAIS, AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO AO LAUDO AO TEMPO DEVIDO. PROVA IDÔNEA. RECURSO DOS DEMANDADOS TAMBÉM IMPROCEDENTE.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2014.092901-9, da comarca de Rio Negrinho (1ª Vara), em que são aptes/apdos Sandra Maria Ricobom e outro e apdos/aptes Ana Maria Ricobom Costa e outros:

A Terceira Câmara de Direito Civil decidiu, por unanimidade, negar provimento aos recursos. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Fernando Carioni, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. Saul Steil.

Florianópolis, 17 de março de 2015.

Maria do Rocio Luz Santa Ritta
RELATORA

RELATÓRIO

Sandra Maria Ricobom e João Carlos Ricobom, incidentalmente aos processos de inventário n. 055.09.000503-6 e n. 055.02.002460-0, propuseram ação anulatória (n. 055.05.000793-3) de atos jurídicos em face de Espólio de Arnoldo Ricobom, Otília Maria Ricobom, João Roberto Ricobom, Arnaldo Eugênio Ricobom e Ana Maria Ricobom Costa, com os seus respectivos cônjuges (fls. 01/18).

Como causa de pedir, alegaram os autores, na condição de herdeiros por estirpe, que o falecido Sr. Arnoldo Ricobom, em vida, (**a**) revogou o testamento que deixara e, (**b**) juntamente com a esposa Otília Maria Ricobom, doou a 01 (uma) herdeira/filha, a ré Ana Maria Ricobom Costa, 01 (um) bem imóvel não trazido à colação (matrícula n. 10.169 do CRI local). Invocaram a nulidade de ambos os atos (revogação de testamento e doação) porque a (**i**) revogação do testamento foi realizada na incapacidade do testador e perante testemunhas suspeitas e (**ii**) a doação foi realizada por doadores incapazes.

O andamento dos inventários foi sobrestado à fl. 45.

Nas contestações apresentadas, após relato da situação familiar subjacente, os requeridos defenderam a validade dos atos revogatório e donativo. Sustentaram a capacidade civil dos praticantes, a observância às formalidades legais e/ou o respeito às disposições legais sucessórias. Postularam a improcedência das pretensões.

Réplicas foram apresentadas.

Saneado o feito (fl. 308), realizam-se audiências conciliatórias (fls. 352 e 354) inexitosas, desistindo os litigantes da produção de prova testemunhal (fl. 352).

Por interesse das partes, determinou-se a realização de perícia avaliatória do acervo imobiliário da herança (fl. 359), advindo ao feito o laudo (fls. 444/467).

Regularmente processado o feito, sobreveio sentença que deu pela improcedência do pedido inicial. Entendeu o MM. Juiz, em suma, que o ato de revogação do testamento foi válido, e a doação do imóvel não é por si ato vedado em lei, salvo quando evidenciada violação ao quinhão hereditário, aspecto este que não se verificou na hipótese. Antes de encerrar, ademais, destacou que

> a perícia confeccionada neste feito (fls. 445/467) foi realizada em observância às formalidades legais e às técnicas necessárias à avaliação de imóveis no mercado, devendo ser aproveitada nas ações de inventário como prova emprestada.

No arremate, condenou os autores ao pagamento das custas processuais e de honorários advocatícios arbitrados em R$ 5.000,00 (cinco mil reais) (art. 20, § 4°, do CPC).

Em face da decisão, os réus opuseram embargos declaratórios, os quais foram rejeitados.

Irresignados, os autores interpõem recurso de apelação, no qual reafirmam os argumentos expostos na inicial, postulando ao final o êxito do duplo pedido anulatório (revogação do testamento e da doação do imóvel).

Os réus, por sua vez, apelaram para argumentar suspeição do perito que conduziu a avaliação dos imóveis pertencentes à herança, dizendo com isso que a prova não poderia servir de prova emprestada no processo de inventário, mormente para definição dos quinhões das partes a serem apurados.

Após as contrarrazões, vieram os autos a julgamento.

VOTO

A) Apelação dos autores

Em breve resenha fática, observa-se que no dia 10.5.1991 Arnoldo Ricobom formalizou testamento público (fl. 24), por meio do qual se

previu, dentre outras coisas, que caberia ao filho Virgílio Jacob Ricobom, pai dos autores, 01 (um) imóvel (matrícula n. 1.774, CRI de São Bento do Sul).

Por outro lado, destaca-se que após a morte do filho Virgílio Jacob Ricobom, ocorrida em 13.1.1998, Arnoldo Ricobom revogou o referido testamento, precisamente em 23.11.2000. Contra esse distrato, que na prática trouxe novamente à sucessão a ordem de vocação hereditária, insurgem-se os ora recorrentes, mormente porque alegam que na época do desate o testador (falecido não muito depois, em 5.11.2002) estava despido de suas faculdades mentais, tendo sido manipulado pela filha Ana Maria Ricobom Costa.

Pois bem. Obtempera destacar que não houve em vida decreto de interdição de Arnoldo Ricobom, fulcrado em algum dos motivos do art. 1.767 do Código Civil, razão pela qual recaía forçosamente sobre os autores o ônus da prova de incapacitação temporária, ou vício de consentimento havido por ocasião da revogação testamentária. Realmente, vício de consentimento não se presume, nem pela idade, motivo pelo qual

> deve ser quantum satis provado, por meio idôneo, ônus que no caso cabe à parte autora, nos termos do artigo 333, inciso I, do Código de Processo Civil. Inexistente essa prova, hígido o ato jurídico, deve ser mantida a sentença que assim decidiu (Apelação Cível n. 2008.041932-0, de Joinville, Rel. Des. Jaime Luiz Vicari, j. 30.11.2011).

No mais, como corretamente decidiu o MM. Juiz de Primeiro Grau Bruno Mackowiecky Salles:

> O testamento é ato revogável por natureza (cf. Caio Mário da Silva Pereira. **Instituições de Direito Civil**. Direito das Sucessões. Volume VI. 17ª edição. Editora Forense, 2009). Para praticá-lo é necessário, por certo, discernimento (art. 82 do CC/16). Mas a alegada incapacidade civil do Sr. Arnoldo Ricobom por ocasião do ato revogatório não está comprovada, ônus que cabia aos autores da ação (art. 333, I, do CPC).

Note-se que o testador veio a falecer somente decorridos 02(dois) anos após o ato revogatório. Inexiste prova de que, à época, estivesse mentalmente debilitado. O óbito ocorreu por insuficiência de múltiplos órgãos, insuficiência cardíaca e senilidade. Nada revela que o testador estivesse a sofrer de patologia mental incapacitante. A senilidade não induz, por si só, incapacidade mental para os atos da vida. Além disso, não foi produzida prova testemunhal, tampouco restaram apresentados laudos médicos nesse sentido.

Em tal quadro, prepondera a declaração de vontade do finado, a qual se limita a fazer incidir a ordem legal de sucessão, não podendo os aspectos familiares destacados pelas partes ao longo do litígio, por mais que sejam respeitados, afastar tal lógica.

Sobre a revogação do testamento, lê-se na doutrina:

Como sabemos, o testamento é um ato essencialmente revogável, nos termos expressos do art. 1.861 (art. 1.628 do Código Civil de 1916). E o ato revocatório é livre, imotivado, permitindo-se que nenhuma razão exista para a sua manifestação.

A eficácia do testamento somente se aperfeiçoa ou se consome com a morte de seu autor. Por isso, a revogação tem lugar a qualquer tempo, conforme já dizia Pontes de Miranda: 'É essencial aos atos de última vontade a livre e geral revogabilidade; para revogá-los, não precisa de fundamentos o disponente'.

De modo que a revogação é inerente ao testamento, com efeitos *ex tunc*, ou desde o momento de sua celebração, e dependente unicamente do poder de discricionariedade do testador.

(...) Não resta dúvida de que ninguém tem o direito de perscrutar a vontade do testador, ou para saber os motivos determinantes de sua revogação.

No entanto, o normal é que uma motivação sempre exista, como o desencantamento com as pessoas favorecidas, ou a aproximação maior com pessoas ligadas pelo parentesco necessário (Arnaldo Rizzardo. **Direito das Sucessões**. 5ª ed. Forense, 2009, p. 521).

A revogação portanto é potestativa, admissível e válida.

> Também a alegada inaptidão das testemunhas não serve para anular a revogação. É certo que o desfazimento testamentário opera-se pela mesma forma da instituição, exigindo-se, no regime aplicável, a presença de 05 (cinco) testemunhas idôneas (art. 1.632, I-IV, do CC/16). Mas as testemunhas que presenciaram o fato possuíam, no caso, capacidade para fazê-lo. O Código Civil vigente à época previa, de forma específica, que *"não podem ser testemunhas em testamentos"* somente *"os menores de dezesseis anos"*, *"os loucos de todo o gênero"*, *"os surdos-mudos e os cegos"*, *"o herdeiro instituído, seus ascendentes, descendentes, irmãos e cônjuge"*, e *"os legatários"* (art. 1.650, I a V, do CC/16). A fundamentação inicial objetiva ampliar o rol de testemunhas vedadas sem previsão legal específica, pretendendo a aplicação das normas genéricas da legislação superveniente (art. 228 do CC/02) e contrariando o regime vigente à época do ato. Mas, no caso, nenhuma das testemunhas testamentárias incorre nos impedimentos aplicáveis, sendo hígida a revogação.

A propósito:

> Após disciplinar formas ordinárias de testamento, tratava o Código Civil de 1916, no art. 1.650, das testemunhas instrumentárias, destinando-se a matéria restritamente ao testamento público, cerrado e particular. Sem, pois, qualquer pertinência aos codicilos e aos testamentos nas formas militar e marítima, então existentes.
>
> O Código Civil de 2002 não manteve o regramento especial, tendo o legislador preferido a incidência, na espécie, das normas concernentes à prova testemunhal em geral, e aplicável a qualquer negócio ou ato jurídico (Arnaldo Rizzardo. Ob. cit. p. 325).

Daí a validade do distrato do testamento (art. 1.650, I a V, do CC/16).

Por outro lado, atinente à subsequente doação de ascendente a descendente, ocorrida em 1.2.2002, dois aspectos precisam ser tratados. De um lado, impende destacar que por ocasião da entabulação de tal negócio jurídico, não se tem prova da insanidade do doador Arnoldo Ricobom, igualmente no que pertine à sua esposa, também já falecida, Otília Maria Ricobom. Sobre esta, inclusive, destaca-se que apenas foi

diagnosticada com Mal de Alzheimer a *posteriori*, tanto é que atestado médico revela que o acompanhamento neurológico teve início apenas em abril de 2003, passado mais de 01 (um) ano da doação. A efetiva incapacidade civil, por sua vez, foi atestada em 10.6.2005, como consta à fl. 95.

Por outro lado, considerado abstratamente o negócio em si – doação de ascendente a descendente – não subsiste a percepção de se tratar de ato nulo, ou seja, assim tipificado unicamente em razão dos atores envolvidos.

Da bem fundamentada sentença monocrática, a propósito, extrai-se mais uma vez:

> Na verdade, a validade da doação como ato jurídico, no regime incidente ao caso (CC/16), submete-se a condicionantes próprios destinados a preservar o quinhão legítimo dos herdeiros necessários. A liberalidade, assim, importa adiantamento de legítima, ainda que feita em contemplação do merecimento, competindo ao donatário trazer à colação, no inventário, o valor dos bens de acordo com a estimativa vigente no ato da doação.
>
> A dispensa da colação pode ocorrer apenas nos casos em que o doador, expressamente, determinar que o bem doado saia dos 50% (cinquenta) por cento que integram o patrimônio disponível, contanto que não excedam tal parte, a ser calculada no tempo da efetiva doação.
>
> A doutrina conceitua a doação inoficiosa como a que:
>
> (...) excede o limite que o doador, 'no momento da liberalidade, poderia dispor em testamento'. O art. 549 do Código Civil declara nula somente a parte que exceder tal limite, e não toda a doação.
>
> Havendo herdeiros necessários, o testador só poderá dispor da metade de seus bens, pois a outra 'pertence de pleno direito' aos referidos herdeiros (CC, art. 1.846). O art. 549 visa preservar, pois, a legítima dos herdeiros necessários. Só tem plena liberdade de testar e, portanto, de doar, quem não tem herdeiros dessa espécie, a saber: descendentes, ascendentes e cônjuge (Carlos Roberto Gonçalves. Ob. cit. p. 293).

> Na espécie, a causa de pedir não versa expressamente sobre o instituto da doação inoficiosa, tampouco postula a nulidade parcial do extravasamento à legítima, limitando-se a requerer a invalidação integral por ausência de capacidade civil dos doadores. Incursionar na temática significaria julgar para além dos limites da *causa petendi* (art. 460 do CPC), proferindo-se sentença *extra petita* a violar o postulado da congruência (cf. Luiz Fux. **Curso de Direito Processual Civil**, 2004, p. 792 e cf., ainda, Humberto Theodoro Júnior. **Curso de Direito Processual Civil**. Rio de Janeiro: Forense editora, 2002, pág. 464).

Portanto, também a doação deve ser tida como hígida.

Em suma, nega-se provimento ao recurso dos autores.

B) Apelação Cível dos réus.

Cinge-se o recurso dos demandados a atacar a perícia encetada com o objetivo de avaliar o valor do acervo que compõe a herança, ao argumento de que o experto designado é suspeito em razão de afinidade com os autores (art. 135, I, do CPC), o que se comprovaria, também, em razão do valor atribuído aos bens, que ora impugnam.

Sobre o assunto, em primeiro lugar, impende destacar que a suspeição deve ser lançada já na nomeação do experto, nos termos do art. 138, § 1º, do CPC. Ainda que assim não fosse, os próprios apelantes assumem ter tomado conhecimento da suposta relação íntima na época da confecção do laudo, motivo pelo qual, no máximo do possível, poder-se-ia discutir (embora com pouco e improvável êxito), a apresentação da exceção quando intimados acerca da perícia trazida aos autos.

Já se viu, porém, que naquela ocasião os ora apelantes não trouxeram a impugnação de forma tempestiva (fls. 486/846), situação que põe definitiva pá de cal no debate em questão, não apenas quanto à suspeição, mas no que pertine ao próprio teor do laudo, não atacado ao tempo e modo oportunos. Sobre a preclusão temporal, esclarece Nelson Nery Junior (*In Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*, 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 466), em seus comentários ao art. 138 do CPC:

> Ocorre quando a perda da faculdade de praticar ato processual se dá em virtude de haver decorrido o prazo, sem que a parte tenha praticado o ato, ou o tenha praticado a destempo ou de forma incompleta ou irregular.

Não bastassem as ponderações acima destacadas, observo que o perito é corretor de imóveis devidamente registrado, e apresentou seu laudo (fls. 445/467) de maneira eminentemente técnica, situação que descarta qualquer vício de conteúdo capaz de desacreditá-lo.

Destarte, nega-se provimento ao recurso dos réus também.

QUARTA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

Apelação Cível n. 2013.063643-4, de Blumenau

Relator: Des. Subst. Jorge Luis Costa Beber

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. ERRO MÉDICO. DEMANDA AJUIZADA CONTRA O HOSPITAL E O FACULTATIVO. ALEGAÇÃO DE NEGLIGÊNCIA NO ATENDIMENTO E ERRO DE DIAGNÓSTICO. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA.

GENITORA DA AUTORA QUE SE DIRIGIU AO HOSPITAL DEMANDADO COM QUADRO DE DISPNÉIA CRÔNICA, FEBRE VESPERTINA E TOSSE PRODUTIVA. DIAGNÓSTICO DE TUBERCULOSE. LIBERAÇÃO DA PACIENTE APÓS CUMPRIDO PROTOCOLO DE ATENDIMENTO EM PRONTO-SOCORRO. PRESCRIÇÃO DE MEDICAMENTOS, COM SOLICITAÇÃO DE REALIZAÇÃO DE EXAME E RESSALVA DE RETORNO EM CASO DE ALTERAÇÃO NOS SINTOMAS. ÓBITO NO DIA SEGUINTE EM RAZÃO DE EDEMA AGUDO PULMONAR.

(1) CONDUTA DO PROFISSIONAL INDIVIDUAL. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA. INTELIGÊNCIA DO ART. 14, § 4º, DO CDC. ELEMENTOS EXISTENTES NOS AUTOS QUE DEMONSTRAM QUE O MÉDICO RÉU REALIZOU OS EXAMES FÍSICO, CARDIOLÓGICO, PULMONAR E NEUROLÓGICO NO ATENDIMENTO INICIAL MINISTRADO À PACIENTE. AUSÊNCIA DE SINTOMAS INDICATIVOS DE EDEMA PULMONAR. SITUAÇÃO CORROBORADA PELA PERÍCIA REALIZADA E PELO PROFISSIONAL OUVIDO EM JUÍZO. CONDUTA NEGLIGENTE NÃO EVIDENCIADA. INEXISTÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DO AVENTADO ERRO DE DIAGNÓSTICO. AUSÊNCIA DO DEVER DE INDENIZAR.

(2) CONDUTA DO HOSPITAL. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. AUSÊNCIA DE FALHA NO SERVIÇO. INEXISTÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE A ATIVIDADE DESEMPENHADA PELO NOSOCÔMIO E O

ÓBITO DA GENITORA DA AUTORA. DEVER DE INDENIZAR NÃO CONFIGURADO.

"Comprovada a adequação dos procedimentos adotados pelos prepostos do nosocômio réu e inexistindo nos autos qualquer outro elemento capaz de identificar falha do serviço prestado pela instituição, não há de falar em obrigação de indenizar" **(Apelação Cível Nº 70023243769, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Paulo Roberto Lessa Franz, Julgado em 09/10/2008).**

RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2013.063643-4, da comarca de Blumenau (4ª Vara Cível), em que é apelante Catiane Adriano, e apelados Tokio Marine Seguradora S/A e outros:

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 Exmo. Des. Joel Figueira Jr., com voto, e dele participou o Exmo. Des. Mariano do Nascimento.

Florianópolis, 26 de fevereiro de 2015.

Jorge Luis Costa Beber
RELATOR

RELATÓRIO

Catiane Adriano interpôs recurso de apelação contra a sentença que julgou improcedentes os pedidos formulados na ação de indenização por danos morais ajuizada em desfavor de Sociedade Divina Providência – Hospital Santa Isabel e Leonardo Motta Felício Ferreira, refutada a denunciação à lide efetuada pela primeira demandada em face da Tokio Marine Seguradora S/A.

Sustentou, em síntese, que a hipótese dos autos reflete a ocorrência de erro de diagnóstico, estando evidenciada a negligência do profissional que atendeu a sua mãe, de modo que se não tivesse empregado apenas procedimentos superficiais – deixando de requerer exames mais aprofundados para buscar as causas dos sintomas apresentados – o óbito poderia ter sido evitado.

Disse que a hipótese enfocada, a exemplo das cirurgias plásticas para fins estéticos, deve ser examinada à luz da responsabilidade civil objetiva, justo que o diagnóstico correto envolve obrigação de resultado, sendo desnecessária, pois, a comprovação da culpa do médico, mas apenas do dano e do nexo causal, os quais estão devidamente demonstrados nos autos.

Clamou, à luz dessas circunstâncias, pelo provimento do reclamo com a consequente reforma da decisão vergastada, julgando-se procedentes os pleitos vertidos na exordial, condenando-se a parte ré ao pagamento de indenização por danos morais.

Ofertadas as contrarrazões, os autos ascenderam a esta Corte.

VOTO

Conheço do recurso, porque presentes os requisitos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade.

O litígio plantado nos autos gravita em torno da eventual responsabilidade do nosocômio e do médico demandados em virtude do óbito da mãe da autora.

De início, destaco que a ausência de apresentação de contestação pelo demandado Leonardo não induz à aplicação dos efeitos da revelia, justo que a demanda envolve pluralidade de réus e houve por parte do hospital acionado o oferecimento de resposta, cuja circunstância afasta a aplicação dos aludidos efeitos, a teor do que dispõe o art. 320, inc. I, do CPC, como bem consignado na decisão de fls. 103/104.

A propósito, colhe-se do magistério de NELSON NERY JÚNIOR e ROSA MARIA DE ANDRADE NERY:

> "I:2. Contestação de co-réu. Caso um dos litisconsortes passivos conteste a ação, não ocorrem os efeitos da revelia quanto ao outro litisconsorte, revel.". (Código de processo civil comentado e legislação extravagante, 7. ed., São Paulo: RT. 2003, p. 709).

No mesmo caminhar o magistério de FREDIE DIDIER JÚNIOR:

> "Prevê o art. 320, I, do CPC, que a contestação apresentada por um litisconsorte elide as consequências da revelia do outro litisconsorte. Essa regra, que se refere a uma conduta alternativa (apresentar contestação), aplica-se sem ressalvas ao litisconsórcio unitário. Em relação ao litisconsórcio simples, é possível que a contestação de um beneficie o litisconsorte revel, se houver fato comum a ambos que tenha sido objeto de impugnação daquele que contestou. Ora, se o fato foi contestado por um, e esse fato também diz respeito àquele que foi revel, não poderia o magistrado considerar o fato como existente para um, em razão da confissão ficta oriunda da revelia (art. 319 do CPC), e não existente para o outro, que apresentou defesa (*Curso de direito processual civil*. 8. ed. Salvador: Podivm, 2007. p. 281).

No mais, anoto que a relação jurídica instaurada entre as partes é nitidamente de consumo, porquanto de um lado figura o hospital e o médico réus, prestadores de serviços, e, do outro, a autora, filha da destinatária da atividade prestada, nos exatos termos dos arts. 2º e 3º do CDC.

Por conseguinte, sublinho que a responsabilidade civil dos fornecedores de serviços é de ordem objetiva, nos termos do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor. À vista disso, o que se deve perscrutar é se o serviço prestado pelo **nosocômio** foi defeituoso ou não, restando positivado o dever de indenizar se configurado o dano e o nexo causal, atuando, por outro lado, como excludentes de responsabilidade, a inexistência de defeito no serviço e a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro (art. 14, § 3º, I e II, do CDC).

De outro vértice, a responsabilidade civil do **profissional médico**, ao contrário do sustentado nas razões recursais, é de natureza subjetiva, nos termos do art. 14, § 4º, do Código de Defesa do Consumidor, razão por que haverá ato ilícito e, assim, a obrigação de indenizar, apenas se restarem cumpridamente demonstrados, no caso, a ação ou omissão, a culpa ou dolo, os danos morais ou materiais e o nexo de causalidade.

Ademais, é cediço que, via de regra, **a obrigação assumida pelo médico é de meio** – e não de resultado como sustentado nas razões recursais –, justo que sua contratação não significa garantia da cura do mal que acomete o paciente, exigindo-se dele, em tais circunstâncias, que sua conduta seja pautada pelo empreendimento de esforço diligente e compatível com procedimentos admitidos pela medicina para superação da respectiva enfermidade.

Pois bem, flui do autuado que na data de 08.01.2010 Cristina Adriano, genitora da autora, dirigiu-se ao nosocômio réu com dores nas costas e tosse, oportunidade em que foi atendida pelo médico demandado e, após a realização de alguns exames, liberada. Sucede, contudo, que no dia seguinte, Cristina veio a óbito, tendo como causa da sua morte edema agudo de pulmão (certidão de óbito às fls. 23).

À luz dessas circunstâncias, sustenta a parte autora a ocorrência de negligência no atendimento inicial perpetrado à sua genitora, pois apesar dela reclamar de fortes dores e muita falta de ar, o médico réu realizou uma avaliação rápida, sem solicitar qualquer exame mais minucioso para averiguar as causas dos sintomas apresentados, acabando por receitar apenas medicamentos. Disse que o facultativo tinha condições de diagnosticar o edema pulmonar e, assim, evitado a morte da sua genitora.

Em sentido inverso, o hospital demandado refutou a configuração de negligência médica, defendendo que o esculápio agiu de acordo com os melhores protocolos de emergência disponíveis, tanto do ponto de vista técnico como ético, tendo em vista que no atendimento inicial não

detinha condições de diagnosticar o edema, porque ele ainda não havia se instalado.

Defendeu, nesse sentido, que o edema pulmonar possui evolução extremamente rápida e que o óbito da genitora da autora ocorreu justamente em virtude dessa circunstância, destacando que no atendimento realizado pelo réu Leonardo, Cristiane não apresentava qualquer sintoma indicativo daquela patologia.

Diante do escorço fático acima anunciado, resulta lícito afirmar que a hipótese enfocada envolve a ocorrência de suposto erro de diagnóstico, tema dos mais delicados no âmbito das chamadas falhas técnicas médicas, daí por que, segundo pacífico entendimento doutrinário e jurisprudencial, somente se pode reconhecer a hipótese de culpa punível quando o erro for crasso, grosseiro, demonstrando absoluto descuido das normas de semiologia ou falta de conhecimentos elementares de patologia clínica.

Colhe-se do magistério de RUY STOCO:

> **"... o erro no diagnóstico não gera responsabilidade, salvo se tomado sem atenção e precauções, conforme o estado da ciência, apresentando-se como erro manifesto e grosseiro."** (Grifei - cf. Georges Boyer Chamard e Paul Monzein, La Responsabilité Médicale, Presses Universitaires, 1974, p. 119/120 - Responsabilidade Civil e sua Interpretação Jurisprudencial, Ed. Revista dos Tribunais, 1997, p. 195).

Não é outro o magistério de FERNANDA SCHAEFER:

> "Na prática recomenda-se aos magistrados que observem o procedimento médico como um todo para tentar nele vislumbrar a relação causal o que, diga-se de passagem, não é uma tarefa fácil, **pois nem sempre a causa que deu origem ao dano é evidente ou clara, principalmente quando envolvidos atos médicos cujos erros não sejam grosseiros ou nítidos."**

E, logo após, discorrendo sobre o erro de diagnóstico, arremata com absoluta objetividade:

> "Assim, ao se analisar o erro de diagnóstico, deve o juiz da mesma maneira agir. Se o erro foi gritante, como por exemplo diagnosticar

> um dente inflamado como tumor maligno sem realizar nenhum exame anterior ou posterior e iniciar um tratamento visando pôr fim ao câncer e deste tratamento sobrevierem lesões sérias à saúde do paciente, tem-se por evidente o nexo de causalidade. Já naquele casos em que houve o erro de diagnóstico, **mas este não foi grosseiro ou evidente, deve o magistrado usar de toda a cautela possível ao proceder o julgamento, pois o nexo causal não será tão aparente e, para determiná-lo ou restar comprovada a sua existência, deverá o juiz utilizar-se de critério até mesmo práticos que o levem a uma decisão justa, deixando de lado as teorias abstratas**." (Grifei e sublinhei - Responsabilidade Civil do Médico – Erro de Diagnóstico. Juruá, pg. 82).

A advogada ALESSANDRA ABATE, discorrendo sobre o tema ora em comento, também reconhece que a responsabilidade civil do médico por erro de diagnóstico somente se perfaz diante de falha grosseira, extraindo-se do artigo divulgado no site *www.correiadasilva.com.br/pdf/art_med/art_med_03.pdf* a seguinte passagem:

> "…. por não ser uma operação matemática, a responsabilidade civil médica decorrente de erro de diagnóstico, revela-se muito difícil, porque se adentra a um campo estritamente técnico, o que dificulta enormemente a apreciação judicial.
>
> **O erro de diagnóstico é, em princípio, escusável, a menos que seja, por completo, grosseiro."** (Grifei).

Para ANA CLÁUDIA DE CARVALHO PAGANO "Não há como exigir-se do médico infalibilidade de diagnóstico, mas deve atuar com toda a cautela necessária. Dessa forma, se obrar com erro grosseiro, estará sujeito a ser responsabilizado." (Grifei - A Saúde Pública em Face do Código de Defesa do Consumidor. Rio de Janeiro: Mauad, 1998, p. 54).

MIGUEL KFOURI NETO, na mesma linha de entendimento, também adverte que "a jurisprudência não considera culposo o diagnóstico falho – salvo erro grosseiro." (Grifei – Culpa Médica e ônus da Prova, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 103).

Apenas para ilustrar, reforçando os excertos doutrinários suso transcritos, colaciono os seguintes precedentes jurisprudenciais:

> "RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA - ERRO DE DIAGNÓSTICO - PROVA DO DANO. - **De si somente, o diagnóstico equivocado não gera obrigação indenizatória, mas apenas quando o erro é crasso**, ou quando o médico não revele o cuidado exigível na conduta diagnosticada. Nenhuma responsabilidade indenizatória poderá ser carregada ao médico, se dano algum decorrer do erro de diagnóstico.". (Grifei e sublinhei - TAMG - Ap. Civ. nº 363.028-4 - 6ª C. Civ., Rel. DÁRCIO LOPARDI MENDES).

E mais:

> "**Quando escusável, o erro de diagnóstico não induz a responsabilidade do médico**. Assim sempre se entendeu, não só porque a medicina está longe de ser infalível como, também, porque médico, ao prestar seus serviços, apenas se obriga a tratar do doente com zelo e diligência, utilizando os recursos da ciência e da arte médica" (Grifei e sublinhei - TJSP - 5ª C. - EInfrs. - Rel. Nogueira Garcez - j. 06.08.1981 - RT 569/93).

Ainda:

> "Em vista de que o médico celebra contrato de meio, e não de resultado, de natureza "suis generis", cuja prestação não recai na garantia de curar o paciente, mas de proporcionar-lhe conselhos e cuidados, proteção até, com emprego das aquisições da ciência, a conduta profissional suscetível de engendrar o dever de reparação, **só se pode definir, unicamente, com base em prova pericial, como aquela reveladora de erro grosseiro, seja no diagnóstico** como no tratamento, clínico ou cirúrgico, bem como na negligência à assistência, na ocasião, ou abandono do paciente, etc., em molde a caracterizar falta culposa no desempenho do ofício, não convindo, porém, ao judiciário, lançar-se em apreciações técnicas sobre métodos científicos e critérios que, por sua natureza, estejam sujeitos a dúvidas, discussões, subjetivismos." (Grifei e sublinhei - TJRJ, Ap. 5.174/92, 6ª Câmara Civil, Rel. Des. Laerson Mauro).

Portanto, parece absolutamente claro que o erro de diagnóstico somente abrirá espaço para o pedido de indenização se comprovada a hipótese de ação médica manifestamente errônea e de todo aberrante.

No caso em liça, extrai-se do "resumo do pronto atendimento" que repousa às fls. 17 que a paciente chegou ao hospital com queixas de dispnéia (falta de ar) crônica com 3 (três) meses de evolução, acompanhada de febre vespertina e tosse produtiva, relatando tuberculose tratada na adolescência e ausência de alergias.

Realizou-se exame físico, constatando-se que a paciente estava em bom estado geral (BEG), lúcida, orientada em tempo e espaço (LOTE), afebril, corada e hidratada, além de oroscopia (exame na cavidade bucal) com hiperemia e sem placas.

Ainda, foram realizados exames cardiológico – verificando-se a ausculta cardiovascular (ACV) com ritmo cardíaco regular em dois tempos (RCR 2T) –, pulmonar – constatando-se ausculta pulmonar (AR) com murmúrio vesicular (MV) sem ruídos adventícios (S/RA) –, e neurológico, destacando-se que Cristina estava desperta, lúcida, comunicativa, com a nuca livre, possuía força muscular e escala de Glasgow em grau máximo (15) (http://conceito.de/escala-de-glasgow).

A paciente foi liberada mediante receita e orientada a consultar em posto de saúde para realizar exame de escarro, ou seja, exame microscópico da secreção proveniente dos pulmões, dos brônquios ou da traquéia (http://saude.ig.com.br/minhasaude/exames/exame+do+escarro/ref1237829943474.html).

Finalmente, nota-se que Cristina foi diagnosticada com tuberculose das vias respiratórias, sem confirmação bacteriológica ou histológica (CID A16), e o médico réu receitou os seguintes medicamentos: Novalgina 1 g, Koide D xarope e Azitromicina 500 mg, mediante ressalvas de ingerir bastante líquidos, realizar nebulização com soro 5 ml até seis vezes ao dia e retornar caso piorasse ou aparecessem novos sintomas (fls. 15).

No dia seguinte, contudo, a mãe da autora veio a óbito em razão de edema agudo de pulmão, o qual, nos termos utilizados pelo perito, *"é uma entidade geralmente causada por problemas cardíacos em que ocorre*

aumento da pressão capilar pulmonar e extravasamento de líquido no espaço intersticial pulmonar e nos alvéolos. O quadro clínico é dramático, com dispnéia intensa, sudorese logo evoluindo para torpor e parada cardiorrespiratória se não tratado imediatamente." (fls. 196).

O ponto fulcral da insurgência reside em averiguar se o médico réu foi negligente no atendimento ministrado à Cristina, se deveria ter solicitado a realização de outros exames e se tinha condições de diagnosticar que a paciente apresentava um quadro de edema pulmonar.

Com efeito, o acervo probatório, a meu aviso, não permite concluir pela existência de nexo de causalidade entre o atendimento inicial ministrado à paciente e o seu posterior óbito.

Isso porque, conforme suso destacado, o facultativo realizou exames físico, cardiológicos, pulmonares e neurológicos na paciente, sem que existisse qualquer sintoma referente à caracterização do edema pulmonar, tanto que o primeiro diagnóstico referiu hipótese de tuberculose, que também se caracteriza como uma doença pulmonar.

O edema pulmonar, como anunciado no curso da instrução, envolve doença respiratória configurada pela presença de líquido no pulmão e o seu diagnóstico é realizado a partir do histórico clínico do paciente e do exame físico que detecta, pela auscultação, a presença de líquido pulmonar (http://www.tuasaude.com/edema-pulmonar/).

Logo, é crível que o médico acionado, após informação da paciente da existência de histórico de tuberculose na adolescência, aliada à realização de exame físico de ausculta pulmonar com a constatação de sons respiratórios normais, sem a presença de ruídos adventícios (que ocorrem quando os ruídos respiratórios não são audíveis em condições normais - www.sogab.com.br/ascultapulmonar.doc), não verificasse o edema pulmonar naquele instante. Aliás, nem mesmo é possível vaticinar que naquele momento estava em curso um edema pulmonar, ou que o

quadro apresentado poderia evoluir para tal resultado, não sendo nada extraordinário que patologia dessa natureza se instale de forma repentina e tenha evolução extremamente rápida.

Colhe-se da doutrina médica:

> "**O edema agudo de pulmão surge de forma abrupta**, frequentemente como complicação de uma insuficiência cardíaca congestiva, taquicardia ou taquiarritmia, infarto agudo do miocárdio extenso com comprometimento grave da função ventricular esquerda ou estádios terminais de neoplasias.
>
> Também pode ser causado por obstrução das vias respiratórias gerando aumento da pressão pulmonar oara mais de 25mmHg (o normal é 15mmHg) e drenagem do plasma sanguíneo dos capilares pulmonares. Além disso, pode ter causas neurológicas que prejudiquem a regulação da respiração pelo centro pneumotáxico com convulsões ou neurotoxina." (Grifei - http://pt.wikipedia.org/wiki/Edema_pulmonar).

No mesmo sentido:

> "O Edema Agudo Pulmonar Cardiogênico (EAPC) é uma grave patologia apresenta descompensações cardíacas, **constitui-se emergência clínica. O quadro clínico é de grande insuficiência respiratória com início rápido e evolução. Se não atendido rapidamente e adequadamente pode levar o paciente a morte."** (Grifei - A eficácia da ventilação não invasiva aplicada pelo fisioterapeuta no edema agudo pulmonar cardiogênico, Felipe Barroso Pereira da Fonseca, https://www.uva.br/sites/all/themes/uva/files/pdf/A-EFICACIA-DA-VENTILACAO-NAO-INVASIVA.Pdf).

O médico CÉSAR AUGUSTO MASELLA, em artigo publicado junto ao site http://www.ribeiraopreto.sp.gov.br/ssaude/programas/samu/neu-pdf/14-edema_agudo_pulmao.Pdf, destaca quais os sintomas que viabilizam um diagnóstico envolvendo o edema agudo pulmonar, *in verbis*:

> "O diagnóstico do EAP é eminentemente clínico e deve ser feito rapidamente. Devemos nos basear no achado das seguintes alterações:

> Paciente com queixa de dispnéia, geralmente **de início súbito**, associada à tosse e a **sinais de liberação adrenérgica** (taquicardia, palidez cutânea, sudorese fria, hipertensão e ansiedade).
>
> Sinais de **esforço da musculatura inspiratória**, com uso dos músculos acessórios da respiração, tiragem intercostal e batimento de asas de nariz.
>
> Taquipnéia e expiração forçada, inclusive com presença de respiração abdominal.
>
> **Ausculta pulmonar variada**, podendo-se encontrar, mais comumente, estertores inspiratórios e expiratórios de médias e grossas bolhas. Também é comum o encontro de **murmúrio vesicular mais rude, com roncos e sibilos**.
>
> Outros achados que podem ajudar a definir etiologia do EAP são: presença de dor torácica compatível com insuficiência coronariana, galope cardíaco (B3 e/ou B4), sopros cardíacos e deslocamento da posição do ictus cardíaco (sinal de aumento da área cardíaca)." (grifos meus).

Corroborando as referências doutrinárias aqui citadas, colhe-se do depoimento prestado pelo cardiologista Vinícius de Souza Leal, inquirido durante a instrução:

> "....que é cardiologista; que tem 7 anos de profissão; que o edema pulmonar está entre as patologias da cardiologia; que a princípio **se o paciente apresenta grande dificuldade de respiração e sangue no catarro o médico atendente deve solicitar o exame de raio-x do pulmão e exames complementares**; que se a paciente relatou febre é prudente que se peça também um exame de sangue; que o edema pulmonar é uma doença comum; que explica edema pulmonar é o acúmulo excessivo de sangue no pulmão; que pode ser ocasionado pela hipertensão; que o coração não consegue bombear todo o sangue ocasionando acúmulo no pulmão. [...] que o exame de raio-x seria para ver se existe alguma doença pulmonar associada a uma doença cardíaca; **que o edema pulmonar é diagnosticado clinicamente através de perguntas a paciente ou seu acompanhante**; que normalmente a paciente apresenta tanta falta de ar que não consegue responder às perguntas; **que explica que o raio-x não é utilizado para diagnosticar o edema pulmonar no seu início**; que apenas usa o raio-x quando já estabilizado; que explica que isso decorre

> de que **o edema é muito rápido e não dá oportunidade para realização de tal exame**. [...] que atendeu a falecida antes do óbito; que quando atendeu já estava em parada cardiorrespiratória; **que na sua opinião um dia antes não era possível o início do edema**" (sic, fls. 143).

Registro, por relevante, que a testemunha Gildo dos Santos afirmou que Cristina, na semana anterior ao atendimento ministrado pelo médico réu, apresentava sangue em seu catarro (fls. 141). Contudo, esta situação não foi em nenhum momento aventada pela parte autora, inexistindo qualquer documento registrando aludido sintoma.

À luz dessas circunstâncias, no momento do primeiro atendimento oferecido à paciente Cristina, não havia indicativos da necessidade de realização de outros exames, pois, como visto, os sintomas do edema agudo pulmonar posteriormente constatado ainda não se manifestavam.

Nessa direção, cumpre destacar, foi a conclusão do *expert*, em resposta ao quesito n. 01 formulado pelo hospital réu às fls. 102, *in verbis*:

> "1 – Pelos dados que constam no prontuário é possível afirmar que no dia 08.01.2010 o quadro apresentado pela paciente era indicativo de edema agudo pulmonar?
>
> **Pelos dados que constam no prontuário não é possível afirmar que no dia 08.01.2010 o quadro apresentado pela paciente era indicativo de edema agudo pulmonar**. Segundo consta no prontuário a paciente foi atendida com queixas de dispnéia (falta de ar) e febre há 3 meses. Chegou hipertensa e **segundo a descrição da ausculta cardíaca e pulmonar não havia indicadores da doença**." (fls. 96, grifos meus).

Logo após, o perito averbou:

> **"o início dos sintomas do edema agudo pulmonar pode ocorrer em minutos dependendo da etiologia".**

Não bastasse o que restou até aqui expendido, não se constata qualquer conduta desidiosa por parte do médico acionado, que, ao contrário do alegado na inicial, realizou os exames necessários ao quadro clínico apresentado pela genitora da autora, indicou a realização posterior

de exame de escarro diante do diagnóstico de tuberculose e orientou a paciente de que deveria retornar ao hospital caso surgissem novos sintomas ou o seu estado piorasse.

Destarte, não há como concluir pela existência de erro de diagnóstico no caso em foco, pois os indicativos da patologia que ocasionou o óbito de Cristina não estavam presentes quando do primeiro atendimento. Nem de longe é possível cogitar-se de alguma falha grosseira do facultativo, o que seria de rigor para viabilizar a hipótese de culpa derivada de erro.

A propósito, colhe-se da jurisprudência desta Corte:

> "**O denominado erro de diagnóstico, por si só, não é suficiente para a responsabilização do médico pela reparação dos danos dele resultantes. Cumpre ao lesado provar que houve imperícia, negligência ou imprudência**" (Grifei e sublinhei - Apelação Cível n. 2003.021064-4, de Araranguá. Relator: Des. Newton Trisotto. Data Decisão: 26/10/2004).

Destaco, para que não passe sem registro, que mesmo considerando a responsabilidade objetiva do hospital, pela qual não se torna necessária a averiguação do elemento subjetivo, inexistem nos autos evidências de ato ilícito perpetrado pelo nosocômio apelado e/ou eventual defeito na prestação dos serviços médico-hospitalares que pudesse gerar o nexo de causalidade necessário ao dever reparatório.

A propósito, sobre o nexo causal, essencial à configuração da responsabilidade civil, destacam-se as palavras de RUI STOCO:

> "O nexo causal constitui um dos elementos essenciais da responsabilidade civil. É o vínculo entre a conduta e o resultado. Constitui o segundo pressuposto da responsabilidade civil.
>
> [...]
>
> Não basta que o agente haja procedido contra jus, isto é, não se define a responsabilidade pelo fato de cometer um "erro de conduta". Não basta, ainda, que a vítima sofra um dano, que é o elemento objetivo do dever de indenizar, pois se não houver um prejuízo a conduta antijurídica não gera obrigação de indenizar.

> **É necessário, além da ocorrência dos dois elementos precedentes, que se estabeleça uma relação de causalidade entre a injuridicidade da ação e o mal causado, ou, na feliz expressão de René Demogue, "é preciso esteja certo que, sem este fato, o dano não teria acontecido. Assim, não basta que uma pessoa tenha contravindo a certas regras; é preciso que sem esta contravenção, o dano não ocorreria"** (Traité des Obligations en général, v.4, n. 66)" (Grifos meus, in Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência- 8ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 175 e 176).

Finalmente, em caso similar, colhe-se da jurisprudência da Corte Gaúcha:

> "APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. **MORTE DE PACIENTE. EDEMA AGUDO DE PULMÃO. ANAFILAXIA**.
>
> 1. RESPONSABILIDADE MÉDICA. **CULPA E NEXO DE CAUSALIDADE NÃO CONFIGURADO**. ART. 159 DO CÓDIGO CIVIL DE 1916.
>
> São pressupostos da responsabilidade civil subjetiva: a conduta culposa do agente, o nexo causal e o dano, e a ausência de quaisquer destes elementos afasta o dever de indenizar. **Caso em que não restou comprovado o nexo de causalidade entre a conduta médica e o óbito do paciente, vítima de edema pulmonar agudo**, após anafilaxia provocada pelo uso de medicamentos. Procedimento médico indicado à espécie e que não obteve sucesso devido à reação alérgica, qualificada pelos peritos como imprevisível. Prova técnica que atestou não ser necessário o teste prévio à aplicação dos medicamentos ¿ Buscopan e Plasil, que apresentam baixo risco de reações anafiláticas, especialmente no caso da vítima, que já havia utilizado os fármacos em outras oportunidades, sem apresentar qualquer reação. Tese de que foi aplicada injeção de Voltaren ao invés de Buscopan não comprovada. **Negligência, imprudência e imperícia não configuradas. Dever de indenizar não reconhecido.**
>
> 2. RESPONSABILIDADE DO HOSPITAL. FALHA DO SERVIÇO NÃO CARACTERIZADA. **Comprovada a adequação dos procedimentos adotados pelos prepostos do nosocômio réu e inexistindo nos autos qualquer outro elemento capaz de identificar**

> **falha do serviço prestado pela instituição, não há de falar em obrigação de indenizar.** Responsabilidade objetiva do hospital prestador do serviço afastada, na forma do art. 14, § 3º, do CDC. Sentença mantida. APELAÇÃO IMPROVIDA." (Grifos meus, Apelação Cível Nº 70023243769, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Paulo Roberto Lessa Franz, Julgado em 09/10/2008).

Voto, pois, pelo conhecimento e desprovimento do apelo, mantendo-se *in totum* o julgado *a quo*.

Apelação Cível n. 2014.071649-8, de Ituporanga

Relator: Des. Joel Dias Figueira Júnior

> APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CAUTELAR INOMINADA COM PEDIDO LIMINAR. PETIÇÃO INICIAL INDEFERIDA ANTE A AUSÊNCIA DE CONDIÇÕES DA AÇÃO. DEMANDA AJUIZADA CONTRA "USUÁRIOS DE APLICATIVO DE SMARTPHONE DENOMINADO WHATSAPP". RÉUS INDEFINIDOS. IMPOSSIBILIDADE DE CITAÇÃO POR EDITAL. INEXISTÊNCIA DE RÉUS CERTOS E DETERMINÁVEIS. AUSÊNCIA DE PRESSUPOSTO DE CONSTITUIÇÃO E DESENVOLVIMENTO VÁLIDO E REGULAR DO PROCESSO. REQUISITO DO ART. 282, II, DO CPC NÃO PREENCHIDO. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.
>
> I – Não preenchendo a petição inicial todos os seus requisitos indispensáveis, haja vista ter a Autora ajuizado a ação contra réus indefinidos e não determináveis (art. 282, II, do CPC), o indeferimento da peça exordial é a medida que se impõe, pois ausente pressuposto de constituição e desenvolvimento válido do processo.
>
> II – Nos termos do inciso I do artigo 231 do Código de Processo Civil, muito embora exista a possibilidade de haver réus incertos ou desconhecidos, permitindo-se expressamente a ocorrência de citação por edital, há de se notar que tal medida é de caráter excepcional, somente admitida quando a pretensão formulada na inicial encontrar-se também dirigida contra um sujeito ou grupo de pessoas certas e individualizadas.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2014.071649-8, da comarca de Ituporanga (1ª Vara), em que é apelante J. A., e apelado Terceiros Interessados, Ausentes, Incertos e Desconhecidos:

A Quarta Câmara de Direito Civil decidiu, por unanimidade, conhecer do recurso e negar-lhe provimento. Custas legais.

O julgamento, realizado no dia 23 de abril de 2015, foi presidido pelo Excelentíssimo Senhor Desembargador Eládio Torret Rocha, com

voto, e dele participou o Excelentíssimo Senhor Desembargador Jorge Luis Costa Beber.

Florianópolis, 24 de abril de 2015.

Joel Dias Figueira Júnior
RELATOR

RELATÓRIO

J. A. ajuizou *ação cautelar* contra "usuários do aplicativo de smartphone denominado whatsapp" pelos fatos e fundamentos jurídicos descritos na exordial de fls.1-10, alegando, em síntese, que teve uma fotografia sua, parcialmente desnuda, enviada sem seu consentimento pelo aplicativo whatsapp de celulares smartphone, culminando na circulação indevida da imagem pelos meios virtuais.

Ao final, requereu liminarmente a determinação para que os réus (todos incertos e desconhecidos) fossem compelidos à exclusão da foto e abstenção de envio a outros usuários do aplicativo, sob pena de aplicação de multa diária.

Deferido o benefício da Justiça Gratuita à fl. 24.

Sentenciando (fls. 24-26), o Magistrado *a quo* indeferiu a petição inicial por ausência das condições da ação (impossibilidade jurídica do pedido e falta de interesse de agir), extinguindo o feito, sem resolução do mérito, com fulcro nos arts. 295, III e V, e 267, I, ambos do Código de Processo Civil.

Inconformada, a Autora interpôs recurso de apelação (fls. 28-39), alegando a existência de possibilidade jurídica do pedido. Fez considerações acerca do ajuizamento de demanda contra réus incertos, requerendo a reforma da sentença proferida e, por conseguinte, o processamento da demanda.

Presentes os requisitos de admissibilidade do recurso.

É o relatório.

VOTO

Pretende a Autora, ao ajuizar a presente ação cautelar inominada, que toda pessoa que possui alguma foto sua semidesnuda em seu aplicativo whatsapp seja compelida a deletá-la, bem como se abstenha de compartilhá-la com outros usuários do aludido aplicativo.

Ab initio, cumpre salientar que a sentença proferida pelo Magistrado a quo merece ser mantida, ainda que por fundamento diverso.

Em que pese a Autora ter buscado tutela satisfativa (a fim de fazer cessar a disseminação indevida de foto sua semidesnuda) manejando "ação cautelar", os fatos, fundamentos jurídicos e pedidos estão sintonizados, em tese, com a ação principal de obrigação de fazer.

Assim, se a exordial estivesse revestida de todos os requisitos indispensáveis à propositura da ação (preenchendo os pressupostos processuais de existência e validade) – o que não foi o caso dos autos, conforme será demonstrado –, nada obstante o nome equivocado de "ação cautelar", a pretensão deveria ter sido conhecida como ação principal de obrigação de fazer, em observância aos princípios da celeridade e instrumentalidade das formas.

No entanto, há de se verificar que a Autora ajuizou a demanda apenas contra réus incertos e desconhecidos (não determináveis). Nos termos do inciso I, do artigo 231 do CPC, muito embora exista a possibilidade de haver réus incertos ou desconhecidos, permitindo-se expressamente a ocorrência de citação por edital, há de se notar que tal medida é de caráter excepcional, somente permitida quando a pretensão formulada na inicial encontrar-se dirigida contra sujeito certo ou um grupo de pessoas certas e individualizadas.

No caso em apreço, a ação foi movida genericamente contra "usuários do aplicativo smartphone denominado whatsapp", grupo formado por uma quantidade absolutamente incerta e não determinada de pessoas.

A regra geral insculpida no inciso II do artigo 282 do Código de Processo Civil exige que se faça presente na petição inicial: os nomes, prenomes, estado civil, profissão, domicílio do autor e do réu, sendo que, na impossibilidade de serem declinadas as qualificações de todos, seria suficiente que fossem individualizadas.

Não admite o sistema instrumental que seja dirigido um pedido certo contra sujeitos incertos e indeterminados, como ocorreu no caso dos autos.

Em caso análogo, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

> PROCESSUAL CIVIL. CITAÇÃO POR EDITAL. ART. 231, I, DO CPC. RÉUS DESCONHECIDOS E INCERTOS. MEDIDA EXCEPCIONAL NÃO-CONFIGURADA. **1. A citação do réu desconhecido, por edital, (CPC, art. 231, I) é medida excepcional, somente admitida quando possível determinar ao menos o grupo de pessoas a que é dirigida, como, v.g., nos casos de ações possessórias contra invasores de imóvel, impossibilitando o autor, em razão da verdadeira multidão instalada no bem, identificar cada um dos que molestavam a sua posse.** Precedentes: (REsp 362.365/SP, Rel. DJ 28.03.2005; REsp 28900/RS, DJ 03.05.1993). [...] 3. A citação de pessoas incertas e indeterminadas resultaria no efeito erga omnes da própria coisa julgada, transformando o ato jurisdicional, de regra, individual e concreto, em mandamento geral e abstrato, usurpando a competência do legislador e, a fortiori, violando o princípio da separação dos poderes, mercê de em ação individual obter resultado apenas passível de obtenção em Ação Civil Pública. [...] (REsp 837.108/MG, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 05/06/2008, DJe 18/06/2008). (Grifou-se).

Moacyr Amaral Santos, a propósito, leciona:

> [...] a regra é de que somente as partes são alcançadas pela autoridade da coisa julgada. Terceiros, que não participaram da relação processual, não tiveram posição no processo e podem mesmo ignorar a sua existência, estão livres dos efeitos da coisa julgada. (Comentários ao Código de Processo Civil, Editora Forense, 2ª ed., p. 486).

Assim, ao ajuizar ação, cabe ao autor descrever os contornos da lide e especificar o pedido, mas também identificar os sujeitos que haverão de suportar a sucumbência, isto é, os legitimados passivos "*ad causam*".

A inexistência de réu ou réus certos e determinados, importa em ausência de pressuposto processual subjetivo intrínseco de validade do processo.

Apenas para argumentar ainda que se admitisse a citação por edital conforme pretendido, a tutela jurisdicional não seria alcançada porquanto impossível a sua efetivação no plano do mundo dos fatos, pois a ordem judicial emanada do Estado-juiz não alcançaria nenhum sujeito definitivo, tornando-se geral e abstrata.

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso, mantendo-se a sentença que indeferiu a petição inicial e extinguiu o processo, sem resolução do mérito, porém, com fulcro nos arts. 295, c/c o art. 282, II e 267, I e IV, todos do Código de Processo Civil.

É o voto.

QUINTA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

Apelação Cível n. 2013.005588-5, de Blumenau

Relator: Des. Sérgio Izidoro Heil

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. ADOLESCENTE, VÍTIMA DE ATROPELAMENTO, SUBMETIDA À CIRURGIA EMERGENCIAL DE CRANIOTOMIA DESCOMPRESSIVA. DESCARTE DE FRAGMENTOS ÓSSEOS DO CRÂNIO. ALEGAÇÃO DE QUE TAL PARTE DEVERIA SER GUARDADA PARA POSTERIOR RECOLOCAÇÃO. PROFISSIONAIS QUE OPTARAM PELO DESPREZO, ANTE A PROBABILIDADE DE INFECÇÃO DO FLAPE ÓSSEO E DA NECESSIDADE URGENTE DE ENCAMINHAR A PACIENTE PARA A UNIDADE DE TRATAMENTO INTENSIVO – UTI, A FIM DE EVITAR EDEMA CEREBRAL. PROCEDIMENTO RECOMENDADO PELA LITERATURA MÉDICA. RESPONSABILIDADE CIVIL DO PROFISSIONAL DA SAÚDE NÃO EVIDENCIADA. DÉFICIT NEUROLÓGICO DECORRENTE DA SEQUELA DEIXADA EM RAZÃO DO TRAUMATISMO CRANIANO E NÃO PELO DESCARTE ÓSSEO. AUSÊNCIA DE NEXO ENTRE AS LESÕES GERADAS NO MOMENTO DO TRAUMA E A AUSÊNCIA DA PASTILHA ÓSSEA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO NOSOCÔMIO INEXISTENTE. NÃO CONFIGURAÇÃO DE ATO ILÍCITO E NEXO CAUSAL. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO.

A obrigação decorrente da atividade curativa do médico não é de resultado e sim de meio. Sua responsabilidade civil, nos termos do artigo 951 do atual Código Civil, é subjetiva, devendo para tanto, ser provado que agiu com imprudência, negligência ou imperícia.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2013.005588-5, da comarca de Blumenau (3ª Vara Cível), em que é

apelante T. P. de S. Repr. p/ mãe R. S. de S., e apelados Sociedade Divina Providência Hospital Santa Isabel e outro:

a Quinta Câmara de Direito Civil decidiu, por votação unânime, conhecer do recurso e negar-lhe provimento. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Exmos. Srs. Des. Henry Petry Junior e Jairo Fernandes Gonçalves. Funcionou pela Procuradoria-Geral de Justiça a Exma. Sra. Dra. Gladys Afonso.

Florianópolis, 12 de março de 2015.

Sérgio Izidoro Heil
PRESIDENTE E RELATOR

RELATÓRIO

Trata-se de apelação cível interposta por T. P. de S. em face da sentença proferida pelo Juiz de Direito da 3ª Vara Cível da comarca de Blumenau que, nos autos da "Ação de indenização por danos materiais e morais", autuada sob o n. 008.08.023790-5, julgou improcedente o pedido inicial. Por fim, condenou a parte autora ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em R$ 1.000,00, suspensa a exigibilidade em razão do deferimento da gratuidade processual. (fls. 532/561).

Em suas razões recursais aduziu, em síntese, que: o médico que atendeu a infante não realizou o procedimento cirúrgico correto; entendeu que tal cirurgia objetivou a retirada da pressão do cérebro, originada pelos traumatismos causados pelo acidente, retirando um pedaço do crânio, sendo necessário que a parte óssea fosse guardada para posterior recolocação, fato que não ocorreu; a apelante está com o cérebro coberto somente pelo seu couro cabeludo, daí porque entendeu que os requeridos devem ser responsabilizados pelos prejuízos materiais e morais sofridos pela criança; a relação existente entre as partes é de consumo; o hospital, na

qualidade de prestador de serviço, deve responder pelos danos causados pelo médico, que no seu entender, agiu com culpa; os requeridos devem custear totalmente a cirurgia de cranioplastia reparadora de falha óssea, incluindo exames, despesas médicas, medicamentos e materiais que a autora necessitar; tal falha limita até hoje a recorrente; a não realização da cranioplastia em caráter de urgência ocasionará danos irreversíveis à saúde da criança. Por fim, requereu seja dado provimento ao apelo. (fls. 565/575).

Contrarrazões acostadas às fls. 582/590, pelo Hospital; o médico deixou de responder ao apelo. Após, os autos ascenderam a esta Corte de Justiça.

Funcionou pela Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Dr. Paulo Ricardo da Silva, opinando pelo conhecimento e desprovimento do apelo.

VOTO

Porque preenchidos os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Antes de adentrar no mérito do litígio registro que, no tocante à culpa do médico, a responsabilidade pelos supostos danos causados à paciente é subjetiva, forte no art. 951 do vigente Código Civil.

Isso porque, o profissional exerce uma atividade de meio e não de resultado, sendo imprescindível que desempenhe sua função com zelo e dedicação, empregando toda a técnica e conhecimento necessários para alcançar a cura do enfermo.

Sobre a responsabilidade dos profissionais liberais, o Código de Defesa do Consumidor abre uma exceção ao princípio da objetivação da responsabilidade civil, dispondo, em seu art. 14, § 4º, que "A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa".

Miguel Kfouri Neto ensina:

> Ao assistir o cliente, o médico assume obrigação de meio, não de resultado. O devedor tem apenas que agir, é a sua própria atividade o objeto do contrato. O médico deve apenas esforçar-se para obter a cura, mesmo que não a consiga.
>
> A jurisprudência tem sufragado o entendimento de que, quando o médico atende a um cliente, estabelece-se entre ambos um verdadeiro contrato. A responsabilidade médica é de natureza contratual. Contudo, o fato de considerar como contratual a responsabilidade médica não tem, ao contrário do que poderia parecer, o resultado de presumir a culpa. O médico não se compromete a curar, mas a proceder de acordo com as regras e os métodos da profissão (Responsabilidade Civil do Médico. 5ª ed. São Paulo: RT, 2003. p. 71-72).

Portanto, somente a configuração de conduta culposa pode dar ensejo à responsabilização civil do médico, hipótese que não é a dos autos, consoante se explicará.

Sustentou a autora que foi submetida a uma cirurgia conhecida como craniotomia descompressiva, pois foi vítima de um atropelamento ocorrido na BR-470.

Relatou que tal procedimento tinha por objetivo a retirada da pressão do cérebro, ocasionada pelos traumatismos causados pelo acidente de trânsito, porém, o erro cometido pelo médico foi o de não guardar os fragmentos ósseos cranianos retirados da sua cabeça.

Asseverou que o descarte, após a cirurgia, ocasionou sérias consequências à sua saúde. Entendeu que os requeridos devem ser responsabilizados pelos prejuízos materiais e morais sofridos pela adolescente, devendo custear totalmente a cirurgia de cranioplastia reparadora de falha óssea, incluindo exames, despesas médicas, medicamentos e materiais que a autora necessita.

É incontroverso nos autos que, em 05 de novembro de 2007, a autora, vítima de atropelamento, foi submetida à cirurgia de emergência,

craniotomia descompressiva, ocasião em foi descartado fragmento ósseo do seu crânio (flape), o qual poderia ser posteriormente recolocado. A partir daí cinge-se a controvérsia.

Sustenta a autora que até hoje está com o cérebro coberto apenas pelo couro cabeludo. Entendeu que o primeiro apelado não realizou procedimento correto para a cirurgia, pois, no seu entender, era necessário que a parte óssea retirada fosse guardada para posterior recolocação, daí porque a necessidade de responsabilização dos requeridos.

O médico demandado, em sua peça de defesa, ressaltou que atuou como segundo auxiliar, tendo sido o Dr. C. I. C. B. o neuro-cirurgião responsável pelo procedimento realizado na adolescente. Alegou, ainda, que não foi sua a decisão de descartar o flape ósseo, porém, foi a solução mais adequada, porque "após a cirurgia descompressiva obteve-se uma pastilha óssea grande e a paciente apresentava tecido subcutâneo abdominal escasso, fato este que aumentaria a probabilidade de infecção do flapp ósseo, além de aumentar o tempo cirúrgico em paciente pré-agônico. Ademais, importante registrar que a técnica do armazenamento ósseo no tecido subcutâneo no abdome é questionável e não há uma norma universal que dite e sustente sua realização de forma unânime" (fl. 361).

O nosocômio, por sua vez, defendeu, dentre outras questões, que a cirurgia de cranioplastia não pôde ser realizada em decorrência do edema cerebral e tumefação ainda presentes no couro cabeludo da menor, não havendo redução ideal do inchaço cerebral para o acoplamento da prótese craniana.

Colho dos autos que T. P. de S. deu entrada no nosocômio réu, em coma profundo, após ter sido atropelada. Realizou tomografia computadorizada de crânio e outros exames pré-operatórios, conforme documentos encartados neste caderno processual, tendo sido submetida à referida cirurgia descompressiva. Após tal procedimento, como não havia vaga na Unidade de Terapia Intensiva - UTI do estabelecimento

réu, foi encaminhada para o Hospital Santa Inês, em Balneário Camboriú, onde permaneceu por 25 dias.

A controvérsia, como dito alhures, gira em torno do fato de os profissionais da medicina não terem guardado em local adequado a flape óssea retirada da cabeça da infante.

Constato, que a perícia judicial foi hialina ao declarar que era impreterível executar a cirurgia (craniotomia descompressiva) na requerente, pois esta apresentava estado clínico de extrema gravidade, na iminência de evoluir para morte cerebral.

O perito foi claro, também, em esclarecer que: a guarda do flap craniano nem sempre é a medida mais adequada, sendo que na maioria das vezes o procedimento mais adequado é a utilização de próteses acrílicas específicas para este fim. Afirmou, ainda, que no caso específico poderia aumentar o risco de inflamação e infecção local, com o prolongamento de tempo cirúrgico, senão veja-se:

> "[...] 8) Informe o Sr. Perito se era necessário executar a craniotomia descompressiva na requerente? R. Sim.
>
> 9) Informe o Sr. Perito se era necessário executar a craniotomia descompressiva na requerente? R. Sim, impreterivelmente.
>
> [...]
>
> 18) Informe o Sr. Perito quando se realiza uma cirurgia craniotomia descompressiva, é retirado uma parte do crânio?
>
> R. Sim.
>
> 19) Informe o Sr. Perito qual o tamanho da parte do crânio que é retirada?
>
> R. O tamanho da craniotomia depende do tamanho do agente compressor. Em casos de severo edema cerebral concomitante, quanto maior for a abertura, maior será o efeito descompressivo, objetivo da intervenção.
>
> 20) Informe o Sr. Perito se essa parte do crânio que é retirada é possível mais tarde recolocar no local retirado.
>
> R. Sim.

21) Informe o Sr. Perito se a boa técnica profissional e experiência determina que seja guardada essa parte do crânio que é retirado do paciente na craniotomia descompressiva, para recolocar mais tarde?

R. A preservação da 'pastilha óssea' (ou 'retalho ósseo' ou 'flapp ósseo') é a norma embora não seja obrigatória; inclusive existem situações que recomendam o seu desprezo (fraturas que a fragmentem e principalmente em casos de fraturas expostas com ferimento contaminado por detritos).

22) Informe o Sr. Perito onde é guardada essa parte do crânio após ser retirada para aproveitamento mais tarde?

R. Pode ser mantida congelada externamente em banco de osso ou acondicionada no espaço subcutâneo, optando-se geralmente por prepara uma bolsa na camada adiposa existente entre a musculatura e a pele da parede abdominal.

23) Informe o Sr. Perito se a cirurgia que sofreu a requerente foi craniotomia descompressiva e se foi retirado parte do seu crânio?

R. Sim e sim.

24) Informe o Sr. Perito se a requerente tinha massa física suficiente para guardar em seu corpo essa parte do crânio que foi retirada, para implantação mais tarde?

R. Sim.

25) Informe o Sr. Perito quais os danos da requerente sem a parte do crânio que foi retirada em cirurgia?

R. A falta do retalho ósseo implica em comprometimento estético e representa um ponto de maior vulnerabilidade em caso de um choque na região. Ressalte-se que sempre que um neurocirurgião necessita fazer uma craniotomia descompressiva, ele o faz com a intenção de realizar a necessária 'cranioplastia' (procedimento que visa corrigir a lacuna óssea) tão logo a situação clínica do paciente o permita. Geralmente dentro dos primeiros meses de pós operatório

[...]

27) Informe o Sr. Perito se a parte do crânio retirado da requerente foi guardada ou descartada?

R. Descartada; (segundo consta dos autos)

28. Informe o Sr. Perito se existe outros meios, processos, próteses, para substituir a parte do crânio da requerente?

R. Sim.

29) Informe o Sr. Perito qual o meio, processo, prótese mais indicado para requerente

R. Atualmente o processo mais usado é a moldagem de uma prótese de metilmetacrilato (acrílico cirúrgico)

[...]

34) Informe o Sr. Perito se em caso de cirurgias craniotomia descompressiva, tal qual sofreu a requerente, existe necessidade de antes comunicar os pais, representante legal e ou família, de intervenção cirúrgica?

R. Craniotomias descompressivas geralmente são realizadas em casos de extrema urgência. Imediatamente a seguir a admissão do traumatizado provindo diretamente do local do acidente. São intervenções destinadas a aliviar a pressão intracraniana (pressão decorrente da presença de coágulos e edema em rápida expansão) na iminência de ultrapassar a capacidade de complacência cerebral e culminar em morte cerebral, costuma ser casos onde a vida do paciente está em perigo extremo e onde muitos fazem muita diferença. Nestas ocasiões geralmente familiares ainda nem foram localizados ou notificados sobre o ocorrido. Em casos onde a vida do paciente está em jogo a autorização passa a ser irrelevante, pois a equipe médica e o hospital que deixar de agir estará incorrendo em omissão de socorro.

35. Informe o Sr. Perito se em casos de cirurgia craniotomia descompressiva tal qual sofreu a requerente, existe a necessidade de comunicar os pais ou representante legal ou familiar, quando tomada a decisão de descartar parte do crânio retirado do paciente?

R. Não.

36. Informe o Sr. Perito se é mais indicado guardar a parte do crânio retirado do paciente e ou descartar e mais tarde colocar prótese e ou outros meios?

R. Em geral se preserva a 'pastilha' retirada para reposição posterior. No entanto, por se tratar de um fragmento ósseo morto, privado de circulação, ele se comporta de maneira semelhante podendo sofrer rejeição.

Quesitos do réu:

[...]

3) Consta do prontuário médico, especialmente na tomografia computadorizada de crânio, que a requerente apresentou um hematoma subdural agudo à esquerda com desvio de linha média para a direita. O procedimento cirúrgico de craniectomia descompressiva ampla à esquerda era indicado nesta hipótese?

R. Plenamente indicado, exigindo intervenção imediata.

4) A inserção do flapp ósseo no tecido subcutâneo abdominal, ainda mais se tratando de uma pastilha óssea grande e tendo ainda em vista a escassez de tecido abdominal, aumenta a probabilidade de infecção do flapp ósseo, além de aumentar o tempo cirúrgico em paciente pré-agônico?

R. Um Flapp ósseo de grandes proporções pode ser mal tolerado localmente, especialmente se o osso assim implantado for proporcionalmente grande e causa tensão local e distensão cutânea, aumentando o risco de inflamação e infecção local (o que exigiria a remoção e descarte do mesmo). Este procedimento implica evidentemente em prolongamento do tempo cirúrgico.

5) Os danos apresentados pela requerente, especialmente o déficit neurológico, são aquelas do traumatismo craniano grave por ela sofrido, com lesões cerebrais severas geradas no momento do trauma ou pela ausência de pastilha óssea?

R. O déficit neurológico é sequela do trauma craniano não relacionado com a ausência de pastilha óssea.

Considerações finais do perito; Traumatizados de crânio que na admissão recebem um índice de 3 ou 4 na escala de coma de Glasgow (Glascow Coma Scale, GCS) se encontram em estado gravíssimo, na iminência de evoluir para a morte cerebral. A decisão de intervir representa medida heróica cuja chance de sucesso é reduzida, girando em torno de 50%. Pacientes jovens tem chances maiores de sobrevida. Não é incomum que durante o ato operatório, dado a extensão das lesões e de implacável

> edema cerebral encontrados, o cirurgião passe a ter a convicação de que o paciente não sobreviverá além de poucas horas. A preocupação maior neste momento é concluir a intervenção e conduzir o paciente o mais rápido possível para a Unidade de Terapia Intensiva (UTI) a fim de iniciar medidas que visam o combate do edema cerebral. Em tais situações, também não é incomum que o destino dado ao retalho ósseo passe a ser de somenos importância sendo facilmente reparado por uma cranioplastia heteróloga (em geral modelagem de prótese de metilmetacrilato) caso o paciente venha – contra a expectativa – a sobreviver ao grave trauma recebido. A posterior cobertura/fechamento de uma craniotomia descompressiva [(se utilizando o retalho ósseo (homologo) ou prótese (heterologo)] se constitui em estratégia cirúrgica a ser decidida pelo cirurgião considerando múltiplos fatores. **Caso opte por desprezar o retalho ósseo, não configura absolutamente uma conduta irregular passível de ser classificada como imperícia, imprudência ou negligência.** Abaixo menciona-se dois artigos científicos onde pode-se verificar que a opção de desprezar o retalho ósseo não é um procedimento incomum nem irregular em neurocirurgia. (fls. 481/485). (Grifei).

Assim, entendo que as provas constantes nos autos revelam a fragilidade da tese inicial, pois a intervenção cirúrgica era estritamente necessária para salvar a vida da requerente. Da mesma forma, o desprezo do flap ósseo foi uma medida adequada ao quadro clínico da paciente, que sofria risco de morte em razão do atropelamento.

Pelo que foi colocado, ficou clara a preocupação dos profissionais em concluir a cirurgia e conduzir a paciente o mais rápido possível para a Unidade de Terapia Intensiva (UTI) para evitar possível edema cerebral.

Ademais, conforme destacado acima, o perito foi categórico em afirmar que no caso de o profissional da medicina optar por desprezar o retalho ósseo, tal conduta não configura absolutamente como um ato irregular passível de ser classificado como imperícia, imprudência ou negligência.

Assim, não configurada conduta omissiva/comissiva dos acionados, não procede o pedido de condenação dos requeridos ao custeio total

de cirurgia de cranioplastia reparadora de falha óssea, incluindo exames, despesas médicas, medicamentos e materiais que a autora possa necessitar.

Diante desse contexto, concluo pela inexistência de nexo causal entre o quadro clínico que apresenta a autora atualmente e o descarte do fragmento ósseo efetuado pelo cirurgião. E, ainda que fosse o caso de a enfermidade não ter sido inteiramente curada, faltaria a comprovação de que o profissional da saúde não empregou toda a técnica e conhecimento necessários ao sucesso da cirurgia, agindo com culpa, pois, consoante já explicitei, a obrigação é de meio, não de resultado. Via de consequência, descabe falar em responsabilidade civil da casa de saúde.

Ante o exposto, voto para conhecer do recurso e desprovê-lo, mantendo-se incólume a sentença guerreada.

Apelação Cível n. 2015.021131-7, de Laguna

Relator: Des. Henry Petry Junior

APELAÇÃO CÍVEL. CONSTITUCIONAL, RESPONSABILIDADE CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS E MATERIAIS. VEICULAÇÃO EM JORNAL E PÁGINA ELETRÔNICA DE MATÉRIAS CONSIDERADAS OFENSIVAS. – IMPROCEDÊNCIA NA ORIGEM.

RECURSO DO AUTOR. (**1**) CONFLITO APARENTE ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS. RESOLUÇÃO. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.

- Todos possuem direito à liberdade de expressão e de opinião, sendo a liberdade de informação inerente à de imprensa. O exercício jornalístico deve ser livre e independente, cumprindo seu *mister* de informar a sociedade quanto aos fatos cotidianos de interesse público, propiciando a formação de opiniões e consciências críticas, a bem contribuir para a democracia, sendo fundamental ao Estado Democrático de Direito, portanto, que a imprensa seja livre e sem censura. Nada obstante, com base no princípio da proporcionalidade, vê-se que tal garantia não é absoluta, pois encontra limite na inviolabilidade da intimidade, da privacidade, da honra e da imagem, cabendo aos profissionais da mídia se acautelar com relação à divulgação de versões que transcendam à mera narrativa fática e que exponham indevidamente a intimidade ou a privacidade ou, ainda, acarretem danos à honra e à imagem dos indivíduos, em afronta ao preceito fundamental da dignidade da pessoa humana.

(**2**) RESPONSABILIDADE PELOS EXCESSOS PUBLICADOS NA IMPRENSA. AUTOR DO ESCRITO E RESPONSÁVEL PELO MEIO DE VEICULAÇÃO.

- São civilmente responsáveis, individual ou conjuntamente, pelos excessos publicados na imprensa e que violam direitos e causam danos, tanto o autor do escrito, notícia ou transmissão, quanto o responsável pelo meio de veiculação, informação ou divulgação, inclusive assegurando-se direito de regresso a este em relação àquele.

(**3**) RESPONSABILIDADE CIVIL. MATÉRIAS CRÍTICAS VEICULADAS EM JORNAL E PÁGINA ELETRÔNICA.

ACIDENTE AÉREO. 12.4.1980. VÔO 303 DA TRANSBRASIL. SUMIÇO DE JOIAS. CARÁTER INFORMATIVO NÃO EXCEDIDO. EXERCÍCIO REGULAR DE DIREITO. MENÇÕES NÃO OFENSIVAS À INTIMIDADE, À PRIVACIDADE, À HONRA E À IMAGEM. ILICITUDE DO ATO NÃO CONFIGURADA. DEVER DE INDENIZAR INEXISTENTE.

- Não há falar em transbordo ilícito da liberdade jornalística quando consubstancia o excerto midiático mera crítica não ofensiva à intimidade, à privacidade, à honra ou à imagem, vindo vazado em termos desprovidos de feição injuriosa (*animus injuriandi*), difamatória (*animus difamandi*) ou caluniosa (*animus caluniandi*), lastreado em questão fática verdadeira e dotada, primordialmente, de caráter informativo, compatível, portanto, com os limites impostos pelo fim social da liberdade jornalística e com a função essencial da imprensa de informar.

(**4**) DIREITO AO ESQUECIMENTO. COMPONENTE DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE. INADMISSIBILIDADE DA CENSURA. HISTORICIDADE DOS ACONTECIMENTOS SOCIAIS. ELEMENTO INTEGRANTE DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. NECESSIDADE DE PROTEÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA DE EXCESSOS. DEVER DE INDENIZAR INEXISTENTE.

- O direito ao esquecimento, apesar de erigido por doutrina e jurisprudência hodiernas como um direito da personalidade novo e independente dos demais e corolário do princípio da dignidade da pessoa humana, sob uma visão mais crítica, enquanto verdadeiro limitador do direito à informação e à liberdade de imprensa, há de ser visto com cautela, sob pena de configurar, sob o ilusório pálio de resguardo máximo de direitos fundamentais próprio do Estado Democrático de Direito, inadmissível e inconstitucional forma de censura. Assim, deve ser concebido nos limites dos direitos da personalidade já assegurados pelo ordenamento jurídico pátrio, notadamente a intimidade, a privacidade, a honra e a imagem, sobretudo com o fim de resguardar o manifesto interesse público na historicidade dos acontecimentos sociais, cuja transmissibilidade informativa que lhe é inerente também compõe o espectro da dignidade da pessoa humana, que tem o seu desenvolvimento assentado, justamente, na aprendizagem social histórica.

SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2015.021131-7, da comarca de Laguna (1ª Vara Cível), em que é apelante José Paulo Martins Cardoso, e apelada RBS Zero Hora Editora Jornalística S/A:

A Quinta 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 Sérgio Izidoro Heil, com voto, e dele participou o Excelentíssimo Senhor Desembargador Jairo Fernandes Gonçalves.

Florianópolis, 18 de junho de 2015.

Henry Petry Junior
RELATOR

RELATÓRIO

1 A ação

Perante a 1ª Vara Cível da comarca de Laguna, JOSÉ PAULO MARTINS CARDOSO ajuizou, em 25.3.2011, *"ação de indenização por danos morais e patrimoniais c/c pedido de liminar"* (autos n. 040.11.002630-6) (fls. 2/17) contra RBS ZERO HORA EDITORA JORNALÍSTICA S.A., ambos qualificados nos autos.

Narrou que: **[a]** era investigador da Polícia Civil do Estado de Santa Catarina na época do acidente aéreo ocorrido em 12.4.1980 com o vôo 303 da Transbrasil e que desaguou no sumiço de joias dos passageiros; **[b]** o autor foi réu em processo criminal relacionado aos fatos, tendo sua punibilidade sido extinta por ocorrência da prescrição, suscitando o direito ao esquecimento; **[c]** devido à grande repercussão do acidente no cenário jornalístico, vem sendo citado em matérias jornalísticas publicadas

pela ré sobre o caso, inclusive com veiculação de sua imagem indicando participação no crime; **[d]** nunca forneceu autorização para a divulgação de seu nome ou de sua imagem; **[e]** em 2010, passados 30 (trinta) anos do acidente, foi procurado pela ré a fim de conceder entrevista quanto ao acidente, mas se negou a conceder e não autorizou o uso de seu nome ou de sua imagem, pela tristeza que a lembrança dos fatos lhe ocasiona, que tantos prejuízos lhe gerou, de ordem material e moral, notadamente a perda de seu emprego; **[f]** apesar da negativa de concessão da entrevista e da ausência de autorização, a ré publicou matéria com supostas alegações do autor, bem como foto sua e informando o local onde reside; **[g]** a publicação, além da veiculação impressa, foi objeto de reprodução na página eletrônica da ré; **[h]** vive em comunidade pequena, em que todos o conhecem, razão pela qual abalada restou sua honra com a publicação da matéria, suscitando danos morais; **[i]** o comércio que tinha na região teve seu faturamento prejudicado em razão da publicação da matéria, por perda de sua clientela, ensejando danos materiais; e **[j]** a ré auferiu lucro com a venda dos periódicos, cabendo o repasse de percentual ao autor, proporcionando danos materiais.

Requereu, por fim, fosse(m): **[a]** preliminarmente: **[a.1]** concedidos os benefícios da gratuidade da Justiça; e **[a.2]** concedida a antecipação dos efeitos da tutela a fim de determinar à ré que: **[a.2.1]** não publique o nome e/ou a imagem do autor em matérias que mencionam os fatos narrados; e **[a.2.2]** exclua de suas páginas eletrônicas matérias que contenham o nome e/ou a imagem do autor relacionados aos fatos narrados; e, **[b]** no mérito, julgados totalmente procedentes os pedidos formulados para que condenada a ré ao pagamento de indenização a título de: **[b.1]** danos morais, no valor de R$ 250.000,00 (duzentos e cinquenta mil reais); e **[b.2]** danos materiais, no valor de: **[b.2.1]** R$ 22.500,00 (vinte e dois mil e quinhentos reais), por lucros cessantes; e **[b.2.2]** 5% (cinco por cento) dos lucros da ré com a publicação do jornal em 11.4.2010.

A inicial veio instruída com os documentos de fls. 18/31.

Concedidos os benefícios da gratuidade da Justiça ao autor e determinada a emenda da inicial para que apresentada cópia integral do processo criminal mencionado, sob pena de indeferimento da petição inicial (fl. 32).

O autor acostou petitório (fls. 33/34) e documentação (fls. 35/37).

Indeferida a antecipação dos efeitos da tutela, por entender-se que as matérias jornalísticas se ativeram a narrar fatos, sem excessos abusivos (fls. 38/39).

Opostos embargos de declaração (fls. 65/68), foram estes conhecidos, mas rejeitados (fl. 70).

Interposto agravo de instrumento (autos n. 2012.002818-4) (fls. 72/84), em que pese ausente a decisão no presente feito, os autos foram apreciados por esta Quinta Câmara de Direito Civil, sob minha Relatoria, na Sessão de Julgamento do dia 31.5.2012, tendo-se negado provimento ao recurso.

Citada (fl. 41), a ré apresentou resposta na forma de contestação (fls. 45/56).

Narrou que: **[a]** a matéria é estritamente narrativa, sem qualquer juízo de valor; **[b]** em momento algum as matérias jornalísticas acusaram o autor como sendo o responsável pelo sumiço das joias; **[c]** além de não ter ocorrido qualquer acusação, também não se promoveu a publicação de qualquer inverdade, eis que o autor, efetivamente, foi acusado, tanto que condenado em processo criminal, apesar de posteriormente extinta a sua punibilidade em razão da prescrição; **[d]** apesar do tempo decorrido desde o acidente, o interesse público e jornalístico sobre o assunto persistem, inclusive com presença de destroços do avião no local, com visitantes habituais; **[e]** não pode ser condenada por publicações feitas em páginas eletrônicas de terceiros; e **[f]** não há qualquer comprovação dos danos materiais alegados pelo autor.

Requereu, por fim, fossem julgados totalmente improcedentes os pedidos formulados na exordial.

A contestação veio instruída com os documentos de fls. 57/64.

Impugnação à contestação às fls. 85/89.

Intimadas as partes acerca das provas a produzir (fl. 90): **[a]** o autor requereu (fl. 92) a produção de: **[a.1]** prova documental; e **[a.2]** prova oral; e **[b]** a ré requereu (fl. 95): **[b.1]** o julgamento antecipado da lide; e, [b.2] subsidiariamente, a produção de prova oral.

Após, sobreveio sentença (fls. 96/102).

1.1 A sentença

No ato compositivo da lide (fls. 96/102), proferido antecipadamente em 16.7.2014, a Magistrada RACHEL BRESSAN GARCIA MATEUS julgou improcedentes os pedidos, por entender que as matérias jornalísticas se ativeram a narrar fatos, sem excessos abusivos.

Condenou a parte autora ao pagamento das custas processuais e de honorários advocatícios, arbitrados estes em R$ 1.000,00 (mil reais), com exigibilidade suspensa por litigar o autor sob o manto da gratuidade da Justiça.

1.2 O recurso

Irresignado, o autor interpõe recurso de apelação (fls. 106/121).

Sustenta, além do mesmo consignado nos itens **[a]** a **[j]** acima apontados de sua petição inicial, também que: **[k]** não autorizou a publicação de seu nome, de sua imagem ou de quaisquer de suas informações pessoais, contrariamente ao que entendeu a sentenciante; e, **[l]** apesar da justificativa de que as matérias teriam o condão de informar a população, isso não se justifica quando os fatos aconteceram há mais de 30 (trinta) anos, ensejando reavivamento de angústia ao autor, obstando-lhe uma vida com dignidade.

Requer, por fim, seja dado provimento ao recurso a fim de reformar a sentença para que julgados totalmente procedentes os pedidos, tal como formulados na exordial.

Contrarrazões às fls. 125/136 pela manutenção da sentença.

Com a ascensão dos autos a esta Corte de Justiça, vieram-me conclusos em 1º.4.2015 (fl. 139), por vinculação ao recurso de agravo de instrumento (autos n. 2012.002818-4).

É o relatório possível e necessário.

VOTO

2 A admissibilidade do recurso

O procedimento recursal, em seu juízo de admissibilidade, comporta uma série de pressupostos, doutrinariamente divididos em: **[a] intrínsecos**, os quais se compõem por: **[a.1]** cabimento; **[a.2]** interesse recursal; **[a.3]** legitimidade recursal; e **[a.4]** inexistência de fato extintivo do direito de recorrer; e **[b] extrínsecos**, que se subdividem em: **[b.1]** regularidade formal; **[b.2]** tempestividade; **[b.3]** preparo; e **[b.4]** inexistência de fato impeditivo do direito de recorrer ou do seguimento do recurso.

Satisfeitos os pressupostos de admissibilidade, conhece-se do recurso.

2.1 O mérito

2.1.a A introdução necessária

A questão nuclear contida nos autos tem sua essência circunscrita no embate entre o direito à intimidade, à privacidade, à honra e à imagem, de ordem individual, e o direito à informação e à liberdade de imprensa, de ordem coletiva.

Pois bem.

A Constituição da República Federativa do Brasil garante o direito de livre expressão à atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura de natureza política, ideológica e artística ou de licença (arts. 5º, inc. IX, e 220, § 2º, da Constituição da República Federativa do Brasil), bem como assegura que não haverá restrição à manifestação do pensamento, à criação, à expressão e à informação, sob qualquer forma, processo ou veículo (art. 220, *caput*, da Constituição da República Federativa do Brasil).

A garantia foi bem retratada pelo Ministro CARLOS AYRES BRITTO por ocasião de exame promovido em sede monocrática:

> [...] a Democracia de que trata a Constituição de 1988 é tanto indireta ou representativa (parágrafo único do art. 1º) quanto direta ou participativa (parte final do mesmo dispositivo), além de se traduzir num modelo de organização estatal que se apóia em dois dos mais vistosos pilares: a) o da informação em plenitude e de máxima qualidade; b) o da transparência ou visibilidade do poder. Por isso que emerge da nossa Constituição a inviolabilidade da liberdade de expressão e de informação (incisos IV, V, IX e XXXIII do art. 5º) e todo um capítulo que é a mais nítida exaltação da liberdade de imprensa. Refiro-me ao Capítulo V, do Título VIII, que principia com os altissonantes enunciados de que: a) "a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão nenhuma restrição, observado o disposto nesta Constituição" (art. 220); b) "nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XV" (§ 1º do art. 220). Tudo a patentear que imprensa e Democracia, na vigente ordem constitucional brasileira, são irmãs siamesas. Uma a dizer para a outra, solene e agradecidamente, "eu sou quem sou para serdes vós quem sois" (verso colhido em Vicente Carvalho, no bojo do poema "Soneto da Mudança"). Por isso que, em nosso País, a liberdade de expressão é a maior expressão da liberdade, porquanto o que quer que seja pode ser dito por quem quer que seja. (STF, MC em ADPF n. 130/DF, rel. Min. Carlos Ayres Britto, j. em 21.2.2008).

Assegura-se, ainda, também em nível de direito fundamental, serem invioláveis a intimidade, a privacidade, a honra e a imagem das pessoas, garantindo-se o direito à indenização por danos materiais ou morais decorrentes de sua violação (art. 5º, inc. X, da Constituição da República Federativa do Brasil).

Nesse cotejo, verifica-se aparente confronto entre tais garantias, de modo a demandar conciliação. Trata-se de árdua tarefa atribuída ao intérprete encontrar o necessário ponto de equilíbrio entre preceitos normativos aparentemente em conflito, vez que dita o princípio da unidade constitucional não poder a Constituição conter conflito consigo mesma, sendo um todo unitário, do que se pode concluir, de antemão, não ser possível examinar as disposições constitucionais de forma isolada e absoluta, destoantes do conjunto, impondo-se um exame contextualizado.

Diante da ausência de mecanismo de solução expressamente previsto em solo pátrio e com o intuito de encontrar a harmonia necessária, buscou-se no Direito alienígena, do que se entendeu por adequado o princípio da proporcionalidade, adotado na Suprema Corte Alemã e acolhido no sistema norte-americano, para solver a aparente antinomia de preceitos fundamentais.

O princípio da proporcionalidade, hoje plenamente acolhido por doutrina e jurisprudência brasileiras, diz não dever se conceder predominância a um direito ou a uma garantia em desfavor do outro, mas, sim, que há de se determinar limite a um quando passar a invadir o espaço do outro, ou seja, encontrar um ponto em que ambos sejam respeitados, na mais harmônica composição.

Assim, na hipótese do aparente conflito em tela, faz-se inegável que o direito à informação e à liberdade de imprensa - contido, de modo amplo, na liberdade de expressão - encontra seu limite no direito à inviolabilidade da intimidade, da privacidade, da honra e da imagem, isto é, aquele pode ser amplamente exercido, desde que não viole este.

Outro não é o regramento que se retira da própria Carta Federal, porquanto estabelece que o exercício da liberdade jornalística deverá se atentar ao nela previsto (art. 220, *caput, in fine*, da Constituição da República Federativa do Brasil), além de expressamente subordiná-lo à observância do disposto no art. 5º, incs. IV, V, X, XIII e XIV, da Constituição da República Federativa do Brasil (art. 220, § 1º, da Constituição da República Federativa do Brasil).

Do entendimento posto, então, conclui-se que todos possuem direito à liberdade de expressão e de opinião, sendo a liberdade de informação inerente à de imprensa. O exercício jornalístico deve ser livre e independente, cumprindo seu *mister* de informar a sociedade quanto aos fatos cotidianos de interesse público, propiciando a formação de opiniões e consciências críticas, a bem contribuir para a democracia, sendo fundamental ao Estado Democrático de Direito, portanto, que a imprensa seja livre e sem censura.

Nada obstante, com base no princípio da proporcionalidade, vê-se que tal garantia não é absoluta, pois encontra limite na inviolabilidade da intimidade, da privacidade, da honra e da imagem, cabendo aos profissionais da mídia se acautelar com relação à divulgação de versões que transcendam à mera narrativa fática e que exponham indevidamente a intimidade ou a privacidade ou, ainda, acarretem danos à honra e à imagem dos indivíduos, em afronta ao preceito fundamental da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III, da Constituição da República Federativa do Brasil).

Estabelecidas tais premissas de introito, de modo a bem delinear o entendimento norteador, passa-se ao exame meritório.

2.1.b A responsabilidade civil

2.1.b.1 Os requisitos

O ato ilícito, segundo dicção do art. 186 do Código Civil, configura-se quando, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, viola-se direito e causa-se dano a outrem.

Assegura o art. 188 do mesmo Estatuto, a seu turno, que se expurgam de ilicitude os atos praticados no exercício regular de um direito reconhecido (inciso I), bem como a deterioração ou a destruição de coisa alheia ou, ainda, a lesão a pessoa, promovidas para remover perigo iminente (inciso II), desde que as circunstâncias tornem o ato absolutamente necessário e não haja transbordo do indispensável à remoção do perigo (parágrafo único).

Não obstante a excludente, o art. 187 do aludido Diploma assenta persistir a ilicitude do ato quando o titular de um direito o exerce de forma manifestamente excedente aos limites impostos por seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou em razão costumes.

A prática de um ato ilícito, por sua vez, nos termos dos arts. 186 e 187 do Código Civil, quando não abarcada a situação pelas excludentes do referido art. 188 do mesmo Diploma, causando dano a outrem, obriga o infrator à reparação, conforme disposição expressa do art. 927 do Estatuto Civilista.

Nesse sentir, possível identificar como elementos essenciais da responsabilidade civil, na linha dos ensinamentos de FERNANDO NORONHA (*Direito das obrigações*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 466/477): **[a]** ação ou omissão do agente; **[b]** dano experimentado pela vítima; **[c]** nexo ou relação de causalidade entre a ação ou omissão do agente e o dano experimentado pela vítima; **[d]** dano a bem juridicamente tutelado; e **[e]** culpa ou dolo do agente.

Trata-se da chamada **responsabilidade civil subjetiva** - regra no ordenamento jurídico nacional -, dizendo-se subjetiva por ser exigida à sua configuração a aferição de um elemento psicológico do agente: a culpa ou o dolo.

Contudo, reconhecendo a dificuldade de se verificar tal elemento subjetivo em determinadas casuísticas, consolidou o legislador, no parágrafo único do art. 927 do Código Civil, a possibilidade de que a

responsabilidade civil seja identificada sem a necessidade de perquirir a existência de culpa ou dolo, isso: **[a]** nos casos especificados em lei (por previsão legal); ou **[b]** quando a atividade normalmente desenvolvida pelo agente implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem (por risco da atividade).

Assentou-se, assim, a chamada **responsabilidade civil objetiva** - exceção no ordenamento jurídico nacional -, dizendo-se objetiva porquanto configurada apenas pela identificação de elementos concretos do ilícito, independentemente da aferição de aspecto volitivo do agente.

Firmados tais pressupostos, cabe verificar a presença dos requisitos necessários à configuração da responsabilidade civil na situação vertente, de sorte a configurar ou não o dever de indenizar.

2.1.b.2 O ato ilícito

2.1.b.2.1 A introdução necessária

2.1.b.2.1.1 A configuração

A liberdade jornalística, alçada a direito fundamental pela Constituição da República Federativa do Brasil, faz com que a veiculação de matérias e comentários de cunho informativo caracterize exercício regular de direito, ou seja, ainda que desagradáveis os fatos à pessoa ao qual se refiram, não ensejam a configuração de ato ilícito (art. 188, inc. I, do Código Civil).

Porém, quando ocorre violação da função essencial da imprensa de informar, uma vez veiculadas matérias ou comentários ofensivos à pessoa, seja ela pública ou não, atribuindo-se, de forma injuriosa (*animus injuriandi*), difamatória (*animus difamandi*) ou caluniosa (*animus caluniandi*), a infundada prática de atos imorais ou ilícitos, alicerçada em meros boatos e sem base segura, com ofensa à intimidade, à vida privada, à honra ou à imagem, configura-se ato ilícito e, por consequência, o dever de indenizar, porquanto exercido o direito de modo manifestamente

excedente aos limites impostos por seu fim social (art. 187 do Código Civil).

Nesse sentido, colhe-se da lição de SERGIO CAVALIERI FILHO:

> O direito de criticar é uma das prerrogativas da liberdade de imprensa. Embora utilize linguagem singular, irônica, irreverente e veicule, muitas vezes, opinião em tom severo e duro, a crítica jornalística sobrepõe-se a eventuais suscetibilidades, principalmente em relação aos que exercem atividade pública. Daí a existência de inúmeros julgados que consideram nesses casos legítima a atuação jornalística, considerada, para tanto, a necessidade do permanente escrutínio social a que se acham sujeitos aqueles que, ocupantes ou não de cargos públicos, qualificam-se como figuras de reconhecida notoriedade.
>
> Mas também aqui haverá limite a ser respeitado, apontado pela doutrina e pela jurisprudência como sendo *animus injuriandi vel diffamandi*. A crítica jornalística não pode ser utilizada com o propósito de ofender, o que ocorre quando, ultrapassando a barreira da licitude, descamba para o terreno do ataque pessoal, dissimula ofensa em crítica, em busca de sensacionalismo, interesse político ou econômico. (*Programa de responsabilidade civil*. 11. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014. p. 150).

Consoante ensinamentos de XAVIER O'CALLAGHAN, citado por SERGIO CAVALIERI FILHO, *"para que a crítica não resulte ofensiva ao direito à honra, é necessário o preenchimento dos seguintes requisitos: 1 - Que a crítica não venha vazada em termos formalmente injuriosos, que, de per si, em qualquer contexto, seriam ofensivos à honra do cidadão. 2 - Que tenha como suporte notícia verdadeira. 3 - Que sua veiculação atenda a critérios objetivamente jornalísticos, é dizer, que tenham relevância para a participação individual na vida coletiva" (op. cit. loc. cit.).*

Ora, não pode o direito à liberdade de informação - em sua feição de liberdade jornalística - ser utilizado abusivamente, com ofensa à vítima, flagrantemente ultrapassando o limite informativo, tornando-se ato ilícito ao lesar o bom relacionamento social e o conceito que detinha a vítima em seu meio de convívio, tanto pessoal quanto profissional.

Outro não é o entendimento desta Corte de Justiça, colhendo-se os seguintes precedentes:

> A publicação de reportagem nas páginas da internet com conteúdo difamatório excede o direito à informação consagrado na Constituição e conduz, inevitavelmente, ao pagamento de indenização pelo dano irrogado à moral da vítima. (TJSC, AC n. 2012.023927-5, rel. Des. Gilberto Gomes de Oliveira, j. em 8.11.2012).

> O direito à liberdade de informação não pode ser utilizado de forma abusiva, desrespeitando o direito à honra subjetiva da vítima, de modo que ultrapassa claramente o campo da informação comunicação efetivada desprovida de qualquer meio probatório, tornando-se ato ilícito ao lesar o bom relacionamento e conceito que a vítima detinha na sua atividade profissional. (TJSC, AC n. 2010.040757-3, rel. Des. Saul Steil, j. em 8.10.2013).

Estabelecida a forma de configuração do ato ilícito consistente no excesso jornalístico, procede-se ao exame da extensão da responsabilidade respectiva.

2.1.b.2.1.2 A extensão da responsabilidade

A responsabilidade civil pelos excessos jornalísticos que violam direitos e causam danos era matéria tratada, de forma específica, pela Lei de Imprensa (Lei n. 5.250/1967), notadamente em seus arts. 12 e 49.

Com relação à extensão dessa responsabilidade, por sua vez, conforme melhor leitura dos arts. 49, §§ 2º e 3º, e 50, caberia a responsabilização pelos danos eventualmente causados tanto do autor do escrito, notícia ou transmissão, quanto do responsável pelo meio de veiculação, informação ou divulgação, inclusive assegurando-se direito de regresso a este em relação àquele.

Ainda que a Lei de Imprensa (Lei n. 5.250/1967) tenha sido considerada pelo Supremo Tribunal Federal como não recepcionada pela Constituição da República Federativa do Brasil (STF, ADPF n. 130/

DF, rel. Min. Carlos Ayres Britto, j. em 30.4.2009), entende-se perseverar aplicável a compreensão de que são responsáveis tanto o autor do escrito quanto o responsável pelo meio de veiculação, notadamente por analogia (arts. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e 126 do Código de Processo Civil) ao art. 932, inc. III, do Código Civil, o qual determina ser também responsável por indenizar *"o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele"*, bem como o art. 934 do Estatuto Civilista, segundo o qual *"aquele que ressarcir o dano causado por outrem pode reaver o que houver pago daquele por quem pagou, salvo se o causador do dano for descendente seu, absoluta ou relativamente incapaz"*, dispositivos que propalam as noções então contidas na Lei de Imprensa (Lei n. 5.250/1967).

Nesse sentido, aliás, há muito se consolidou na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, no enunciado n. 221 de sua Súmula, que *"são civilmente responsáveis pelo ressarcimento de dano, decorrente de publicação pela imprensa, tanto o autor do escrito quanto o proprietário do veículo de divulgação"*, entendendo-se que a compreensão *"incide sobre todas as formas de imprensa"* (STJ, REsp n. 1.381.610/RS, rela. Mina. Nancy Andrighi, j. em 3.9.2013).

Assentadas tais conjecturas, passa-se à análise do caso concreto submetido ao crivo jurisdicional.

2.1.b.2.2 A espécie

Na situação vertente, verifica-se que, nas matérias jornalísticas cujas cópias foram acostadas aos autos (fls. 24/31 e 60/64), não há excessos ao cunho informativo inerente à expressão jornalística.

Por oportuno, cumpre registrar que *"a liberdade de imprensa, enquanto projeção das liberdades de comunicação e de manifestação do pensamento, reveste-se de conteúdo abrangente, por compreender, dentre outras prerrogativas relevantes que lhe são inerentes, (a) o direito de informar, (b) o direito de buscar a informação, (c) o direito de opinar e (d) o direito de*

criticar" (STF, AgRg no AI n. 705.630/SC, rel. Min. Celso de Mello, j. em 22.3.2011).

Assim, *in casu*, os conteúdos veiculados no jornal e na página eletrônica não excederam à informatividade e à mera crítica, de modo a não passar à feição de ofensa pessoal ao autor, conforme melhor leitura das matérias colacionadas, impressas (fls. 24/28 e 60/64) e virtuais (fls. 29/31).

Nesse sentido, extraem-se os seguintes excertos de matérias datadas de 2006 - apontadas na petição inicial a título meramente exemplificativo da reiteração da ocorrência de tais publicações, afinal, a pretensão indenizatória delas decorrente estaria derruída, em tese, pela prescrição trienal (art. 206, § 3º, inc. V, do Código Civil) -, a saber:

> **MATÉRIA 1:**
>
> "Delegados que levaram as joias estão todos por aí".
>
> José Paulo Martins Cardoso, 54 anos, sobre o roubo em avião da Transbrasil.
>
> Corregedoria. Policial foi expulso acusado de roubo de joias.
>
> O ex-investigador José Paulo Martins Cardoso, que, em 1984, foi expulso da Polícia Civil acusado de furtar joias encontradas nos destroços do avião da Transbrasil que caiu em Florianópolis, em 1980, quer voltar à corporação.
>
> José Paulo, 54 anos, encaminhou pedido de reintegração ao Palácio do Governo. É a segunda tentativa. A anterior foi em 2003, mas a Secretaria da Segurança Pública negou.
>
> O ex-policial, que atualmente mora em Laguna, no Litoral Sul, disse ontem que quer voltar à polícia porque "até hoje não conseguiu emprego" desde que foi expulso. Ele também acredita que a reintegração conferiria "a inocência que tenta provar desde 84".
>
> - Os delegados que levaram as joias estão todos por aí. Eu fui o único que pegaram para Cristo. Ainda não consegui provar que sou inocente porque sou pobre - disse ele.

Mercadoria avaliada em 30 bilhões de cruzeiros.

No início desta semana, o ex-policial recebeu uma intimação para comparecer à Corregedoria da Polícia Civil. O delegado Sérgio Maus, chefe da corregedoria, disse ontem que o teor da conversa será a reintegração, que "não tem nada a ver com o sumiço das joias". Segundo ele, o furto já "é passado".

As joias que desapareceram seriam de um passageiro que morreu no acidente. As preciosidades não foram entregues à família dele porque, segundo a polícial, teriam sido roubadas de uma joalheria em São Paulo dias antes do acidente. A família desse passageiro nega até hoje que as joias foram roubadas. Na época, elas foram avaliadas em 30 bilhões de cruzeiros. O avião caiu no dia 12 de abril de 1980. Fazia a rota entre Fortaleza (CE) e Porto Alegre (RS). Morreram 55 pessoas. (DIÁRIO CATARINENSE, **edição impressa** de **14.7.2006**, fls. 26/27, e **edição virtual** de **14.7.2006**, fl. 29).

MATÉRIA 2:

Memória. Documentário sobre o vôo 303 da Transbrasil é exibido em Florianópolis.

O acidente que a Capital não esquece.

Reviver enredos trágicos e reais nas telonas é um costume normal em vários países. Pela lente de uma câmera de vídeo, os fatos são novamente contados e redimensionados na linha histórica. Temas que envolvem desastres e perdas de vidas ainda são tabus no cinema nacional. O estudante de Jornalismo da Faculdade Estácio de Sá Gilson Giehl resolveu quebrá-los ao fazer a repercussão da queda do vôo 303 da Transbrasil, em 12 de abril de 1980. [...].

O segundo capítulo do documentário é dedicado ao mistério das joias. Gilson diz que a intenção sempre foi empregar a ética e a imparcialidade na apuração.

- Com bastante competência, ele resgatou uma coisa doída e deu uma forma jornalística ao assunto - destacou o ex-delegado Tim Omar de Lima e Silva, um dos acusados de ter ficado com as pedras preciosas.

> O filme rendeu a nota máxima a Gilson como trabalho de conclusão de curso. O mais importante, porém, é que fica de registro para a posteridade. Uma prova de que histórias têm de ser cotadas - sejam elas trágicas, ou não.
>
> Histórias ainda sem um final.
>
> O que marcou o final triste para uns, naquela noite de abril se configurou no começo do drama para outros. José Paulo Martins Cardoso, 54 anos, luta até hoje para provar a inocência na história das joias. O ex-policial civil foi acusado de roubar a fortuna.
>
> José Paulo Cardoso conta no filme que foi sequestrado e torturado durante nove dias. Tudo para que assumisse o furto. O ex-delegado Tim também se diz vítima no documentário. (DIÁRIO CATARINENSE, **edição impressa** de **9.8.2006**, com foto coletiva com a presença do autor, fl. 28)

Por sua vez, como elemento central a ensejar a presente demanda - e, portanto, consubstanciar sua causa de pedir -, tem-se publicação veiculada em 2010, por ocasião do "aniversário" de 30 (trinta) anos do acidente:

> **MATÉRIA 3:**
>
> Joias somem da delegacia.
>
> O motivo do acidente e os rumores de fantasmas no local. Estes não são os únicos mistérios que rondam o acidente. Outro foi o desaparecimento de joias transportadas por um dos passageiros, o que transformou o vôo em caso policial. Manoel José do Nascimento, de São Paulo, iria abrir uma joalheria em Florianópolis.
>
> Tinha comprado até uma sala no Ceisa Center, no Centro. Mas o ouro, os brilhantes e as pedras preciosas sumiram de dentro da delegacia de polícia (na época era a Homicídios, nos altos da Rua Felipe Schmidt).
>
> Elas haviam sido recolhidas pela polícia no local do acidente. Numa coletiva de imprensa, a polícia abriu as caixas e elas estavam vazias. Naquele ano, o valor era considerado uma fortuna (1,4 milhão de cruzeiros). Um investigador foi apontado como responsável pelo furto e acabou expulso da Polícia Civil. Ele vive no Sul do Estado. O DC o localizou.

> O ex-policial se diz inocente, que foi vítima de trama de políticos e autoridades da segurança pública daquele período.
>
> Ele produziu um dossiê que garantiria sua inocência e o repassou a autoridades, entre elas o presidente da República. Um delegado também respondeu por negligência acusado de engavetar a investigação das joias durante três anos. (DIÁRIO CATARINENSE, **edição impressa** de 11.4.2010, fl. 25, e **edição virtual** de **12.4.2010**, fl. 31, ambas com foto do autor sob a legenda "ex-policial afirma que é inocente").

Pois bem.

1. Primeiro, não há falar em transbordo ilícito da liberdade jornalística quando consubstancia o excerto midiático, como *in casu*, mera crítica não ofensiva à intimidade, à privacidade, à honra ou à imagem, vindo vazado em termos desprovidos de feição injuriosa (*animus injuriandi*), difamatória (*animus difamandi*) ou caluniosa (*animus caluniandi*), lastreado em questão fática verdadeira e dotada, primordialmente, de caráter informativo, compatível, portanto, com os limites impostos pelo fim social da liberdade jornalística e com a função essencial da imprensa de informar.

Com efeito, as matérias publicadas apenas relataram e detalharam a ocorrência do acidente aéreo, bem como informaram acerca das investigações posteriormente ocorridas pelo sumiço das joias, com cunho informativo, de forma sempre atenta ao caráter meramente investigativo, e não de condenação, das apurações criminais realizadas envolvendo o autor, sem que de tal prática se possa extrair qualquer caráter injurioso, difamatório ou calunioso.

2. Segundo, cumpre promover incursões quanto ao direito ao esquecimento, objeto de alegação pelo autor também como razão à ilicitude das matérias jornalísticas veiculadas, sendo temática relativamente recente nas discussões doutrinárias e jurisprudenciais no cenário jurídico pátrio.

A questão recebeu importante e primeiro reconhecimento - como a maioria das teses de cunho inovador - em sede doutrinária, no seio das Jornadas de Direito Civil, na forma de enunciado, nos seguintes termos:

> Enunciado n. 531 das Jornadas de Direito Civil - A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento.

O preceito doutrinário, com referência vinculativa ao art. 11 do Código Civil, veio assim justificado:

> Os danos provocados pelas novas tecnologias de informação vêm-se acumulando nos dias atuais. O direito ao esquecimento tem sua origem histórica no campo das condenações criminais. Surge como parcela importante do direito do ex-detento à ressocialização. Não atribui a ninguém o direito de apagar fatos ou reescrever a própria história, mas apenas assegura a possibilidade de discutir o uso que é dado aos fatos pretéritos, mais especificamente o modo e a finalidade com que são lembrados.

Em âmbito jurisprudencial, por sua vez, pertinente a exposição promovida pelo Min. LUIS FELIPE SALOMÃO, do Superior Tribunal de Justiça, em paradigmáticos julgamentos (REsp n. 1.335.153/RJ e 1.334.097/R, j. em 28.5.2013), nos quais se concedeu norte à interpretação do direito ao esquecimento no cenário jurídico pátrio, pedindo-se vênia para transcrever, a fim de evitar enfadonha tautologia, elucidativo excerto de um dos julgados:

> 2. Nos presentes autos, o cerne da controvérsia passa pela ausência de contemporaneidade da notícia de fatos passados, que reabriu antigas feridas já superadas pelo autor e reacendeu a desconfiança da sociedade quanto à sua índole. O autor busca a proclamação do seu direito ao esquecimento, um direito de não ser lembrado contra sua vontade, especificamente no tocante a fatos desabonadores, de natureza criminal, nos quais se envolveu, mas que, posteriormente, fora inocentado.
>
> 3. No caso, o julgamento restringe-se a analisar a adequação do direito ao esquecimento ao ordenamento jurídico brasileiro, especificamente para

o caso de publicações na mídia televisiva, porquanto o mesmo debate ganha contornos bem diferenciados quando transposto para internet, que desafia soluções de índole técnica, com atenção, por exemplo, para a possibilidade de compartilhamento de informações e circulação internacional do conteúdo, o que pode tangenciar temas sensíveis, como a soberania dos Estados-nações.

4. Um dos danos colaterais da "modernidade líquida" tem sido a progressiva eliminação da "divisão, antes sacrossanta, entre as esferas do 'privado' e do 'público' no que se refere à vida humana", de modo que, na atual sociedade da hiperinformação, parecem evidentes os "riscos terminais à privacidade e à autonomia individual, emanados da ampla abertura da arena pública aos interesses privados [e também o inverso], e sua gradual mas incessante transformação numa espécie de teatro de variedades dedicado à diversão ligeira" (BAUMAN, Zygmunt. *Danos colaterais*: desigualdades sociais numa era global. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2013, p. 111-113). Diante dessas preocupantes constatações, o momento é de novas e necessárias reflexões, das quais podem mesmo advir novos direitos ou novas perspectivas sobre velhos direitos revisitados.

5. Há um estreito e indissolúvel vínculo entre a liberdade de imprensa e todo e qualquer Estado de Direito que pretenda se autoafirmar como Democrático. Uma imprensa livre galvaniza contínua e diariamente os pilares da democracia, que, em boa verdade, é projeto para sempre inacabado e que nunca atingirá um ápice de otimização a partir do qual nada se terá a agregar. Esse processo interminável, do qual não se pode descurar - nem o povo, nem as instituições democráticas -, encontra na imprensa livre um vital combustível para sua sobrevivência, e bem por isso que a mínima cogitação em torno de alguma limitação da imprensa traz naturalmente consigo reminiscências de um passado sombrio de descontinuidade democrática.

6. Não obstante o cenário de perseguição e tolhimento pelo qual passou a imprensa brasileira em décadas pretéritas, e a par de sua inegável virtude histórica, a mídia do século XXI deve fincar a legitimação de sua liberdade em valores atuais, próprios e decorrentes diretamente da importância e nobreza da atividade. Os antigos fantasmas da liberdade de imprensa,

embora deles não se possa esquecer jamais, atualmente, não autorizam a atuação informativa desprendida de regras e princípios a todos impostos.

7. Assim, a liberdade de imprensa há de ser analisada a partir de dois paradigmas jurídicos bem distantes um do outro. O primeiro, de completo menosprezo tanto da dignidade da pessoa humana quanto da liberdade de imprensa; e o segundo, o atual, de dupla tutela constitucional de ambos os valores.

8. Nesse passo, a explícita contenção constitucional à liberdade de informação, fundada na inviolabilidade da vida privada, intimidade, honra, imagem e, de resto, nos valores da pessoa e da família, prevista no art. 220, § 1º, art. 221 e no § 3º do art. 222 da Carta de 1988, parece sinalizar que, no conflito aparente entre esses bens jurídicos de especialíssima grandeza, há, de regra, uma inclinação ou predileção constitucional para soluções protetivas da pessoa humana, embora o melhor equacionamento deva sempre observar as particularidades do caso concreto. Essa constatação se mostra consentânea com o fato de que, a despeito de a informação livre de censura ter sido inserida no seleto grupo dos direitos fundamentais (art. 5º, inciso IX), a Constituição Federal mostrou sua vocação antropocêntrica no momento em que gravou, já na porta de entrada (art. 1º, inciso III), a dignidade da pessoa humana como - mais que um direito - um fundamento da República, uma lente pela qual devem ser interpretados os demais direitos posteriormente reconhecidos. Exegese dos arts. 11, 20 e 21 do Código Civil de 2002. Aplicação da filosofia kantiana, base da teoria da dignidade da pessoa humana, segundo a qual o ser humano tem um valor em si que supera o das "coisas humanas".

9. Não há dúvida de que a história da sociedade é patrimônio imaterial do povo e nela se inserem os mais variados acontecimentos e personagens capazes de revelar, para o futuro, os traços políticos, sociais ou culturais de determinada época. Todavia, a historicidade da notícia jornalística, em se tratando de jornalismo policial, há de ser vista com cautela. Há, de fato, crimes históricos e criminosos famosos; mas também há crimes e criminosos que se tornaram artificialmente históricos e famosos, obra da exploração midiática exacerbada e de um populismo penal satisfativo dos prazeres primários das multidões, que simplifica o fenômeno criminal às estigmatizadas figuras do "bandido" vs. "cidadão de bem".

10. É que a historicidade de determinados crimes por vezes é edificada à custa de vários desvios de legalidade, por isso não deve constituir óbice em si intransponível ao reconhecimento de direitos como o vindicado nos presentes autos. Na verdade, a permissão ampla e irrestrita a que um crime e as pessoas nele envolvidas sejam retratados indefinidamente no tempo - a pretexto da historicidade do fato - pode significar permissão de um segundo abuso à dignidade humana, simplesmente porque o primeiro já fora cometido no passado. Por isso, nesses casos, o reconhecimento do "direito ao esquecimento" pode significar um corretivo - tardio, mas possível - das vicissitudes do passado, seja de inquéritos policiais ou processos judiciais pirotécnicos e injustos, seja da exploração populista da mídia.

11. É evidente o legítimo interesse público em que seja dada publicidade da resposta estatal ao fenômeno criminal. Não obstante, é imperioso também ressaltar que o interesse público - além de ser conceito de significação fluida - não coincide com o interesse do público, que é guiado, no mais das vezes, por sentimento de execração pública, praceamento da pessoa humana, condenação sumária e vingança continuada.

12. Assim como é acolhido no direito estrangeiro, é imperiosa a aplicabilidade do direito ao esquecimento no cenário interno, com base não só na principiologia decorrente dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana, mas também diretamente do direito positivo infraconstitucional. A assertiva de que uma notícia lícita não se transforma em ilícita com o simples passar do tempo não tem nenhuma base jurídica. O ordenamento é repleto de previsões em que a significação conferida pelo Direito à passagem do tempo é exatamente o esquecimento e a estabilização do passado, mostrando-se ilícito sim reagitar o que a lei pretende sepultar. Precedentes de direito comparado.

13. Nesse passo, o Direito estabiliza o passado e confere previsibilidade ao futuro por institutos bem conhecidos de todos: prescrição, decadência, perdão, anistia, irretroatividade da lei, respeito ao direito adquirido, ato jurídico perfeito, coisa julgada, prazo máximo para que o nome de inadimplentes figure em cadastros restritivos de crédito, reabilitação penal e o direito ao sigilo quanto à folha de antecedentes daqueles que já cumpriram pena (art. 93 do Código Penal, art. 748 do Código

de Processo Penal e art. 202 da Lei de Execuções Penais). Doutrina e precedentes.

14. Se os condenados que já cumpriram a pena têm direito ao sigilo da folha de antecedentes, assim também a exclusão dos registros da condenação no Instituto de Identificação, por maiores e melhores razões aqueles que foram absolvidos não podem permanecer com esse estigma, conferindo-lhes a lei o mesmo direito de serem esquecidos.

15. Ao crime, por si só, subjaz um natural interesse público, caso contrário nem seria crime, e eventuais violações de direito resolver-se-iam nos domínios da responsabilidade civil. E esse interesse público, que é, em alguma medida, satisfeito pela publicidade do processo penal, finca raízes essencialmente na fiscalização social da resposta estatal que será dada ao fato. Se é assim, o interesse público que orbita o fenômeno criminal tende a desaparecer na medida em que também se esgota a resposta penal conferida ao fato criminoso, a qual, certamente, encontra seu último suspiro, com a extinção da pena ou com a absolvição, ambas consumadas irreversivelmente. E é nesse interregno temporal que se perfaz também a vida útil da informação criminal, ou seja, enquanto durar a causa que a legitimava. Após essa vida útil da informação seu uso só pode ambicionar, ou um interesse histórico, ou uma pretensão subalterna, estigmatizante, tendente a perpetuar no tempo as misérias humanas.

16. **Com efeito, o reconhecimento do direito ao esquecimento dos condenados que cumpriram integralmente a pena e, sobretudo, dos que foram absolvidos em processo criminal, além de sinalizar uma evolução cultural da sociedade, confere concretude a um ordenamento jurídico que, entre a memória - que é a conexão do presente com o passado - e a esperança - que é o vínculo do futuro com o presente -, fez clara opção pela segunda. E é por essa ótica que o direito ao esquecimento revela sua maior nobreza, pois afirma-se, na verdade, como um direito à esperança, em absoluta sintonia com a presunção legal e constitucional de regenerabilidade da pessoa humana.**

17. **Ressalvam-se do direito ao esquecimento os fatos genuinamente históricos - historicidade essa que deve ser analisada em concreto -, cujo interesse público e social deve sobreviver à passagem do tempo, desde que a narrativa desvinculada dos envolvidos se fizer**

> **impraticável.** (STJ, REsp n. 1.334.097/RJ, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. em 28.5.2013, sem destaque no original).

Nada obstante o reconhecimento do direito ao esquecimento pelo Conselho da Justiça Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça, a temática não deixa de receber críticas, notadamente acadêmicas, calhando referendar, nesse sentir, trechos das conclusões de recente estudo, de autoria de JOANA DE SOUZA SIERRA, sobre o tema, conferindo um analítico olhar à questão:

> Num primeiro momento então, os ministros entendem que o tempo tem o condão de retirar de determinado acontecimento seu caráter de 'interesse público', de modo que o "Direito ao Esquecimento" seria uma proteção da vida privada. Dizem mais, passado tempo em demasia, considerando que a dor gerada pela lembrança de determinado acontecimento diminui com o decorrer dos anos, desaparece o tal direito de ser esquecido, tornando novamente legítima a divulgação da notícia.
>
> Ocorre que daí surgem dois questionamentos principais: se o interesse público de um acontecimento realmente desaparece com o passar dos anos (e quem decide quantos anos são suficientes para o surgimento do novo direito?) e se o "Direito ao Esquecimento" se enquadra no ordenamento jurídico nacional, em relação aos direitos constitucionais de proteção à vida privada e à liberdade de comunicação e de imprensa. [...].
>
> Inicialmente quanto ao direito à privacidade concluiu-se que, apesar de notadamente ser um direito complexo do homem, dependente do local e momento social de aplicação, não se pode fugir ao seu estudo. Encontrou-se, por exemplo, uma nítida diferenciação entre a privacidade e o "direito de ser deixado em paz", apesar de grande parte da doutrina considerá-los sinônimos.
>
> Enquanto a privacidade se refere ao que legitimamente o indivíduo pode afastar do conhecimento de terceiros, por lhe dizer unicamente respeito; "ser deixado em paz" possui uma amplitude absolutamente mais alargada, pois que em verdade é uma parcela presente em todos os direitos guardados do homem, inclusive a liberdade de imprensa. Quer dizer, até mesmo a liberdade de imprensa é o "direito de ser deixado em paz para publicar tudo aquilo que é legitimamente de interesse público",

independentemente de qualquer tipo de censura ou licença. Dito isso, fica clara a injustiça de eventual sopesamento entre ambos.

No mesmo sentido, não há que se confundir o direito de ser esquecido com o direito de se isolar. O isolamento por certo é coerente com a proteção da privacidade humana. Aquele que deseja estar só, não se envolver nas questões sociais, não responder questionários sobre a sua pessoa, nem abrir à imprensa a sua imagem atual ou a sua condição familiar/profissional, tem o direito de fazê-lo, desde que ausente o interesse público. [...].

Da mesma forma, não se aceita que a imprensa ultrapasse seu direito/dever de informar caluniando ou injuriando a pessoa. Aliás, exige-se a atuação com diligência dos agentes da imprensa para verificarem a veracidade das notícias e não afrontarem a honra ou vida pessoal do indivíduo. Mesmo assim, permanece seu direito de informar sobre os assuntos que interessem ao público, mesmo que em caráter de crítica ou de entretenimento (claro, respeitadas as observações feitas acima).

Dito isso, evidente que a proteção da privacidade, ou da personalidade, fica amplamente resguardada no nosso ordenamento, sem a necessidade de que se enuncie o "Direito ao Esquecimento" como um novo direito, a não ser que não se queira com ele proteger a vida privada, mas algum outro aspecto ainda oculto que o homem pode pretender esconder do público.

Nesse caso, há que se compreender se em algum momento o interesse público, já noticiado, pode ser afastado da sociedade pelo simples decorrer do tempo. Quanto a esse ponto, novamente, chega-se à conclusão de que inexiste o tal direito de ser esquecido como uma barreira *a posteriori* ao conteúdo jornalístico. Isso porque, a par do juízo de "historicidade" feito pelos julgadores, não se acredita caiba a eles determinar o que é de interesse; tratar-se-ia, sem dúvida, de uma forma de censura.

Mais do que isso, se em algum momento aquele conteúdo foi livremente divulgado e anotado, é porque passou a fazer parte da história daquela sociedade e, portanto, não há razão para que seja mais tarde considerado ilícito. Por esse ponto de vista, a historicidade da notícia surge já no momento de sua divulgação e não prescreve. Obviamente não se

justifica por esse meio, por exemplo, o abuso da imagem da pessoa, o sensacionalismo da reportagem, nem a agressão verbal, mas de qualquer modo, já não são condutas protegidas pela lei, nem pela moral ao que importa.

A dignidade da pessoa humana nesse contexto, se vista apenas como uma proteção individualista, não só gera uma lesão à coletividade e ao crescimento de uma sociedade, mas alarga exageradamente o seu âmbito de proteção em relação apenas à privacidade. Perceba-se, portanto, que também integram a proteção da dignidade o direito de receber informações completas sobre a sua história e sobre as notícias que possam interessar.

Reconheça-se também que a condenação da mídia pela divulgação das reportagens gera o que se chamou livremente de 'efeito censor' (traduzido do termo *chilling effect*), que é o medo incutido, nesse caso, pelas decisões judiciais, de que haja punição pelo exercício do direito de comunicação constitucionalmente protegido, especialmente quando se considera que é apenas por decisão judicial que se conhecerá o tempo necessário para o surgimento do "Direito ao Esquecimento".

Encontrar-se-ia um limitador inconstitucional ao exercício da comunicação de interesse público e, talvez mais importante, ao direito de receber informações íntegras sobre os acontecimentos passados. Assim, [...] não cabe no nosso sistema jurídico um direito de ser esquecido, ao menos não no sentido que se deu nas decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça. Outrossim como uma proteção ao direito de intimidade, também não se justifica a sua existência, pois inútil (visto que a privacidade já goza de proteção legal), e porque sendo um termo demasiadamente amplo, causa decisões possivelmente injustas.

Finalmente, o argumento de que com a *internet*, na sociedade da informação tenha havido uma "desmoralização" do que interessa ao público, porquanto se facilitou a difusão internacional e instantânea dos dados, também não deve prosperar. O receio de que uma nova tecnologia surgida possa causar dano à privacidade jamais será suficiente para que se justifique a limitação da liberdade ou a censura do exercício de um direito.

A criação da Rede das redes, em verdade, na perspectiva deste estudo, é vista como um avanço positivo no sentido de aumentar a difusão do conhecimento e abrir a possibilidade de crítica e engrandecimento de todos. Ainda que seja comum a desconfiança contra novas tecnologias em um primeiro momento, e isso se repetiu com cada um dos avanços científicos referentes à comunicação, injustificado tentar amoldá-las aos antigos padrões de sociedade. Que o homem se adapte à *internet* e não o contrário.

Entenda-se também que o fato de a Rede possibilitar maior visibilidade do âmbito pessoal não torna lícita a invasão da mesma, nem dá legitimidade à espionagem e ao abuso da mídia. Simplesmente deu-se ao cidadão uma ferramenta para expor ao mundo aquilo que ele desejar sobre si, e colocando a público essas informações deve-se responsabilizar pelo que se fizer com elas, claro, dentro dos limites, aí sim, da dignidade da pessoa.

Não menos importante perceber que a discussão acerca da criação de um "botão de delete" na *internet*, para que a pessoa possa apagar o que ela mesma tenha disponibilizado sobre a sua vida pessoal, vindo depois a se arrepender, em nada corrobora a invenção do direito de ser esquecido como partícipe de fatos de interesse público. [...].

Mais a fundo, entende-se como sintoma da pós-modernidade a intenção de tratar o passado como algo que deve ser modificado ou escondido caso não seja abonador ao indivíduo. A busca da felicidade se confunde com a busca da perfeição, até quando isso significa que determinado pedaço da história (seja o nome real da pessoa envolvida em determinado acontecimento), tenha que ser sacrificado no processo.

Desse modo, conclui-se [...] que não é cabível na ordem jurídica nacional, nem desejável na internacional, diga-se de passagem, que se reconheça como um direito da personalidade o "Direito ao Esquecimento", porque incompatível com a Constituição Federal, com as cláusulas pétreas constitucionais e com o próprio desenvolvimento da dignidade da pessoa humana, que cresce em sociedade aprendendo com a sua história.

Sem afirmar categoricamente que as reportagens consideradas pelo Superior Tribunal de Justiça não ultrapassavam os limites da liberdade de imprensa, haja vista fossem consideradas abusivas as reportagens, deveria ser por outro argumento, que não o do "Direito de ser Esquecido", porque

> maléfica à democracia a criação de um "direito" possivelmente censor, como se mostra o instituto. (*Um estudo de caso*: o direito ao esquecimento contra a liberdade de imprensa. 2013. Monografia (Graduação) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Curso de Graduação em Direito, Florianópolis, 2013. p. 80/83).

Com efeito, o direito ao esquecimento, apesar de erigido por doutrina e jurisprudência hodiernas como um direito da personalidade novo e independente dos demais e corolário do princípio da dignidade da pessoa humana, sob uma visão mais crítica, enquanto verdadeiro limitador do direito à informação e à liberdade de imprensa, há de ser visto com cautela, sob pena de configurar, sob o ilusório pálio de resguardo máximo de direitos fundamentais próprio do Estado Democrático de Direito, inadmissível e inconstitucional forma de censura.

Assim, deve ser concebido nos limites dos direitos da personalidade já assegurados pelo ordenamento jurídico pátrio, notadamente a intimidade, a privacidade, a honra e a imagem, sobretudo com o fim de resguardar o manifesto interesse público na historicidade dos acontecimentos sociais, cuja transmissibilidade informativa que lhe é inerente também compõe o espectro da dignidade da pessoa humana, que tem o seu desenvolvimento assentado, justamente, na aprendizagem social histórica.

Ora, na hipótese em tela, o direito ao esquecimento propugnado pelo autor, na concepção acima assentada, não restou, à evidência, violado.

A **uma**, pois as matérias jornalísticas se limitaram a informar as ocorrências vinculadas ao acidente aéreo, bem como relacionadas às posteriores investigações relacionadas ao sumiço das joias, fato este no qual o autor esteve envolvido enquanto investigado, não se cogitando, em momento algum, como acima dito, de sua efetiva culpabilidade.

A **duas**, pois tal acontecimento histórico marcou a sociedade catarinense, notadamente a florianopolitana, seja pela gravidade do

acidente, seja pelas pessoas públicas envolvidas, tanto que ensejou a realização de um documentário, conforme relatado em uma das matérias jornalísticas.

A **três**, pois a historicidade desse acontecimento é repisada não apenas por compor a marcante, ainda que triste, memória do povo catarinense, mas, também, pelo fato de serem as tragédias importantes formas de correção de erros, notadamente humanos, tal como, possivelmente, as condições das aeronaves ou, ainda, as técnicas aéreas adotadas há época na região em que ocorrido o acidente, cujo exame tende a servir de possibilidade de aprimoramento. Nesse sentido, aliás, cita-se o histórico desastre do RMS Titanic, em abril de 1912, que revelou falhas não apenas na construção de navios (por exemplo, a ausência de compartimentos que permitissem a flutuação por mais tempo, apesar do choque com o iceberg), como também de segurança a bordo (por exemplo, a ausência de coletes e botes salva-vidas em número suficiente para todos os passageiros e tripulantes).

A **quatro**, pois o próprio autor parece ter aberto mão, de certa forma, de seu direito ao esquecimento, afinal, ao que tudo indica, livremente participou de referido documentário, em que relatou os fatos atinentes ao sumiço de joias, bem como à investigação, à sua acusação e, ainda, à tortura que alega ter sofrido para que confessasse o crime que aduz nunca ter cometido - e com relação ao qual, aliás, teve a punibilidade extinta por este Tribunal de Justiça, com trânsito em julgado da decisão em 17.5.1989 (TJSC, ACrim n. 24.714, rel. Des. Wladimir D'Ivanenko), com reafirmação em sede revisional (TJSC, RCrim n. 1988.076501-3, rel. Des. Jorge Mussi, j. em 26.10.1994) (fls. 35/37).

Assim, conclui-se que a ré não agiu em excesso ao publicar as matérias cujos excertos foram acima transcritos, fazendo-o em exercício da liberdade jornalística que lhe é assegurada, não maculadas a intimidade, a privacidade, a honra ou a imagem do autor, descabendo falar, também, em ilicitude por violação ao direito ao esquecimento.

Inexistente, portanto, ato ilícito na espécie, não há falar, por consequência, em dever de indenizar, de sorte a se manter, por adequada, a improcedência dos pedidos.

À vista do exposto, escorreita a sentença guerreada, merece desprovimento o recurso interposto.

3 A conclusão

Assim, quer pelo expressamente consignado neste voto, quer pelo que do seu teor decorre, suplantadas direta ou indiretamente todas as questões ventiladas, deve o recurso ser conhecido e desprovido, tudo nos termos supra.

É o voto.

SEXTA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

Apelação Cível n. 2014.077813-7, de Lages

Relator: Des. Ronei Danielli

> AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. CONTRATAÇÃO DE PROFESSOR AUXILIAR À INFANTE PORTADORA DE AUTISMO. PRESCRIÇÃO MÉDICA ATESTANDO A NECESSIDADE DO PROFISSIONAL. MENOR QUE JÁ SE ENCONTRA CURSANDO A REDE REGULAR NA INSTITUIÇÃO RÉ. RECUSA DO CUSTEIO ILEGÍTIMA. OFERTA DE ENSINO PELA INICIATIVA PRIVADA CONDICIONADA ÀS EXIGÊNCIAS NORMATIVAS DA EDUCAÇÃO NACIONAL. ATENDIMENTO EDUCACIONAL ESPECIALIZADO ASSEGURADO PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E POR DIVERSOS DIPLOMAS INFRACONSTITUCIONAIS. PREVALÊNCIA DO DIREITO À EDUCAÇÃO E À INCLUSÃO. DIREITOS FUNDAMENTAIS QUE, POR SUA EFICÁCIA HORIZONTAL, TÊM SEU ESPECTRO DE IRRADIAÇÃO ESTENDIDO TAMBÉM ÀS RELAÇÕES ENTRE PARTICULARES. OBSERVÂNCIA, ADEMAIS, DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO E DA CLÁUSULA GERAL DE BOA-FÉ, QUE DEVE PERMEAR TODA SUA EXECUÇÃO. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2014.077813-7, da comarca de Lages (Vara da Infância e Juventude), em que é apelante Associação Franciscana de Ensino Senhor Bom Jesus e apelada S. D. da S., representada pela mãe G. F. D.:

A Sexta Câmara de Direito Civil decidiu, por votação unânime, conhecer do recurso e negar-lhe provimento. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Alexandre d'Ivanenko, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. Eduardo Mattos Gallo Júnior.

Florianópolis, 3 de fevereiro de 2015.

Ronei Danielli
RELATOR

RELATÓRIO

S. D. da S., representada pela genitora G. F. D., promoveu, perante a Vara da Infância e Juventude da Comarca de Lages, ação de obrigação de fazer com pedido de tutela antecipada em face de Associação Franciscana de Ensino Senhor Bom Jesus, pleiteando a disponibilização de professor auxiliar na sala de aula por ela frequentada.

Na sentença, o Magistrado Ricardo Alexandre Fiuza, acolhendo manifestação ministerial, julgou procedente o pedido, para impor à ré a contratação do segundo profissional, sem custo extra na mensalidade da requerente, no prazo de 30 (trinta) dias, sob pena de incidência de multa diária no importe de R$ 1.000,00 (um mil reais). Na ocasião, antecipou os efeitos da tutela, pois presentes os requisitos legais do deferimento. Condenou a ré, ainda, ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, estes arbitrados em R$ 1.000,00 (um mil reais).

Irresignada, a vencida apelou, alegando, em síntese, a ausência de comprovação de que o efetivo desenvolvimento escolar da autora esteja condicionado ao auxílio de professor adicional. Asseverou que o atraso na sua evolução decorreu da descontinuidade de acompanhamento com profissionais externos, culminando na demora da finalização do diagnóstico. Aduziu, ainda, que a eficácia do disposto no art. 3º, parágrafo único, da Lei 12.764/2012 encontra-se prejudicada, pois faz referência a preceito vetado quando da publicação do diploma legal. Afirmou, também, que o magistrado deixou de analisar o contido no Parecer n. 152 do Conselho Estadual de Educação de Santa Catarina, segundo o qual não caberia à iniciativa privada a inclusão de portadores de deficiência

sem condições de integração ao sistema regular de ensino. Consignou, outrossim, que oferece à demandante atendimento individualizado, por meio de equipe multidisciplinar, o qual surtiu melhorias em seu comportamento. Por derradeiro, enalteceu que a contratação oneraria sobremaneira o orçamento da entidade, podendo acarretar, inclusive, evasão de alunos.

Apresentadas contrarrazões, a ré comunicou o cumprimento da tutela antecipada a partir de 26.09.2014 (fl. 142), ascendendo os autos a esta Corte Estadual de Justiça.

Lavrou parecer pela douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Mário Luiz de Melo, opinando pelo conhecimento e desprovimento do recurso.

Esse é o relatório.

VOTO

Trata-se de apelo interposto pela Associação Franciscana de Ensino Senhor Bom Jesus contra sentença de procedência em ação de obrigação de fazer com pedido de tutela antecipada ajuizada por S. D. da S., representada pela mãe G. F. D..

Segundo relato inaugural, a autora, desde o nascimento (03.12.2007, fl. 13), apresentava dificuldades de interação e agressividade, sobretudo se comparado seu comportamento com o da irmã-gêmea, B. D. da S.. Inicialmente, a distinção fora relevada pela genitora, seguindo orientação médica, pois, embora gêmeas, mantêm, naturalmente, sua individualidade.

Os problemas comportamentais da menor, no entanto, vieram à tona em seu primeiro ano escolar, no Centro Infantil Municipal Chapeuzinho Vermelho (CEIM), em Lages, em fevereiro de 2010, quando tinha 2 (dois) anos e 2 (dois) meses de idade, sendo, na época, encaminhada *"pela escola para atendimento com fonoaudióloga e psicóloga vinculados à Prefeitura"* (fl. 02).

Os atendimentos não foram suficientes para diagnosticar a causa da disfunção comportamental, revelando-se infrutíferos. A situação, registre-se, perdurou pelos anos seguintes, passando a menor pelo Colégio Sigma e pelo Colégio Santa Rosa, ambos naquele município, cuja frequência fora impossibilitada pelas adversidades de convívio e comportamento, não encontrando, na ocasião, vagas nas escolas vinculadas à prefeitura.

Assim, em maio de 2012, a genitora, com o auxílio financeiro do pai, matriculou a infante, juntamente com a irmã, no estabelecimento da ré, retomando o ano letivo. Conforme relato, logo nos primeiros dias, *"já se percebiam mudanças favoráveis, a aceitação era perceptível, principalmente por parte da orientadora pedagógica [...], que foi essencial para a boa adaptação das gêmeas"* (fl. 3).

Apesar do contentamento com a instituição e das melhorias alcançadas, a menor ainda *"apresentava problemas com regras, irritabilidade, entre outras dificuldades escolares"* (fl. 3), consoante registros de atendimento escolar colacionados pela própria requerida (fls. 72-94).

O diagnóstico preciso veio apenas em outubro de 2013, após acompanhamento neurológico, constatado por neuropediatra desta Capital, Dr. Jorge Humberto Barbato Filho: possui a autora *"TEA 9 – **transtorno do espectro autista, sob a forma de ASPERGER (CID:F84)"***, concluindo o especialista, expressamente, que ***"necessita frequentar escola regular em regime de inclusão e integração com ajuda de professor auxiliar"*** (fl. 22).

A escola recusa o custeio da contratação do profissional, impondo o acréscimo de R$ 885,27 (oitocentos e oitenta e cinco reais e vinte e sete centavos) no valor da mensalidade da menor (fl. 92) – conduta combatida no presente feito.

Vê-se, pela digressão realizada, que a solução da contenda exige análise detida dos seus contornos fático-jurídicos, tendo em vista as especificidades do caso em exame.

À primeira vista, os argumentos da entidade pela improcedência do pleito mandamental podem parecer sedutores, sobretudo se considerada a ausência de disposição legal expressa e específica quanto ao dever das instituições particulares de contratar professor auxiliar em sala de aula para fins de integração de pessoa portadora de necessidades especiais à rede regular de ensino. Privilegiar-se-iam, assim, a liberdade de atuação da iniciativa privada e a autonomia atinente aos vínculos negociais.

Eleger tal solução, todavia, equivale ferir direitos e garantias fundamentais constitucionalmente assegurados que, por sua eficácia horizontal, têm seu espectro de irradiação alargado também ao âmbito privado, bem como negar a funcionalidade das relações contratuais, à luz dos ensinamentos da moderna doutrina civilista.

Neste aspecto, ensina Luís Roberto Barroso:

> A partir de 1988, e mais notadamente nos últimos cinco ou dez anos, a Constituição passou a desfrutar já não apenas de supremacia formal que sempre teve, mas também de uma supremacia material, axiológica, potencializada pela abertura do sistema jurídico e pela normatividade de seus princípios. Com grande ímpeto, exibindo força normativa sem precedente, a Constituição ingressou na paisagem jurídica do país e no discurso dos operadores jurídicos.
>
> [...]
>
> Nesse ambiente, a **Constituição passa a ser não apenas um sistema em si – com a sua ordem, unidade e harmonia – mas também um modo de olhar e interpretar todos os demais ramos do Direito. Esse fenômeno, identificado por alguns autores como *filtragem constitucional*, consiste em que toda a ordem jurídica deve ser lida e apreendida sob a lente da Constituição, de modo a realizar os valores nela consagrados.** Como antes já assinalado, a constitucionalização do direito infraconstitucional não tem como sua principal marca a inclusão na Lei Maior de normas próprias de outros domínios.
>
> À luz de tais premissas, toda interpretação jurídica é também interpretação constitucional. Qualquer operação de realização do Direito envolve a

> aplicação direta ou indireta da Lei Maior. (*Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo, 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2011, p. 386-387).

Sob essa ótica, a Constituição Federal, em seção específica destinada à educação, compreendendo a chamada ordem social, preconiza:

> Art. 205. **A educação**, direito de todos e dever do Estado e da família, **será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade**, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.
>
> Art. 206. **O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:**
>
> **I - igualdade de condições para o acesso e permanência na escola;**
>
> **II - liberdade de aprender,** ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber;
>
> III - pluralismo de idéias e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino;
>
> [...]
>
> Art. 208. **O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:**
>
> [...]
>
> **III - atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino;**
>
> [...]
>
> Art. 209. **O ensino é livre à iniciativa privada, atendidas as seguintes condições:**
>
> **I - cumprimento das normas gerais da educação nacional;**
>
> II - autorização e avaliação de qualidade pelo Poder Público.
>
> [...] (sem grifo no original)

As regras referentes ao acesso e permanência na escola e também as relativas ao atendimento especializado são, basicamente, repetidas no

Estatuto da Criança e do Adolescente (arts. 53 e 54, Lei 8.069/1990), enfatizando, ainda:

> 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.** (sem grifo no original)

Conforme disciplina a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei 9.3945/1996), considera-se educação especial *"a modalidade de educação escolar oferecida preferencialmente na rede regular de ensino, para educandos com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento e altas habilidades ou superdotação"* (art. 58, *caput*).

Segundo o referido diploma geral:

> Art. 58, [...].
>
> § 1º Haverá, quando necessário, serviços de apoio especializado, na escola regular, para atender às peculiaridades da clientela de educação especial.
>
> § 2º O atendimento educacional será feito em classes, escolas ou serviços especializados, sempre que, em função das condições específicas dos alunos, não for possível a sua integração nas classes comuns de ensino regular.
>
> § 3º A oferta de educação especial, dever constitucional do Estado, tem início na faixa etária de zero a seis anos, durante a educação infantil.
>
> [...]
>
> Art. 59. Os sistemas de ensino assegurarão aos educandos com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento e altas habilidades ou superdotação:

> I - currículos, métodos, técnicas, recursos educativos e organização específicos, para atender às suas necessidades;
>
> [...]
>
> III - professores com especialização adequada em nível médio ou superior, para atendimento especializado, bem como professores do ensino regular capacitados para a integração desses educandos nas classes comuns;
>
> [...]

A Lei 7.853/1989, regulamentada pelo Decreto 3.298/1999 no âmbito federal, ao estabelecer normas gerais sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência e sua integração social, assevera que, compete ao poder público assegurar-lhes o pleno exercício do direito à educação, dentre outros que propiciem seu bem-estar pessoal, social e econômico.

Para isso, determina que órgãos e entidades da administração direta e indireta dispensem tratamento prioritário e adequado, tendente a viabilizar, sem exclusão de outras, as seguintes medidas (art. 2º, parágrafo único):

> I - na área da educação:
>
> a) a inclusão, no sistema educacional, da Educação Especial como modalidade educativa que abranja a educação precoce, a pré-escolar, as de 1º e 2º graus, a supletiva, a habilitação e reabilitação profissionais, com currículos, etapas e exigências de diplomação próprios;
>
> **b) a inserção, no referido sistema educacional, das escolas especiais, privadas e públicas;**
>
> [...]
>
> e) o acesso de alunos portadores de deficiência aos benefícios conferidos aos demais educandos, inclusive material escolar, merenda escolar e bolsas de estudo;
>
> **f) a matrícula compulsória em cursos regulares de estabelecimentos públicos e particulares de pessoas portadoras de deficiência capazes de se integrarem no sistema regular de ensino**; (sem grifo no original)

No âmbito local, a Lei 12.870/2004 cuidou de tratar da Política Estadual para Promoção e Integração da Pessoa Portadora de Necessidades Especiais, repisando a necessidade de matrícula compulsória em cursos regulares, tanto de estabelecimentos públicos quanto dos particulares, das pessoas capazes de integrarem a rede regular (art. 23, inciso I), acrescentando, ainda:

> § 2º **A educação especial caracteriza-se por constituir processo flexível, dinâmico e individualizado**, oferecido principalmente nos níveis de ensino considerados obrigatórios.
>
> [...]
>
> § 4º **A educação especial contará com equipe interdisciplinar, com a adequada especialização, e adotará orientações pedagógicas individualizadas.** (sem grifo no original)

Consta de tal diploma legal, explicitamente, que **os serviços relativos à educação especial** ***"serão ofertados nas instituições de ensino público ou privado do sistema de educação geral,*** *de forma transitória ou permanente, mediante programas de apoio para o aluno que esteja integrado no sistema regular de ensino, ou em escolas especializadas exclusivamente quando a educação das escolas comuns não puder satisfazer as necessidades educativas do aluno ou quando necessário ao bem-estar do educando"* (art. 24 – sem grifo no original).

Especificamente quanto ao diagnóstico da autora, cumpre consignar que a recente Lei 12.764/2012, instituidora da Política Nacional de Proteção dos Direitos da Pessoa com Transtorno do Espectro Autista, é categórica ao preconizar que o indivíduo portador de tal síndrome é considerado *"pessoa com deficiência, para todos os efeitos legais"* (art. 1º, § 2º), enquadrando-se, portanto, no âmbito de proteção de todas as normas anteriormente examinadas.

Tendo isso em conta, não merece prosperar o argumento de que a tutela pleiteada pela infante restaria inviabilizada por este específico documento legal. Diz a entidade ré que seu art. 3º, parágrafo único, ao

dispor que *"em casos de comprovada necessidade, a pessoa com transtorno do espectro autista incluída nas classes comuns de ensino regular, nos termos do inciso IV do art. 2º, terá direito a acompanhante especializado"* teve sua eficácia prejudicada por fazer referência a dispositivo vetado quando da promulgação.

Embora, de fato, tenha havido veto presidencial quanto ao mencionado inciso, o qual estabelecia como diretriz da política nacional a inclusão dos estudantes com transtorno do espectro autista nas classes comuns de ensino regular e a garantia de atendimento educacional especializado gratuito, é discutível a perda de eficácia do comando do art. 3º, pois fora integralmente aprovado pelo legislador.

A questão, todavia, torna-se de somenos importância, uma vez que, à vista de todo o exposto, pode-se afirmar, seguramente, que o ordenamento pátrio confere especial proteção ao portador de deficiência, determinando, em diversos documentos, a inserção da educação especial também aos cursos regulares educacionais privados, modalidade esta que, pelo próprio fim a que se propõe, será composta por ações especializadas e individualizadas, a exemplo da disponibilização de professor auxiliar ora postulada.

Até porque, conforme pontua José Afonso da Silva, a *"educação como processo de reconstrução da experiência é um* ***atributo da pessoa humana, e, por isso, tem que ser comum a todos"***, sendo *"essa concepção que a Constituição agasalha nos arts. 205 a 214"*. Consoante o doutrinador, tal percepção *"importa [...] em elevar a educação à categoria de serviço público essencial que ao Poder Público impende possibilitar a todos, daí a preferência constitucional pelo ensino público,* ***pelo que a iniciativa privada, nesse campo, embora livre, é, no entanto, meramente secundária e condicionada*** *(arts. 209 e 213)"* (*Curso de Direito Constitucional Positivo*, 37 ed., São Paulo: Malheiros, 2014, p. 851-852).

Neste ponto, impende afastar a alegação de inobservância do Parecer n. 152 do Conselho Estadual de Educação, pois, além de não ser

dotado de qualquer força vinculante, há em seu texto expressa referência à impossibilidade de imputação à escola particular de "*responsabilidade direta pela adequação de seu quadro de funcionários e instalações para a aceitação de toda e qualquer matrícula de pessoas portadoras de deficiência que não tenham condições de se integrarem no sistema regular de ensino*" (fl. 67) – o que não é o caso dos autos, porquanto a autora não só tem indicação de integração na escola regular, como já a frequenta.

Diferentemente do sustentado pela requerida, a necessidade médica do profissional restou efetivamente demonstrada nos autos, conforme prescrição especializada de neuropediatra (fl. 22). Neste ponto, cumpre advertir que a equipe multidisciplinar da qual dispõe a escola, embora exerça papel de grande valia, atua no auxílio de todas as crianças lá matriculadas, sem intervir, contudo, diretamente nas atividades realizadas em sala de aula, local em que estão diariamente centradas as ações de ensino e aprendizagem.

Estas, ressalte-se, serão inegavelmente enriquecidas com a presença da autora e de outras crianças especiais porventura frequentadoras da escola. Se de um lado a presença de profissional auxiliar constitui meio adequado a garantir o convívio com a natural diversidade humana e o consequente desenvolvimento intelectual dos alunos, por outro, assegura a regularidade do processo de aprendizagem, de forma que não comprometa a intelecção tanto da requerente quanto dos demais infantes.

Apesar de suficientemente amparado o direito invocado no presente feito, o caso comporta agravantes desfavoráveis à instituição requerida, das quais, pela sua especificidade (associação privada sem fins lucrativos, fls. 44-57), mostra-se relevante a apreciação.

A primeira constitui no fato de que a autora, antes de ter prescrita a necessidade de acompanhamento de professor auxiliar, já frequentava o estabelecimento demandado, usufruindo de seus serviços há mais de 1 (um) ano, mediante o pagamento de mensalidade com a ajuda financeira

do genitor, pois, somada à paga pela irmã, supera a totalidade dos ganhos da mãe (fls. 19, 23 e 24).

A posterior recusa ao adequado atendimento, em última análise, afronta a boa-fé objetiva que tem de permear toda a execução do negócio (art. 422, CC), necessitando este ter seu equilíbrio constantemente garantido, sobretudo se considerado que as relações contratuais, de um modo geral, devem ser funcionalizadas, nos termos em que preconiza o diploma civilista: *"A liberdade de contratar será exercida* ***em razão e nos limites da função social do contrato"*** (art. 421, CC).

Sobre o tema, ensina Arnoldo Wald:

> Nos últimos anos, **deixou-se de conceber o contrato como decorrente ou representativo de interesses antagônicos, chegando os autores e a própria jurisprudência a admitir, inicialmente nos contratos de longo prazo, e, em seguida, em todos eles, a existência de uma *affectio* – a *affectio contractus,*** com alguma semelhança com outras formas de colaboração, como a *affectio societatis* ou o próprio vínculo conjugal. Em vez de adversários, **os contratantes passaram a ser caracterizados como parceiros, que pretendem ter, um com o outro, uma relação equilibrada e igualitária, tendo em vista uma maior fraternidade e justiça.**
>
> [...]
>
> No passado, o contrato permitia às partes evitar todos os riscos futuros, garantindo-lhes a imutabilidade das prestações convencionadas e a sobrevivência da convenção diante de fatos imprevistos, mesmo quando alteravam substancialmente a equação contratual. Hoje, o contrato perdeu essa perenidade, mas **ganhou em flexibilidade, sacrificando-se alguns eventuais benefícios ao interesse social e ao interesse comum das partes.**
>
> [...]
>
> Em recente estudo, pretendeu-se que o contrato, no passado, era uma espécie de bolha ou uma ilha, independente, alheia aos acontecimentos e prevalecendo sobre as eventuais modificações fáticas e legislativas.

> Atualmente, o contrato se transformou num bloco de direitos e obrigações de ambas as partes, que devem manter o seu equilíbrio inicial, num vínculo ou até numa entidade. Vínculo entre as partes, por ser obra comum destas, e entidade, constituída por um conjunto dinâmico de direitos, faculdades, obrigações e outros deveres, que evolui como a vida, de acordo com as circunstâncias que condicionam a atividade dos contratantes.

Arremata o doutrinador:

> Já no início do terceiro milênio, **é preciso reconhecer que o contrato, para sobreviver, exige que se lhe dê uma função social e uma nova estrutura, dela extraindo as consequências necessárias. Efetivamente, o número de exceções à aplicação dos princípios gerais do contrato clássico já alcança um nível que não mais permite fazer com que prevaleçam as regras gerais, sob pena de ensejar o predomínio da ficção sobre a realidade.** De fato, a Constituição, as leis, a doutrina e a jurisprudência reconhecem que o contrato, do mesmo modo que a propriedade, exerce importante função social e, nessa linha, dotando de maior relevância o conceito de boa-fé, fazem com que se exija dos contratantes um dever de lealdade na execução do contrato. (sem grifo no original) (*Direito Civil: Direito das obrigações e teoria geral dos contratos*, vol. 2, 20 ed., São Paulo: Saraiva, 2011, p. 241-245).

Igualmente desarrazoadas as alegações de oneração do orçamento da instituição, bem como de risco de evasão escolar devido ao encarecimento da mensalidade. Isso porque se extrai da própria ata assemblear da ré, fundada há mais de 50 (cinquenta) anos, que possui 15 (quinze) unidades atuantes em diversos municípios do Estado e também no Paraná, do que se conclui, seguramente, que tem aporte econômico suficiente a custear a contratação pretendida (fls. 44 e 45).

Ademais, conforme observado pelo membro do Ministério Público em primeiro grau (fl. 105), tal entendimento encontra respaldo na Nota Técnica n. 24, da Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Inclusão (SECADI) do Ministério da Educação, de 21.03.2013, assim dispondo:

> **As instituições de ensino privadas,** submetidas às normas gerais da educação nacional, deverão efetivar a matrícula do estudante com transtorno do espectro autista no ensino regular e garantir o atendimento às necessidades educacionais específicas. **O custo desse atendimento integrará a planilha de custos da instituição de ensino, não cabendo o repasse de despesas decorrentes da educação especial à família do estudante ou inserção de cláusula contratual que exima a instituição, em qualquer nível de ensino, dessa obrigação.** (sem grifo original)

No mesmo norte a Nota Técnica n. 15, de 02.07.2010, também daquele Ministério, asseverando que *"não encontra abrigo na legislação a inserção de qualquer cláusula contratual que exima as instituições privadas de ensino, de qualquer nível, etapa ou modalidade, das despesas com a oferta do AEE* [atendimento educacional especializado] e *demais recursos e serviços de apoio da educação especial"*.

Por derradeiro, destacam-se julgados do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que, em situações bastante próximas à estampada nos autos, reconheceram o direito ora tutelado:

1) Apelação Cível n. 70049093891, Oitava Câmara Cível, relator Des. Alzir Felippe Schmitz, julgada em 13.12.2012:

> APELAÇÃO CÍVEL. **ENSINO PRIVADO. ALUNO AUTISTA. NECESSIDADES ESPECIAIS. ACOMPANHAMENTO DO ALUNO. AÇÃO DE CUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO.** [...] MÉRITO. **Ainda que estejamos diante de rede de ensino privado, o aluno portador de necessidades especiais possui o direito de atendimento educacional especializado e suficiente, nos termos do artigo 208, inciso I, da Constituição Federal e dispositivos legais correlatos.** NEGARAM PROVIMENTO A AMBOS OS APELOS. (sem grifo no original)

2) Apelação Cível n. 70043241165, Sétima Câmara Cível, relator Des. Jorge Luís Dall'Agnol, julgada em 09.11.2011:

> APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ORDINÁRIA. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. **INCLUSÃO SOCIAL. ALUNO**

PORTADOR DE AUTISMO. FREQUÊNCIA À ESCOLA EM QUE JÁ SE ENCONTRAVA ADAPTADO. AUTORIZAÇÃO DE REMATRÍCULA. DIREITO SOCIAL. SENTENÇA MANTIDA. APELAÇÃO DESPROVIDA.

Retira-se do voto:

> [...]
>
> Registre-se que às escolas particulares aplicam-se as mesmas regras que regem a educação prestada pelo poder público, uma vez que, a teor do art. 209, da Constituição Federal, a iniciativa da prestação dos serviços de educação, pela iniciativa privada, deve atender às normas gerais de educação nacional.
>
> Como se vê, **é obrigação de qualquer escola, independente de ser particular ou não, oferecer todas as condições necessárias ao atendimento de crianças portadoras de necessidades especiais, devendo, para tanto, dispor de meios adequados e pessoal capacitado para tal finalidade.** (sem grifo no original)

Feitas essas considerações, o recurso é conhecido e desprovido, mantendo-se a sentença em sua integralidade.

Esse é o voto.

Apelação Cível n. 2014.021351-4, de Biguaçu

Relatora: Desa. Denise Volpato

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA FUNDAMENTADA EM EXAME DE DNA REALIZADO COM MATERIAL GENÉTICO DAS PARTES.

INSURGÊNCIA DA REQUERIDA. PREFACIAL DE CERCEAMENTO DE DEFESA. SUBSISTÊNCIA. AUSÊNCIA DE INSTRUÇÃO PROCESSUAL. PRODUÇÃO UNICAMENTE DE UM EXAME DE DNA. POSSIBILIDADE DE ERRO MATERIAL. NECESSIDADE DE PRODUÇÃO DE PROVAS PARA BUSCA DA VERDADE REAL. DILAÇÃO PROBATÓRIA ESSENCIAL PARA APONTAR A EXISTÊNCIA OU NÃO DE VÍNCULO SOCIOAFETIVO ENTRE AS PARTES. INDISPENSABILIDADE DE EXAURIENTE INSTRUÇÃO PROBATÓRIA. CERCEAMENTO DE DEFESA CARACTERIZADO. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E DA AMPLA DEFESA. PREFACIAL ACOLHIDA. SENTENÇA CASSADA. RETORNO DOS AUTOS À PRIMEIRA INSTÂNCIA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

- "Diante dos elevados valores que envolvem todas as lides atinentes ao acertamento de paternidade, a busca da verdade real haverá de ser incansavelmente perseguida pelo juiz instrutor do feito, de maneira que a colheita das provas seja a mais ampla e segura possível, a fim de possibilitar a justa composição do conflito em prol da pacificação familiar e social.

Assim, se a única prova produzida é a pericial, há de se considerar uma possibilidade de erro material no laudo conclusivo, mesmo que improvável, mas não impossível, razão pela qual o pedido do interessado em submeter-se a novo exame, mesmo que desprovido de qualquer outro fundamento, há de ser deferido, pondo fim, dessa forma, a eventuais dúvidas ou incertezas em tema tão caro para todos os envolvidos na lide pendente." (TJSC, Apelação Cível n. 2009.041346-2, Relator: Des. Joel Dias Figueira Júnior, julgada em 06/12/2010)

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2014.021351-4, da comarca de Biguaçu (1ª Vara Cível), em que é apelante J. C. S., e apelado M. A. de S.:

A Sexta Câmara de Direito Civil decidiu, por votação unânime, conhecer do recurso e dar-lhe provimento para o fim de cassar a Sentença atacada e determinar a instrução processual. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, o Excelentíssimo Desembargador Alexandre d'Ivanenko (presidente) e o Excelentíssimo Desembargador Eduardo Mattos Gallo Júnior.

Florianópolis, 03 de março de 2015.

Denise Volpato
RELATORA

RELATÓRIO

M.A.deS. ajuizou "Ação de Investigação de Paternidade" em face de J.C.deS. alegando, em síntese, ter mantido um relacionamento amoroso com a genitora da requerida no período de março de 1992 a março de 1993. Relatou ser de notório conhecimento da sociedade que a requerida é sua filha, contudo, afirmou que durante o relacionamento a genitora da requerida sempre teve outros homens. Afirmou ter a requerida relatado a infidelidade da genitora a sua atual esposa. Asseverou que passou a desconfiar da paternidade da filha. Por essa razão, objetivando solucionar a dúvida existente pugnou pela realização de exame de DNA e, consequentemente a procedência da ação, com a devida retificação do registro de nascimento da requerida, excluindo seu nome como genitor e dos avós paternos, e cessação da obrigação alimentar. Atribuiu valor à causa e juntou documentos (fls. 05/08).

Designada Audiência de Conciliação restou inexitosa. Na mesma oportunidade foi colhido o material genético das partes e determinada a produção de prova pericial (fl. 22).

A requerida apresentou contestação (fls. 23/24) na qual asseverou ser o requerente seu pai biológico. Destacou que sua genitora "é pessoa honesta, não possuindo, destarte, qualquer fato que desabone a sua conduta, e se contesta a presente ação, assim o faz por estar cônscio da paternidade espontaneamente reconhecida pelo requerente". Por essas, razões, requereu a improcedência dos pedidos formulados pelo requerente, postulando a manutenção da filiação estabelecida.

Houve réplica (fls. 27/28).

A Universidade do Estado de Santa Catarina (UDESC) enviou ofício à Chefe de Cartório (fl. 29) nos seguintes termos: "Vimos através deste, informar que o material recebido referente aos Autos nº 007.12.004961-5 constatamos um problema. Ressaltamos que com este problema, o Laboratório DNA UDESC não pode realizar a análise, pois os casos devem chegar ao laboratório dentro dos padrões exigidos no POP01. Para que possamos dar continuidade ao processo de análise genética deste caso, é necessária a troca de gênero correto. Salientamos que não é necessário colher nova assinatura das partes, basta que o chefe de Cartório, assine nova ficha de identificação e envie para o Laboratório DNA UDESC. O envelope ficará armazenado e aguardando envio da nova Ficha, e somente após a chegada da mesma é que as análises iniciarão".

O Magistrado singular proferiu despacho informando o cumprimento da diligência requerida (fl. 31).

Às fls. 33/37 foi juntado o Laudo Técnico de exame de DNA, realizado pelo Laboratório de Análises Genéticas da UDESC, concluindo que o demandante não é o pai biológico da requerida.

As partes apresentaram manifestações acerca do laudo técnico (fl. 40 e fls. 43/51).

Sobreveio Sentença (fls.65/66) da lavra do Magistrado José Clésio Machado que julgou a lide nos seguintes termos: "Diante do exposto,

o que mais dos autos consta e os princípios de direito aplicáveis, JULGO PROCEDENTE a presente AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE proposta por [M.A.deS.], qualificado, em face de [J.C.deS.], qualificada, para a anulação do patronímico correspondente, inclusive ascendentes paternos no registro civil de nascimento de [J.C.deS.], pois excluído o Requerente de ser o pai biológico da Requerida, bem como para desobrigá-lo do dever de adimplir prestações alimentícias em favor da Requerida. Transitada em julgado o decisum, expeça-se o Mandado de Averbação ao Cartório de Registro Civil competente para a exclusão do patronímico correspondente, inclusive ascendentes paternos. Condeno a Requerida ao pagamento de custas processuais e honorários advocatícios, os quais fixo moderadamente em R$ 500,00 (quinhentos reais), em observância ao art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil. Suspensa, entretanto, a exigibilidade dos encargos sucumbenciais, em face de ter sido a Requerida beneficiada com a Assistência Judiciária Gratuita. Honorários advocatícios no mesmo referencial das URH's legais."

Irresignada, a requerida opôs Embargos de Declaração (fls. 62/63), os quais foram rejeitados (fls. 65/66).

Inconformada com a prestação jurisdicional a requerida interpôs recurso de apelação (fls. 70/82), sustentando a prefacial de cerceamento de defesa, por não ter sido permitida a instrução probatória, a qual se afigura imprescindível para comprovar o vínculo socioafetivo entre as partes. Alega ser o ato de reconhecimento de um filho irrevogável. Destaca a necessidade de ocorrência de algum vício (coação, erro, dolo, simulação ou fraude) para anulação do registro civil. Afirma não ter havido no caso qualquer vício de consentimento. Aduz dever ser mantida a paternidade. Sobreleva a existência de liame socioafetivo. Assevera não ter o autor ao longo de 20 (vinte) anos contestado sua paternidade. Ao final, pugna pelo provimento do recurso e reforma da sentença a fim de ser mantido seu registro civil. Caso não seja esse o entendimento, pugna pela realização de novo exame de DNA.

O apelo foi recebido no duplo efeito (fl. 84).

Às fls. 86/93 foram apresentadas as contrarrazões.

Lavrou parecer pela douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Mário Luiz de Melo opinando pelo "conhecimento e provimento da apelação interposta, para cassar a sentença atacada, procedendo-se a regular instrução processual".

Este é o relatório.

VOTO

1. Admissibilidade

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

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

Assim, dispensado o autor do recolhimento do preparo ante o deferimento do benefício da Justiça Gratuita (fl. 95), preenchidos os demais pressupostos de admissibilidade, passa-se à análise do recurso.

2. Recurso de Apelação

Trata-se de apelação cível interposta por J.C.S. contra Sentença proferida pelo Juiz de Primeiro Grau, José Clésio Machado, da 1ª Vara

Cível da Comarca de Biguaçu que, nos autos da Ação de Investigação de Paternidade (autos n. 0004961-03.2012.8.24.0007), movida contra si por M.A.deS., julgou procedente os pedidos iniciais, determinando "a anulação do patronímico correspondente, inclusive ascendentes paternos no registro civil de nascimento de [J.C.S.], pois excluído o requerente de ser o pai biológico da requerida, bem como para desobrigá-lo do dever de adimplir prestações alimentícias em favor da requerida".

Fundamenta sua pretensão sustentando a prefacial de cerceamento de defesa, por não ter sido permitida a instrução probatória, a qual se afigura imprescindível para comprovar o vínculo socioafetivo entre as partes. Alega ser o ato de reconhecimento de um filho irrevogável. Destaca a necessidade de ocorrência de algum vício (coação, erro, dolo, simulação ou fraude) para anulação do registro civil. Afirma não ter havido no caso qualquer vício de consentimento. Aduz dever ser mantida a paternidade. Sobreleva a existência de liame socioafetivo. Assevera não ter o autor ao longo de 20 (vinte) anos contestado sua paternidade. Ao final, pugna pelo provimento do recurso e reforma da sentença a fim de ser mantido seu registro civil. Caso não seja esse o entendimento, pugna pela realização de novo exame de DNA.

Pois bem.

Inicialmente, é de se destacar que o reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento é irrevogável, conforme preceituam o artigo 1º, da Lei nº 8.560/1992 e o artigo 1.609, do Código Civil, *verbis*:

> "Lei n. 8.560/1992 -Art. 1º O reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento é irrevogável e será feito:
>
> I - no registro de nascimento;
>
> II - por escritura pública ou escrito particular, a ser arquivado em cartório;
>
> III - por testamento, ainda que incidentalmente manifestado;
>
> IV - por manifestação expressa e direta perante o juiz, ainda que o reconhecimento não haja sido o objeto único e principal do ato que o contém."

> "Art. 1.609. O reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento é irrevogável e será feito:
>
> I - no registro do nascimento;
>
> II - por escritura pública ou escrito particular, a ser arquivado em cartório;
>
> III - por testamento, ainda que incidentalmente manifestado;
>
> IV - por manifestação direta e expressa perante o juiz, ainda que o
>
> reconhecimento não haja sido o objeto único e principal do ato que o contém.
>
> Parágrafo único. O reconhecimento pode preceder o nascimento do filho ou ser posterior ao seu falecimento, se ele deixar descendentes."

Outrossim, nos termos do artigo 185 c/c com o artigo 171, ambos do Código Civil, o registro de nascimento só pode ser anulado por vício resultante de erro, dolo, coação e estado de perigo (artigo 171, II, do CC), ou, ainda, nas hipóteses elencadas no artigo 166, do Código Civil, *verbis*:

> "Art. 185. Aos atos jurídicos lícitos, que não sejam negócios jurídicos, aplicam-se, no que couber, as disposições do Título anterior."
>
> "Art. 171. Além dos casos expressamente declarados na lei, é anulável o negócio jurídico:
>
> [...];
>
> II - por vício resultante de erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou fraude contra credores."
>
> "Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando:
>
> I - celebrado por pessoa absolutamente incapaz;
>
> II - for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto;
>
> III - o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito;
>
> IV - não revestir a forma prescrita em lei;
>
> V - for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade;

> VI - tiver por objetivo fraudar lei imperativa;
>
> VII - a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção."

Ademais, dispõe o artigo 1.604, do Código Civil que, "ninguém pode vindicar estado contrário ao que resulta do registro de nascimento, salvo provando-se erro ou falsidade do registro."

O reconhecimento da paternidade, portanto, é ato irrevogável, e somente em situações excepcionais, mediante comprovação cabal de vício de consentimento, se pode admitir a anulação do registro de nascimento.

Como todo ato jurídico, para sua revogação, devem vir aos autos elementos comprobatórios da ocorrência de um dos defeitos do ato jurídico.

In casu, não há qualquer início de prova da existência de vício de consentimento no reconhecimento espontâneo da paternidade da requerida feito pelo autor/apelado.

De outra parte, importa esclarecer que, em se tratando de paternidade, nem sempre a verdade jurídica coincide com a verdade biológica. O vínculo de filiação e paternidade nem sempre decorre da existência de laços consanguíneos/biológicos, pois nosso ordenamento jurídico admite que também se estabeleça sobre a verdade socioafetiva.

Nesse viés, de se frisar que o resultado do exame de DNA (fls. 33/37), que indicou não se tratar o autor/apelado pai biológico da requerida, em nada importa a fim de se alterar o registro civil da requerida.

Isso porque, o direito de filiação está inspirado em valores constitucionais que vão do respeito à dignidade da pessoa humana à proteção especial devotada às crianças e adolescentes. Esta dogmática foi recepcionada pelo Código Civil em vigor, especialmente quando estabelece que o parentesco é dito natural, se resultar de consangüinidade, e civil quando derivar de outra origem (art. 1.593), onde se inclui a vontade consciente (que uma vez materializada em registro público é irrevogável - art. 1.609 do Código Civil).

Assim, é incontroverso que os dispositivos legais do direito material vigente viabilizam a manutenção dos vínculos de parentesco mesmo quando se verifica a ausência, entre pai e filho, de relação biológica.

De fato, a paternidade, a maternidade e os estreitos e verdadeiros laços familiares se estabelecem pela afeição e pela convivência social. Nesse viés, perde relevância a consangüinidade, pois o que ganha importância e significado para manter a relação jurídica de paternidade é a posse de estado de filho.

No presente vértice recursal, em que pese o resultado do exame de DNA de fls. 33/37, ter indicado não se tratar o autor/apelante pai biológico da requerida, não há nos autos comprovação da existência ou não de vínculo socioafetivo entre as partes.

Diante desse quadro, inegável o prejuízo imposto à apelante, que teve sua paternidade excluída após 21 (vinte e um) anos do seu nascimento, sem ter sido oportunizada sequer a oitiva de testemunhas ou depoimento pessoal das partes.

Com efeito, imperioso ressaltar que a investigação de paternidade requer a produção de prova forte e induvidosa, de modo a não permitir incertezas ou inseguranças, porquanto se destina a buscar a verdade real acerca da existência ou não de vínculo afetivo entre as partes.

Sobre o tema, colhe-se do acervo jurisprudencial Catarinense:

> "[...] Diante dos elevados valores que envolvem todas as lides atinentes ao acertamento de paternidade, a busca da verdade real haverá de ser incansavelmente perseguida pelo juiz instrutor do feito, de maneira que a colheita das provas seja a mais ampla e segura possível, a fim de possibilitar a justa composição do conflito em prol da pacificação familiar e social.
>
> Assim, se a única prova produzida é a pericial, há de se considerar uma possibilidade de erro material no laudo conclusivo, mesmo que improvável, mas não impossível, razão pela qual o pedido do interessado em submeter-se a novo exame, mesmo que desprovido de qualquer outro fundamento, há de ser deferido, pondo fim, dessa forma, a eventuais

> dúvidas ou incertezas em tema tão caro para todos os envolvidos na lide pendente." (TJSC, Apelação Cível n. 2009.041346-2, Relator: Des. Joel Dias Figueira Júnior, julgada em 06/12/2010)

Nesse sentido, bem ponderou o representante do Ministério Público, Dr. Mario Luiz de Melo, *verbis*:

> "O apelado não provou satisfatoriamente, até porque o julgamento precoce não o permitiu, que foi enganado ao registrar a filha como sua. Suas informações iniciais são um tanto 'vazias', sem respaldo suficiente a conduzir, de plano como o foi, a um juízo de que efetivamente registrou a apelante como filha completamente enganado.
>
> Ademais, é oportuno também apurar a relação afetiva entre as partes, situação que poderá até apontar para uma solução ou julgamento diferente ao *decisum* em questão.
>
> Veio o apelado a desconfiar de tal fato somente recentemente, passados apenas aproximadamente 20 anos, o que nos parece um tanto inusitado.
>
> Assim, se o julgamento fosse hoje creio que seria ele contrário à pretensão inicial, isto é, manteria-se a paternidade do apelado sobre a apelante.
>
> Não duvida em dizer, por outro lado, que, caso o julgamento fosse contrário aos anseios do pai registral, não olvidaria ele em alegar o cerceamento de defesa.
>
> Destarte, no afã de se evitar injustiças, proponho a cassação da sentença atacada, enviando-se os autos à comarca de origem, para que seja proporcionada às partes a devida instrução processual, tudo de sorte a verificar a existência ou não do erro substancial ou até mesmo a existência de vínculo afetivo entre ambos – pai registral e filha.
>
> No tocante à prova feita através de exame de DNA, também nos parece merecer acolhida a pretensão da apelante.
>
> É verdade que, diante do resultado do exame de DNA realizado, prova científica inconteste, com a coleta e amostras de sangue das partes envolvidas no processo, pouco se pode alegar.
>
> Aliás, quanto à veracidade do referido exame, afirma F. S. F. que 'Esse exame (DNA) é o definitivo porque não deixa qualquer margem de dúvida' e C. C. de F. e T. F. V. Simões que 'Com o advento do DNA,

> as outras formas de perícia restaram em segundo plano, dada a certeza científica na determinação da filiação'.
>
> [....]
>
> Ademais, 'segundo afirmam geneticistas, colhido o sangue do Réu, do investigante e dos pais deste, submetido tal material a exame, apura-se, com uma probabilidade superior a 99% a existência daquele parentesco consaguínio. A ciência ainda evoluiu mais, com a descoberta do fator DNA (ácido desoxirribonucléico). O teste de DNA prova com certeza absoluta a filiação investigada. Ou seja, aquela probabilidade anterior de acerto, que era de 25%, passou, com o progresso científico, a ser absoluta. Ou o exame é positivo e a paternidade fica provada, ou ele é negativo e tal parentesco fica afastado. Acabaram-se assim de vez as aventuras judiciais do passado, em que um cidadão respeitável podia, a qualquer tempo, ver-se enredado em um processo escabroso, promovido por um chantagista, que, munido de algumas testemunhas falsas, pleiteava a condição de filho e herdeiro da pobre vítima. Hoje esta, se tiver certeza de que não é pai do investigante, defende-se oferecendo seu sangue para comparar com o daquele, porque dessa comparação resulta a verdade.' (RODRIGUES, Sílvio. Direito Civil. São Paulo: Saraiva. P. 374-375).
>
> Todavia, conforme se apura dos autos, o laboratório da udesc, em uma primeira oportunidade, não pôde realizar a análise, pois o caso não chegou dentro dos padrões exigidos no POP01 (fl. 29). Embora se trate de um erro mínimo e não tenha exigido o laboratório nova assinatura assinatura das partes ou até mesmo nova coleta de material genético, no afã de extirpar, por todas, qualquer tipo de dúvida, melhor nos parece que se proceda a novo exame genético; até porque os autos, caso se atenda o requerido pelo Ministério Público, já estarão em primeiro grau para instrução, de sorte que prejuízo algum trará às partes.
>
> Assim, atento às digressões acimas, entendo ser de todo prudente a cassação da sentença, para que, na origem, os autos sejam devidamente instruídos, com oitiva de testemunhas, depoimento pessoal das partes e da genitora da apelante, e até mesmo com a realização de novo exame genético e até um completo estudo social." (fls. 98/104)

Assim, evidenciada a afronta ao princípio da ampla defesa (art. 5º, LV, da CF) e do amplo acesso à justiça (art. 5º, XXXV, da CF), corolários

do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF) e do devido processo legal, mister se faz cassar a sentença para o fim de reinaugurar a fase instrutória do feito.

Ante o exposto, o voto é no sentido de conhecer do recurso e dar-lhe provimento para o fim de cassar a Sentença atacada e determinar a instrução processual.

Este é o voto.

Agravo de Instrumento n. 2015.013544-0, de Jaraguá do Sul

Relator: Des. Eduardo Mattos Gallo Júnior

AGRAVO DE INSTRUMENTO. INSURGÊNCIA EM FACE DA DECISÃO INTERLOCUTÓRIA QUE, EM SEDE DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA, SUSPENDE O PODER FAMILIAR DOS GENITORES BIOLÓGICOS DA CRIANÇA, BEM ASSIM DETERMINA O SEU ACOLHIMENTO INSTITUCIONAL, AFASTANDO-A DO LAR DOS AGRAVANTES, QUE DETINHAM SUA GUARDA FÁTICA POR PERÍODO SUPERIOR HÁ DOIS ANOS.

ABRIGAMENTO DA CRIANÇA AMPARADO NA BURLA AO CADASTRO DE ADOÇÃO, BEM ASSIM EM ESTUDO PSICOSSOCIAL QUE, SUPOSTAMENTE, DEMONSTRA QUE OS AGRAVANTES NÃO PROPORCIONAM À MENININHA UM AMBIENTE SEGURO E SAUDÁVEL PARA O SEU DESENVOLVIMENTO.

CIRCUNSTÂNCIA PECULIAR QUE POSSIBILITA A RELATIVIZAÇÃO DA ORDEM DO CADASTRO ÚNICO – CUIDA. PROVAS PRODUZIDAS NO TRANSCORRER DA MARCHA PROCESSUAL QUE, ALÉM DE COMPROVAR QUE O ESTUDO PSICOSSOCIAL NÃO CORRESPONDE À REALIDADE FÁTICA EVIDENCIADA NO SEIO FAMILIAR DA FAMÍLIA QUE BUSCA A ADOÇÃO DA CRIANÇA, DEMONSTRAM A TOTAL POSSIBILIDADE DO CASAL LHE MANTER COM SEGURANÇA E DIGNIDADE, TAL QUAL PREVISTO NA LEGISLAÇÃO PÁTRIA. MENINA QUE RECONHECE OS RECORRENTES COMO SEUS PAIS, TENDO, SEM SOMBRA DE DÚVIDAS, CRIADO VÍNCULO AFETIVO QUE DEVE SER RESGUARDADO. PREVALÊNCIA DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA EM RELAÇÃO AO CADASTRO OFICIAL. INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.

IMEDIATO DESACOLHIMENTO DA CRIANÇA E CONSEQUENTE ENTREGA AOS AGRAVANTES, A QUEM SE DEFERE A GUARDA PROVISÓRIA, QUE SE REVELA COMO MEDIDA ESCORREITA À HIPÓTESE.

> "Em processos nos quais se discute a proteção da criança ou adolescente o Poder Judiciário deve buscar solução adequada à satisfação do melhor interesse desses seres em formação. Essa determinação não decorre tão-somente da letra expressa da Constituição Federal (artigo 227) ou do Estatuto da Criança e do Adolescente (artigo 4º), mas advém igualmente de imperativo da razão, haja vista que a pacificação social (um dos escopos da atividade jurídica estatal) não está alicerçada unicamente na legalidade estrita, mas na aplicação racional do arcabouço normativo e supranormativo. A promoção da dignidade humana, desde a formação de cada cidadão, deve ser o escopo primordial da ação estatal. 2 - No mesmo sentido, compactua o Superior Tribunal de Justiça: "Salvo no caso de evidente risco físico ou psíquico ao menor, não se pode conceber que o acolhimento institucional ou acolhimento familiar temporário, em detrimento da manutenção da criança no lar que tem como seu, traduza-se como melhor interesse do infante." (AgRg na MC 18329/SC, rel. Min Nancy Andrighi, julgado em 20/09/2011) (TJSC, Agravo de Instrumento n. 2013.021539-5, de Joinville, rel. Des. Denise Volpato, j. 10-06-2014)".
>
> DECISÃO REFORMADA. RECURSO PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 2015.013544-0, da comarca de Jaraguá do Sul (Vara da Família, Infância e Juventude), em que são agravantes G. N. dos S. e outro, e agravados E. A. P. e outros:

A Sexta Câmara de Direito Civil decidiu, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Alexandre d'Ivanenko, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. Ronei Danielli.

Florianópolis, 9 de junho de 2015.

Eduardo Mattos Gallo Júnior
RELATOR

RELATÓRIO

G. N. dos S. e C. C. R. interpuseram agravo de instrumento (fls. 2-14), com pedido de efeito suspensivo, contra a decisão exarada nos autos de n. 0300712-38.2015.8.24.0036 (fls. 40-42), da vara da família, infância e juventude da comarca de Jaraguá do Sul, pela qual a magistrada determinou o acolhimento institucional da criança E. A. P., afastando-a do lar dos agravantes, que detinham a sua guarda fática por período superior há dois anos.

Em decisão da lavra do Exmo. Sr. Des. Luiz Zanelato (fls. 66-71), o efeito perquirido restou indeferido.

Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, a Procuradora Lenir Roslindo Pifer, posicionando-se pelo conhecimento e desprovimento do recurso (fls. 103-106).

Após, os autos restaram redistribuídos a este Relator.

É o relatório.

VOTO

O recurso merece ser conhecido tendo em vista que presentes os pressupostos legais de admissibilidade.

Trata-se de recurso de agravo de instrumento interposto em face da decisão interlocutória pela qual, nos autos da ação de adoção cumulada com destituição de poder familiar, a magistrada determinou o acolhimento institucional da criança E. A. P., afastando-a do lar dos agravantes, que detinham sua guarda fática por período superior há dois anos.

Buscam os agravantes, em síntese, a reforma do julgado, com o consequente desabrigamento da menina E. A. P., a fim de que volte para o lar em que residia, bem assim a concessão da guarda

provisória da criança, tendo em vista que já há exerciam faticamente por considerável período.

Antes de se analisar o acerto ou o desacerto da decisão combatida, faz-se necessário um breve relato dos acontecimentos que deram causa a demanda em primeiro grau de jurisdição, a qual acarretou no acolhimento institucional de E. A. P.

Como se observa no caderno pórtico, E. A. P. é filha de J. W. P. e B. dos S. A., sendo que o contato da pequena com o casal agravante se iniciou no momento em que sua mãe biológica fora residir perto da residência dos ora recorrentes.

Em razão dos problemas financeiros que a genitora biológica passava, considerando, inclusive, que o genitor, além de, na época, estar recluso no Presídio de Campos Novos, nunca ajudou na criação de sua filha ou manteve qualquer contato afetivo, os agravantes passaram a auxiliar nos cuidados com a então bebê.

Quando a menina contava com aproximadamente dois anos de idade, passou por sério problema de saúde (urinário), necessitando de cuidados especiais, sendo que o casal, diante da nítida proximidade e afeto com a criança, prontamente se ofereceu para lhe cuidar, até o momento em que melhorasse, diante da precária condição de sua genitora.

Todavia, diante da evidente aproximação com a menininha, B. acordou com o casal que E. ficaria residindo com estes, tendo, após tal fato se concretizado, não mais visitado a sua filha, afastando qualquer vínculo precário que anteriormente existia. Inclusive, a genitora biológica mudou de endereço, indo residir em outra localidade com seu companheiro, com o qual teve mais dois filhos (totalizando 5 filhos).

Após tal circunstância, a criança (atualmente com, aproximadamente, quatro anos e meio), desde os dois anos de idade, passou a residir com os agravantes, que a criam como se filha biológica fosse. E, ao que tudo indica, somente propuseram a presente demanda tendo em vista

procedimento pretérito instaurado pelo Ministério Público com o objetivo de averiguar possível adoção em desacordo com as regras legais vigentes, processo este que tramita conexo com o feito do qual decorre o presente instrumento (autos n. 0900034-71.2015.8.24.0036).

Em decorrência, na data de 27 de fevereiro do corrente ano, a magistrada da origem determinou o acolhimento institucional da criança, pautada, precipuamente, nos seguintes argumentos:

> [...] Sem adentrar, por ora, no mérito desta reprovável atitude, tanto dos genitores quanto dos requerentes, estudo psicossocial constatou que a criança não vem sendo bem atendida por eles.
>
> **Dentre as razões elencadas pela assistente social e psicóloga forenses, destaco o suposto descuido na saúde da menina, que não realiza acompanhamento médico e odontológico, apesar de possuir dificuldades de desenvolvimento. Segundo consta, E., com quatro anos de idade, "é tratada como um bebê, não reconhece seu próprio nome e pouco interage com os demais. Desta forma, seu comportamento não corresponde ao de uma criança de sua idade, sendo nítida a falta de estimulação." Referido estudo apontou que a criança está sob os cuidados dos requerentes há dois anos sem que a tenham levado ao médico, sem se olvidar que ela tenha apresentado sérios problemas de infecção urinária.**
>
> **Destaco, ainda, que, segundo o estudo, a moradia do casal não se mostra adequada para uma criança de tenra idade, que, além de não possuir tela de proteção, "a escada de acesso é íngreme, longa, com degraus estreitos, com piso liso. Duas crianças, uma de aproximadamente dez anos e outra aparentando menos de cinco anos, estavam lavando esta escada, com balde de água, escova e sabão. O risco de uma queda era evidente. Os adultos que viam a cena nada fizeram." (extraído do estudo psicossocial)**
>
> Ao que tudo indica, os genitores não têm contato com a criança. O pai apenas registrou a infante e não participou de sua vida. A mãe, por sua vez, a entregou aos requerentes quando a criança contava com apenas dois anos e não a visita.

> Sabe-se que "aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores [...]" (art. 22 do ECA), obrigações estas que, se não observadas, subsidiam a suspensão do poder familiar (art. 24 do ECA). Ora, de acordo com o coletado até o momento, resta evidente que os requeridos não observaram tais obrigações.
>
> A verossimilhança das alegações restou suficientemente demonstrada por meio dos documentos constantes nestes autos. O fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação decorre da própria natureza da medida, sem olvidar que a interessada conta com 4 (quatro) anos de idade. Necessita, portanto, de proteção e cuidado constantes, principalmente considerando suas peculiaridades. Não há indicativo nos autos de que os genitores desejam atuar como pais de E., porquanto ele somente a registrou e ela a entregou a terceiros.
>
> Dessarte, sem maiores delongas, e como tutela antecipatória de urgência, suspendo o poder familiar dos requeridos em relação à interessada E.A.P., na forma dos arts. 98 e 129, X, do Estatuto da Criança e do Adolescente.
>
> V. **Forçoso concluir, ainda, que o ambiente proporcionado pelos requerentes é permeado de negligências, tanto em relação à saúde da criança quanto à regularização da sua situação jurídica, o que, definitivamente, não se mostra adequado à criação de E.. Soma-se a isto, ainda, o fato de se tratar de caso de entrega de criança com burla aos cadastros de adoção e à legislação, aparentando não estar abrangido por nenhuma das hipóteses previstas no art. 50, § 13º, do ECA.**
>
> É sabido que o acolhimento institucional é medida excepcional e provisória, nos moldes do art. 101, § 1º, do ECA. Destarte, diante do até agora coletado, para o fim de proteger a integridade psíquica e física da criança, nos moldes do art. 98, II, do ECA, aplico, desde logo, a medida específica de proteção constante no art. 101, VII, da norma de regência, qual seja, o acolhimento institucional.
>
> DETERMINO a busca e apreensão da interessada, com o imediato encaminhamento ao Abrigo Provisório Tifa Martins". Expeça-se o competente mandado. [...] (grifou-se).

Com efeito, denota-se que a magistrada agiu com absoluto acerto ao suspender o poder familiar dos genitores biológicos, uma vez que,

como bem ressaltado, "não há indicativo nos autos de que os genitores desejam atuar como pais de E., porquanto ele somente a registrou e ela a entregou a terceiros".

Com relação ao indeferimento da guarda provisória da criança para os agravantes, os fundamentos que embasaram o *decisum* se fundam, principalmente, na burla ao cadastro de adoção, bem assim no disposto no estudo psicossocial realizado em 26 de fevereiro de 2015, nos autos de n. 0900034-71.2015.8.24.0036, o qual demonstrou que, supostamente, os recorrentes não proporcionavam à garota um ambiente seguro e saudável para o seu desenvolvimento.

Pois bem.

Observa-se, desta maneira, no caderno pórtico, que se está diante de caso clássico de tentativa desesperada de burla do CUIDA, em razão da impossibilidade do casal agravante de gerar sua própria prole, o que, necessário ressaltar, se abomina.

Entretanto, em determinadas situações excepcionais, a solução mais adequada, humana e justa, não encontra simples solução legalista, pois sabe-se que o princípio do melhor interesse da criança é o regente nas relações envolvendo infantes.

Dispõe o Estatuto da Criança e do Adolescente em seu artigo 6º:

> 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.

Não se desconhece e tampouco se está a mitigar a importância do cadastro de pretendentes a adoção, de fundamental importância à organização judiciária e à segurança jurídica mas, sem dúvida, que acima deste está o interesse superior da criança ou adolescente, em continuar no seio de uma família afetiva, que lhe resguarda todos os direitos previstos na Constituição Federal.

Nesse aspecto, ao sentir desta Relatoria que, reconhecidamente, é defensora do CUIDA, a lista deve ser relativizada. Isso porque, não emergem dúvidas de que aquele pequeno ser, renegado pelos seus pais biológicos que, sem sombra para outro entendimento, não lhe ofereciam condições dignas para sua subsistência, encontrou nos agravantes, nos dois anos de convívio diário, a família que necessita e merece ter: lhe oferecendo amor, afeto, carinho, segurança, saúde, e todos os demais direitos básicos previstos tanto na Constituição Federal, como no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Assim, colidem-se os valores de obediência ao cadastro e a permanência daquele pequeno e iluminado ser no lar no qual criou seus efetivos primeiros laços de afeto, durante dois anos de sua vida.

A lei deve receber de seu intérprete, uma vida que não tem. Aliás, o saudoso min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, quando ainda Desembargador do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, bem lançou o tema, cuja transcrição se faz:

> [...] "A vida, enfatizam os filósofos e sociólogos, e com razão, é mais rica que nossas teorias.
>
> "A jurisprudência, com o aval da doutrina, tem refletido as mutações do comportamento humano no campo do Direito de Família. Como diria o notável De Page, o juiz não pode quedar-se surdo às exigências do real e da vida. O Direito é uma coisa essencialmente viva. Está ele destinado a reger homens, isto é, seres que se movem, pensam, agem, mudam, se modificam. O fim da lei não deve ser a imobilização ou a cristalização da vida, e sim manter contato íntimo com esta, segui-la em sua evolução e adaptar-se a ela. Daí resulta que o Direito é destinado a um fim social, de que deve o juiz participar ao interpretar as leis, sem se aferrar ao texto, às palavras, mas tendo em conta não só as necessidades sociais que elas visam a disciplinar como, ainda, as exigências da justiça e da eqüidade, que constituem o seu fim. Em outras palavras, a interpretação das leis não deve ser formal, mas, sim, antes de tudo, real, humana, socialmente útil.
>
> "Indo além dos contrafortes dos métodos tradicionais, a hermenêutica dos nossos dias tem buscado novos horizontes, nos quais se descortinam

> a atualização da lei (Couture) e a interpretação teleológica, que penetra o domínio da valorização, para descobrir os valores que a norma se destina a servir, através de operações da lógica do razoável (Recaséns Siches).
>
> "Se o juiz não pode tomar liberdades inadmissíveis com a lei, julgando *contra legem*, pode e deve, por outro lado, optar pela interpretação que mais atenda às aspirações da Justiça e do bem comum.
>
> "Como afirmou Del Vecchio, a interpretação leva o juiz quase a uma segunda criação da regra a aplicar. Reclama-se, para o juiz moderno, observou OROSIMBO NONATO na mesma linha de raciocínio, com a acuidade sempre presente nos seus pronunciamentos, quase que a função de legislador de cada caso, e isso se reclama exatamente para que, em suas mãos, o texto legal se desdobre num sentido moral e social mais amplo do que, em sua angústia expressional, ele contém" [...] (Apelação 68.829, TJMG, RT 618/169).

Estas reflexões, de encontro ao que apregoa a política jurídica, levam a inafastável resposta que, no caso dos autos, constatando a capacidade dos agravantes de oferecer uma vida digna à E., a guarda provisória deve lhes ser deferida, ainda que em desobediência ao CUIDA.

E, neste prisma, causa espanto a esta Relatoria, o estudo psicossocial utilizado para afastar a criança de seu lar, pois de uma simples análise da totalidade do caderno processual, denota-se que este não corresponde a realidade evidenciada no grupo familiar.

Inicialmente, é de se afirmar, com veemência, que diferentemente do que aduziram a assistente social e psicóloga jurídica da comarca da origem, E. reconhece seu próprio nome, tanto que, quando chamada, prontamente olhou para sua mãe do coração, conforme se observa na mídia digital acostada a fls. 15.

Inclusive, em relação a esta prova, salienta-se que, ao analisá-la, constata-se o carinho e o afeto dispendido pelos conviventes em relação à E. Não pairam dúvidas de que, na maneira que entendem escorreito, buscam o melhor para o desenvolvimento daquele pequeno ser – mesmo

que superprotegendo-a, circunstância esta que pode, de alguma maneira, inibir seu correto desenvolvimento.

Ainda, no que toca à falta de segurança da residência, na mídia citada alhures consta vídeo que comprova que a casa já restou adequada, a fim de proporcionar total segurança à E.

Se não bastasse, denota-se a nítida intenção dos agravantes em adequar suas condutas, a fim de manter o convívio com sua filha do coração, conforme se observa no relatório constante no Plano Individual de Atendimento – PIA, do qual se extrai:

> [...] E. foi acolhida institucionalmente no dia 27 de fevereiro de 2015, em virtude de ter sido entregue aos dois anos de idade por sua mãe biológica ao casal G. e K., configurando assim uma entrega direta, sem haver a intervenção do Poder Judiciário. **Consta ainda nos motivos do acolhimento que a criança não estava sendo bem atendida por estes, não estava tendo acompanhamento médico e odontológico, era tratada como um bebê possuindo dificuldades de desenvolvimento na fala e na interação com os demais, comportamentos que foram observados como falta de estimulação dada a criança.**
>
> **Consta ainda, que a moradia do casal não se mostra adequada para uma criança de tenra idade, que não possui tela de proteção nas janelas, que a escada de acesso a casa é íngreme, longa, com degraus estreito e piso liso.**
>
> **[...] Desde o início dos acompanhamentos realizados à família foi possível verificar a dedicação do casal com E., que se mostrou disposto a modificar os motivos que foram apontados no acolhimento. Relataram que corrigiram estes erros e demonstraram o desejo de legalizar a guarda de E., tê-la como filha.**
>
> **Em relação a saúde de E., o casal relatou que não havia negligência, que a levaram em todas as campanhas de vacinação, e que depois de ter sido cuidada de sua infecção urinária, não adoeceu novamente. Importante destacar que quando a criança teve infecção urinária estava sob os cuidados da genitora B., G. e K. tomaram as providências para auxiliar nos cuidados e tratamento da criança.**

> **Quanto à fala, K. relatou que quando a conheceram, E. não falava nenhuma palavra, que possuíam dificuldade em compreendê-la, que para pedir água referia-se a palavra "tai", foi com o convívio que aprenderam a se comunicar e a compreender a criança.**
>
> **O casal relata que achava que essa dificuldade de fala seria superada na interação com outras crianças, assim que fosse inserida na escola, mas quando perceberam que foi visto como negligência, se mostraram dispostos a procurar um profissional.**
>
> **Em visita domiciliar realizada ao casal, observou-se que estes já haviam providenciado as telas de proteção para as janelas, assim como instalaram material antiderrapante nas escadas.** Cabe ressaltar também que a escada é de uso coletivo para os demais apartamentos que G. tem alugados, assim é de responsabilidade de cada morador revezar na limpeza das escadas, o que justifica que na visita realizada pelo setor psicossocial havia crianças limpando o local, sendo que os mesmos são filhos de uma moradora do apartamento alugado. Após o casal ter visualizado que este foi um dos motivos apontados no acolhimento, tomaram as providências e conversaram com a moradora para que isto não volte a ocorrer.
>
> **Referente ao quarto de E. que foi descrito como sendo um local inapropriado para ela dormir visto que a cama estava encostada na janela e que a mesma era baixa e não havia tela de proteção, percebeu-se que do lado de fora da janela há uma sacada, que a protegeria caso a criança pulasse a janela. Mas como descrito acima, o local já estava com telas de proteção nas janelas, e na sacada, bem como o casal se mostrou disposto a mudar o quarto de E. para outro cômodo da casa se assim fosse mais seguro.** [...] (*sic*, grifou-se).

Com efeito, não se olvida que, para a primazia do princípio do melhor interesse da criança, no caso em estudo, a menina deve ser imediatamente desacolhida e entregue aos seus pais de coração, uma vez que demonstram a total possibilidade de lhe manter com segurança e dignidade, tal qual previsto na legislação pátria.

Veja-se que os argumentos apresentados pela equipe psicossocial da origem para afastar a criança de seu lar, além de não se mostrarem

suficientes para o desiderato – ausência de perigo iminente e imediato –, foram prontamente adequados pelos companheiros com o objetivo de receber a criança novamente em seus braços.

Além do mais, os possíveis desentendimentos de G. com seus filhos mais velhos de outro relacionamento, por si só, não é causa apta para lhe afastar da menina E. que, ao que tudo indica, possui enorme afeto e apreço, tal qual se constata na mídia de fls. 15, bem assim nas demais provas acostadas no caderno processual.

Se não bastasse, consta, outrossim, no Plano Individual de Atendimento – PIA, que a criança, de acordo com médico especialista em neurologia, possui desenvolvimento compatível com sua faixa etária, necessitando, tão somente, de acompanhamento com fonoaudióloga (para adequação de sua fala), bem assim realizar o Exame do Potencial Evocado Auditivo do Tronco Encefálico – BERA, tendo em vista que o teste da orelhinha não foi realizado logo após seu nascimento quando, diga-se, não estava sob a responsabilidade e cuidado dos agravantes. E, tais procedimentos, estreme de dúvidas, poderão ser realizados quando a criança estiver sob responsabilidade dos recorrentes, não se vislumbrando motivo para manutenção do acolhimento sob este argumento.

Assim, com absoluta convicção, amparado nos princípios constitucionais do melhor interesse da criança e da dignidade da pessoa humana – este último que é fundamento do Estado Democrático em que vivemos –, o deferimento da guarda provisória de E. aos agravantes, com o seu imediato desacolhimento, é a medida escorreita à hipótese.

A propósito, cita-se trecho do PIA que bem ratifica este *decisum*:

> [...] Nos primeiros dias de acolhimento, E. demonstrava muita tristeza, apatia e choro, não interagia, se recusava a comer, não conseguia fazer suas necessidades fisiológicas, pedia muito para voltar para casa, e mantinha-se afastada dos funcionários fazendo-se perceber o seu estranhamento por ter sido inserida em outro ambiente.

> Nas primeiras visitas realizadas por G. e K., a criança apresentou desespero, agarrada junto à K. não queria largá-la, chorava e gritava compulsivamente pedindo para voltar para casa e depois de várias intervenções para tentar acalmá-la, todas sem efeito, a coordenadora do abrigo precisou intervir para retirar E. do colo de K.
>
> Nesta visita, funcionário e demais acolhidos escutaram os choros e gritos de E., o que gerou tristeza e ansiedade por todos. [...].

Logo, a fim de reconfortar o coração daquele pequeno ser, bem como dos agravantes, o provimento do agravo, nos termos do entendimento deste Tribunal, vem ao encontro do que se espera desta Corte de Justiça em casos semelhantes. A propósito:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE DESTITUIÇÃO DE PODER FAMILIAR. DECISÃO QUE CONCEDE A GUARDA PROVISÓRIA A CASAL QUE MANTÉM A MENOR SOB SEUS CUIDADOS DESDE MAIO DE 2012. SUSPEITA DO ÓRGÃO MINISTERIAL ACERCA DE NOVA MODALIDADE DE "ADOÇÃO À BRASILEIRA". TESE AVENTADA NO AGRAVO DE QUE O CASAL PRETENDE, TÃO SOMENTE, A FUTURA ADOÇÃO DA CRIANÇA, VALENDO-SE DA GUARDA PROVISÓRIA PARA TAL DESIDERATO. FLAGRANTE BURLA À ORDEM DO CADASTRO ÚNICO. PEDIDO DE REFORMA DA DECISÃO COM CONSEQUENTE INSTITUCIONALIZAÇÃO DA CRIANÇA. SUPOSIÇÃO DE MÁ-FÉ QUE NÃO PODE SER DEDUZIDA DO COMPORTAMENTO DO CASAL AGRAVADO, TAMPOUCO VOLTAR-SE CONTRA A INFANTE. PRIORIZAÇÃO, ADEMAIS, DOS INTERESSES DA MENOR QUE JÁ SE ENCONTRA AMPARADA POR FAMÍLIA ESTRUTURADA E EM AMBIENTE FAMILIAR ESTÁVEL E ACOLHEDOR. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (TJSC, Agravo de Instrumento n. 2013.067626-3, de Lages, rel. Des. Ronei Danielli, j. 06-05-2014).

Ainda:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. AÇÃO DE DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR COM PEDIDO LIMINAR DE SUSPENSÃO DO PODER

FAMILIAR E ACOLHIMENTO INSTITUCIONAL. DECISÃO INTERLOCUTÓRIA QUE NEGOU O ABRIGAMENTO DO MENOR E POSTERGOU A ANÁLISE DO PEDIDO DE SUSPENSÃO DO PODER FAMILIAR. MINISTÉRIO PÚBLICO QUE PRETENDE O ACOLHIMENTO DA CRIANÇA AO ARGUMENTO DE QUE O GUARDIÃO LEGAL QUANDO A RECEBEU, NÃO ESTAVA CADASTRADO NA LISTA DE PRETENDENTES À ADOÇÃO. ALEGATIVA DE TER O GUARDIÃO LEGAL RECONHECIDO A PATERNIDADE DO INFANTE COM NÍTIDA INTENÇÃO DE BURLAR O CADASTRO DE ADOTANTES. INSUBSISTÊNCIA. CRIANÇA QUE SE ENCONTRA COM O GUARDIÃO LEGAL E SUA FAMÍLIA DESDE O NASCIMENTO. DESCONSIDERAÇÃO DA EXISTÊNCIA DE VÍNCULO SOCIOAFETIVO ENTRE O GUARDIÃO LEGAL, SUA FAMÍLIA E A CRIANÇA. CONVÍVIO COMPROVADO POR MAIS DE 3 (TRÊS) ANOS. CONSTRUÇÃO INCONTESTE DE LAÇOS AFETIVOS. RECONHECIMENTO DA CONFORMAÇÃO DE NÚCLEO FAMILIAR. ENALTECIMENTO CONSTITUCIONAL DO AFETO COMO ELEMENTO CARACTERIZADOR DA RELAÇÃO FAMILIAR (ARTIGO 226). IMPOSSIBILIDADE DE O ESTADO-JUIZ INTERVIR NO ÂMBITO FAMILIAR SEM QUE HAJA JUSTIFICATIVA DE ORDEM PROTETIVA. COMPROVAÇÃO POR MEIO DE ACOMPANHAMENTO CONTÍNUO DA ASSISTENTE SOCIAL DA COMARCA DE JOINVILLE/SC DA SATISFAÇÃO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA AO PERMANECER NA FAMÍLIA. EVIDENTE ABUSO NO PEDIDO DE ABRIGAMENTO DA CRIANÇA ANTE A INEXISTÊNCIA DE QUALQUER SITUAÇÃO DE RISCO. INTELIGÊNCIA DO ART. 227, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. MANUTENÇÃO DA GUARDA DA CRIANÇA (NESTA DATA COM APROXIMADAMENTE TRÊS ANOS E CINCO MESES) COM O GUARDIÃO LEGAL. RECURSO DESPROVIDO. 1 - Em processos nos quais se discute a proteção da criança ou adolescente o Poder Judiciário deve buscar solução adequada à satisfação do melhor interesse desses seres em formação. Essa determinação não decorre tão-somente da letra expressa da Constituição Federal (artigo 227) ou do Estatuto da Criança e do Adolescente (artigo 4º), mas advém igualmente de imperativo da razão, haja vista que a

> pacificação social (um dos escopos da atividade jurídica estatal) não está alicerçada unicamente na legalidade estrita, mas na aplicação racional do arcabouço normativo e supranormativo. A promoção da dignidade humana, desde a formação de cada cidadão, deve ser o escopo primordial da ação estatal. 2 - No mesmo sentido, compactua o Superior Tribunal de Justiça: "Salvo no caso de evidente risco físico ou psíquico ao menor, não se pode conceber que o acolhimento institucional ou acolhimento familiar temporário, em detrimento da manutenção da criança no lar que tem como seu, traduza-se como melhor interesse do infante." (AgRg na MC 18329/SC, rel. Min Nancy Andrighi, julgado em 20/09/2011) (TJSC, Agravo de Instrumento n. 2013.021539-5, de Joinville, rel. Des. Denise Volpato, j. 10-06-2014).

Por fim, desta Relatoria:

> APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE ADOÇÃO. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. JUSTIÇA GRATUITA REQUERIDA NA PEÇA RECURSAL. DEFERIMENTO. DECLARAÇÃO DE HIPOSSUFICIÊNCIA. PRESUNÇÃO DE VERACIDADE. GARANTIA FUNDAMENTAL DE ACESSO À JUSTIÇA. ARTIGO 5º, XXXV E LXXIV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ALEGAÇÃO DE QUE A CRIANÇA SERIA FRUTO DE RELACIONAMENTO EXTRACONJUGAL. INOCORRÊNCIA. PROVA GENÉTICA EM SENTIDO CONTRÁRIO. ADOTANTES QUE, ENTRETANTO, SE ENCONTRAM EM DESENVOLVIMENTO DE VÍNCULO AFETIVO COM A CRIANÇA. POSSE DO INFANTE DESDE O NASCIMENTO. ADOTANDO QUE CONTA COM MAIS DE CINCO ANOS, À DATA DO JULGAMENTO. MANUTENÇÃO DA CRIANÇA NO SEIO FAMILIAR. MEDIDA QUE MELHOR PROTEGE OS SEUS INTERESSES. PREVALÊNCIA DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA EM RELAÇÃO AO CADASTRO OFICIAL. ACOLHIMENTO DO PEDIDO. SENTENÇA REFORMADA. RECURSO PROVIDO. (TJSC, Apelação Cível n. 2011.033473-0, de Mafra, rel. Des. Eduardo Mattos Gallo Júnior, j. 18-11-2014).

Assim, amparado na Constituição Federal, no Estatuto da Criança e do Adolescente e, considerando, ainda, a necessidade de

pacificação social, vota-se no sentido de conhecer do presente agravo de instrumento e, no mérito, dar-lhe provimento, determinando o imediato desacolhimento da criança E. A. P. e consequente entrega aos agravantes, a quem defere-se a guarda provisória, cabendo ao magistrado da origem realizar a devida fiscalização – com a realização de estudo psicossocial e demais ferramentas existentes para assim proceder – a fim de observar a primazia dos direitos da menininha que, neste momento, volta para o lar que lhe ensinou o significado da palavra amor.

É como sinto, é como voto.

GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO COMERCIAL

Embargos Infringentes n. 2014.010907-1, de Navegantes

Relator: Des. Tulio Pinheiro

EMBARGOS INFRINGENTES. AÇÃO INDENIZATÓRIA, COM FUNDAMENTO NA ALEGAÇÃO DE PRÁTICA DE CONCORRÊNCIA DESLEAL. MOTORES ESTACIONÁRIOS. ACÓRDÃO NÃO UNÂNIME QUE, CONCLUINDO PELA INEXISTÊNCIA DE PRÁTICA DE CONCORRÊNCIA DESLEAL POR PARTE DA SOCIEDADE RÉ, DEU PROVIMENTO À APELAÇÃO CÍVEL E REFORMOU A SENTENÇA, PARA JULGAR IMPROCEDENTE A DEMANDA.

INSURGÊNCIA DA PARTE AUTORA.

PRETENDIDA RECOGNIÇÃO DA TESE DE CARACTERIZAÇÃO DE CONCORRÊNCIA DESLEAL, DADA A SIMILITUDE DO CONJUNTO-IMAGEM DOS PRODUTOS. DESCABIMENTO. SEMELHANÇA ENTRE OS MOTORES INCAPAZ DE OCASIONAR CONFUSÃO NO MERCADO CONSUMIDOR, HAJA VISTA, SOBRETUDO, A ESPECIFICIDADE DOS CONSUMIDORES A QUE SÃO DESTINADOS OS PRODUTOS. DISTINÇÃO DAS MERCADORIAS FACILMENTE IDENTIFICÁVEL. DESVIO DE CLIENTELA INOCORRENTE. CONCORRÊNCIA DESLEAL NÃO CONFIGURADA. DECISÃO MANTIDA.

RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos Infringentes n. 2014.010907-1, da Comarca de Navegantes (1ª Vara Cível), em que são embargantes Honda Giken Kogyo Kabushiki Kaisha (Honda Motor Co. Ltd.) e outro, e é embargada Garthen Indústria e Comércio de Máquinas Ltda.:

O Grupo de Câmaras de Direito Comercial decidiu, por unanimidade, negar provimento aos embargos infringentes. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Excelentíssimo Senhor Desembargador Gaspar Rubick, com voto, e dele participaram os Excelentíssimos Senhores Desembargadores Ronaldo Moritz Martins da Silva, Robson Luz Varella, Cinthia Beatriz da Silva Bittencourt Schaefer, Dinart Francisco Machado, Cláudio Barreto Dutra, Lédio Rosa de Andrade, José Carlos Carstens Köhler, Soraya Nunes Lins, José Inácio Schaefer, Luiz Fernando Boller e Jânio Machado.

Florianópolis, 13 de maio de 2015.

Tulio Pinheiro
RELATOR

RELATÓRIO

No Juízo da 1ª Vara Cível da Comarca de Navegantes, Honda Giken Kogyo Kabushiki Kaisha (Honda Motor Co. Ltd.) e Moto Honda da Amazônia Ltda. ajuizaram "ação indenizatória", com pedido liminar, em desfavor de Garthen Indústria e Comércio de Máquinas Ltda. (Autos n. 135.06001587-3), objetivando a proibição da importação, exibição, distribuição, divulgação e comercialização pela requerida dos motores estacionários MOTOMIL 168F, ou de qualquer outro que caracterize reprodução não autorizada do Motor HONDA GX, além da indenização em razão da prática de concorrência desleal, em valor a ser apurado em liquidação de sentença.

Na peça de entrada, aduziram os demandantes que a Honda é uma empresa famosa pela manufatura e comercialização de motores estacionários, tendo iniciado suas atividades no ano de 1948 e encontrando-se, atualmente, presente nos 5 (cinco) continentes por intermédio de mais de 110 (cento e dez) fábricas. Asseveraram que, desde o ano de 1971, a Honda lidera o mercado brasileiro, sendo que, desde 1992, vende motores estacionários denominados HONDA GX, atualmente montados no Brasil. Relataram que a requerida passou a

importar e comercializar motores MOTOMIL 168F, com as mesmas especificações, características, configurações e *design* dos motores da Honda, o que configura concorrência desleal. Nesse passo, consignaram que *"a empresa ingressou no mercado aproveitando-se sem qualquer custo da reputação alcançada pelos motores HONDA GX"* e, ainda, que *"todos os detalhes foram planejados, até mesmo a combinação de cores dos produtos para conscientemente iludir o consumidor"* (fl. 15). Destacaram que a atividade da ré é marcada pela manifesta reprodução dos motores das autoras, o que dá margem para confusão e/ou falsa associação ao público consumidor, causando desvio de clientela da empresa Honda em proveito da demandada. Fundamentaram a pretensão nos seus artigos 186 e 927, ambos do Código Civil e no artigo 209 da Lei de Propriedade Industrial, salientando que aquele que comete ato ilícito deve indenizar os danos causados e restabelecer o *status quo ante* (fls. 2/26).

Em decisão de fls. 707/709, o douto magistrado de origem deferiu parcialmente o pedido de antecipação de tutela, a fim de: 1) proibir a importação, comercialização, exibição, distribuição, promoção e divulgação dos motores MOTOMIL 168F ou quaisquer outros que possuam as mesmas características físicas dos motores HONDA GX, sob pena de multa diária de R$ 5.000,00 (cinco mil reais); 2) determinar o recolhimento do mercado, em 15 (quinze) dias, dos motores MOTOMIL ou quaisquer outros que caracterizem a reprodução indevida dos motores HONDA GX, também sob pena de multa diária de R$ 5.000,00 (cinco mil reais); 3) deferir a busca e apreensão por contrafação de marca, de apenas 1 (um) dos motores similares ao motor em questão, necessário à produção da prova pericial.

Contra referido *decisum*, a empresa demandada interpôs agravo de instrumento, autuado sob o n. 2006.018732-4, o qual, por votação unânime, não foi conhecido pela Segunda Câmara de Direito Comercial, em acórdão de relatoria do Exmo. Des. Wilson Augusto do Nascimento (informações obtidas junto ao SAJ – Sistema de Automação do Judiciário).

Citada, a parte ré apresentou resposta, em forma de contestação (fls. 722/742). De início, sustentou a ilegitimidade passiva *ad causam*, ao argumento de que apenas comercializa os motores que são importados da China, sendo a fabricação realizada pela empresa Shandong Huasheng Pesticide Machinery Co. Ltda.. No mais, afirmou que a proibição da importação ofende a política da livre concorrência, criando, deste modo, um monopólio. Disse, ainda, que não restou demonstrada a existência de patente no que toca à novidade inventiva, não havendo, pois, bem imaterial a ser protegido. Sucessivamente, postulou que a indenização não supere o valor da causa ou mesmo o lucro obtido com a comercialização dos motores, este a ser apurado em liquidação de sentença.

Houve réplica (fls. 827/837).

O feito restou devidamente instruído, inclusive com a produção de prova pericial, colacionada às fls. 1.099/1.121.

Alegações finais às fls. 1.226/1.245 e 1.247/1.256.

Após, o MM. Juiz José Aranha Pacheco sentenciou o feito, julgando procedentes os pedidos da inicial, o que fez nos seguintes termos:

> (...) Pelo exposto, com resolução de mérito, forte no art. 269, I, do CPC, **JULGO PROCEDENTES** os pedidos das autoras para:
>
> a) **determinar** às rés que cessem definitivamente a importação, comercialização, exibição, distribuição, promoção e divulgação dos motores MOTOMIL 168F, ou qualquer outro que caracterize reprodução não autorizada das características dos motores HONDA GX;
>
> b) **condenar** a demandada a pagar uma indenização às autoras em razão das práticas de concorrência desleal, cujo valor deverá ser liquidado por arbitramento, observado o art. 210 da Lei 9.279/96;
>
> c) **obrigar** a requerida a recolher do mercado os motores MOTOMIL 168F, ou qualquer outro que caracterize reprodução não autorizada das características dos motores HONDA GX;
>
> d) **condenar** a ré ao pagamento da multa por descumprimento de decisão judicial, no valor diário de R$ 5.000,00, no período de 12/3/2009 a 13/5/2009, incluindo-se o primeiro e o último dia.

> **Mantenho** a liminar, fls. 707-709.
>
> Em face da sucumbência, **condeno** a ré ao pagamento de das custas processuais, a ressarcir às autoras as despesas havidas em razão do laudo pericial e da ata notarial, bem como a pagar os honorários advocatícios dos patronos das autoras, que fixo em R$ 5.000,00 (cinco mil reais), atendidas as alíneas do parágrafo 3º do art. 20 do CPC, bem como o parágrafo 4º desse artigo.(...) (fls. 1.258/1.272) (destaques conforme original).

Foram opostos embargos de declaração pelos litigantes (fls. 1.275/1.279 e 1.281/1.286).

Em decisão de fls. 1.288/1.292, o magistrado *a quo* rejeitou os aclaratórios opostos pela ré, mas acolheu os ofertados pelas autoras, determinando que ao dispositivo da sentença fossem acrescidos os seguintes comandos:

> (...) e) cominar multa de R$ 5.000,00 (cinco mil reais), por dia, para o caso de descumprimento do item "a" do dispositivo da sentença, com fundamento nos artigos 287 e 461, do Código de Processo Civil; e,
>
> f) determinar seja comunicada, por escrito, a Secretaria da Receita Federal de que a empresa Garthen Indústria e Comércio de Máquinas Ltda., está, nos termos da sentença proferida nos autos do processo n. 135.06.001587-3, proibida de importar da China motores "MOTOMIL 168F" ou qualquer outro que caracterize reprodução não autorizada dos motores "HONDA GX", fabricados por Honda Giken Kogyo Kabushiki Kaiha, (Honda Motor Co. Ind.) e Moto Honda da Amazônia Ltda. Remeta-se cópia da sentença e da decisão dos embargos declaratórios. (fls. 1.291/1.292).

Irresignada, a parte ré interpôs recurso de apelação. Em suas razões, pleiteou a reforma do *decisum*. Preliminarmente, sustentou a ocorrência de cerceamento de defesa, em razão da não realização da prova testemunhal. No mérito, afirmou que a simples semelhança entre os motores em questão não configura concorrência desleal. Destacou, nesse passo, a inexistência de provas de desvio de clientes ou mesmo

de prejuízo nas vendas, suportado pelas autoras. Por fim, defendeu o não cabimento da multa fixada para a hipótese de descumprimento da medida de urgência, dada a inexistência de provas da comercialização dos motores depois da concessão da liminar.

Contrarrazões às fls. 1.342/1.360.

Em sessão realizada no dia 11 de dezembro de 2013, em acórdão relatado e lavrado pelo Exmo. Des. Jânio Machado, a Quinta Câmara de Direito Comercial decidiu, por maioria de votos, conhecer e dar provimento ao recurso, vencido o Exmo. Des Guilherme Nunes Born (fls. 1.377/1.400).

Insatisfeitas, as empresas autoras manejaram os presentes embargos infringentes, nos quais pugnam pela prevalência dos fundamentos do voto vencido (fls. 1402/1439).

Em contrarrazões, a ré/embargada postulou a conservação da decisão prolatada pela maioria.

Após, foi admitido o processamento do reclamo, com a remessa a um dos integrantes do Grupo de Câmaras de Direito Comercial (fls. 1444/1445).

Este é o relatório.

VOTO

Admito os embargos em sua integralidade, porquanto, além de comprovado o pagamento do preparo (fl. 1.440), o recurso se mostra: tempestivo, proveniente de acórdão não unânime que reformou a sentença, e restrito à divergência. De modo que restam atendidos os requisitos do art. 530 do Código de Processo Civil.

Pretendem as recorrentes o restabelecimento da decisão apelada que reconheceu, em razão da similaridade dos motores HONDA GX e MOTOMIL 168F, a prática de concorrência desleal pela sociedade

embargada, a fim de fazer prevalecer o voto divergente da lavra do Exmo. Des. Guilherme Nunes Born, que, a partir das fotos constantes dos autos e do laudo pericial, entendeu tratar-se o produto importado e revendido pela requerida/embargada de objeto visualmente idêntico ao dos autores/embargantes (considerado todo o aspecto externo/visual – combinação de cores, design das partes e peças –, bem ainda a existência de diferenças estéticas com outros produtos de igual propósito comercializados por outras empresas), este consagrado há décadas no mercado.

Com posicionamento diverso, o voto que se sagrou vencedor no julgamento entendeu pela inocorrência de concorrência desleal, dada a incapacidade, no caso vertente, da similaridade dos motores em questão ocasionar confusão no mercado consumidor, sobretudo diante da especificidade dos consumidores a que são destinados os produtos.

Extrai-se da fundamentação do acórdão:

> (...) A aparência visual e externa é o que estaria incomodando a apelada, a ponto de aventar a prática da concorrência desleal.
>
> Antes de qualquer outra consideração, reproduz-se os fundamentos legais invocados na petição inicial para o efeito de verificação da possibilidade de acolhimento dos pleitos cominatório e indenizatório:
>
> Artigo 5º, inciso XXVII, da Constituição Federal: "aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar;".
>
> Artigos 195, inciso III, e 209, da Lei de Propriedade Industrial:
>
> "Art. 195. Comete crime de concorrência desleal quem:
>
> (...)
>
> III - emprega meio fraudulento, para desviar, em proveito próprio ou alheio, clientela de outrem;
>
> (...)."
>
> "Art. 209. Fica ressalvado ao prejudicado o direito de haver perdas e danos em ressarcimento de prejuízos causados por atos de violação de direitos de

propriedade industrial e atos de concorrência desleal não previstos nesta Lei, tendentes a prejudicar a reputação ou os negócios alheios, a criar confusão entre estabelecimentos comerciais, industriais ou prestadores de serviço, ou entre os produtos e serviços postos no comércio.

§ 1º Poderá o juiz, nos autos da própria ação, para evitar dano irreparável ou de difícil reparação, determinar liminarmente a sustação da violação ou de ato que a enseje, antes da citação do réu, mediante, caso julgue necessário, caução em dinheiro ou garantia fidejussória.

§ 2º Nos casos de reprodução ou de imitação flagrante de marca registrada, o juiz poderá determinar a apreensão de todas as mercadorias, produtos, objetos, embalagens, etiquetas e outros que contenham a marca falsificada ou imitada.".

Artigo 10 bis da Convenção da União de Paris:

1) Os países da União obrigam-se a assegurar aos nacionais dos países da União proteção efetiva contra a concorrência desleal.

2) Constitui ato de concorrência desleal qualquer ato de concorrência contrário aos usos honestos em matéria industrial ou comercial.

3) Deverão proibir-se particularmente:

1º. todos os atos suscetíveis de, por qualquer meio, estabelecer confusão com o estabelecimento, os produtos ou a atividade industrial ou comercial de um concorrente;

2º.as falsas alegações no exercício do comércio, suscetíveis de desacreditar o estabelecimento, os produtos ou a atividade industrial ou comercial de um concorrente;

3º. as indicações ou alegações cuja utilização no exercício do comércio seja suscetível de induzir o público em erro sobre a natureza, modo de fabricação, características, possibilidades de utilização ou quantidade das mercadorias.".

Artigos 186 e 927 do Código Civil de 2002:

"Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.".

"Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.".

Não se consegue compreender qual a obra pertencente à apelada que estaria sendo violentada pela apelante, se o que esta fez foi importar equipamento similar ao produzido por aquela, sem que isso implicasse em afronta a direito de marca validamente registrado.

O crime de concorrência desleal, na modalidade tipificada no inciso III do artigo 196 da Lei n. 9.279, de 14.5.1996, pressupõe o emprego de meio fraudulento para o fim específico de desviar, em proveito próprio, a clientela de outrem.

Mas, qual a fraude praticada pela apelante?

Nenhuma, é o que se extrai dos autos, exceto se o que se pretende é garantir o monopólio do mercado de motores estacionários em favor da apelada. E aí já estaremos falando de ofensa a preceito de natureza constitucional e relacionado à livre concorrência (artigo 170, inciso IV).

E como falar-se em prática que caracterize concorrência desleal, em uma das modalidades tipificadas no artigo 10 bis da Convenção da União de Paris, se nos motores importados e comercializados pela apelante consta, de modo legível e muito claro, que se trata de um motor da marca MOTOMIL 168F?

A pretexto de se garantir a concorrência desleal, não se pode imiscuir na atividade econômica para o fim único de tutelar o lucro de uma determinada empresa, em manifesta e afrontosa tentativa de burlar a livre concorrência, o que já foi dito pela Câmara em outra oportunidade:

"APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO DE MARCA. FABRICANTES DE MASSAS ALIMENTÍCIAS. CRIMES CONTRA O REGISTRO DE MARCA NA IMITAÇÃO DAS CORES DA EMBALAGEM E DE CONCORRÊNCIA DESLEAL NO EMPREGO DE MEIO FRAUDULENTO PARA DESVIO DA CLIENTELA. ARTIGOS

189, INCISO I, E 195, INCISO III, DA LEI N. 9.279, DE 14.5.1996. USO DE EMBALAGEM SUPERFICIALMENTE SEMELHANTE NA COR, MAS INCAPAZ DE LEVAR O CONSUMIDOR A ERRO. DESVIO ILÍCITO DE CLIENTELA QUE OS AUTOS NÃO EVIDENCIAM. NECESSIDADE DE SE GARANTIR O PRINCÍPIO DA LIVRE CONCORRÊNCIA ESTABELECIDO NO ARTIGO 170, INCISO IV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. RECURSO DESPROVIDO. SENTENÇA MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS.

1. As cores, por si sós, não constituem função essencial da marca, o que as afasta da proteção da Lei n. 9.279, de 14.5.1996.

2. A pretexto de tutelar a concorrência desleal, não se admite a tutela do lucro, este que constitui um dos princípios gerais da atividade econômica." (Apelação Cível n. 2008.032709-6, de Santa Rosa do Sul, de minha relatoria, j. em 31.5.2012. Disponível em: <http://www.tjsc.jus.br>. Acesso em: 23 out. 2013).

Enfatiza-se: as cores, o "design" e outros característicos externos do produto industrializado e comercializado pela apelada não foram - e nem poderiam ser - registrados no INPI.

Sobreleva considerar o fato de que o equipamento sobre o qual recai a controvérsia não é daqueles em que o consumidor pode ser levado a erro por uma similaridade de cores. Trata-se de equipamento de uso restrito e direcionado a um segmento específico, cuja aquisição é sempre precedida de negociação e ampla colheita de informações. Não é um vasilhame qualquer que o consumidor desavisado retira da prateleira do supermercado, induzido a erro pela coincidência de cores ou formato.

A tentativa de levar o juízo a acreditar que, por se tratar de um país continental e cujos habitantes, em sua grande maioria, é composta de analfabetos funcionais, a grande massa de consumidores seria induzida a erro porque as cores do produto industrializado e comercializado pela apelada poderia ser confundido com aquele outro importado e comercializado pela apelante, é frustrante e agride o senso comum (fls. 1.111 e 1.112).

A ausência de comportamento que caracterize violação ao direito de marca, bem ainda de concorrência desleal, inviabiliza qualquer tentativa

> de impedir que a apelante continue a importar, comercializar, exibir, distribuir, promover e divulgar os motores MOTOMIL 168F. E inexistente o ato ilícito, fica afastada, de igual modo, qualquer possibilidade de se impor à apelante a obrigação de indenizar. (...) (fls. 1381/1384).

Do cotejo dos votos vencedores e vencido, nota-se que a controvérsia diz respeito, nesse momento, à possibilidade da similaridade dos motores HONDA GX e MOTOMILL 168F causar confusão no mercado consumidor.

Ou seja, não é discutida a ocorrência de contrafação, mas apenas eventual prática de concorrência desleal.

Nesse aspecto, analisando o conjunto probatório, tenho que o voto vencedor, que concluiu pela não caracterização de concorrência desleal, deve prevalecer.

Primeiramente, cumpre lembrar que a livre concorrência, princípio consagrado no art. 170, inc. IV, da Constituição Federal, é inerente à atividade empresarial, apresentando-se como fator fundamental ao crescimento da economia de mercado e como elemento basilar da ordem econômica e financeira no país, dado que, quando regularmente praticada, beneficia tanto o consumidor, que tende a adquirir produtos e serviços com mais qualidade e por preços mais amenos, como o empresário, que poderá maximizar a oferta desses bens (PIMENTEL, Carlos Barbosa. Direito Comercial: Teoria e Questões. 7 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, p 58).

Tem-se, pois, que não apenas a livre concorrência, mas também o combate à concorrência desleal, afiguram-se como práticas salutares e indispensáveis à manutenção de um mercado empresarial proficiente.

Na seara cível, o art. 209, "*caput*", da Lei n. 9.279/96 confere à sociedade lesada o direito de reaver perdas e danos decorrentes da prática de concorrência desleal. Veja-se:

> Art. 209 - Fica ressalvado ao prejudicado o direito de haver perdas e danos em ressarcimento de prejuízos causados por atos de violação de direitos de propriedade industrial e atos de concorrência desleal não previstos nesta Lei, tendentes a prejudicar a reputação ou os negócios alheios, a criar confusão entre estabelecimentos comerciais, industriais ou prestadores de serviço, ou entre os produtos e serviços postos no comércio.

De acordo com o entendimento preponderante na jurisprudência, "(...) somente resta caracterizada a concorrência desleal quando o procedimento dirigido a subtrair, em proveito próprio, clientela alheia, for apto ao estabelecimento de confusão, mediante a utilização de nome comercial de outrem, que pode ser igual ou apenas semelhante, ou, ainda, **imitação de publicidade,** de marca, de figura, **desenho industrial** que seja objeto de marca comercial, catálogo, ou de qualquer elemento essencial identificador do produtor concorrente (...)" (TJRS, Apelação Cível n. 70009084583, rel. Des. Otávio Augusto de Freitas Barcellos, j. em 30.3.2005) (destacou-se).

No caso dos autos, embora haja, de fato, similaridade no conjunto-imagem (trade dress) dos motores em discussão (confira-se perícia de fls. 1.100/1.121), há distinção flagrante entre os produtos no que se refere às suas marcas nominativas.

Analisando a carenagem frontal dos motores, verifica-se nitidamente a diferença na logomarca dos produtos: um, contendo a palavra "MOTOMIL", e o outro, "HONDA GX 160 5.5" (perícia, fls. 1.109).

Destarte, levando em conta a especialidade característica dos consumidores dessa espécie de bem, tenho que as semelhanças apontadas no laudo pericial, ainda que relevantes, não são capazes de gerar confusão perante o mercado consumidor e, consequentemente, o indevido desvio de clientela.

Nesse sentido, colacionam-se os precedentes deste Areópago Estadual:

> APELAÇÃO CÍVEL. PROPRIEDADE INDUSTRIAL. AÇÃO INIBITÓRIA C/C PERDAS E DANOS. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA DOS PEDIDOS FORMULADOS NA AÇÃO PRINCIPAL E NA RECONVENÇÃO. INSURGÊNCIA DE AMBAS AS PARTES. (...) MÉRITO. ALEGAÇÃO DE IMITAÇÃO DO CONCEITO E CONJUNTO-IMAGEM DA BEBIDA ENERGÉTICA "RED BULL" PELA BEBIDA DE MESMO TIPO DENOMINADA "RED HORSE". **EXISTÊNCIA DE SEMELHANÇA ENTRE ALGUNS ELEMENTOS QUE COMPÕEM AS MARCAS E AS EMBALAGENS QUE, TODAVIA, NÃO É SUFICIENTE PARA CAUSAR CONFUSÃO PERANTE OS CONSUMIDORES E NEM INDEVIDA ASSOCIAÇÃO ENTRE OS PRODUTOS. ANÁLISE COMPARATIVA QUE DEVE LEVAR EM CONTA O CONJUNTO DOS SINAIS DISTINTIVOS QUE IDENTIFICAM OS PRODUTOS, E NÃO OS ELEMENTOS DE MANEIRA ISOLADA. POSSIBILIDADE DE FÁCIL IDENTIFICAÇÃO E DISTINÇÃO DOS PRODUTOS, O QUE AFASTA A TESE DE DESVIO DE CLIENTELA. CONCORRÊNCIA DESLEAL NÃO CARACTERIZADA.** MANUTENÇÃO DA SENTENÇA QUE SE IMPÕE, PRIVILEGIANDO O PRINCÍPIO DA LIVRE CONCORRÊNCIA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. (...) (Apelação Cível n. 2013.018605-6, rel.ª Des.ª Soraya Nunes Lins, j. em 04.09.2014) (sem destaque no original).

E ainda:

> APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ORDINÁRIA. PLANTADEIRA DE TRAÇÃO ANIMAL. SISTEMA DE FLEXIBILIZAÇÃO PATENTEADO PELO AUTOR. NÃO UTILIZAÇÃO NO MAQUINÁRIO DE PRODUÇÃO DA RÉ. INEXISTÊNCIA DE CONTRAFAÇÃO. **SEMELHANÇAS ENTRE OS EQUIPAMENTOS. INSUFICIÊNCIA PARA CONFUNDIR O CONSUMIDOR. AUSÊNCIA DE CONCORRÊNCIA DESLEAL.** SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO. "Modelo de utilidade é o objeto de uso prático suscetível de aplicação industrial, com novo formato de que resulta melhores condições de uso ou fabricação. Não há, propriamente, invenção, mas acréscimo na utilidade de alguma ferramenta, instrumento de trabalho ou utensílio, pela ação da novidade

> parcial que se lhe agrega. É chamada, também, de 'pequena invenção' e goza de proteção autônoma em relação à da invenção cuja utilidade foi melhorada" (COELHO, Fábio Ulhoa. Manual de direito comercial. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 74, destaque no original). (Apelação Cível n. 2009.060217-9, rel. Des. Ricardo Fontes, j. em 22.04.2010) (destacou-se).

A propósito, a afastar ainda mais a possibilidade de confusão por parte do consumidor, ressalta-se o renome e a notoriedade da marca "HONDA" no cenário nacional e internacional, como a própria autora destaca na peça exordial, o que certamente torna ainda mais fácil a diferenciação entre os dois produtos.

Dessa forma, não vislumbrada a possibilidade potencial de confusão no mercado de consumo, de modo a gerar desvio de clientela, rejeitam-se os presentes embargos infringentes, a fim de confirmar o voto vencedor que, entendendo não restar caracterizada a concorrência desleal, deu provimento ao recurso de apelação da parte ré e julgou improcedente a demanda.

Este é o voto.

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

Apelação Cível n. 2014.028015-1, de São José

Relatora: Desa. Subst. Janice Goulart Garcia Ubialli

> APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. CONTRATO DE FINANCIAMENTO. EXISTÊNCIA DE DEMANDA DECLARATÓRIA AJUIZADA PELA RÉ. CONEXÃO. REUNIÃO DE PROCESSOS. NÃO OCORRÊNCIA. FACULDADE DO JUIZ. JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. PARTICULARIDADES DO CASO. PRINCÍPIO DA UNICIDADE DO PODER JURISDICIONAL. RISCO DE DECISÕES CONTRADITÓRIAS. PREJUÍZOS ÀS PARTES.
>
> Frente ao princípio da unicidade do poder estatal, à prevalência das medidas destinadas a impedir decisões contraditórias e ao prejuízo sentido pelas partes, torna-se viável a cassação de sentença prolatada por juiz que, embora competente – porque já prorrogada sua competência relativa –, não pondera a respeito da existência de demandas conexas e deixa de ordenar a reunião dos processos para decisão simultânea, mesmo quando informado por uma das partes que o objeto das causas coincidem em pontos importantes.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2014.028015-1, da comarca de São José (Vara de Direito Bancário), em que é apelante Lídia Aparecida Carvalho Huller, e apelado Banco Santander Brasil S.A.:

A Primeira Câmara de Direito Comercial decidiu, por unanimidade, dar provimento ao recurso, a fim de cassar a sentença e determinar o retorno dos autos a origem, para que o magistrado promova a reunião dos processos e, no momento oportuno, decida-os simultaneamente. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Salim Schead dos Santos, com voto, e dele participou a Exma. Sra. Juíza de Direito de Segundo Grau Cínthia Beatriz da Silva Bittencourt Schaefer.

Florianópolis, 18 de junho de 2015.

Janice Goulart Garcia Ubialli
RELATORA

RELATÓRIO

Lídia Aparecida Carvalho Huller interpôs apelação da sentença que julgou procedente ação de busca e apreensão n. 064.08.012802-9, prolatada com a seguinte parte dispositiva:

> JULGO PROCEDENTE o pedido efetuado na *Ação de Busca e Apreensão* para, CONFIRMANDO a liminar de fls. 17/18, DECRETAR a consolidação do domínio e da posse do(s) bem(ns) descrito(s) na EXORDIAL em favor da(s) autora(s), com fundamento no artigo 3º, § 5º, do Decreto Lei n. 911/69, ressalvando-se os direitos do(s) devedor(es)-fiduciante(s) previstos no artigo 2º, § 1º, do mesmo diploma, quanto ao saldo estante, na forma do artigo 269, inciso I, do CPC.
>
> Condeno o(s) demandado(s) nos ônus da sucumbência – despesas processuais e honorários advocatícios, os quais arbitro em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa, consoante os parâmetros do artigo 20, §§ 3º e 4º, do CPC.

Em suas razões recursais, a apelante, a título preliminar, argui: a) a nulidade da sentença, que não respeitou a relação de continência entre a demanda originária e a ação de revisão de contrato n. 064.08.017421-7; b) cerceamento de defesa decorrente do julgamento antecipado da lei; c) a ilegitimidade passiva *ad causam*, já que "nunca deteve a posse do referido automóvel". No mérito, alega: a) ter devolvido o automóvel à revendedora assim que percebeu tratar-se de bem distinto do que

escolhera por ocasião da compra; b) para proceder à devolução do automóvel teve de pagar ao proprietário da loja revendedora, Laércio Pereira Júnior, R$ 870,00 (oitocentos e setenta reais), que, segundo este, seria destinado ao pagamento de despesas com o cancelamento do contrato de financiamento bancário; c) na demanda declaratória busca o reconhecimento de que nada deve, já que o negócio foi desfeito e o bem devolvido ao vendedor; d) a revendedora de automóveis credenciada pela instituição financeira apelada é que deve arcar com a reparação dos prejuízos por esta sofridos; e) é beneficiária da justiça gratuita.

O recurso foi recebido (fl. 131) e, sem contrarrazões da apelada (fl. 133), ascenderam os autos a este Tribunal.

VOTO

Inicialmente, confirma-se o deferimento do benefício da assistência judiciária já concedido à ora apelante por este Tribunal por ocasião do julgamento do recurso adesivo anteriormente interposto (fl. 103). Desnecessário, portanto, o pagamento do preparo recursal.

Razão assiste à recorrente. A presente demanda de busca e apreensão e a ação declaratória de n. 064.08.017421-7 deveriam ter sido reunidas para julgamento simultâneo.

Segundo a apelante, o bem que lhe foi entregue não condizia com aquele escolhido por ocasião da compra, o que fez com que procedesse à sua devolução (documentos de fls. 28-29), tendo desembolsado a quantia de R$ 870,00 (oitocentos e setenta reais) que, segundo o proprietário da loja, Sr. Laércio Pereira Júnior, serviria para cobrir as despesas de cancelamento do contrato de financiamento bancário (recibo de fl. 31).

O automóvel foi devolvido à loja – o que ocorreu antes mesmo do ajuizamento desta demanda de busca e apreensão (documento de fl. 29). Isto é estreme de dúvida. Aliás, este fato pôde ser comprovado por ocasião do cumprimento da medida liminar, efetivada que foi no

estabelecimento da revendedora Macedo Anjos Comércio de Veículos Ltda. ME, onde localizado o bem pelo Oficial de Justiça (documentos de fls. 21 e 30).

Todas estas questões são alvo de discussão no bojo da declaratória acima mencionada. Ora, é inegável que o decidido na declaratória exercerá influência direta no julgamento desta demanda que se encontra em grau recursal, uma vez que lá se discute o desfazimento do negócio e, consequentemente, a inexistência do débito, o que está, por razões lógicas, relacionado ao pedido formulado nesta contenda – retomada do veículo em face da *mora debendi*.

Não se desconhece o teor de decisões do Superior Tribunal de Justiça, que, em hipóteses semelhantes à presente, decidiu que a prejudicialidade externa existente entre ação revisional e ação de busca e apreensão baseadas no mesmo contrato de alienação fiduciária em garantia leva à suspensão desta quando proposta ulteriormente à revisional – v.g. STJ, AgRg no REsp 1168540/RS, Rel. Ministro Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJRS), Terceira Turma, j. em 3-3-2011.

Essa exigência de que a demanda revisional tenha sido deflagrada antes do pedido de busca e apreensão funda-se no objetivo de desestimular a propositura, pelo devedor, de demanda de revisão de contrato quando já em curso a busca e apreensão movida pelo credor. O STJ, então, passou a decidir que a prejudicialidade externa autorizaria a suspensão quando a revisional precedesse a busca.

O mesmo STJ, todavia, já havia sumulado entendimento de que "A simples propositura da ação de revisão de contrato não descaracteriza a mora do autor" (Súmula 380).

Este Tribunal de Justiça tem mantido o aprofundamento no exame desta relação de prejudicialidade e firmado jurisprudência no sentido de que, seja ou não a demanda de revisão de contrato anterior à ação de busca e apreensão, a suspensão desta depende, sempre, de exame a ser

procedido caso a caso pelo juiz. A suspensão prevista no art. 265, IV, a, do CPC, assim, não é resultado direto e inafastável da prejudicialidade. A este respeito, precedente deste Tribunal:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO - DECISÃO QUE DETERMINOU A SUSPENSÃO DA DEMANDA ANTE A CONEXÃO COM AÇÃO REVISIONAL - DEMANDA DE REVISÃO DO AJUSTE QUE, POR SI SÓ, NÃO TEM O CONDÃO DE ELIDIR A MORA E OBSTAR O PROSSEGUIMENTO DA REIPERSECUTÓRIA - INTELIGÊNCIA DA SÚMULA N. 380 DA CORTE SUPERIOR DE JUSTIÇA - INDEFERIMENTO, ADEMAIS, DA ANTECIPAÇÃO DE TUTELA NA REVISIONAL - INTERLOCUTÓRIA REVOGADA - RECURSO PROVIDO.
>
> O simples ajuizamento de ação revisional de contrato de financiamento de veículo não é capaz de provocar a suspensão da ação de busca e apreensão proposta pela instituição financeira, uma vez que não se cogita de aplicação automática do art. 265, inc. IV, alínea "a", do Código de Processo Civil, medida que deve ser avaliada à luz do caso concreto. (Agravo de Instrumento n. 2013.045948-5, rel. Des. Robson Luz Varella, Segunda Câmara de Direito Comercial, j. em 29-4-2014).

Pois bem. As particularidades encontradas no presente caso demandam solução também particular.

No entanto, antes do exame dessas particularidades, deve-se anotar que conexão e continência são tratadas pelo CPC como causas de modificação da competência relativa. O regramento básico desses institutos consta do Livro I, Título IV, Capítulo III, Seção IV, esta que leva o nome "Das Modificações de Competência" e que já em seu artigo inaugural prevê: "art. 102. A competência, em razão do valor e do território, poderá modificar-se pela conexão ou continência, observado o disposto nos artigos seguintes."

Conexão e continência, portanto, podem modificar a competência relativa, fixada segundo critérios atinentes ao valor da causa ou ao território, mas não modificará a competência absoluta, determinada em razão da matéria ou da hierarquia.

Como é sabido, a não observância das normas atinentes à competência importa no fenômeno da incompetência, que, por sua vez, pode ser classificada como relativa ou absoluta, conforme a natureza do critério de fixação de competência desrespeitado. Assim, desatendido o critério do valor da causa ou do território, a incompetência será relativa; desatendido o critério da matéria ou da hierarquia – e, ainda, o critério funcional –, será absoluta a incompetência.

Mas não é só isso. Para cada uma dessas categorias de incompetência o legislador previu uma via distinta para arguição do vício. No que aqui interessa, importa lembrar que a incompetência relativa deve ser arguida pela parte por intermédio do incidente de exceção de incompetência (arts. 112 e 307 a 311 do CPC), a ser exercido em qualquer tempo ou grau de jurisdição, mas desde que no prazo de 15 dias contados do fato que ocasionou a incompetência (art. 305). Não exercida neste prazo a exceção, prorroga-se a competência do juiz, conforme diz o art. 114 do CPC, ou seja, aquele juiz que, de início, era relativamente incompetente, torna-se agora competente para processar e julgar a causa.

A incompetência relativa – e mesmo a sua outra face, qual seja, a *competência* relativa, que lhe é simultânea (o juiz que é relativamente incompetente é, também, por razão lógica, relativamente competente) – é condição temporária, passível de prorrogação, diferente do que acontece com a incompetência absoluta, que é improrrogável. Não oposta exceção, aquele juiz que era incompetente (relativamente), torna-se competente para processar e julgar a causa (face à prorrogação de sua competência que, de início, era somente relativa). A sentença por ele prolatada é válida sob o aspecto da competência e não pode, então, ser cassada ao argumento da não observância de critérios relativos ao valor da causa ou ao território.

Do encadeamento lógico desses fenômenos processuais resultaria a conclusão de que a conexão e a continência não poderiam, caso não observadas, levar à declaração de invalidade do julgamento prolatado – já

que se tratam de critérios de modificação da competência relativa, que se torna absoluta se não arguida oportunamente.

No entanto, há um princípio a ser observado e que, aqui, vem modular o rigor dessa conclusão. É o da unicidade do poder estatal, no qual se encontra a unicidade do poder de dizer o Direito, a unicidade da jurisdição. Do princípio da unicidade deflui, como valor intangível, aquele que impõe ao juiz a adoção de medidas destinadas a prevenir a prolação de decisões conflitantes, entre si contraditórias no todo ou em parte.

Esse valor oriundo do princípio da unicidade implica, em última análise, a possibilidade de superação dos limites relativos à arguição e ao reconhecimento da incompetência relativa. Pode-se, então, caso reconhecida a possibilidade de decisões contraditórias, ordenar-se a reunião dos processos conexos ou alcançados pela continência, mesmo que já prorrogada a competência daquele juízo que, de início, era incompetente (relativamente). Em hipótese como esta, a conexão ou a continência servirá como critério de modificação não de uma competência relativa, mas de uma competência já prorrogada, ou seja, de uma competência que era parcial, condicionada (relativa), mas que já se tornou estável, plena.

Frente a esse valor, frente à prevalência das medidas destinadas a prevenir a prolação de decisões contraditórias, forçoso reconhecer-se como viável a cassação de sentença prolatada por juiz que, embora competente, não ponderou a respeito da coexistência de demandas propostas entre as mesmas partes e cujos objetos coincidem em pontos importantes. Sublinhe-se que o Magistrado *a quo* tinha conhecimento a respeito da existência desta outra causa, pois informado pela parte por ocasião do oferecimento de contrarrazões ao apelo da instituição financeira ora apelada.

Além de tudo isso, deve-se trazer à tona o dano sofrido pela apelante, que teve contra si julgada procedente a demanda de busca e

apreensão, sem que consideradas as pretensões que carreou nos autos da demanda declaratória, cuja causa de pedir remota constitui-se da alegação do desfazimento do contrato que dá suporte ao presente pleito de busca e apreensão.

E quanto a isso há mais um ponto importante: a existência de efetivo prejuízo é pressuposto à declaração de nulidade; sem prejuízo, prevalece a teoria do aproveitamento dos atos processuais e não se declara nulo o ato contestado.

Desse modo, no caso em exame, é a existência de prejuízo à parte que legitima a sobreposição do princípio da unicidade às disposições do Código de Processo Civil relacionadas à prorrogação de competência, à estabilização da competência, atribuídas por intermédio de critérios relativos (valor da causa e território).

É porque prejuízo existe, e é porque os valores decorrentes do princípio da unicidade impõem previnir decisões conflitantes, que se admite a cassação da sentença sob o fundamento da não observância de regras de conexão ou continência (embora já prorrogada aquela competência que, no início, era relativa).

O Superior Tribunal de Justiça tem reconhecido a relatividade das regras de conexão e continência. Tanto é que declara ter o CPC atribuído algum grau de discricionariedade ao magistrado, a quem cabe avaliar a conveniência da reunião dos processos e do julgamento conjunto. *In verbis*:

> RECURSO ESPECIAL. AÇÃO REVISIONAL E AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO ORIUNDAS DO MESMO CONTRATO. CONEXÃO RECONHECIDA. INEXISTÊNCIA DE OBRIGATORIEDADE DE JULGAMENTO CONJUNTO. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DO DISPOSITIVO LEGAL VIOLADO. SÚMULA Nº 284/STF. VALOR ARBITRADO A TÍTULO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. RAZOABILIDADE.
>
> [...]

2. Segundo a jurisprudência desta Corte, a reunião dos processos por conexão configura faculdade atribuída ao julgador, sendo que o art. 105 do Código de Processo Civil concede ao magistrado certa margem de discricionariedade para avaliar a intensidade da conexão e o grau de risco da ocorrência de decisões contraditórias.

3. Justamente por traduzir faculdade do julgador, a decisão que reconhece a conexão não impõe ao magistrado a obrigatoriedade de julgamento conjunto.

4. **A avaliação da conveniência do julgamento simultâneo será feita caso a caso, à luz da matéria controvertida** nas ações conexas, sempre **em atenção aos objetivos almejados pela norma de regência** (**evitar decisões conflitantes** e privilegiar a economia processual).

5. Assim, ainda que visualizada, em um primeiro momento, hipótese de conexão entre as ações com a reunião dos feitos para decisão conjunta, sua posterior apreciação em separado não induz, automaticamente, à ocorrência de nulidade da decisão.

6. O sistema das nulidades processuais é informado pela máxima "pas de nullité sans grief", segundo a qual não se decreta nulidade sem prejuízo, aplicável inclusive aos casos em que processos conexos são julgados separadamente.

[...]

8. Recurso especial conhecido em parte e, nessa parte, desprovido.

(REsp 1255498/CE, rel. Min. Massami Uyeda, rel. p/ acórdão Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, j. em 19-6-2012) (grifou-se)

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. GUIAS DE RECOLHIMENTO DO PORTE DE REMESSA E RETORNO NÃO JUNTADA AOS AUTOS. DESERÇÃO CONFIGURADA. REINTEGRAÇÃO DE POSSE CONEXA À AÇÃO MONITÓRIA. ART. 264 DO CPC. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. JULGAMENTO NÃO SIMULTÂNEO. AUSÊNCIA DE NULIDADE. PRECEDENTES.

[...]

6. O entendimento consolidado deste Tribunal é no sentido de que o julgamento de apenas um dos feitos reunidos por conexão não induz, necessariamente, nulidade da decisão, uma vez que cabe ao magistrado a avaliação de julgamento simultâneo das ações, inspirado pelos objetivos da conexão (evitar decisões conflitantes e privilegiar a economia processual). Precedentes.

7. No presente caso, a necessidade de julgamento simultâneo da ação de reintegração de posse e da ação monitória foi afastada pelo Tribunal de origem, ao fundamento de ausência de perigo de decisões conflitantes, uma vez que as matérias a serem decididas nas referidas ações não sofrem influência mútua, encontrando-se, assim, em harmonia com o entendimento jurisprudencial deste Tribunal Superior.

8. Estando o acórdão recorrido em harmonia com o entendimento consolidado no Superior Tribunal de Justiça, não merece conhecimento o recurso especial.

9. Recurso especial não conhecido.

(REsp 1126639/SE, rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, j. em 21-6-2011)

Mutatis mutandis, também do STJ:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO ENTRE OS CANDIDATOS APROVADOS. DESNECESSIDADE. MERA EXPECTATIVA DE DIREITO À NOMEAÇÃO. CONEXÃO E CONTINÊNCIA. REUNIÃO DE PROCESSOS. FACULDADE DO MAGISTRADO. PROLAÇÃO DE DECISÕES INDEPENDENTES, MAS HARMÔNICAS ENTRE SI. AUSÊNCIA DE NULIDADE PROCESSUAL. NÃO OCORRÊNCIA DE PREJUÍZO.

[...]

2. Na conexão ou continência (art. 105 do Código de Processo Civil), a reunião dos processos não constitui dever do magistrado, mas sim faculdade, pois cabe a ele gerenciar a marcha processual, deliberando pela conveniência, ou não, de processamento simultâneo das ações.

> 3. Destarte, por ser uma faculdade do julgador, a decisão que reconhece a conexão ou a continência não impõe ao magistrado a obrigatoriedade de julgamento conjunto dos feitos. Nessa situação, não há falar em nulidade processual, mormente se não resultar em prejuízo aos litigantes, consoante o brocardo *pas de nullitè sans grief*.
>
> 4. Agravo regimental a que se nega provimento.
>
> (AgRg no REsp 1118918/SE, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, j. em 4-4-2013)

No mesmo trilho, decisão deste Tribunal de Justiça:

> USUCAPIÃO. CONEXÃO. JULGAMENTO EM SEPARADO QUE NÃO INDUZ OBRIGATORIAMENTE A NULIDADE, EXCETO QUANDO COMPROVADO O PREJUÍZO. SENTENÇA CASSADA.
>
> O Código de Processo Civil faculta ao juiz o reconhecimento da conexão e a reunião dos processos para julgamento simultâneo, todavia não ordena que obrigatoriamente os feitos devam ser julgados em conjunto, do que se retira que o simples fato das ações terem sido julgadas em separado não induz a nulidade da decisão, o que só ocorrerá quando comprovado efetivamente o prejuízo sofrido pela parte. Verificada, no entanto, que a análise de somente um dos feitos pode ocasionar decisões conflitantes e prejuízos aos litigantes, a sentença proferida deve ser cassada, a fim de que o juiz analise e julgue simultaneamente as ações. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. (TJSC, Apelação Cível n. 2011.030026-5, de Jaraguá do Sul, rel. Des. Gilberto Gomes de Oliveira, j. 14-02-2013).

Exposto tudo isso, pode-se agora dizer que as particularidades do caso recomendam decisão particular.

O que se tem aqui é típico pedido de busca e apreensão fundado em contrato de financiamento garantido por alienação fiduciária. Atípico, entretanto, é o desenrolar dos fatos tais como apresentados pela ora apelante em contestação e que dão suporte, também, à ação declaratória por ela proposta contra a instituição financeira (autos n. 064.08.017421-7).

Segundo descreve a apelante, o negócio jurídico foi firmado em um dia e desfeito no dia seguinte, pois a Macedo Dos Anjos Comércio de Veículos Ltda. lhe entregou bem diverso do contratado. Em razão disso, reclamou o desfazimento e, na mesma oportunidade, devolveu o veículo à pessoa jurídica, que o aceitou sob a condição de que a apelante pagasse R$ 870,00 (oitocentos e setenta reais), relativos aos custos de desfazimento do contrato com a instituição financeira. A apelante pagou este valor e devolveu o carro.

Embora a prova acerca desses fatos seja objeto apenas de demanda declaratória, e não da presente, têm-se nos autos elementos que fornecem seguros indicativos a respeito do ocorrido, tal como já apontado nas linhas iniciais deste voto (documentos de fls. 20, 29 e 30).

Frente a tais particularidades, é mais do que recomendável que as demandas sejam examinadas em conjunto, pois o risco da prolação de julgamentos entre si conflitantes está presente, do que decorreram relevantes prejuízos aos litigantes.

Por tudo o que foi exposto, vota-se pelo provimento da apelação, a fim de cassar a sentença e determinar o retorno dos autos a origem, para que o magistrado promova a reunião dos processos e, no momento oportuno, decida-os simultaneamente.

Destaca-se, por fim, que, nos termos da jurisprudência pacificada no STJ, o juiz não fica obrigado a manifestar-se sobre todas as alegações das partes, nem a ater-se aos fundamentos indicados por elas ou a responder, um a um, a todos os seus argumentos, quando encontrou motivo suficiente para fundamentar a decisão (cf. EDcl. no AgRg. no REsp. n. 919.628/PR, Quarta Turma, rel. Min. Humberto Martins, DJe de 17-11-2010).

No mais, dão-se por superados os prequestionamentos no que tange aos diplomas invocados sobre os quais a presente decisão não se tenha manifestado.

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

Apelações Cíveis n. 2011.027708-3 e 2011.027709-0, de Rio Negrinho

Relator: Des. Robson Luz Varella

APELAÇÕES CÍVEIS – AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO – SENTENÇA DE RESOLUÇÃO DO MÉRITO POR DECADÊNCIA DO DIREITO – INSURGÊNCIA DA AUTORA.

INEXIGIBILIDADE DA DÍVIDA – PUGNADO O AFASTAMENTO DA DECADÊNCIA – DISCUSSÃO ACERCA DO TERMO INICIAL DA FLUÊNCIA DO PRAZO DECADENCIAL – PRETENSÃO DE CONTAGEM NOS TERMOS DO ART. 445, § 1º, DO CÓDIGO CIVIL – DEFEITO ALEGADO RELATIVO AO RAMO DE ATUAÇÃO DA PARTE RECORRENTE E DE FÁCIL PERCEPÇÃO POR REFLETIR NA APARÊNCIA FÍSICA DA MADEIRA – PRAZO DECADENCIAL DE 30 (TRINTA) DIAS PREVISTO PELO ART. 445, *CAPUT*, DO DIPLOMA CIVILISTA – DILAÇÃO QUE SE INICIA COM A ENTREGA DO PRODUTO – DISPENSADA A PRODUÇÃO DE PROVA PERICIAL, EM RAZÃO DA AUSÊNCIA DE INDÍCIOS DOCUMENTAIS – PRERROGATIVA DO MAGISTRADO, DESTINATÁRIO DAS PROVAS – INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 130, 131, 283 E 396, DO CÓDIGO BUZAID – DUPLICATAS EXIGÍVEIS – MANTIDA A SENTENÇA.

"O prazo decadencial para o exercício da pretensão redibitória ou de abatimento do preço de bem móvel é de 30 dias (art. 445 do CC). Caso o vício, por sua natureza, somente possa ser conhecido mais tarde, o § 1º do art. 445 estabelece, em se tratando de coisa móvel, o prazo máximo de 180 dias para que se revele, correndo o prazo decadencial de 30 dias a partir de sua ciência" (REsp 1095882/SP, rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, j. em 09/12/2014, DJe 19/12/2014).

No caso, por consistir em vício na aparência da madeira, facilmente perceptível, especialmente se levado em consideração ser este o ramo de

atuação da apelante, não há que se falar em aplicação do § 1º, do art. 445, do Código Civil. Por conseguinte, ultrapassado o lapso de 30 (trinta) dias da entrega das mercadorias sem que a autora tenha manifestado sua pretensão redibitória, considera-se-lhe tocada pela decadência.

"[...] não há 'sentido em se deferir a produção de prova testemunhal e pericial, especialmente quando não houve apresentação de qualquer início de prova documental a respeito das supostas benfeitorias e acessões realizadas.' [...]." (REsp 816.585/RJ, Rel. Ministro José Delgado, j. em 5/10/2006)

PREQUESTIONAMENTO – PEDIDO GENÉRICO E DESPIDO DE FUNDAMENTAÇÃO – EXEGESE DO ART. 514, II DO CPC – NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO NESTE PONTO.

Conforme disposição do art. 514, II, do Código de Processo Civil, a apelação deve, obrigatoriamente, conter os fundamentos de fato e de direito com base nos quais o recorrente pretende a reforma da decisão.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelações Cíveis n. 2011.027708-3 e 2011.027709-0, da comarca de Rio Negrinho (1ª Vara), em que é apelante Lampe Madeiras Ltda, e apelado F.M.A. Indústria e Comércio de Madeiras Ltda:

A Segunda Câmara de Direito Comercial decidiu, por votação unânime, conhecer dos recursos, em parte, e nesta negar-lhes provimento. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pela Exma. Sra. Desa. Rejane Andersen com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. Luiz Fernando Boller.

Florianópolis, 27 de janeiro de 2015.

Robson Luz Varella
RELATOR

RELATÓRIO

Em 23/1/2007, Lampe Madeiras Ltda. ajuizou a denominada "ação declaratória de inexistência de débito, com pedido de antecipação de tutela" (n. 055.07.000146-9) em desfavor de F.M.A. Indústria e Comércio de Madeiras Ltda. Narrou ter comprado da empresa ré madeiras do tipo "pinus bruta serrada", as quais percebeu apresentarem defeito (coloração azulada) que as tornaram impróprias para uso (fabricação de painéis). Disse que contatou a empresa ré para requerer a substituição das madeiras defeituosas que, por sua vez, seriam devolvidas. Afirmou que, mesmo havendo retornado o material, conforme comprovado pela nota fiscal NF1034, a empresa ré deixou de proceder a devida substituição da mercadoria, exigindo, ainda, o pagamento das duplicatas. Alegou o protesto indevido da duplicata n. 0654/A, NF 654, vencimento em 25/12/2006, e a impossibilidade de apontamento dos demais títulos referentes ao negócio entabulado entre as partes (duplicata n. 0654/B, com vencimento em 10/1/2007, no valor de R$ 5.300,00; duplicata n. 0653/A, com vencimento em 5/1/2007, no valor de R$ 4.500,00; e duplicata n. 0653/B, com vencimento em 12/1/2007, no valor de R$ 4.500,00). Sustentou, também, que o valor das duplicatas não corresponde à soma das quantias referidas nas notas fiscais (NF 654 no valor de R$ 9.150,30, correspondente às duplicatas n. 0654/A e 0654/B; e, NF 653, no valor de R$ 8.028,00, correspondente às duplicatas 0653/A e 0653/B). Ainda, postulou pela antecipação dos efeitos da tutela para fins de sustar o protesto da duplicata n. 0654/A e garantir a abstenção do apontamento dos demais títulos, pugnando, ao final, pelo reconhecimento da nulidade e inexigibilidade dos títulos apresentados (fls. 1/8 – 2011.027708-3).

Após deferimento dos efeitos da tutela antecipada na data de 1º/2/2007 (fl. 28 - 2011.027708-3), procedeu a autora o ajuizamento de demanda conexa (n. 055.07.000540-5), na qual, repisando os argumentos supracitados, aduziu o apontamento indevido das duplicatas n. 0658/A, NF 658, com vencimento em 12/1/2007 e 0658/B, NF 658, com

vencimento em 30/1/2007, e, por outro lado, a impossibilidade da efetivação do protesto das duplicatas ns. 651/A, 651/B, 655/A, 655/B, 656, 658/C, 676/A, 676/B, 677/A e 677/B (fls. 1/8 – 2011.027709-0).

Nesta ação, também foram deferidos os efeitos da tutela antecipada à fl. 38 (2011.027709-0).

Houve contestação pela empresa F.M.A. Indústria e Comércio de Madeiras Ltda. em ambas as demandas, através das quais suscitou, preliminarmente, a carência da ação em razão da decadência do direito alegado; a inépcia da inicial; e, no mérito, a regularidade dos protestos, a inexistência do vício alegado, a decadência, a ausência de divergência de valores entre o título e as notas fiscais e a existência de aceite nas duplicatas e, ainda, a necessidade de revogação da antecipação dos efeitos da tutela (fls. 39/61 – 2011.027708-3 e 58/81 – 2011.027709-0).

A autora replicou (fls. 87/91 – 2011.027708-3 e 102/106 – 2011.027709-0).

Designada audiência (CPC, art. 331), apenas a empresa autora se fez presente (fls. 108 – 2011.027708-3).

A Magistrada de Primeiro Grau julgou antecipadamente a lide, com fulcro no art. 330, inc. I, da Lei Processual Civil, conforme a parte dispositiva que segue transcrita:

> Pelo exposto, reconheço a decadência da pretensão da parte autora e resolvo o mérito da causa com base no art. 269, IV, do Código de Processo Civil. Condeno a parte autora ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios que arbitro em 10% do valor do débito que pretendia ver declarado inexistente, o que faço com base no art. 20, §º 4º, do Código de Processo Civil. Publique-se. Registre-se. Intimem-se. Transitada em julgado, (i) cumpra-se o o disposto nos art.4 e seguintes do CNCGJ/SC; (ii) não pago o valor da condenação em 15 dias, incidirá automaticamente a multa prevista no art. 475-J do Código de Processo Civil; não requerido o cumprimento de sentença, arquivem-se (fls. 109/112 – 2011.027708-3 e 107/110 – 2011.027709-0).

Irresignada, a autora apelou, sustentando, basicamente, a inocorrência da decadência do direito de suscitar vício redibitório, a implicar na incidência do prazo de cento e oitenta dias disposto no art. 445, § 1º, do Código Civil. Por fim, pugnou pelo prequestionamento dos dispositivos citados (fls. 115/121 – 2011.027708-3 e 113/118 – 2011.027709-0).

Com as contrarrazões (fl. 126 – 2011.027708-3 e fl. 124 – 2011.027709-0), ascenderam os autos a este Tribunal.

É o relatório.

VOTO

Trata-se de apelações cíveis interpostas por Lampe Madeiras Ltda. contra a sentença que reconheceu a decadência das pretensões, resolvendo o mérito da *ação declaratória de inexistência de débito*, com fulcro no art. 269, IV, do Código de Processo Civil.

Inicialmente, há que se consignar que o julgamento dos recursos se dará de forma conjunta, por tratar-se de ações conexas, com mesmas partes e causas de pedir, nos termos do art. 103 e seguintes do Código de Processo Civil.

Em suas razões recursais, aduz a apelante a necessidade de produção de prova pericial para demonstrar a existência do vício de coloração na madeira adquirida da ré e, ainda, que se trata de defeito oculto de difícil percepção, que, portanto, se enquadraria no art. 445, § 1º, do Código Civil, de forma que o afastamento da decadência, na espécie, seria medida impositiva.

Razão, porém, não lhe assiste.

Nos termos do art. 441 do Código Civil: "A coisa recebida em virtude de contrato comutativo pode ser enjeitada por vícios ou defeitos ocultos, que a tornem imprópria ao uso a que é destinada, ou lhe diminuam o valor."

Em igual sentido dispõe o art. 8º, III, da Lei das Duplicatas:

> Art. 8º O comprador só poderá deixar de aceitar a duplicata por motivo de:
>
> I – avaria ou não recebimento das mercadorias, quando não expedidas ou não entregues por sua conta e risco;
>
> **II – vícios, defeitos e diferenças na qualidade ou na quantidade das mercadorias, devidamente comprovados;**
>
> III – divergência nos prazos ou nos preços ajustados.

Consigne-se que o legislador, no art. 445 do Diploma Civil, estabeleceu como regra geral o prazo decadencial de 30 (trinta) dias para que o adquirente manifeste-se contra defeitos que venha a notar no bem, tendo como prazo inicial a entrega do mesmo ou, alternativamente, a ciência do vício, conforme sejam eles aparentes ou ocultos. *In verbis*:

> Art. 445. O adquirente decai do direito de obter a redibição ou abatimento no preço no prazo de trinta dias se a coisa for móvel, e de um ano se for imóvel, contado da entrega efetiva; se já estava na posse, o prazo conta-se da alienação, reduzido à metade.
>
> § 1º Quando o vício, por sua natureza, só puder ser conhecido mais tarde, o prazo contar-se-á do momento em que dele tiver ciência, até o prazo máximo de cento e oitenta dias, em se tratando de bens móveis; e de um ano, para os imóveis.

Excepcionalmente, em se tratando de vício comprovadamente oculto, admite-se a fluência do prazo de 30 (trinta) dias, a contar da data do conhecimento do defeito, ressalvado o prazo limite de 180 (cento e oitenta) dias, para bens móveis e 1 (um) ano, para os imóveis.

Acerca da *quaestio* esclarece, ainda, Araken de Assis que o prazo decadencial inicia-se da entrega efetiva do produto, e não da data em que veio a utilizar o bem, caso não o tenha feito imediatamente após a aquisição. Veja-se:

> **A responsabilidade por vícios de objeto nasce com a entrega efetiva do bem, consoante o art. 445, *caput*, 1ª parte, *in fine*, que ocorre no**

> **momento da prestação.** Não é o momento da aquisição do domínio pela tradição ou pelo registro. **Este termo inicial não se relaciona com a data da "experimentação", ou seja, a do uso efetivo. Às vezes, o uso efetivo acontece muito após a tradição.** Por exemplo: alguém adquire uma máquina, recebe-a do fabricante e procede à sua instalação, passando a utilizá-la, contudo, um mês depois, porque empreendeu viagem anteriormente programada. O prazo se conta da entrega, e, não, do uso efetivo, respeitada a prescrição do § 2º do art. 445. (ASSIS, Araken de, *et alli*. *Comentários ao Código Civil Brasileiro*, v. 5: do direito das obrigações. Rio de Janeiro, Forense: 2007. p. 351)

Isso porque, consoante ensina Araken de Assis, na hipótese de vício oculto, que só pode ser constatado tardiamente, "a data exata em que o defeito se descerrou, [...], representará uma árdua questão de fato, **exigindo prova convincente, a cargo do outorgado.** (ASSIS, Araken de, *et alli*. *Comentários ao Código Civil Brasileiro*, v. 5: do direito das obrigações. Rio de Janeiro, Forense: 2007. pp. 352-353).

Portanto, para que se caracterize como vício oculto de difícil e tardia constatação, a parte autora deve produzir prova contundente do momento de sua descoberta.

Assim, não tendo a recorrente comprovado se tratar a coloração azulada da madeira de vício que por sua própria natureza era de difícil percepção, impossível admitir que o prazo decadencial teria início tão-somente quando do descerramento do suposto defeito, fato este igualmente não comprovado.

Ademais, como bem consignou o magistrado *a quo*, o defeito alegado reflete na própria aparência das tábuas, de modo que, em razão da expertise da recorrente no assunto, deveria ter notado o vício quando do recebimento e exame do material. Veja-se:

> Não há que se falar, por óbvio, em vício que "por sua natureza, só puder ser conhecido mais tarde" (caso em que o prazo máximo de cento e oitenta dias, nos termos do § 1º do mesmo artigo), **já que em se tratando de tábuas de madeira e, principalmente, sendo o defeito em questão**

> **causador de uma característica cor azulada na madeira, impossível que se alegue ser o defeito da modalidade oculta. Ademais, sendo a parte autora atuante no ramo de madeira, certo que possui pessoal qualificado para o recebimento e conferência dos insumos. E se não conta com o pessoal qualificado, por mais que devesse, ou se não procedeu à correta conferência, não podem tais circunstâncias serem imputadas à parte ré.** (fl. 111 - 2011027708-3 e 109 - 2011.027709-0) (original sem grifos)

Registre-se que, consoante o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, ser "incogitável, pois, a realização [de] um ato que, de antemão, sabe-se inútil, **não há 'sentido em se deferir a produção de prova testemunhal e pericial, especialmente quando não houve apresentação de qualquer início de prova documental** a respeito das supostas benfeitorias e acessões realizadas.' (TRF2, 5ªT, AC 91.02.07582-2/RJ, DJU 29/08/2003)." (REsp 816.585/RJ, Rel. Ministro José Delgado, j. em 5/10/2006).

Acrescente-se que o art. 283 do Código de Processo Civil dispõe que "a petição inicial será instruída com os documentos indispensáveis à propositura da ação", e acrescenta, no art. 396, que "compete à parte instruir a petição inicial (art. 283), ou a resposta (art. 297), com os documentos destinados a provar-lhe as alegações".

Ademais, ao deixar de embasar os seus argumentos em material probatório escrito ou fotográfico, a recorrente permitiu que o juiz, enquanto destinatário das provas e amparado no seu livre exame, observada a diretriz da persuasão racional, (arts. 130 e 131, CPC), julgasse antecipadamente a lide, não havendo falar em qualquer vicissitude do julgamento em razão da dispensa da produção de prova pericial.

Sobre a persuasão racional, leciona Alexandre Freitas Câmara:

> Por fim, o último sistema conhecido, e também o mais adotado, sendo usado em nosso Direito Processual Civil, é o da persuasão racional (também chamado sistema do livre convencimento, ou ainda do livre convencimento motivado).

> Neste sistema, o juiz é livre para formar seu convencimento, desde que este se baseie nos elementos constantes dos autos. O juiz não pode tomar em consideração, a fim de formar, sua convicção acerca das alegações sobre a matéria de fato, nenhum elemento além das provas carreadas para os autos. É a aplicação do brocardo quod non est in acti non est in mundo (o que não está nos autos não está no mundo). (Lições de Direito Processual Civil. vol. I. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 407/409)

Traz-se à baila, também, a doutrina de Cândido Rangel Dinamarco:

> A razão pela qual se permite a antecipação do julgamento do mérito é invariavelmente a desnecessidade de produzir provas. Os dois incisos do art. 330 desmembram essa causa única em várias hipóteses, mediante uma redação cuja leitura deve ser feita com a consciência de que só será lícito privar as partes de provar quando as provas não forem necessárias ao julgamento. Não se antecipa a decisão do mérito quando ainda faltarem esclarecimentos sobre algum ponto relevante da demanda ou da defesa. Só se antecipa quando nenhuma prova seja necessária - nem pericial, nem oral, nem documental. (Instituições de direito processual civil. 4. ed. São Paulo: Malheiros, v. III, p. 555)

Confiram-se os precedentes da Corte Superior:

> PROCESSUAL CIVIL E AMBIENTAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. UTILIZAÇÃO DE EXPLOSIVOS E DISPOSIÇÃO DE DEJETOS MINERAIS. INDEFERIMENTO DE PROVA TESTEMUNHAL.
>
> CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO CONFIGURADO. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADA.
>
> 1. De acordo com a jurisprudência desta Corte, cumpre ao magistrado, destinatário da prova, valorar sua necessidade, conforme o princípio do livre convencimento motivado. Portanto, não há violação ao art. 130 do CPC quando o juiz, em decisão adequadamente fundamentada, defere ou indefere a produção de provas.
>
> [...] (AgRg nos EDcl no AREsp 438.570/MG, Rel. Ministro Sérgio Kukina, j. em 5/12/2014)

> AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO (ART. 544 DO CPC) - AÇÃO DECLARATÓRIA DE DESCUMPRIMENTO CONTRATUAL C/C COBRANÇA DE MULTA - DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGOU PROVIMENTO AO AGRAVO - INSURGÊNCIA DA DEMANDADA. [...]
>
> 1.1. Além disso, não prospera a insurgência em relação à omissão no tocante à análise das provas especificadas que, ao seu ver, seriam indispensáveis à resolução da controvérsia posta, porquanto o ordenamento jurídico brasileiro adota o princípio do livre convencimento motivado, que possibilita ao juiz a apreciação livre das provas colacionadas aos autos. Ou seja, o julgador não está adstrito à prova que a parte entende lhe seja mais favorável, mas pode formar a sua convicção a partir de outros elementos ou fatos constantes dos autos. [...] (AgRg no AREsp 587.749/SP, Rel. Ministro Marco Buzzi, j. em 4/12/2014)
>
> PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AUXÍLIO-DOENÇA. PRODUÇÃO DE PROVAS. PRINCÍPIO DA LIVRE CONVICÇÃO MOTIVADA. SÚMULA 83/STJ. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.
>
> 1. O princípio da livre admissibilidade da prova e o princípio do livre convencimento do juiz, permite ao julgador determinar as provas que entende necessárias à instrução do processo, bem como o indeferimento daquelas que considerar inúteis ou protelatórias, sem que isso importe em cerceamento do direito de defesa.
>
> 2. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp 583.993/SP, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, j. em 25/11/2014)

Justamente assim entende este Pretório: Apelação Cível n. 2014.034079-4, Rel. Des. Janice Goulart Garcia Ubialli, j. em 20/11/2014; Apelação Cível n. 2014.021581-7, Rel. Des. Soraya Nunes Lins, j. em 16/10/2014; Apelação Cível n. 2014.046496-0, Rel. Des. Jânio Machado, j. e 4/9/2014; Apelação Cível n. 2011.094468-9, Rel. Des. Robson Luz Varella, j. em 26/8/2014; Apelação cível n. 2012.088130-4, Rel. Des. Gerson Cherem II, j. em 6/6/2013.

Por esse viés, ao deixar de embasar os seus argumentos em material probatório escrito e/ou fotográfico, a empresa autora permitiu

a persuasão racional do juiz, amparado no livre exame das provas disponíveis nos autos, não havendo motivo para a realização de prova pericial para determinar a natureza da vicissitude.

Portanto, tendo a autora deixado de acostar aos autos, de ambos os processos, qualquer prova ou indício de que o vício não pôde ser verificado anteriormente, em razão de sua própria natureza e, também, da exata data em que o mesmo se revelou, enquadra-se o caso dos autos ao art. 445, *caput*, do Código Civil, adotando-se como termo inicial do prazo decadencial de 30 (trinta) dias o momento da entrega da madeira.

No caso, não tendo a recorrente comprovado se tratar a coloração azulada da madeira de vício que por sua própria natureza era de difícil percepção, já que, em verdade, sequer demonstrou a existência do mesmo, impossível admitir que o prazo decadencial teria início tão-somente quando do descerramento do suposto defeito.

Assim, o prazo decadencial para redibição da madeira supostamente viciada seria o da entrega da mesma, consoante a tabela abaixo:

Nota Fiscal	Data da Nota Fiscal	Data da Decadência	Folhas
651	25/10/2006	24/11/2006	34 (2011.027709-0)
653	30/10/2006	29/11/2006	17 (2011.027708-3)
654	14/11/2006	14/12/2006	18 (2011.027708-3)
655	16/11/2006	16/12/2006	32 (2011.027709-0)
656	17/11/2006	17/12/2006	24 (2011.027709-0)
658	6/12/2006	4/1/2007	21 (2011.027709-0)
676	13/12/2006	11/1/2007	29 (2011.027709-0)
677	20/12/2006	18/1/2007	27 (2011.027709-0)

Dessarte, em verdade, constatando a apelante o defeito de coloração das madeiras adquiridas que, supostamente, importaria na inadequação do material para a produção de painéis, poderia ter requerido a redibição do ajuste ou o abatimento do preço somente até 18/1/2007.

Destaque-se que a única prova trazida pela apelante para comprovar o suposto defeito é a nota fiscal de devolução da madeira defeituosa (Nota Fiscal n. 001034 - fl. 24 dos autos n. 2011.027708-3). Ocorre que, em detida análise dos autos, nota-se que referido documento, conforme seu próprio teor, diz respeito, na verdade, à "Devolução total da mercadoria referente à **Nota Fiscal nº 000657**, do dia 01/12/2006".

Esta transação, entretanto, não é objeto das presentes demandas, que versam, tão-somente, acerca das Notas Fiscais de ns. 653, 654 (fls. 17 e 18 - 2011.027708-3) e 651, 655, 656, 658, 676 e 677 (fls. 34, 32, 24, 21, 29 e 27 - 2011.027709-0).

Outrossim, não há no caderno processual nenhuma demonstração fática da ocorrência de tentativa de forma de resolução extrajudicial, seja por forma de substituição dos produtos, abatimento do preço ou redibição dos negócios objeto das presentes demandas (Notas Fiscais ns. 651, 653, 654, 655, 656, 658, 676 e 677), por parte da recorrente.

Isto é, a autora, ora apelante não logrou êxito em provar que tomou qualquer medida redibitória anterior ao ajuizamento das presentes ações, respectivamente, em 23/1/2007 e 2/3/2007, sendo que o último prazo decadencial para redibição expirou em 18/1/2007, consoante tabela acima.

Assim, verificada a decadência da pretensão da autora, não há falar-se em inexigibilidade dos títulos, de modo que a sentença deve ser mantida incólume.

Em vista disto, nega-se provimento ao recurso, na *quaestio*.

Prequestionamento

No tocante ao pedido de prequestionamento formulado pela apelante, urge a necessidade de que sua formulação ocorra de forma certa e objetiva (art. 282, IV, do CPC), particularizando em que consiste a violação, uma vez que apontamentos genéricos e não específicos a artigos de lei (como efetuado), ou mesmo constitucionais, não se prestam para este fim, pois inequívoco ser vedado ao Togado julgar a matéria de forma vaga (art. 460 do CPC).

É da doutrina:

> Cumpre, desde logo, fazer um alerta acerca da nomenclatura utilizada. O termo prequestionamento já está consagrado na pragmática da comunicação normativa brasileira. Consolidou-se, a propósito, como uma etapa no exame da admissibilidade dos recursos extraordinários. Não convém alterá-lo. De fato o nome parece indicar uma atividade da parte, anterior, no sentido de ensejar a manifestação do órgão jurisdicional inferior. (DIDIER JÚNIOR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil. Vol. 3. Salvador: Juspodivm, 2007 p. 223).

Examinando as razões recursais, verifica-se que a parte insurgente não procedeu à indispensável fundamentação dos motivos correspondentes, ou seja, a causa de pedir de seus pleitos, tendo apenas indicado o rol de dispositivos e diplomas legais que pretende prequestionar ao final de cada tópico de sua minuta recursal.

Ocorre que o pedido genérico ou não circunstanciado, torna inviável a manifestação jurisdicional, inexistindo, portanto, fundamentação apta a autorizar a reforma da sentença, *ex vi* do art. 514, II, do Código de Processo Civil.

Sobre o tema, Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery discorrem:

> O apelante deve dar as razões, de fato e de direito, pelas quais entende deva ser anulada ou reformada a sentença recorrida. Sem as razões do inconformismo, o recurso não pode ser conhecido (*Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 882).

Anote-se, ainda, que o prequestionamento deve recair sobre dispositivo legal e constitucional supostamente violado, e não sobre súmula de Tribunal, que por consistir em entendimento jurisprudencial não se enquadra na categoria de norma, também a obstaculizar o conhecimento da pretensão por esse prisma, consoante precedente deste Órgão Julgador (Apelação Cível n. 2011.058915-3, Rela. Desa. Rejane Andersen, j. 16/4/2013).

Ademais, registre-se que a presente decisão aborda clara e explicitamente todas as teses ventiladas no apelo ora julgado, de acordo com o acervo probatório dos autos, de modo a permitir o exercício da ampla defesa e do contraditório junto às Cortes Superior e Suprema, se assim o desejar a parte, uma vez que adotada fundamentação suficiente ao equacionamento do tema litigioso (Apelação Cível n. 2012.083931-2, Rel. Des. Cláudio Valdyr Helfenstein, j. 20/6/2013).

Dessarte, deixa-se de conhecer do apelo quanto ao tópico.

Ante o exposto, vota-se no sentido de conhecer dos recursos, em parte, e nesta negar-lhes provimento.

Apelação Cível n. 2010.023857-6, de Joinville

Relator: Des. Luiz Fernando Boller

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. COBRANÇA DE TRANSPORTE MARÍTIMO INTERNACIONAL. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA.

AGRAVO RETIDO DA RÉ.

AUSÊNCIA DE PEDIDO EXPRESSO PARA APRECIAÇÃO NAS CONTRARRAZÕES. INOBSERVÂNCIA DE PRESSUPOSTO DE ADMISSIBILIDADE ESPECÍFICO. ART. 523 DO CPC. CIRCUNSTÂNCIA QUE IMPEDE O CONHECIMENTO DA INSURGÊNCIA.

APELO DA TRANSPORTADORA AUTORA.

ALEGAÇÃO DE QUE A DECISÃO VERBERADA SERIA *EXTRA PETITA*, PORQUANTO ESTRIBADA EM CLÁUSULA NÃO CONVENCIONADA ACERCA DA RESPONSABILIDADE PELO PAGAMENTO DE TRANSLADO MARÍTIMO. AJUSTE COMERCIAL QUE IMPUTARIA À EMPRESA MERCANTE O ÔNUS DO TRANSBORDO, DENOMINADO *FOB-FREE ON BOARD*. MATÉRIA QUE, EMBORA EXPRESSAMENTE NÃO SUSCITADA, ENCONTRA-SE ESTRITAMENTE RELACIONADA COM A TEMÁTICA INERENTE AO COMÉRCIO MARÍTIMO. ARGUMENTAÇÃO INSUBSISTENTE. PREFACIAL AFASTADA.

MÉRITO. MOBILIÁRIO OBJETO DO CARREGAMENTO DEVIDAMENTE ENTREGUE NO PORTO DE DESTINO. PACTUAÇÃO DE CLÁUSULA *FREIGHT DESTINATION*. INÉRCIA DA DESTINATÁRIA, CONTUDO, EM DESEMBARAÇAR A MERCADORIA ACONDICIONADA NO *CONTAINER* E, VIA DE CONSEQUÊNCIA, ADIMPLIR O FRETE.

EXPORTADORA APELADA QUE EM RAZÃO DA SOLIDARIEDADE COM A IMPORTADORA, NÃO PODE SE FURTAR AO PAGAMENTO DO SERVIÇO DE TRANSPORTE, PRECIPUAMENTE PORQUE TAL CIRCUNSTÂNCIA RESTOU CONSIGNADA NA *COMMERCIAL INVOICE*.

TESE ACOLHIDA. REFORMA DA SENTENÇA. IMPOSITIVA REDISTRIBUIÇÃO DOS ÔNUS SUCUMBENCIAIS.

RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

"[...] Na hipótese de não pagamento do frete, é cabível ação de cobrança. Como regra, a responsabilidade do embarcador e destinatário é solidária.

Em sede de solidariedade passiva, assiste ao credor o direito de acionar qualquer co-devedor solidário.

O demandado terá direito à ação regressiva contra o que tiver culpa pelo inadimplemento contratual. [...]" (OCTAVIANO MARTINS, Eliane Maria. *Curso de direito marítimo*. vol. II. São Paulo: Editora Manole, 2008. p. 329).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2010.023857-6, da comarca de Joinville (4ª Vara Cível), em que é apelante Schenker do Brasil Transportes Internacionais Ltda., e apelada Thoratex Comercial Exportadora e Importadora Ltda.:

A Segunda Câmara de Direito Comercial decidiu, por votação unânime, não conhecer do agravo retido, e, de outra banda, conhecer do recurso de apelação e dar-lhe parcial provimento. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pela Excelentíssima Senhora Desembargadora Rejane Andersen, com voto, e dele participou o Excelentíssimo Senhor Desembargador Robson Luz Varella.

Florianópolis, 3 de fevereiro de 2015.

Luiz Fernando Boller
RELATOR

RELATÓRIO

Cuida-se de apelação cível interposta por Schenker do Brasil Transportes Internacionais Ltda., contra a sentença prolatada pelo

juízo da 4ª Vara Cível da comarca de Joinville, que nos autos da ação Indenizatória nº 038.03.026500-0 (disponível em <*http://esaj.tjsc.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=120005 H6W0000&processo.foro=38*> acesso nesta data), ajuizada contra a Thoratex Comercial Exportadora e Importadora Ltda., julgou improcedente o pedido exordial, nos seguintes termos:

> [...] Trata-se de ação onde a autora pretende a cobrança de valores referentes ao contrato de transporte marítimo que disse ter estabelecido com a ré.
>
> A ação é improcedente.
>
> Inicialmente, em relação ao conhecimento de transporte marítimo, a prova dos autos é clara em apontar que o mesmo foi devidamente formalizado.
>
> O documento de fl. 27, com a respectiva tradução de fls. 28/48, aliados a prova testemunhal, não deixam dúvidas de que o contrato foi estabelecido.
>
> Colhe-se da prova testemunhal:
>
> *"[...] que a ré contratou a autora para fazer o transporte do 'container' objeto do litígio; que o* 'BL' *foi confeccionado de acordo com as informações encaminhadas à autora pela ré; que o 'container' foi entregue no destino [...]"* (Arline, fl. 156).
>
> *"[...] que na cláusula* 'FOB' *a responsabilidade do exportador é até a mercadoria ser colocada dentro do navio e a responsabilidade do importador é deste ponto até o destino; que sabe que o 'container' chegou no destino; que soube através do processo de exportação; que o importador é responsável pelo recebimento e era o cliente Furniture X; que o importador não retirou a mercadoria e o frete não foi pago; que o importador também não pagou ao exportador a mercadoria. [...] que passa todos os dados para um despachante, OTM Serviços de Logística Ltda., e este entra em contato com o transportador; que a empresa ré é a representante da empresa exportadora e passa a procuração para o despachante para representá-la perante a Receita Federal; [...]"* (Kristiane, fl. 163).
>
> Portanto, não tenho dúvidas de que a ré representou a empresa exportadora e foi contratado o transporte.

Agora, analisando o Conhecimento de Transporte Marítimo (*"Bill Of Lading"*), de fl. 27, conforme bem explanado pela autora na réplica de fls. 93/98, não tenho dúvida da existência da cláusula "FOB" ("Free On Board").

Em relação a tal cláusula, a responsabilidade do exportador, no caso representado pela ré, vai até o embarque da mercadoria do navio, quando, então, toda a responsabilidade passa ao importador.

Colhe-se da obra de Rui Stoco, Tratado de Responsabilidade Civil, 6ª edição - São Paulo: Ed. RT, 2004, pág. 204:

"Responsabilidade civil. Contrato de transporte. Cláusula 'FOB'. Indenizatória contra a transportadora ajuizada pelo expedidor, em virtude de desatendimento na ordem de não entregar a mercadoria. Improcedência - 'Nas vendas com cláusula 'FOB' em que se tem como convencionado que o vendedor mantém a obrigação de entregar a mercadoria a bordo do navio, que deve transportá-la ao porto do destino, a tradição se opera ao ser entregue a mercadoria no navio, correndo as despesas com essa entrega por conta do vendedor. Diga-se, 'en passant', que as fórmulas ('CIF', 'FAS' e 'FOB'), já consideradas clássicas, são adotadas e transpostas do Direito Marítimo para o Terrestre, como determinadas de convenções de preço. No caso, em razão da mencionada Cláusula 'FOB', deu-se a transferência da propriedade das mercadorias ao destinatário, a partir do momento em que a mesma foi entregue ao embarcador para transporte. Tanto isso é certo que o destinatário tem ação direta contra o transportador, inclusive, para reclamar a entrega das mercadorias [...]'" (1º TACSP - 2ª C. - Rel. Roque Komatsu - j. 07/12/1982 - JTACSP 78/108).

Portanto, o contrato existiu, mas com a Cláusula *"FOB"*, reconhecida pela própria autora, não restando responsabilidade à ré.

Desta forma, a improcedência da ação é medida que se impõe.

Isto posto, JULGO IMPROCEDENTE a presente ação, com resolução do mérito, com base no artigo 269, inc. I, do CPC.

Condeno a autora ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, que fixo em R$ 3.000,00 (três mil reais), o que faço com base no artigo 20, § 4º, do CPC, observado o zelo profissional, o lugar da prestação do serviço e o tempo exigido para o serviço (fls. 173/176).

Malcontente, a Schenker do Brasil Transportes Internacionais Ltda. argumentou ter sido contratada pela Thoratex Comercial Exportadora e Importadora Ltda. para efetuar o transporte marítimo do *Container* GESU nº 416577-0, carregado com móveis, a ser entregue para a Furniture X, com sede na Província de Ontário, no Canadá, o que se operou a contento mediante o desembarque da mercadoria no porto de Montreal, no prazo e condições estipuladas.

Assentou, todavia, que a mercadoria não foi retirada daquela zona portuária pela empresa importadora, situação que, segundo alega, não obsta o pagamento da prestação do serviço relativo ao translado da carga, no montante de R$ 9.062,65 (nove mil, sessenta e dois reais e sessenta e cinco centavos).

Dito isto, arguiu, preliminarmente, a ocorrência de julgamento *extra petita*, no tocante à discussão da Cláusula que atribuiu à empresa compradora, estabelecida no exterior, o dever de suportar o frete inadimplido, em detrimento da responsabilidade que seria da Thoratex Comercial Exportadora e Importadora Ltda. - convenção denominada *FOB-Free on Board* -, em razão de tal preceito marítimo não ter sido convencionado pelas contendoras, devendo *"a análise da matéria posta sub judice se dar sob a ótica da responsabilidade contratual, somente"* (fl. 188).

Assim, estribado no Contrato de Conhecimento de Transporte Marítimo - *"B/L-Bill of Lading"* - de nº DC 1603/2002, que dispõe sobre os deveres e obrigações das partes, requer a responsabilização da recorrida, exclusivamente, pelo pagamento do aventado Frete Marítimo - *"Ocean Freight"* -, Taxa de Movimentação da Carga, Carta de Correção e Mensageiro, além das despesas que teve com a Tradutora Juramentada e os serviços cartorários para transcrição do Pacto Comercial ao nosso vernáculo, bradando pelo conhecimento e provimento do reclamo (fls. 181/192).

Recebido o recurso nos efeitos devolutivo e suspensivo (fl. 198), sobrevieram as contrarrazões, onde a Thoratex Comercial Exportadora

e Importadora Ltda. refutou as teses manejadas pela Schenker do Brasil Transportes Internacionais Ltda., clamando pelo desprovimento do apelo (fls. 202/212).

Ascendendo a esta Corte, foram os autos distribuídos ao Desembargador Joel Figueira Júnior (fl. 216), tendo a Sexta Câmara de Direito Civil, por votação unânime, em sessão ordinária realizada em 23/05/2013, reconhecido a sua incompetência para o respectivo julgamento, determinando, então, a redistribuição do processo (fls. 220/224), razão pela qual o apelo foi concluso ao Desembargador Substituto Dinart Francisco Machado (fl. 226), na sequência encaminhado ao Desembargador Getúlio Corrêa, vindo-me às mãos em razão do superveniente assento nesta Segunda Câmara de Direito Comercial.

É, no essencial, o relatório.

VOTO

Por norma de organização e método, impõe-se a análise individual de cada uma das insurgências.

1. - <u>Do agravo retido interposto pela THORATEX COMERCIAL EXPORTADORA E IMPORTADORA LTDA.:</u>

Conquanto a Thoratex Comercial Exportadora e Importadora Ltda. tenha interposto agravo retido contra a decisão que assentou "*como fatos incontroversos a propriedade do container, assim como o transporte efetuado pelo autor [...]*" (fls. 110/112), a aludida insurgência não merece ser conhecida, visto que nas suas contrarrazões (fls. 202/212), a apelada deixou de expressamente requerer a apreciação do recurso, o que consubstancia a inobservância da exigência contida no art. 523 do Código de Processo Civil, segundo o qual,

> Na modalidade de agravo retido o agravante requererá que o tribunal dele conheça, preliminarmente, por ocasião do julgado da apelação.

> § 1º Não se conhecerá do agravo se a parte não requerer expressamente, nas razões ou na resposta da apelação, sua apreciação pelo Tribunal.
>
> A respeito, dos julgados de nossa Corte colho:
>
> APELAÇÃO CÍVEL - ADIMPLEMENTO CONTRATUAL - SUBSCRIÇÃO DEFICITÁRIA DE AÇÕES. AGRAVO RETIDO - AUSÊNCIA DE PEDIDO PARA APRECIAÇÃO - NÃO CONHECIMENTO - INTELIGÊNCIA DO ART. 523, § 1º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. Constitui pressuposto recursal específico do agravo retido, a sua expressa reiteração nas razões ou contrarrazões recursais, para a devida apreciação pelo Tribunal. Inexistindo o pedido, não se conhecerá do recurso [...] (Apelação Cível nº 2014.014287-5, da Capital, Rel. Des. Robson Luz Varella, julgado em 17/06/2014).

Portanto, não conheço do agravo retido (fls. 110/112).

2. - <u>Da apelação interposta pela SCHENKER DO BRASIL TRANSPORTES INTERNACIONAIS LTDA.:</u>

Conheço do reclamo porque, além de tempestivo, preenche os demais pressupostos de admissibilidade.

Insurge-se a Schenker do Brasil Transportes Internacionais Ltda. contra a sentença de improcedência, argumentando que foi contratada pela Thoratex Comercial Exportadora e Importadora Ltda., por meio de *"B/L-Bill of Lading"* (fl. 27), para efetuar o transporte de mobílias, acondicionadas em *container*, do porto de Itajaí-SC para o porto de Nova Iorque, nos EUA-Estados Unidos da América, tendo como destino final da mercadoria o embarcadouro de Montreal, no Canadá, e assim o fez.

Sucedeu, contudo, que a mercadoria não foi desembaraçada pela destinatária Furniture X no local de desembarque, razão pela qual a apelante almeja receber da remetente, situada em nosso país, a necessária reparação pecuniária pelo serviço de translado oceânico prestado, que totalizou R$ 9.062,65 (nove mil, sessenta e dois reais e sessenta e cinco centavos).

Portanto, perpassando a controvérsia acerca da preexistência de cláusula prevendo os limites da responsabilidade de cada litigante, impende trazer à luz excerto doutrinário de Paulo Henrique Cremoneze, para quem,

> [...] O transportador impõe sua vontade, por meio de contrato escrito, com cláusulas impressas e previamente estipuladas. Daí falar-se contrato de adesão.
>
> A vontade do embarcador ou do destinatário da carga limita-se à adesão aos termos contratuais previamente estipulados pelo transportador.
>
> A doutrina brasileira é quase unânime ao proclamar o contrato de transporte marítimo de cargas como um típico contrato de adesão (*Prática de direito marítimo*. O contrato de transporte marítimo e a responsabilidade civil do transportador. 2ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 34).

Tal apontamento é parâmetro perspicaz para o enfrentamento da preliminar suscitada pela Schenker do Brasil Transportes Internacionais Ltda., que - objetivando reverter situação desfavorável -, sustentou que o reconhecimento da celebração de cláusula que lhe imputa responsabilidade indistinta sobre a mercadoria - denominada *FOB-Free On Board* -, constitui solução *extra petita*, porquanto na demanda subjacente, a apelada não teria manejado tal argumento, e a seu respeito não há qualquer previsão na avença celebrada.

Com efeito, nos termos do art. 460 do Código de Processo Civil, *"é defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu, em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado"* (grifei).

Sobre o tema, de paradigmático acórdão de lavra do Desembargador Joel Dias Figueira Júnior, destaco o seguinte excerto:

> [...] Determina o Código de Processo Civil, em seus artigos 128 e 460, que:
>
> Art. 128. O juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte.

> Art. 460. É defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que Ihe foi demandado.
>
> Acerca dos vícios da sentença, leciona Luiz Rodrigues Wambier:
>
> Os arts. 128 e 460 expressam o que a doutrina denomina de princípio da congruência, ou da correspondência, entre o pedido e a sentença. Ou seja, dado o princípio dispositivo, é vedado à jurisdição atuar sobre aquilo que não foi objeto de expressa manifestação pelo titular do interesse. Por isso, é o pedido (tanto o imediato como o mediato) que limita a extensão da atividade jurisdicional. Assim, considera-se *extra petita* a sentença que decidir sobre pedido diverso daquilo que consta da petição inicial. Será *ultra petita* a sentença que alcançar além da própria extensão do pedido, apreciando mais do que foi pleiteado. E é *infra petita* a sentença que não versou sobre a totalidade do pedido, apreciando apenas parcela dele, sem, todavia, julgar tudo quanto tenha sido expressado no pedido. Claro que a limitação da sentença também diz respeito indiretamente à causa de pedir, pois, ao analisar o pedido, necessariamente deverá o julgador ter em vista os fatos e os fundamentos que lhe dão sustentáculo. Se a causa de pedir não integra o pedido, certamente o identifica. Assim, também é vedado ao juiz proferir sentença fundada em outra causa de pedir que não a constante da petição inicial (Curso avançado de processo civil. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. v. 1: teoria geral do processo e processo de conhecimento. p. 303). [...] (Apelação Cível nº 2009.019128-1, da Capital, julgado em 01/07/2011).

Na demanda em questão, não há que se falar em julgamento *extra petita*, visto que a cláusula combatida está inserida na gama daquelas que compõem a sistemática das relações comerciais marítimas, e, como tal, serve de lastro para a adequada solução da controvérsia.

Via de consequência, não constato qualquer impropriedade formal na sentença, o que não afasta, todavia, a necessidade de exame do acerto da decisão verberada acerca da correta interpretação conferida ao sobredito ajuste comercial.

Pois bem.

Pretende a Schenker do Brasil Transportes Internacionais Ltda. ser indenizada dos gastos que suportou com a realização do frete do transporte marítimo executado em prol da relação comercial estabelecida entre a Thoratex Comercial Exportadora e Importadora Ltda. com a empresa Furniture X, destinatária do mobiliário, situada em território estrangeiro (fl. 49).

Para consecução de tal negócio jurídico, forçoso é a adesão, pela remetente, ao *"Bill of Lading"*, documento denominado *"Conhecimento de Transporte Marítimo"*, considerado indispensável ao comércio exterior em geral.

Referido instrumento é previsto em nosso ordenamento legal pátrio no art. 744 do Código Civil, segundo o qual, *"ao receber a coisa, o transportador emitirá conhecimento com a menção dos dados que a identifiquem, obedecido o disposto em lei especial"*.

Das ensinanças de Eliane M. Octaviano Martins acerca da emissão do *Bill of Lading*, haure-se que:

> [...] O preenchimento do Conhecimento de Embarque Marítimo é feito no verso do documento e, como regra, pode ser, no todo ou em parte, manuscrito, datilografado ou, como é usual, previamente impresso. Constarão normalmente do *"BL"* várias informações pertinentes ao contrato de transporte, nos termos das condições acordadas entre as partes contratantes e delineadas nos campos a serem preenchidos nos formulários (*Curso de direito marítimo*. vol. II. São Paulo: Editora Manole, 2008. p. 266).

Prosseguindo, a notável doutrinadora destaca ainda que:

> [...] Como regra, são exigidas as seguintes informações: denominação da empresa emissora; número do conhecimento; data da emissão; nome e viagem do navio; embarcador; depositário; nome de quem vai ser notificado quando da chegada da mercadoria; tipo da mercadoria e suas características gerais (quantidade, peso bruto, embalagem, volume, marcas etc.); forma de pagamento do frete (*"prepaid"* ou *"collect"*); valor do frete (em algarismos e por extenso); nome do agente da companhia transportadora no porto de embarque, com o carimbo e a assinatura

> do responsável; carimbo do local de estiva da mercadoria (*"shipped" on "board"*); portos ou pontos de embarque, destino e transbordo. No verso do *"BL"* estão delineadas as cláusulas que retratam as condições do transporte. Destacam-se, em essencial e pela relevância, a cláusula *"paramount"* de legislação aplicável, a cláusula de competência jurisdicional, cláusulas limitativas e/ou exonerativas de responsabilidade do transportador marítimo durante o transporte, cláusulas de avarias grossas, entre outras (*Curso de direito marítimo*. vol. II. São Paulo: Editora Manole, 2008. p. 267).

De igual sentir, pertinente mencionar a descrição conferida pelo Glossário do Portal de Informações Portuárias, disponibilizado pelo Governo Federal, acerca do aventado documento:

> [...] BILL OF LADING (BL)
>
> Conhecimento de embarque que compõe o manifesto de carga. Documento emitido pelo agente da empresa de transporte ou pela própria empresa de transporte. Registra o proprietário da carga exportada na sua consignação. Nele são informados: o destinatário, o consignatário, a quem deve ser notificada chegada da carga, o tipo de carga, quantidade, peso, tipo de acondicionamento, número de cada *container*, se for utilizado, selo, declaração de que foi embarcada a bordo, se frete pré-pago ou a pagar no destino, etc (disponível em <*http://www.portosempapel.gov.br/glossario?pathbar=glossario_portuario*> acesso nesta data).

Neste contexto, impende destacar que integram objetivamente a relação jurídica, consubstanciada no aventado documento, a Thoratex Comercial Exportadora e Importadora Ltda. - empresa remetente da mercadoria -, e a Schenker do Brasil Transportes Internacionais Ltda. - efetiva prestadora do serviço de transporte marítimo -, estando por fim a destinatária da carga, a Furniture X, situada em um peculiar polo da negociação, descrita por Paulo Henrique Cremoneze da seguinte forma:

> [...] De fato, outra característica importante do contrato de transporte de coisas é a presença da exatamente "*estipulação em favor de terceiro*".
>
> Nem sempre o destinatário final da obrigação de transportes tem a oportunidade de participar da celebração do negócio jurídico.

> Normalmente, o contrato é celebrado pelo embarcador e pelo transportador.
>
> Mesmo assim, o destinatário final é considerado parte por equiparação legal.
>
> A estipulação em favor de terceiro é poderoso mecanismo de calibragem do Direito das Obrigações, já que permite ao beneficiário de uma obrigação de transporte defender seus direitos e interesses como se parte fosse.
>
> Mais adequado seria a denominação "*estipulação em favor de outrem*", já que o destinatário não é, em verdade, um terceiro, mas parte do contrato por excelência, ainda que tudo tenha sido estipulado em seu favor por outrem.
>
> Dá-se isso em razão das particularidades do contrato de transporte marítimo, sobretudo no plano do comércio exterior, como sendo etapa invencível do próprio contrato de venda e compra internacional. [...] (*Prática de direito marítimo*. O contrato de transporte marítimo e a responsabilidade civil do transportador. 2ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 34).

Com efeito, ressaio exatamente a ocorrência de tal descrição doutrinária, qual seja, prepondera no Conhecimento de Carga a indicação de que o pagamento pelo frete marítimo seria de responsabilidade da destinatária, conforme estampado no campo "*Freight payable at DESTINATION*" (frete a pagar no destino - fl. 27), modalidade prevista na Cláusula 13.2 da avença (fl. 44).

Contudo, considerando que a Furniture X não retirou o respectivo *container* carregado com móveis, assertiva corroborada por testemunhas, uníssonas em afirmar que o *"importador não retirou o container no destino"* (fl. 156), ou *"que o importador não retirou a mercadoria"* (fl. 162), exsurge a necessidade de apurar-se o grau de responsabilidade da remetente apelada relativamente ao ônus do frete despendido pela transportadora suplicante, já que incontroversa a realização do translado oceânico.

Neste sentido, não desconheço a existência de menção no rodapé da Fatura Comercial (*Commercial Invoice* - fl. 49), do sutil apontamento do termo *FOB-Brazilian Port*, indicativo que na linguagem comercial marítima representa:

> [...] o vendedor/exportador suporta custos e se responsabiliza até a colocação da mercadoria, desembaraçada para exportação, a bordo do navio designado pelo comprador/importador no porto de embarque designado. A partir daquele momento, o comprador/importador assume todas as responsabilidades quanto a perdas e danos. [...] (OCTAVIANO MARTINS, Eliane Maria. *Curso de direito marítimo*. vol. II. São Paulo: Editora Manole, 2008. p. 122)

Entretanto, tal assunção de obrigação operou-se estritamente entre a apelada Thoratex Comercial Exportadora e Importadora Ltda. e a destinatária situada no Canadá, a Furniture X, quando, ao revés disso, *"a cláusula FOB, [...], deve ser expressamente ajustada entre as partes, não sendo suficiente simples menção na nota fiscal"* (TJRS, Apelação Cível nº 70057721722, de Caxias do Sul, Rela. Dra. Elaine Maria Canto da Fonseca, julgado em 20/03/2014).

No mesmo rumo:

> APELAÇÃO CÍVEL. TRANSPORTE. EMISSÃO E PROTESTO DE DUPLICATA. A contratação do transporte com cláusula *FOB (Free on Board)* ou *CIF (Cost, Insurance and Freight)* é adjeta ao contrato de compra e venda. Ou seja, o transportador é terceiro estranho a essa negociação. *Situação em que, além de não comprovada a efetiva contratação da cláusula FOB, está evidenciado que a empresa autora contratou a transportadora, razão pela qual é responsável pelo pagamento do frete*. Emissão de duplicata e respectivo protesto que, no caso, não se revestem de ilegalidade. APELO DESPROVIDO (TJRS, Apelação Cível nº 70055654529, de Porto Alegre, Rel. José Aquino Flôres de Camargo, j. 12/09/2013 - grifei).

Disto deflui que a aventada Cláusula FOB (*"Free On Board"*), lançada na Fatura de Venda supra mencionada, afigura-se inócua perante os ajustes insertos no Conhecimento de Transporte Marítimo, visto que, este sim, abordou com eficácia a temática da responsabilidade de cada

contratante, não deixando dúvidas ou espaço para suposições quanto ao encargo da cada um, senão vejamos:

> [...] 13.6 Apesar do aceite do Transitário de Carga das instruções para cobrar frete, encargos ou as despesas de qualquer outra pessoa em relação ao transporte de acordo com o presente CT-B/L, o Comerciante permanecerá responsável pelas quantias quando de posse da prova do pedido e na ausência de pagamento, por qualquer razão que seja. [...] (fls. 45/46).

Gize-se, ademais, que o *"Comerciante"* alhures indicado - que embarca as mercadorias no navio da transportadora -, resta personificado na Thoratex Comercial Exportadora e Importadora Ltda., de modo que, de outro turno, o *"Transitário"* corresponde à própria apelante, advindo, daí, que a solução mais adequada para o caso em liça é a responsabilização da ré pela inadimplência do frete, visto que não pago pela destinatária.

Inclusive, ressaio pertinente apontamento doutrinário a respeito:

> [...] Na hipótese de não pagamento do frete, é cabível ação de cobrança. *Como regra, a responsabilidade do embarcador e destinatário é solidária.*
>
> *Em sede de solidariedade passiva, assiste ao credor o direito de acionar qualquer co-devedor solidário.*
>
> O demandado terá direito à ação regressiva contra o que tiver culpa pelo inadimplemento contratual. [...] (OCTAVIANO MARTINS, Eliane Maria. *Curso de direito marítimo.* vol. II. São Paulo: Editora Manole, 2008. p. 329 - grifei)

Ora, nos termos do art. 333 do Código de Processo Civil, à autora incumbe a prova dos fatos constitutivos de seu direito, ao passo que à ré cabe a prova dos fatos extintivos, modificativos e impeditivos do direito daquele.

Para Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart,

> A produção de prova não é um comportamento necessário para o julgamento favorável. Na verdade, o ônus da prova indica que a parte que não produzir prova *se sujeitará ao risco de um resultado desfavorável.*

> Ou seja, o descumprimento desse ônus não implica, necessariamente, um resultado desfavorável, *mas no aumento do risco de um julgamento contrário*, uma vez que, como precisamente adverte PATTI, uma certa margem de risco existe também para a parte que produziu a prova (Manual do Processo de Conhecimento, 4. ed., Editora: RT, 2005, p. 266).

Ao abordar o tema, Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, com extrema propriedade, exaltam que:

> Não existe obrigação que corresponda ao descumprimento do ônus. O não atendimento do ônus de provar coloca a parte em desvantajosa posição para a obtenção do ganho de causa. A produção probatória, no tempo e na forma prescrita em lei, é ônus da condição de parte.
>
> [...] o ônus da prova é regra de juízo, isto é, de julgamento, cabendo ao juiz, quando da prolação da sentença, proferir julgamento contrário àquele que tinha o ônus da prova e dele não se desincumbiu. O sistema não determina quem deve fazer a prova, mas sim quem assume o risco caso não se produza (Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante, 10. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 608).

Nesta esteira de raciocínio, Moacyr Amaral dos Santos leciona 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 autor e réu 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 do Direito Processual Civil, Editora: Saraiva, 17ª ed., 1995, v. 2, p. 343/344).

Assim, considerando que a recorrida confirmou que a *"operação de exportação foi realizada [...]"* (fl. 206), ou seja, que deu azo a realização do frete, tornou incumbência sua, portanto, refutar mediante prova soberba a responsabilidade de referida obrigação, ou demonstrar o seu adimplemento.

Ora, no momento em que a ré invoca seu direito subjetivo de defesa, traz para o processo um ônus, ou seja, uma carga, um fardo, que é a prova dos fatos extintivos, modificativos e impeditivos do direito da autora, sob pena de não o fazendo, sofrer as consequências processuais decorrentes da sua omissão.

Incumbia pois à Thoratex Comercial Exportadora e Importadora Ltda., produzir eficiente substrato probatório, capaz de desconstituir a documentação encartada pela Schenker do Brasil Transportes Internacionais Ltda., visto que simples afirmações desprovidas de comprovação inviabilizam o acolhimento da tese defendida.

Portanto, considerando que a recorrida não se desincumbiu a contento do ônus processual preconizado no art. 333, inc. II, do Código de Processo Civil, necessária é a reforma da sentença, devendo a autora ser ressarcida nas despesas com o translado oceânico da carga objeto do Conhecimento de Transporte Marítimo (fl. 27), bem como as expensas apontadas na exordial no tocante à contratação de Tradutora Juramentada e os serviços cartorários para transcrição do Pacto Comercial ao nosso vernáculo (fl. 03).

Por derradeiro, avulto que o ajuste comercial celebrado foi valorado em moeda estrangeira (dólares americanos), sendo indispensável alinhavar a condenação ora imposta ao estatuído no art. 315 do Código Civil, segundo o qual *"as dívidas em dinheiro deverão ser pagas no vencimento, em moeda corrente e pelo valor nominal"*.

A propósito, aliás, dispõe a Cláusula 13.2 do Conhecimento de Transporte Marítimo que:

> [...] O frete e todos os outros encargos mencionados sob o presente CT-B/L serão pagos na moeda indicada neste conhecimento ou, a critério do Transitário de Carga, na moeda do país de despacho ou de destino, pela taxa de câmbio mais alta estipulada pelo sistema bancário, para títulos pagáveis na apresentação para frete pré-pago no dia do despacho, *e para*

> *o frete a pagar no destino, no dia que o Comerciante for avisado sobre a chegada das mercadorias ou na data da retirada do pedido de entrega, a taxa que for mais alta, ou a critério do Transitário de Carga, na data do presente CT-B/L*. [...] (fl. 44 - grifei).

No caso em prélio, considerando que não houve retirada da carga pela destinatária - modalidade *"frete a pagar"* - a qual perfectibilizaria a conversão da indenização com base no câmbio do dia do desembaraço portuário do *container*, deve, em contrapartida, prevalecer a cotação do dólar norte americano no dia 15/12/2002, data da emissão do Termo de Carga (fl. 27).

Dessarte, manifesto-me no sentido de não conhecer do agravo retido. De outra banda, pronuncio-me pelo conhecimento da apelação, reformando a sentença, julgando procedente o pedido nos termos do art. 269, inc. I, do Código de Processo Civil, condenando a Thoratex Comercial Exportadora e Importadora Ltda. ao pagamento de indenização equivalente a US$ 3.050,00 (três mil e cinquenta dólares americanos), observado o apontamento para conversão da moeda em reais, devidamente atualizado (15/12/2002 - fl. 27), com juros de mora de 1% (hum por cento) ao mês, desde a citação (10/02/2004), além de mais R$ 300,00 (trezentos reais) relativos às despesas com Tradutora Juramentada e serviços cartorários para transcrição do Pacto Comercial, também corrigidos monetariamente (26/09/2003 - fl. 48), com incidência dos juros de mora de 1% (hum por cento) ao mês, desde a citação, impondo à ré, via de consequência, o dever de honrar o pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação (art. 20, parágrafo 3º do Código de Processo Civil).

É como penso. É como voto.

Apelação Cível n. 2014.079677-1, de Joaçaba

Relator: Des. Luiz Fernando Boller

APELAÇÃO CÍVEL. CAUTELAR INOMINADA JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE APENAS PARA DETERMINAR O ARROLAMENTO DE BENS.

APELO INTERPOSTO PELA AUTORA.

ALEGADA CONFUSÃO PATRIMONIAL. SÓCIO-ADMINISTRADOR APELADO QUE, SEM COMUNICAR À APELANTE, PARALISOU A ATIVIDADE COMERCIAL DA LOJA DE CALÇADOS NA QUAL AMBOS POSSUEM 50% DAS COTAS SOCIAIS. INAUGURAÇÃO DE UM NOVO ESTABELECIMENTO EM OUTRO LOCAL, NO MESMO RAMO DE ATIVIDADE, CONTUDO REFERENTE A UMA NOVA EMPRESA COMERCIAL, REGISTRADA EM SEU PRÓPRIO NOME E DE SEU FILHO.

PRETENDIDO AFASTAMENTO DO RECORRIDO DA FUNÇÃO DE ADMINISTRADOR DA NOVA SOCIEDADE EMPRESARIAL POR ELE CONSTITUÍDA. ARGUMENTO QUE CONSTITUI INOVAÇÃO RECURSAL. IMPOSSIBILIDADE DE ACATO, SOB PENA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO. ART. 515, § 1º, DO CPC.

DESTITUIÇÃO DO APELADO DA FUNÇÃO DE ADMINISTRADOR DA EMPRESA EM COMUM, ATÉ O JULGAMENTO DEFINITIVO DAS AÇÕES DE DISSOLUÇÃO DE SOCIEDADE E DE PRESTAÇÃO DE CONTAS, AMBAS AJUIZADAS PELA APELANTE. VIABILIDADE. PRESENÇA DO *FUMUS BONI IURIS* E *DO PERICULUM IN MORA*. CONFUSÃO PATRIMONIAL EVIDENCIADA. DEMANDADO QUE, ALÉM DE EXPLORAR IDÊNTICO RAMO DE ATIVIDADE, UTILIZOU NA NOVA LOJA O MESMO NOME FANTASIA DA EMPRESA CONSTITUÍDA COM A AUTORA. MANUTENÇÃO, ADEMAIS, DO MESMO QUADRO DE FUNCIONÁRIOS. FATOS INCONTROVERSOS NOS AUTOS.

OBJETIVADA PARALISAÇÃO DA ATIVIDADE DESENVOLVIDA NO NOVO ESTABELECIMENTO. INVIABILIDADE. MEDIDA

DRÁSTICA QUE PODE CAUSAR PREJUÍZOS FINANCEIROS A AMBOS OS LITIGANTES. CAUTELAR DE ARROLAMENTO DE BENS E AÇÃO DE PRESTAÇÃO DE CONTAS QUE, ADEMAIS, TORNAM DESNECESSÁRIA A PROVIDÊNCIA.

RECURSO CONHECIDO EM PARTE, E PARCIALMENTE PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2014.079677-1, da comarca de Joaçaba (2ª Vara Cível), em que é apelante Claudia Marques Belo, e apelado Jeferson Heil Pitol e outro:

A Segunda Câmara de Direito Comercial decidiu, por votação unânime, conhecer em parte do recurso, dando-lhe parcial provimento. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, o Excelentíssimo Senhor Desembargador Substituto Dinart Francisco Machado e o Excelentíssimo Senhor Desembargador Substituto Gerson Cherem II. Funcionou como representante do Ministério Público o Exmo. Sr. Dr. Vânio Martins de Faria.

Florianópolis, 7 de abril de 2015.

Luiz Fernando Boller
PRESIDENTE E RELATOR

RELATÓRIO

Cuida-se de apelação cível interposta por Cláudia Marques Belo, contra sentença prolatada pelo juízo da 2ª Vara Cível da comarca de Joaçaba, que nos autos da ação Cautelar Inominada nº 037.13.003667-2 (disponível em *<http://esaj.tjsc.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=1100023ZL0000&processo.foro=37*http://esaj.tjsc.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=1L0000LAC0000&processo.foro=57>

acesso nesta data), ajuizada contra Jeferson Heil Pitol e JP-Comércio de Calçados e Vestuário Ltda.-EPP, julgou parcialmente procedentes os pedidos, nos seguintes termos:

> [...] Trata-se de ação Cautelar de Arrolamento de Bens dos estabelecimento das empresas Irmãos Pitol Calçados Ltda. e JP Comércio de Calçados e Vestuário Ltda.-EPP, cumulada com pedido de paralisação das atividades da empresa JP e o afastamento do requerido da administração.
>
> Em síntese, a requerente, Sra. Claudia Marques Belo, é sócia da empresa Irmãos Pitol Calçados Ltda., com a mesma participação que o requerido, Sr. Jefferson Heil Pitol (50% do capital social) sendo que este último efetivamente administrava a empresa.
>
> Informou a requerente que a empresa mudou de endereço sem seu conhecimento. Disse ter solicitado informações ao sócio e ao contador da empresa, mas não foi atendida. Constatou que, na verdade, o requerido constituiu uma nova empresa, denominada JP-Comércio de Calçados e Vestuário Ltda.-EPP. Sustentou que o requerido desviou recursos financeiros e produtos da empresa Irmãos Pitol Calçados Ltda. para esta nova loja.
>
> Requereu em sede liminar o arrolamento dos bens das duas lojas, a paralisação das atividades comerciais em ambos os estabelecimentos e o afastamento do requerido da administração das empresas.
>
> Deferi parcialmente liminar e determinei o arrolamento dos bens nos estabelecimentos comerciais, na Rua Francisco Lindner, nº 534 e na Rua Salgado Filho, nº 201, ambos no centro desta comarca (fls. 69/70).
>
> Iniciada a diligência, solicitou o sr. Oficial de Justiça a designação de outros servidores para o cumprimento, haja vista a grande quantidade de itens a arrolar (fl. 72).
>
> Determinei que mais dois Oficiais cumprissem a diligência (fl. 73).
>
> Após dois dias de trabalho, foi concluída a diligência no estabelecimento da Rua Francisco Lindner (fls. 77-110) [...].
>
> Tendo em vista as circunstâncias, especialmente que a conclusão da diligência exigiria a dedicação exclusiva dos já escassos servidores e por vários dias, determinei a suspensão do arrolamento relativamente ao estabelecimento da empresa Irmãos Pitol Calçados Ltda., situado na Rua

Salgado Filho, nº 201. Na ocasião, determinei que o estabelecimento permanecesse fechado e lacrado, sem contudo afastar o requerido, sr. Jefferson Heil Pitol, da condição de depositário de tais bens.

Considerando tratar-se de direito disponível e o impacto social decorrente do litígio, notadamente na geração de empregos e renda, com fundamento no art. 125, IV, do CPC, designei audiência de conciliação (fl. 82).

A tentativa de conciliação restou inexitosa. Contudo, as partes concordaram em indicar quatro pessoas para auxiliar na conclusão do arrolamento (fl. 112), que restou concluído, após quatro dias de trabalho, por sete pessoas (fls. 127/188).

Citados, os requeridos contestaram a ação, aduziram ter buscado uma solução, contudo o descaso da requerente inviabilizou a empresa *`Irmãos Pitol´*.

Disseram que o estoque e o patrimônio permanecem intactos. E que a empresa *`JP Comércio de Calçados´*, tem personalidade diversa e que não se envolve nos negócios da sociedade ora discutida. Requereram a improcedência dos pedidos e a revogação da liminar (fls. 194/200).

Na réplica, a parte autora renovou os pedidos da inicial (fls. 203-214).

É o relato, decido.

Registro que a requerente ajuizou as ações de Prestação de Contas e de Dissolução de Sociedade Comercial (nº 037.13.004787-9 e nº 037.13.005013-60) também relativas a esta relação jurídica.

O julgamento antecipado deste feito se impõe, pois a matéria é de direito e os fatos necessários para o julgamento encontram-se provados por documentos. Não havendo preliminares, passo a enfrentar a questão principal.

Na decisão em que deferi apenas o arrolamento dos bens, afastei a pretendida paralisação das atividades e a remoção do requerido da condição de administrador, notadamente em razão dos prejuízos às partes e a terceiros, notadamente aos empregados das empresas.

Quanto ao arrolamento dos bens, não sem grande esforço, a diligência restou cumprida. Por outro lado, a nova diligência pretendida pela parte autora, qual seja, a 'identificação dos códigos e referências', não pode ser deferida. Primeiro porque trata-se de alteração do pedido, expressamente

vedado (CPC, art. 264 e parágrafo único). Segundo porque, assim como o eventual lucro, a apuração do prejuízo deve ser feita mediante a análise pericial contábil, não se mostrando útil a diligência. Até porque, como a requerente mesmo afirmou, tratam-se de bens que já não tem valor comercial significativo [...].

Por outro lado, o prejuízo decorrente da desvalorização dos produtos pela depreciação, assim como outras questões pertinentes, são objeto da ação de dissolução e liquidação da sociedade já em trâmite.

Da mesma forma, no que diz respeito à pretensão de afastamento requerido da administração da empresa Irmãos Pitol Calçados Ltda., ante a divergência entre os sócios, (CPC/39, arts. 657, §2º e 660) caberá ao liquidante a ser nomeado na ação principal a administração da empresa até a partilha.

Ademais, não obstante a fungibilidade (CPC, art. 273,§7º) a ação cautelar não tem caráter satisfativo, servindo apenas de instrumento de proteção aos bens a serem futuramente partilhados na já referida ação de dissolução. Porquanto, o arrolamento já realizado cumpriu com o objetivo de afastar o receio de extravio ou dissipação de bens (CPC, art. 855). [...].

Assim, não se pode conferir ao processo cautelar efeito de processo cognitivo, uma vez que os requisitos para a concessão de liminar são representados pela eminência de dano e pela plausabilidade do direito alegado, razão pela qual a tutela é provisória e preventiva, ao passo que para a determinação de medida satisfativa é necessária prova consistente do direito pleiteado, o que é realizado mediante instrução processual do procedimento cognitivo.

Tais fundamentos inclusive, servem para afastar, nesta relação processual, a pretensão de paralisação das atividades comerciais da empresa JP-Comércio de Calçados e Vestuários Ltda. EPP. Notadamente porque, além de satisfativa, apenas com a liquidação da empresa Irmãos Pitol Calçados Ltda. eventual prejuízo que o requerido tenha causado à requerente, será resolvido em perdas e danos.

Por conseguinte, os pedidos devem ser julgados parcialmente procedentes, apenas para confirmar a medida liminar de arrolamento de bens.

> Ante o exposto, com fundamento no art. 269, I, do CPC, julgo parcialmente procedentes os pedidos, para confirmar o arrolamento liminarmente deferido.
>
> Por conseguinte, não subsiste a determinação de fechamento e lacre do estabelecimento da empresa Irmãos Pitol Calçados Ltda., localizado na Rua Salgado Filho, nº 201, mantendo-se o requerido na condição de depositário. E, portanto, deverá promover as diligências necessárias para o atendimento das diligências requeridas à fl. 218.
>
> Ressalto que a disposição ou venda das mercadorias que lá se encontram será objeto de deliberação no processo de dissolução.
>
> Considerando que cada litigante foi em parte vencedor e vencido, condeno-os ao pagamento de metade das custas processuais e dos honorários advocatícios devidos ao patrono da parte contrária, que fixo em R$1.500,00 (hum mil e quinhentos reais), vedada a compensação (Lei nº 8.906/94, art. 23 - fls. 219/223).

Malcontente, Cláudia Marques Belo sustenta, em síntese, que Jeferson Heil Pitol, sócio administrador da Irmãos Pitol Calçados Ltda. - na qual possui 50% (cinquenta por cento) do capital social -, mudou o local da empresa sem qualquer comunicação à apelante, transferindo, em 01/08/2013, todo o seu estoque *"para a nova loja, na rua Francisco Lindner, nº 534, em Joaçaba"* (fl. 227).

Não bastasse isso, asseverou que *"o réu constituiu uma nova empresa, JP-Comércio de Calçados e Vestuário Ltda.-EPP, [...] com o mesmo endereço e telefone da empresa da autora, utilizando-se de toda a estrutura desta (empregados, estoque, capital de giro, etc)"* (fl. 227), isto no intuito de *"desviar todo o patrimônio da Irmãos Pitol Calçados Ltda., [...] com o fim de eximir-se do pagamento das quotas até então em negociação"* (fl. 227), estando esta última *"sem qualquer movimentação comercial (formal) desde julho de 2012 (data do início das atividades da empresa JP)"* (fl. 228).

Nestes termos, pontuando que *"deverá ser estabelecida a responsabilidade pessoal do requerido Jeferson, quanto aos possíveis ativos não*

localizados da sociedade, bem como pela restituição integral do ativo desviado para a sociedade JP" (fl. 233), pugnou pela reforma da sentença, com a concessão da tutela cautelar para determinar a paralisação da empresa JP-Comércio de Calçados e Vestuário Ltda.-EPP, bem como o afastamento de Jeferson Heil Pitol da função de administrador tanto desta empresa, bem como da Irmãos Pitol Calçados Ltda., até o julgamento definitivo da ação de Dissolução de Sociedade nº 037.13.005013-6 (disponível <*http://esaj.tjsc.jus.br/cpopg /show.do?processo.codigo=1100025CH0000&processo.foro=37*> acesso nesta data) e da ação de Prestação de Contas nº 037.13.004787-9 (disponível em <*http://esaj.tjsc.jus.Br /cpopg/show.do?processo.codigo=1100025490000&processo.foro=37*> acesso nesta data - fls. 224/234).

Recebido o recurso apenas no efeito devolutivo (fl. 237), sobrevieram as contrarrazões de Jeferson Heil Pitol e da JP-Comércio de Calçados e Vestuário Ltda.-EP, que, exaltando o acerto da sentença, clamaram pela sua manutenção (fls. 241/243).

Ascendendo a esta Corte, vieram-me os autos conclusos (fl. 45).

Em Parecer de lavra do Procurador de Justiça Jacson Corrêa, o Ministério Público opinou pelo conhecimento e desprovimento do reclamo (fls. 251/255).

É, no essencial, o relatório.

VOTO

Conheço em parte do recurso porque, além de tempestivo, atende aos demais pressupostos de admissibilidade.

Cláudia Marques Belo ajuizou a demanda subjacente, aduzindo que possui 50% (cinquenta por cento) do capital social da sociedade empresarial Irmãos Pitol Calçados Ltda., objetivando a concessão de medida cautelar para determinar o afastamento do sócio Jeferson Heil Pitol - também

proprietário de 50% (cinquenta por cento) das quotas sociais -, da função de administrador, bem como a paralisação da empresa JP-Comércio de Calçados e Vestuário Ltda.-EPP - constituída por este último *"[...] com o mesmo endereço e telefone da empresa da autora, utilizando-se de toda a estrutura desta (empregados, estoque, capital de giro, etc)"* (fl. 227) -, e, ainda, o arrolamento de bens de ambas as sociedades empresariais, em razão de alegada confusão patrimonial, isto até o julgamento definitivo da ação de Dissolução de Sociedade nº 037.13.005013-6 e da ação de Prestação de Contas nº 037.13.004787-9, tendo a pretensão sido parcialmente acolhida apenas para *"confirmar o arrolamento liminarmente deferido"* (fl. 223).

Pois bem.

No tocante ao pretendido afastamento de Jeferson Heil Pitol da função de administrador da empresa JP-Comércio de Calçados e Vestuário Ltda.-EPP, inviável é o conhecimento do reclamo, visto que tal antítese não foi previamente ventilada no 1º Grau, e, portanto, não integra a sentença, o que inviabiliza manifestação deste colegiado, sob pena de afronta ao princípio do duplo grau de jurisdição.

É que nos termos do art. 515, § 1º, do Código de Processo Civil, é vedado o exame, pelo órgão *ad quem*, de matéria não suscitada no juízo de origem, por caracterizar inovação recursal:

> A apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada.
>
> § 1º Serão, porém, objeto de apreciação e julgamento pelo tribunal todas as questões suscitadas e discutidas no processo, ainda que a sentença não as tenha julgado por inteiro.

Acerca do mencionado dispositivo, Theotônio Negrão e José Roberto F. Gouvêa lecionam que:

> A questão não suscitada (nem discutida no processo) não pode ser objeto de apreciação pelo tribunal, no julgamento da apelação. De questão de fato, presa ao interesse da parte, não pode o tribunal tomar conhecimento de ofício. Hipótese em que ocorreu ofensa ao art. 515, § 1º, do CPC (STJ-3ªT., Resp 29.873-1, Min. Nilson Naves, DJU 26.4.93).

> *As questões não suscitadas e não debatidas em 1º grau não podem ser apreciadas pelo Tribunal na esfera de seu conhecimento recursal, pois, se o fizesse, ofenderia frontalmente o princípio do duplo grau de jurisdição* (JTA 111/307). (*in* Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor. 42 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 629 - grifei).

Necessário ressalvar que, segundo o princípio do *tantum devolutum quantum appellatum*, é devolvido ao Tribunal o conhecimento da matéria efetivamente controvertida.

Apenas não está obstado o conhecimento *ex officio* das questões de ordem pública, decorrentes do efeito translativo do recurso, circunstância que, entretanto, não se denota evidenciada no caso em prélio.

Bem a propósito, Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery apregoam que:

> Por inovação entende-se todo elemento que pode servir de base para a decisão do tribunal, que não foi argüido ou discutido no processo, no procedimento de primeiro grau de jurisdição. Não pode inovar no juízo de apelação, sendo defeso às partes modificar a causa de pedir ou o pedido (nova demanda). [...] *O sistema contrário, ou seja, o da permissão de inovar no procedimento da apelação, estimularia a deslealdade processual, porque propiciaria à parte que guardasse suas melhores provas e seus melhores argumentos para apresentá-los somente ao juízo recursal de segundo grau* (Barbosa Moreira, Coment. N. 248, pp. 454/455). Correta a opção do legislador brasileiro pelo sistema da proibição de inovar em sede do recurso de apelação. (Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante. 10 ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 860 - grifei).

Passo, então, ao exame do mérito recursal, destacando que a análise do acerto ou desacerto da sentença verberada deve se restringir à aferição dos respectivos requisitos autorizadores, quais sejam, o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

A respeito, Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery ministram que:

> Para que a parte possa obter a tutela cautelar, no entanto, é preciso que comprove a existência da plausividade do direito por ela afirmado (*fumus boni iuris*) e a irreparabilidade ou difícil reparação desse direito (*periculum in mora*), caso se tenha de aguardar o tramite normal do processo. Assim, a cautela visa assegurar a eficácia do processo de conhecimento ou do processo de execução (Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante. 10. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 1116).

E complementa Fredie Souza Didier Júnior, ponderando que:

> Mas as atividades processuais necessárias para a obtenção de uma tutela satisfativa (a tutela-padrão) são lentas e demoradas, gerando delongas processuais que colocam em risco o resultado útil e proveitoso do processo e a própria realização do direito afirmado. É o perigo da demora (*periculum in mora*).
>
> Daí a criação de uma tutela não satisfativa, de cunho assecuratório, para conservar o direito afirmado e, com isso, neutralizar os efeitos maléficos do tempo: a *tutela cautelar*.
>
> A *tutela cautelar* não visa à satisfação de um direito (ressalvado, obviamente, o próprio direito à cautela), mas, sim, a assegurar a sua futura satisfação, protegendo-o.
>
> Particulariza-se e distingue-se das demais modalidades de tutela definitiva por ser instrumental e temporária.
>
> É instrumental por ser meio de preservação do direito material e do resultado útil e eficaz da tutela definitiva satisfativa (de certificação e/ou efetivação). É o instrumento de proteção de um outro instrumento (a tutela jurisdicional satisfativa), por isso comumente adjetivada como 'instrumental ao quadrado'. Por exemplo: o bloqueio de valores do devedor inadimplente e insolvente é instrumento assecuratório do direito de crédito do credor.
>
> A tutela cautelar não tem um fim em si mesma, pois serve a uma outra tutela (cognitiva ou executiva), de modo a garantir-lhe a efetividade (art. 796, CPC).
>
> É, ainda, temporária por ter sua eficácia limitada no tempo. Sua vida dura o tempo necessário para a preservação a que se propõe. Mas, cumprida

> sua função acautelatória, perde a eficácia. E tende a se extinguir com a obtenção (ou não) da tutela satisfativa definitiva - isto é, com a resolução da causa em que se discute e/ou se efetiva o direito acautelado (ex.: satisfeito o direito de crédito, perde a eficácia a cautela de bloqueio de valores do devedor insolvente) (Curso de direito processual civil. 6. ed. v. 2, Salvador: JusPodivm, 2011, p. 462).

Neste sentido, o Código de Processo Civil traz à baila previsão que concede ao julgador o poder de determinar medidas acautelatórias, no intuito de preservar a efetividade da futura tutela jurisdicional, o chamado poder geral de cautela:

> Art. 798. Além dos procedimentos cautelares específicos, que este Código regula no Capítulo II deste Livro, poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação.
>
> Art. 799. No caso do artigo anterior, poderá o juiz, para evitar o dano, autorizar ou vedar a prática de determinados atos, ordenar a guarda judicial de pessoas e depósito de bens e impor a prestação de caução.

Dito isto, avulto que da Oitava Alteração do Contrato Social da empresa Irmãos Pitol Calçados Ltda., firmada em 02/12/2004 (fls. 15/18), infere-se que Cláudia Marques Belo passou a integrar a respectiva sociedade, tendo-lhe sido transferidas a integralidade das quotas de Glaucimeri Terezinha Heil Pitol e parte das quotas de Maria Otilia Pitol - que deixaram de integrar o quadro social -, dispondo a Cláusula Primeira que:

> É admitida na sociedade a sócia Cláudia Marques Belo [...]. A sócia Glaucimeri Terezinha Heil Pitol titular de 19.230 (dezenove mil, duzentas e trinta) quotas no valor de R$ 19.230,00 (dezenove mil, duzentos e trinta reais) cede e transfere a totalidade de suas quotas à sócia Cláudia Marques Belo. A sócia Maria Otilia Pitol, titular de 19.230 (dezenove mil, duzentas e trinta) quotas no valor de R$ 19.230,00 (dezenove mil, duzentos e trinta reais), cede e transfere a totalidade de suas quotas, sendo que para o sócio Jeferson Heil Pitol, quotas no valor de R$ 13.460,00

> (treze mil, quatrocentos e sessenta reais), e para a sócia Cláudia Marques Belo, quotas no valor de R$ 5.770,00 (cinco mil, setecentos e setenta reais). As sócias cedentes dão a mais ampla, geral e irrevogável quitação das quotas vendidas, para nada mais reclamar da sociedade ou dos cessionários a qualquer título e a qualquer tempo. Ficando assim distribuído entre os sócios:
>
> Jeferson Heil Pitol - 25.000 quotas - R$ 25.000,00
>
> Cláudia Marques Belo - 25.000 quotas - R$ 25.000,00 (fls. 15/18 - grifei).

E conquanto a Cláusula Sétima do prefalado ajuste estabeleça que *"a sociedade será administrada pelos sócios Jeferson Heil Pitol e Cláudia Marques Belo [...]"* (fl. 17), é incontroverso que apenas aquele desempenhava a função de administrador do negócio, tendo a autora consignado que *"por estar ligada a outra empresa enquanto residia em Joaçaba-SC e por residir em Caxias do Sul-RS há mais de 3 (três anos), [...] a administração da sociedade Irmãos Pitol Calçados Ltda. sempre foi realizada somente pelo réu Jeferson"* (fl. 04), ao passo que o demandado, da mesma forma, pontuou que *"a empresa fora administrada exclusivamente pelo réu [...]"* (fl. 195).

Outrossim, entendo demonstrado o *fumus boni iuris* para o deferimento da medida cautelar pretendida no tocante ao afastamento de Jeferson Heil Pitol da função de administrador da Irmãos Pitol Calçados Ltda., visto que dos autos extrai-se eficiente substrato probatório a demonstrar a alegada confusão patrimonial entre a Irmãos Pitol Calçados Ltda. e a JP-Comércio de Calçados e Vestuário Ltda.-EPP, isto em razão da conduta do administrador apelado.

Isto porque, restou incontroverso que Jeferson Heil Pitol fechou as portas do estabelecimento comercial localizado no endereço da empresa Irmãos Pitol Calçados Ltda., estabelecida na rua Salgado Filho nº 201, loja térreo, em Joaçaba-SC, consoante Cláusula Primeira da Nona Alteração do respectivo Contrato Social (fl. 19), sem efetuar qualquer comunicação à sócia apelante, inferindo-se das fotos de fls. 30/31 e do Levantamento Fotográfico realizado pelos Oficiais de Justiça (fl. 87), que

o apelado fixou cartaz na fachada da aludida loja comercial, dando conta de que *"a Pitol Calçados mudou de endereço para melhor atender você. [...] rua Francisco Lindner nº 534, [...] Centro Joaçaba"*, ao passo que, tanto das fotos de fl. 32, bem como da Certidão de fl. 771, lavrada por 3 (três) Oficiais de Justiça, extrai-se que o nome da loja existente neste novo logradouro é *"Pitol-Calçados e Confecções"*.

Assim, conquanto o Comprovante de Inscrição e de Situação Cadastral emitido pela Receita Federal (fl. 36) informe que o novo endereço trata-se da sede de outra sociedade empresarial, qual seja a JP-Comércio de Calçados e Vestuário Ltda.-EPP - empresa que possui como sócios o apelado e seu filho Guilherme Augusto Pitol, e que foi registrada na Junta Comercial em 16/07/2012, conforme consta no Contrato Social (fls. 119/122) -, é certo que o recorrido Jeferson Heil Pitol continuou utilizando o nome de fachada da Irmãos Pitol Calçados Ltda.

Não bastasse isso, no Cupom Fiscal de fl. 55, emitido pela JP-Comércio de Calçados e Vestuários Ltda., consta o endereço *"rua Salgado Filho, 201, sala B, Centro"*, ou seja, exatamente o mesmo local que figurava como sendo a sede da Irmãos Pitol Calçados Ltda. no respectivo Contrato Social (fl. 19), o que também corrobora a assertiva de Cláudia Marques Belo acerca da confusão patrimonial encetada pelo sócio administrador Jeferson Heil Pitol.

Ademais, restou irrefutável que os funcionários que trabalhavam na loja da rua Salgado Filho nº 201, foram transferidos para a nova loja situada na rua Francisco Lindner nº 534.

Jeferson Heil Pitol, por sua vez, não se desencumbiu do ônus de demonstrar a existência de fato modificativo, impeditivo ou extintivo do direito da postulante (art. 333, inc. II, do Código de Processo Civil), não tendo comprovado a alegação no sentido de que *"fundou a empresa de sua propriedade, JP-Comércio de Calçados e Vestuários Ltda., a qual tem personalidade diversa e não se envolve nos negócios da sociedade ora*

discutida" (fl. 196), sequer encartando nos autos qualquer elemento de prova.

No tocante à distribuição do ônus probatório, preciso é o ensinamento de Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, para quem:

> A produção de prova não é um comportamento necessário para o julgamento favorável. Na verdade, o ônus da prova indica que a parte que não produzir prova se sujeitará ao risco de um resultado desfavorável. Ou seja, o descumprimento desse ônus não implica, necessariamente, um resultado desfavorável, mas no aumento do risco de um julgamento contrário, uma vez que, como precisamente adverte PATTI, uma certa margem de risco existe também para a parte que produziu a prova. (MARIONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz, Manual do Processo de Conhecimento, 4. ed., Editora: RT, 2005, p. 266).

Ao abordar o tema, Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, com extrema propriedade, exaltam que:

> Não existe obrigação que corresponda ao descumprimento do ônus. O não atendimento do ônus de provar coloca a parte em desvantajosa posição para a obtenção do ganho de causa. A produção probatória, no tempo e na forma prescrita em lei, é ônus da condição de parte.
>
> [...] o ônus da prova é regra de juízo, isto é, de julgamento, cabendo ao juiz, quando da prolação da sentença, proferir julgamento contrário àquele que tinha o ônus da prova e dele não se desincumbiu. O sistema não determina quem deve fazer a prova, mas sim quem assume o risco caso não se produza (Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante, 10. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 608).

Sobre a matéria, Moacyr Amaral dos Santos ministra o ensinamento de 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 autor e réu

> 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 do Direito Processual Civil, Editora: Saraiva, 17ª ed., 1995, v. 2, p. 343/344).

Sobre o que não diverge Ernane Fidélis dos Santos:

> O princípio que deve orientar o julgamento é o da verdade real dos fatos. [...] Um dos mais relevantes princípios subsidiários da verdade real é o da distribuição do ônus da prova. [...] A regra que impera mesmo em processo é a de que *'quem alega o fato deve prová-lo'*. O fato será constitutivo, impeditivo, modificativo ou extintivo do direito, não importando a posição das partes no processo. Desde que haja a afirmação da existência ou inexistência de fato, de onde se extrai situação, circunstância ou direito a favorecer a quem alega, dele é o ônus da prova. [...] Em determinadas situações, o juiz lança mão de critério subsidiário da verdade real, usando-se do ônus da prova, mas para atribuí-lo à parte a quem desfavorece juízo de maior probabilidade. Quer-se provar que o cidadão não foi ao serviço em determinado dia, mas há dúvida sobre o fato. Sabe-se, contudo, que dos trinta dias do mês faltou ele vinte e cinco. Mesmo que a prova da falta pertença a outra parte, já há probabilidade maior a lhe favorecer, de forma tal que o empregado não pode ser desincumbido de provar o comparecimento. O juízo de maior probabilidade se mantém em estrita ligação com as regras de experiência (art. 335), aplicáveis de acordo com o *quod plerumque fit*. (Manual de Direito Processual Civil, volume 1: processo de conhecimento. 12. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 509/511).

Ainda valioso é o ensinamento de Darci Guimarães Ribeiro, no sentido de que:

> É natural, provável, que um homem não julgue sem constatar o juízo com as provas que lhe são demonstradas. Quando o autor traz um fato e dele quer extrair conseqüências jurídicas, é que, via de regra, o réu nega em sentido geral as afirmações do autor; isto gera uma litigiosidade, que, por conseqüência lógica, faz nascer a dúvida, a incerteza no espírito de quem é chamado a julgar. Neste afã de julgar, o juiz se assemelha a um historiador, na medida em que procura reconstituir e avaliar os

> fatos passados com a finalidade de obter o máximo possível de certeza, pois o destinatário direto e principal da prova é o juiz. Salienta Moacyr A. Santos que também as partes, indiretamente, o são, pois igualmente precisam ficar convencidas, a fim de acolherem como justa a decisão. Para o juiz sentenciar é indispensável o sentimento de verdade, de certeza, pois sua decisão necessariamente deve corresponder à verdade, ou, no mínimo, aproximar-se dela. Ocorre recordar que a prova em juízo tem por objetivo reconstruir historicamente os fatos que interessam à causa, porém há sempre uma diferença possível entre os fatos, que ocorreram efetivamente fora do processo e a reconstrução destes fatos dentro do processo. Para o juiz não bastam as afirmações dos fatos, mas impõem-se a demonstração da sua existência ou inexistência, na medida em que um afirma e outro nega, um necessariamente deve ter existido num tempo e num lugar, i.e., uma de ambas as afirmações é verdadeira. Daí dizer com toda a autoridade J. Bentham que *"el arte del proceso no es esencialmente otra cosa que el arte de administrar las pruebas*".

Segue o mestre asseverando:

> O problema da verdade, da certeza absoluta, repercute em todas as searas do direito. A prova judiciária não haveria de escapar desses malefícios oriundos dessa concepção, tanto isto é certo que para o juiz sentenciar é necessário que as partes provem a verdade dos fatos alegados, segundo se depreende do art. 332 do Código de Processo Civil" [...].

E, mais adiante, conclui que:

> Por objeto da prova se entende, também, que é o de provocar no juiz o convencimento sobre a matéria que versa a lide, i.e., convencê-lo de que os fatos alegados são verdadeiros, não importando a controvérsia sobre o fato, pois um fato, mesmo não controvertido, pode influenciar o juiz ao decidir, na medida que o elemento subjetivo do conceito de prova (convencer) pode ser obtido, e. g., mediante um fato notório, mediante um fato incontroverso.

Por fim, sedimenta:

> [...] a parte não está totalmente desincumbida do ônus da prova de uma questão de direito, na medida que cada qual quer ver a sua alegação vitoriosa devendo, por conseguinte, convencer o juiz da sua verdade.

> [...] o juiz julga sobre questões de fato com base no que é aduzido pelas partes e produzido na prova. (RIBEIRO, Darci Guimarães. Tendências modernas da prova. RJ n. 218. dez-1995. p. 5).

Assim, prevalece a tese da confusão patrimonial, restando evidenciada a má-administração de Jeferson Heil Pitol no tocante à Irmãos Pitol Calçados Ltda., visto que restou assente não existir qualquer intenção por parte do aludido sócio para realização do objeto desta sociedade.

Pelo contrário, o apelado encerrou a atividade empresarial desenvolvida na loja localizada à rua Salgado Filho nº 201, sem, inclusive, comunicar à sócia remanescente, ora apelante.

Logo, imperioso é o seu afastamento da administração da Irmãos Pitol Calçados Ltda., devendo a respectiva administração da sociedade ser realizada por Cláudia Marques Belo - função esta que, convém reprisar, já lhe é atribuída na Cláusula Sétima da Oitava Alteração do Contrato Social da empresa Irmãos Pitol Calçados Ltda. (fls. 15/18), segundo a qual *"a sociedade será administrada pelos sócios Jeferson Heil Pitol e Cláudia Marques Belo [...]"* (fl. 17).

Já quanto ao *periculum in mora* para o deferimento da medida, avulto que a loja situada à rua Salgado Filho nº 201 encontra-se com as portas fechadas por ordem do administrador apelado, possuindo considerável estoque em seu interior, conforme extrai-se do arrolamento de fls. 128/188, de modo que perpetuar tal situação pode vir a causar sérios prejuízos ao desenvolvimento da atividade empresarial, não se olvidando que, tratando-se de loja de calçados, é certo que os produtos estão sujeitos à desvalorização em razão do decurso do tempo.

A propósito, sobre o risco de dano de difícil reparação em razão da confusão patrimonial perpetrada pelo administrador da sociedade empresarial, dos arestos do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul haure-se que:

> AGRAVO INTERNO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. DISSOLUÇÃO E LIQUIDAÇÃO DE SOCIEDADE. NOMEAÇÃO DE ADMINISTRADOR JUDICIAL. ANTECIPAÇÃO DA TUTELA. CABIMENTO. *DEMONSTRAÇÃO DOS REQUISITOS AUTORIZADORES DA ANTECIPAÇÃO DA TUTELA. CASO EM QUE O SÓCIO ADMINISTRADOR CONSTITUIU SOCIEDADE EMPRESÁRIA PARA ATUAÇÃO NO MESMO RAMO DA SOCIEDADE EM DISSOLUÇÃO*. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO. (Agravo nº 70055157986, Sexta Câmara Cível, rel. Luís Augusto Coelho Braga, Julgado em 12/09/2013 - grifei).

Diante disso, entendo estarem reunidos o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, pressupostos legais para a concessão da tutela de urgência almejada pela apelante para o afastamento de Jeferson Heil Pitol da função de administrador da Irmãos Pitol Calçados Ltda. até o julgamento definitivo da ação de Dissolução de Sociedade nº 037.13.005013-6 e da ação de Prestação de Contas nº 037.13.004787-9, mostrando-se necessária a reforma da sentença neste tocante.

Com efeito, *"a teor do art. 798 do Código de Ritos, é conferido ao juiz o poder geral de cautela, autorizando-o a determinar as medidas provisórias adequadas, desde que presentes os requisitos do* periculum in mora *e do* fumus boni iuris, *mormente a possibilidade de intervenção judicial que visa ao afastamento de dirigentes de empresa, nas hipóteses de má administração"* (Agravo de Instrumento nº 2003.021964-1, de Caçador, rel. Des. Fernando Carioni, j. 02/06/2005).

Nessa linha:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO - BUSCA E APREENSÃO E REMOÇÃO DE ADMINISTRADORES DE SOCIEDADE COMERCIAL - [...] INTERVENÇÃO JUDICIAL - AFASTAMENTO DOS SÓCIOS ADMINISTRADORES - INTERFERÊNCIA JUDICIAL PLAUSÍVEL - PODER GERAL DE CAUTELA - *FUMUS BONI IURIS* E *PERICULUM IN MORA* CONFIGURADOS - PRESERVAÇÃO DOS INTERESSES DA AUTORA - ORDEM QUE VISA A COIBIR FUTURAS IRREGULARIDADES

> NA ADMINISTRAÇÃO DA EMPRESA - NOMEAÇÃO DE TERCEIRO COMO ADMINISTRADOR JUDICIAL - DECISÃO IRREPROCHÁVEL - RECURSO DESPROVIDO. [...] *A tutela cautelar pretende, tão-somente, garantir a eficácia e a utilidade do processo principal ante a iminência de situação de perigo ou risco da parte que venha a sair vitoriosa no julgamento da lide. Nesse aspecto, a redação do artigo 798 do Código de Processo Civil confere ao juiz o poder geral de cautela, autorizando-o a determinar as medidas provisórias adequadas desde que presentes os requisitos do periculum in mora e do fumus boni iuris, mormente a possibilidade de intervenção judicial que visa ao afastamento de dirigentes de empresa, nas hipóteses de má administração*. É lícito ao Juiz, a teor do disposto no artigo 804 do Código Processual Civil, conceder liminarmente medida cautelar, sem ouvir o réu, quando verificar que este, sendo citado, poderia torná-la ineficaz. *Diante da prova documental apresentada, a qual demonstra atos imprudentes na administração da sociedade, bem como diante do descumprimento de ordem judicial de apresentação semanal dos balancetes informativos de valores e mercadorias, mostra-se previdente o despacho que determina o afastamento dos administradores da empresa requerida. A nomeação de administrador judicial para a empresa visa a acautelar os interesses da autora e coibir irregularidades praticadas pelos sócios em sua gerência, revestindo-se a medida de caráter provisório*. (Agravo de Instrumento nº 2004.009485-0, de Tijucas, rel. Des. Fernando Carioni, j. 09/09/2004 - grifei).

Na mesma senda, dos julgados do Tribunal de Justiça do Paraná sobeja que:

> MEDIDA CAUTELAR INOMINADA - AFASTAMENTO DE SÓCIO DA ADMINISTRAÇÃO DE EMPRESAS - SUPOSTAS IRREGULARIDADES QUE EVIDENCIAM MÁ ADMINISTRAÇÃO - PRESENÇA DOS REQUISITOS LEGAIS (*FUMUS BONI IURIS* E *PERICULUM IN MORA*) - ADMINISTRAÇÃO PROVISÓRIA PELO SÓCIO MAIS ANTIGO - POSSIBILIDADE - LIMINAR DEFERIDA - MANUTENÇÃO - RECURSO NÃO PROVIDO (Agravo de Instrumento nº 0298934-4, rel. Guimarães da Costa. Data de Julgamento: 05/10/2005, 15ª Câmara Cível).

Por derradeiro, entendo que inexiste *periculum in mora* para determinar a paralisação da empresa JP-Comércio de Calçados e

Vestuário Ltda.-EPP, visto que, conforme adequadamente ponderou o togado singular na decisão que deferiu o pedido liminar apenas no tocante ao arrolamento, *"a paralisação, além da possibilidade de produzir prejuízos econômicos, inclusive às próprias partes, não se mostra necessária, diante do próprio arrolamento e da ação de prestação de contas"* (fl. 69).

Dessarte, pronuncio-me no sentido de conhecer em parte do reclamo, dando-lhe parcial provimento, determinando o imediato afastamento de Jeferson Heil Pitol da função de administrador da Irmãos Pitol Calçados Ltda. até o julgamento definitivo das ações de Dissolução de Sociedade nº 037.13.005013-6 e de Prestação de Contas nº 037.13.004787-9, devendo tal função, durante este interregno, ser desempenhada pela sócia apelante Cláudia Marques Belo.

É como penso. É como voto.

TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

Apelações Cíveis n. 2015.006528-4 e n. 2015.006529-1, de Taió

Relator: Des. Ronaldo Moritz Martins da Silva

> Apelações cíveis. Ação cautelar de sustação de protesto e ação declaratória de nulidade de título de crédito c/c indenização por danos morais. Sentença conjunta de procedência. Insurgência do banco demandado. Interposição de dois reclamos com idêntico teor. Pretensa reforma do *decisum a quo* no tocante aos dois feitos.
>
> Arguição do estabelecimento financeiro de ilegitimidade passiva. Endosso mandato. Endossatário que, por ato culposo, pode responder pelos danos oriundos de protesto indevido. Entendimento consolidado pelo Superior Tribunal de Justiça, em julgamento de Recurso Repetitivo (artigo 543-C, do Código de Processo Civil). Negligência da casa bancária que leva a protesto título sem aceite e sem comprovante de entrega de mercadoria ou prestação de serviço. Legitimidade passiva manifesta. Postulação rejeitada.
>
> Protesto indevido de títulos de crédito. Ato ilícito configurado. Abalo moral, mesmo para pessoa jurídica, presumido, prescindindo de comprovação. Obrigação de indenizar caracterizada. Precedentes.
>
> Pleito de minoração do *quantum* reparatório. Critérios de fixação. Razoabilidade e proporcionalidade. Preservação.
>
> Honorários advocatícios. Observância dos critérios do § 3º, do art. 20, da Lei Processual Civil, na demanda indenizatória e do § 4º do referido artigo na cautelar. Entendimento, no entanto, que não pode ser aplicado, sob pena de *reformatio in pejus*. Pleito de minoração formulado pelo réu. Inexistência de recurso da autora. Honorários sucumbenciais, mesmo fixados aquém do trabalho realizado pelo seu advogado, mantidos.
>
> Recurso conhecido e desprovido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelações Cíveis n. 2015.006528-4 e n. 2015.006529-1, da comarca de Taió (Vara Única), em

que é apelante Banco do Brasil S/A e apelada Indústria de Carretéis e Embalagens de Madeira S.F. Ltda.:

A Terceira Câmara de Direito Comercial decidiu, à unanimidade, conhecer e negar provimento aos recursos, nos termos do voto do relator. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Excelentíssimo Senhor Desembargador Rodrigo Cunha, com voto, e dele participou o Excelentíssimo Senhor Desembargador Tulio Pinheiro.

Florianópolis, 25 de junho de 2015.

Ronaldo Moritz Martins da Silva
RELATOR

RELATÓRIO

Perante o Juízo de Direito da Vara Única da comarca de Taió, Indústria de Carretéis e Embalagens de Madeira SF Ltda. propôs "ação cautelar de sustação de protesto" (processo n. 070.11.001341-7) em face de Dallavi Indústria e Comércio de Ferragens Ltda., Dejair Transportes Ltda., e Banco do Brasil S/A, objetivando a suspensão dos efeitos do referido ato notarial atinente à duplicata n. 000032B, no valor de 1.775,00, com vencimento previsto para 28.06.2011 (fls. 02/06).

A liminar foi deferida (fl. 14)

Citados (fls. 28, 49 e 56v.), o segundo e o terceiro réus apresentaram contestação (fls. 30/36 e 58/61v.), arguindo, preliminarmente, ilegitimidade passiva *ad causam*. No mérito, opuseram resistência à pretensão da autora.

A primeira requerida deixou transcorrer *in albis* o prazo para a resposta.

Após, a requerente ajuizou "ação declaratória de inexistência de débito c/c nulidade de título c/c danos morais" (processo n. 070.11.001604-1) contra os mesmos demandados, objetivando o cancelamento definitivo do referido protesto e a condenação dos suplicados ao ressarcimento por dano moral que alega ter sofrido (fls. 02/13).

Realizada a citação (fls. 24, 25 e 63), Banco do Brasil S/A e Dejair Transportes Ldta. apresentaram contestação (fls. 28/31 e 65/70), arguindo, preliminarmente, ilegitimidade passiva *ad causam*. No mérito, opuseram resistência à pretensão da autora.

Dallavi Indústria e Comércio de Ferragens Ltda., novamente, deixou transcorrer *in albis* o prazo para contestar.

A MMa. Juíza de Direito, Dra. Shirley Tamara Colombo de Siqueira Woncce, prolatou sentença conjunta (fls. 73/77 do processo n. 070.11.001341-7 e 82/90 dos autos n. 070.11.001604-1), cujo dispositivo foi assim redigido:

> Ante o exposto:
>
> a) julgo procedentes, com resolução do mérito (art. 269, I, do Código de Processo Civil), os pedidos formulados por Indústria de Carretéis e Embalagens de Madeiras SF Ltda. em relação aos requeridos na ação cautelar 070.11.001341-7, e por consequência confirmo a liminar concedida à fl. 14, cancelando-se definitivamente o protesto do título sob o n.º 000032B no valor de R$ 1.175,00 (mil cento e setenta e cinco reais), devendo-se dar ciência ao Tabelionato competente.
>
> b) julgo procedentes, com resolução do mérito (art. 269, I, do Código de Processo Civil), os pedidos formulados pelo requerente Indústria de Carretéis e Embalagens de Madeiras SF Ltda. em relação aos requeridos na ação declaratória nº 070.11.001604-1 para DECLARAR a inexistência de débito decorrente do protesto do título acima especificado e CONDENAR, solidariamente, as requeridas ao pagamento de R$ 7.500,00 (sete mil e quinhentos reais), a título de danos morais, cujo valor deverá ser corrigido, monetariamente pelo índice do INPC, contados desta data e acrescidos de juros juros moratórios no percentual de 12%

> a.a., conforme disposição inserta no art. 406 do Código Civil, a partir do evento danoso (19/07/2011).
>
> Por fim, condeno as requeridas, pro rata, ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios no importe de 20% (vinte por cento) sobre o valor atualizado da condenação, nos termos do art. 20, § 3º, alíneas "a" a "d", do CPC, levando em conta a duplicidade das demandas (cautelar e principal), o trabalho desenvolvido pelo causídico da parte autora, bem como o tempo de tramitação do feito.
>
> Oficie-se, desde já, ao Tabelionato de Notas e Protestos para as devidas providências.
>
> Ficam as partes advertidas quanto ao disposto no art. 475-J do Código de Processo Civil.
>
> Publique-se. Registre-se. Intime-se.

Inconformado, o estabelecimento bancário demandado interpôs recursos com idêntico teor (Apelação Cível n. 2015.006528-4 – 81/83v. e Apelação Cível n. 2015.006529-1 - fls. 94/96v.), reiterando a preliminar de ilegitimidade passiva.

No que respeita à matéria de fundo, alegou, em resumo, que 1) não se encontram presentes os requisitos caracterizadores da responsabilidade civil; 2) o *quantum* indenizatório arbitrado mostra-se excessivo; 3) os honorários advocatícios devem ser minorados.

Requereu o provimento dos reclamos, com a reforma da sentença, julgando improcedentes os pedidos.

A recorrida ofereceu contrarrazões (fls. 91/94v. da apelação n. 2015.006528-4 e fls. 103/106v. da apelação n. 2015.006529-1).

Esse é o relatório.

VOTO

Os recursos são tempestivos (fls. 80/81 da cautelar e 93/94 da declaratória) e os preparos foram devidamente efetuados (fls. 84/85

da Apelação Cível n. 2015.006528-4 e fl. 97/99 da Apelação Cível n. 2015.006529-1).

Registre-se, inicialmente, que a magistrada *a quo* prolatou sentença única nos processos principal e cautelar.

Como relatado, a autora ingressou com a "ação cautelar de sustação de protesto" (processo 070.11.001341-7) e a "ação declaratória de inexistência de débito c/c nulidade de título c/c danos morais" (processo n. 070.11.001604-1), objetivando, na primeira demanda, o sobrestamento do ato notarial e, na segunda, a declaração de nulidade da duplicata n. 000032B, no valor de R$ 1.775,00, com vencimento previsto para 28.06.2011 e a condenação das suplicadas ao pagamento de indenização pelos danos morais que sustenta ter sofrido.

Na inicial da cautelar, alegou, em resumo, que 1) *"foi intimada em data de 19 de julho de 2011 pelo 1º Tabelionato de Notas e Protestos de Títulos da cidade de Taió/SC, protocolo 200906159, para pagamento de 01 (um) boleto bancário"* (fl. 03); 2) *"nunca efetuou qualquer transação comercial com nenhum dos réus que pudessem dar origem a tal cártula de crédito"* (fl. 03).

Constitui fato certo, com a prolação da sentença, não impugnada neste ponto, que a duplicata mercantil n. 000032B era desprovida de aceite, não havendo prova da entrega de mercadorias ou prestação de serviços. Cuida-se, portanto, de título sem causa e, por isso, inexigível.

O debate que persiste restringe-se à legitimidade passiva do estabelecimento financeiro, a sua responsabilidade, por ter recebido título por endosso mandato, levando-o a protesto, e a caracterização do dano extrapatrimonial.

O banco demandado sustenta ser parte ilegítima, à consideração de que recebeu o título por endosso mandato, sendo de exclusiva responsabilidade da sacadora a veracidade dos dados fornecidos.

No mérito, aduziu que os requisitos determinantes à responsabilidade civil não foram comprovados.

Em caso como o dos autos, o Superior Tribunal de Justiça, em julgamento de Recurso Repetitivo (art. 543-C, CPC), consolidou entendimento de que a casa bancária responde nas hipóteses de excesso de mandato ou por ato culposo próprio.

Nessa direção:

> DIREITO CIVIL E CAMBIÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC. DUPLICATA RECEBIDA POR ENDOSSO-MANDATO. PROTESTO. RESPONSABILIDADE DO ENDOSSATÁRIO. NECESSIDADE DE CULPA.
>
> Para efeito do art. 543-C do CPC: Só responde por danos materiais e morais o endossatário que recebe título de crédito por endosso-mandato e o leva a protesto se extrapola os poderes de mandatário ou em razão de ato culposo próprio, como no caso de apontamento depois da ciência acerca do pagamento anterior ou da falta de higidez da cártula. 2. Recurso especial não provido. (REsp 1063474/RS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Segunda Seção, j. em 28.09.2011, grifou-se)

In casu, o apelante agiu com negligência ao apontar para protesto título destituído de *causa debendi*. Essa conduta configura ato ilícito, consoante dispõe o artigo 186 do Código Civil.

A propósito, é da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

> 1) AgRg nos EDcl no Ag 659878/RS, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, j. em 18.12.2012:
>
> COMERCIAL E PROCESSUAL. PROTESTO DE DUPLICATA. ENDOSSO MANDATO. BANCO MANDATÁRIO. PROTESTO POR INDICAÇÃO. DUPLICATA VIRTUAL SEM ACEITE OU COMPROVANTE DE ENTREGA DAS MERCADORIAS. RESPONSABILIDADE. DANO MORAL. LEGITIMIDADE.
>
> 1. Consoante a jurisprudência consolidada do STJ, no endosso mandato o endossatário responde pelo protesto indevido de título apenas se exorbitou os poderes a ele outorgados ou agiu de modo culposo (REsp

1063474/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, SEGUNDA SEÇÃO, DJe 17/11/2011).

2. Hipótese em que as instâncias de origem concluíram, após a análise da prova, que o protesto foi indevido sobretudo porque não havia título de crédito formalmente constituído, já que o protesto da duplicata virtual fora feito por mera indicação, sem aceite e sem o comprovante de entrega de mercadorias ou prestação de serviços respectivo. Manifesta, portanto, a negligência da instituição financeira ao apresentar para protesto documento que não se revestia das características formais de título de crédito, devendo ela, portanto, responder em face do autor solidariamente com o mandante.

3. Agravo regimental provido.

2) AgRg no AREsp n. 179.301/SP, rel. Min. Raul Araújo, Quarta Turma, j. 27.11.2012:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. LEGITIMIDADE DO BANCO. ENDOSSO-MANDATO. PROTESTO INDEVIDO. CONDUTA CULPOSA. DUPLICATA SEM ACEITE E SEM COMPROVANTES DE ENTREGA DA MERCADORIA OU DO SERVIÇO PRESTADO. DANO MORAL. PROTESTO INDEVIDO. DANO IN RE IPSA. REVISÃO DE VALOR. SÚMULA 7/STJ. INCIDÊNCIA.

1. A instituição financeira que recebe título de crédito por endosso-mandato não é responsável pelos efeitos de eventual protesto indevido, salvo se exceder os poderes do mandato, agir de modo negligente ou, caso alertada sobre falha do título, levá-lo a protesto.

2. No caso, o acórdão recorrido concluiu que o banco agiu de forma culposa ao levar a protesto duplicata sem aceite e sem o comprovante da entrega da mercadoria ou do serviço prestado. [...]

3) AgRg no REsp 999092/RS, rel. Min. Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, j. 15.05.2012:

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. PROTESTO. DUPLICATA. ENDOSSO MANDATO. LEGITIMIDADE. INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. ATUAÇÃO NEGLIGENTE. NÃO PROVIMENTO.

> 1. No caso em apreço, a instituição financeira levou a protesto duplicata recebida via endosso mandato desprovida de aceite e desacompanhada de documentos comprobatórios da prestação do serviço ou entrega da mercadoria, o que a torna legítima para a ação indenizatória e de sustação de protesto face à sua atuação negligente. 2. Agravo regimental a que se nega provimento. [...]

No mesmo sentido, já decidiu esta Corte:

> 1) Apelação Cível n. 2011.010652-6, de Palhoça, rel. Des. Paulo Roberto Camargo Costa, Terceira Câmara de Direito Comercial, j. 21.03.2013:
>
> APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. APELO DO BANCO. ILEGITIMIDADE PASSIVA DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA MANDATÁRIA. PROTESTO INDEVIDO DE DUPLICATA. ATO PROVIDENCIADO POR INSTITUIÇÃO FINANCEIRA QUE A RECEBEU POR ENDOSSO MANDATO. DUPLICATA SEM ACEITE DESACOMPANHADA DE COMPROVANTE DE ENTREGA DE MERCADORIAS E/OU PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. RESPONSABILIDADE DA ENDOSSATÁRIA-MANDATÁRIA. LEGITIMIDADE PARA FIGURAR NO POLO PASSIVO DA DEMANDA. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO.
>
> [...] Tratando-se de título causal, seja em decorrência de endosso mandato, seja endosso traslativo, revela-se culposo o proceder do mandatário que encaminha a protesto título emitido sem causa porque, "Ausente o aceite das duplicatas, cabe ao endossatário exigir do endossante a apresentação do comprovante de entrega das mercadorias ou da prestação dos serviços, no momento em que realizado o endosso" (STJ, REsp 770.403/RS)
>
> 2) Apelação Cível n. 2011.005194-6, de São José, rel. Des. Subst. Guilherme Nunes Born, Quinta Câmara de Direito Comercial, j. 21.02.2013:
>
> APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ANULATÓRIA DE TÍTULO DE CRÉDITO. PROCEDÊNCIA NA ORIGEM. INSURGÊNCIA DO BANCO RÉU. ILEGITIMIDADE PASSIVA. TÍTULO TRANSFERIDO POR ENDOSSO-MANDATO. DUPLICATA SEM ACEITE, DESACOMPANHADA DE COMPROVANTE

DE ENTREGA DE MERCADORIAS E/OU PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. PROTESTO DO TÍTULO INDEVIDO. RESPONSABILIDADE DO ENDOSSATÁRIO-MANDATÁRIO. RECURSO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA NESTE SENTIDO.

"Para efeito do art. 543-C do CPC: Só responde por danos materiais e morais o endossatário que recebe título de crédito por endosso-mandato e o leva a protesto se extrapola os poderes de mandatário ou em razão de ato culposo próprio, como no caso de apontamento depois da ciência acerca do pagamento anterior ou da falta de higidez da cártula. 2. Recurso especial não provido". (STJ, REsp. 1.063.474/RS. Rel. Min. Luis Felipe Salomão. Julgado em 17/11/2011). "Ausente o aceite das duplicatas, cabe ao endossatário exigir do endossante a apresentação do comprovante de entrega das mercadorias ou da prestação dos serviços, no momento em que realizado o endosso" (REsp 770.403/RS, Rel. Ministro CASTRO FILHO, TERCEIRA TURMA, julgado em 25/04/2006, DJ 15/05/2006, p. 212). RECURSO IMPROVIDO".

3) Apelação Cível n. 2012.035422-3, de Criciúma, rel. Des. Denise Volpato, Primeira Câmara de Direito Civil, j. 18.09.2012:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÍVIDA C/C DANO MORAL E NULIDADE DE TÍTULO CAMBIAL. DUPLICATA LEVADA A PROTESTO SEM ACEITE E SEM CAUSA DEBENDI. TÍTULO CAMBIAL IMPERFEITO. REVELIA DA SACADORA. DEMANDADAS QUE NÃO LOGRARAM ÊXITO EM DEMONSTRAR A REGULARIDADE DA COBRANÇA DO TÍTULO DE CRÉDITO. CONDENAÇÃO SOLIDÁRIA DO CREDOR-ENDOSSANTE E DO BANCO ENDOSSATÁRIO. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. RECURSO DO BANCO ENDOSSATÁRIO. PRELIMINAR. ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM. ENDOSSO-MANDATO QUE NÃO TEM O CONDÃO DE AFASTAR A ATUAÇÃO TEMERÁRIA DO BANCO. LEGITIMIDADE EVIDENCIADA. PRELIMINAR RECHAÇADA. MÉRITO. CONTROVÉRSIA ACERCA DA RESPONSABILIDADE DO ENDOSSATÁRIO PELO PROTESTO INDEVIDO. ALEGAÇÃO DE EXERCÍCIO REGULAR DO DIREITO EM FACE DO CONTRATO DE MANDATO. INSUBSISTÊNCIA. NEGLIGÊNCIA

> DO BANCO AO NÃO VERIFICAR A LEGALIDADE DO TÍTULO NO MOMENTO DE SEU RECEBIMENTO, BEM COMO ANTES DA EFETIVAÇÃO DO PROTESTO. CONDUTA IMPRUDENTE E ILÍCITA DA INSTITUIÇÃO BANCÁRIA RECONHECIDA. APLICAÇÃO DA TEORIA DO RISCO PROFISSIONAL. DANO MORAL PRESUMIDO ANTE O ABALO NA CREDIBILIDADE E IMAGEM DA PESSOA JURÍDICA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 227 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS DEMANDADOS MANTIDA. [...]".
>
> 4) Apelação Cível n. 2010.072475-4, de Blumenau, rel. Des. Jorge Luiz de Borba, Segunda Câmara de Direito Comercial, j. 07.02.2012:
>
> AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS DECORRENTES DE ABALO DE CRÉDITO RESULTANTE DE PROTESTOS DE DUPLICATAS MERCANTIS RECEBIDAS POR INSTITUIÇÃO FINANCEIRA EM OPERAÇÃO DE ENDOSSO-MANDATO. APLICAÇÃO DO ENTENDIMENTO ADOTADO PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA NO JULGAMENTO DO RESP N. 1.063.474/RS, RESULTANTE DA APLICAÇÃO DA LEI DOS RECURSOS REPETITIVOS. HIPÓTESE DE "FALTA DE HIGIDEZ" DAS DUPLICATAS, POIS DESACOMPANHADAS DO ACEITE E DO COMPROVANTE DE ENTREGA DAS RESPECTIVAS MERCADORIAS.
>
> "Para efeito do art. 543-C do CPC: Só responde por danos materiais e morais o endossatário que recebe título de crédito por endosso-mandato e o leva a protesto se extrapola os poderes de mandatário ou em razão de ato culposo próprio, como no caso de apontamento depois da ciência acerca do pagamento anterior ou da falta de higidez da cártula" (grifou-se; REsp n. 1.063.474/RS, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 28-9-2011). [...]

Destaca-se que o abalo moral, na hipótese *sub examine*, é presumido, mesmo para pessoa jurídica, prescindindo de comprovação.

A respeito do tema, colhe-se deste Pretório:

> 1) Apelação Cível n. 2014.048186-3, de Videira, rel. Des. Luiz Fernando Boller, Segunda Câmara de Direito Comercial, j. 02.09.2014:

APELAÇÕES CÍVEIS RECIPROCAMENTE INTERPOSTAS. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO C/C. INDENIZAÇÃO POR DANO DE CUNHO MORAL. INSCRIÇÃO DO NOME DA EMPRESA AUTORA NO CADASTRO RESTRITIVO DOS ÓRGÃOS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO. [...] RESTRIÇÃO INDEVIDA. ABALO DE CRÉDITO DA PESSOA JURÍDICA. DANO DE CUNHO MORAL PRESUMIDO. ENUNCIADO Nº 227 DA SÚMULA DO STJ. ESCORREITA ATRIBUIÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL. [...] ().

2) Apelação Cível n. 2011.026306-0, de Blumenau, rel. Des. Subst. Dinart Francisco Machado, Segunda Câmara de Direito Comercial j. 15.01.2013:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. PROTESTO DE DUPLICATA MERCANTIL. ENDOSSO MANDATO. INSCRIÇÃO E MANUTENÇÃO INDEVIDA EM ÓRGÃOS DE RESTRIÇÃO AO CRÉDITO. [...] INSCRIÇÃO E MANUTENÇÃO DO NOME DA AUTORA NOS CADASTROS DE RESTRIÇÃO AO CRÉDITO. CONDUTA ILÍCITA DA CREDORA. DEVER DE INDENIZAR CONFIGURADO. DANO MORAL PRESUMIDO ANTE O ABALO NA CREDIBILIDADE E IMAGEM DA PESSOA JURÍDICA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA.

3) Apelação Cível n. 2011.043391-1, de Laguna, rel. Des. Denise Volpato, Primeira Câmara de Direito Civil, j. 06.11.2012

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÍVIDA C/C CANCELAMENTO DE PROTESTO E INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS INTENTADA EM FACE DA CREDORA ENDOSSANTE E DO BANCO ENDOSSATÁRIO. [...] PROTESTO DE TÍTULO INDEVIDO. PREPONDERÂNCIA DA FALHA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO POR PARTE DO BANCO QUE NÃO OPEROU COM A CAUTELA NECESSÁRIA AO REMETER TÍTULO A PROTESTO, SEM ACAUTELAR-SE DA HIGIDEZ DA CAMBIAL (DUPLICATA). INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 14 DO CÓDIGO CONSUMERISTA. ILÍCITO CONFIGURADO. DANO MORAL PRESUMIDO. DEVER DE INDENIZAR MANTIDO. [...] (grifou-se)

Demonstrados os requisitos necessários à configuração da responsabilidade civil, fica caracterizada a obrigação de indenizar.

É pacífico na jurisprudência o entendimento de que o *quantum* indenizatório não pode ser exorbitante, a ponto de enriquecer o lesado, tampouco irrisório, de maneira a incentivar a reincidência do ato.

A quantia deve ser fixada de acordo com os critérios da razoabilidade e da proporcionalidade, considerando o dano, a natureza da ação que o gerou e a situação econômica do agente causador.

A respeito do tema:

> 1) Apelação Cível n. 2006.012991-3, de Brusque, rel. Des. Jaime Ramos, Segunda Câmara de Direito Público, j. 06.03.2007:
>
> RESPONSABILIDADE CIVIL - [...] - OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR - PEDIDO DE REDUÇÃO DO *QUANTUM* ARBITRADO - POSSIBILIDADE - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.
>
> O valor da indenização do dano moral há de ser fixado com moderação, em respeito aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, levando em conta não só as condições sociais e econômicas das partes, como também o grau da culpa e a extensão do sofrimento psíquico, de modo que possa significar uma reprimenda ao ofensor, para que se abstenha de praticar fatos idênticos no futuro, mas não ocasione um enriquecimento injustificado para o lesado.
>
> 2) Apelação Cível n. 2005.000835-5, de Lages, rel. Desa. Salete Silva Sommariva, Terceira Câmara de Direito Civil, j. 28.11.2006:
>
> [...] *QUANTUM* INDENIZATÓRIO - PEDIDO DE MAJORAÇÃO DA VERBA PELO AUTOR - PLEITO DE MINORAÇÃO PELA RÉ - NECESSIDADE DE REDUÇÃO DA VERBA REPARATÓRIA - FIXAÇÃO EM PARÂMETROS RAZOÁVEIS.
>
> A indenização por dano moral não pode levar à riqueza da vítima, nem à ruína o seu ofensor, mas refletir, sob o equacionamento do órgão julgador, a extensão da lesão material e a suportabilidade da reparação, devendo ser fixada com base na intensidade e duração da dor sofrida, na gravidade do fato causador do dano, na condição pessoal (idade, sexo, etc.) e social do

> lesado, e, finalmente, no grau de culpa do lesante, consistindo num misto de reparação e punição.

O réu é um estabelecimento bancário de grande porte.

A autora é pessoa jurídica de direito privado que explora a atividade de *"serraria, beneficiamento e comercialização de madeira de pinus; fabricação de carretéis e embalagens de madeira de pinus"* (fl. 10 da cautelar).

O valor do título protestado é de R$ 1.775,00 (fl. 09 da Apelação Cível n. 2015.006528-4).

O ato notarial indevido foi lavrado em 27.07.2011. Os seus efeitos perduraram até 10.08.2011 (fl. 27 do processo n. 070.11.001341-7).

Analisados esses fatores, mostra-se adequada, *in casu*, a manutenção da importância arbitrada pelo julgador singular (R$ 7.500,00).

O *decisum* condenou os réus ao pagamento dos honorários advocatícios, os quais foram fixados em 20% sobre o valor atualizado da condenação, nos termos do artigo 20, § 3º, do CPC.

Na espécie, contudo, trata-se de duas ações com naturezas distintas.

Nessas condições os honorários advocatícios deveriam ser estipulados entre 10% e 20% sobre o valor da condenação na ação declaratória/indenizatória e em valor fixo na cautelar.

Esse entendimento, todavia, não pode ser aplicado, *in casu*, sob pena de *reformatio in pejus*.

Dessa forma, diante da inexistência de recurso da autora, os honorários sucumbenciais, mesmo fixados aquém do trabalho realizado pelo seu advogado, devem ser mantidos.

Ex positis, a Câmara decidiu conhecer e negar provimento aos recursos.

Esse é o voto.

Apelação Cível n. 2007.005679-2, de Gaspar

Relator: Des. Tulio Pinheiro

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE COBRANÇA. PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR RESCISÃO UNILATERAL DE CONTRATO DE REPRESENTAÇÃO COMERCIAL. SENTENÇA QUE EXTINGUIU O FEITO NO TOCANTE AO RÉU VALMOR, POR ILEGITIMIDADE PASSIVA *AD CAUSAM*, E JULGOU PROCEDENTE O PEDIDO, PARA CONDENAR A EMPRESA REQUERIDA AO PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO NO VALOR DE R$ 21.000,00 (VINTE E UM MIL REAIS).

RECURSO DA EMPRESA REQUERIDA.

PRELIMINAR. INCOMPETÊNCIA. ALEGAÇÃO DE QUE, PELO FEITO VERSAR SOBRE RELAÇÃO DE TRABALHO, A COMPETÊNCIA SERIA DA JUSTIÇA TRABALHISTA. TESE NÃO ACOLHIDA. DISCUSSÃO RESTRITA À INDENIZAÇÃO POR RESOLUÇÃO DE CONTRATO DE REPRESENTAÇÃO COMERCIAL SEM PRÉVIO AVISO. MATÉRIA DE NATUREZA COMERCIAL. INEXISTÊNCIA DE PEDIDO DE RECONHECIMENTO DE VÍNCULO TRABALHISTA. POSSIBILIDADE DE JULGAMENTO NA JUSTIÇA COMUM. ENTENDIMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. PRECEDENTES DESTA CORTE. PREFACIAL AFASTADA.

AVENTADA NULIDADE DA CITAÇÃO. INOCORRÊNCIA. MANDADO RECEBIDO POR REPRESENTANTE DA REQUERIDA SEM QUALQUER RESSALVA. TEORIA DA APARÊNCIA. JULGADOS DO TRIBUNAL DA CIDADANIA E DESTE SODALÍCIO. PRELIMINAR REJEITADA.

MÉRITO. PRETENDIDA IMPROCEDÊNCIA DA DEMANDA, SOB O ARGUMENTO DE QUE A RESCISÃO CONTRATUAL TERIA OCORRIDO POR ATO DO AUTOR, SEJA PELO RECONHECIMENTO DA RESCISÃO TÁCITA, AO TER ASSUMIDO A ADMINISTRAÇÃO DA EMPRESA, SEJA POR TER ABANDONADO SEU TRABALHO. ACOLHIMENTO POR OUTRO FUNDAMENTO. DIREITO AO AVISO PRÉVIO NÃO CONFIGURADO. EXEGESE DO ART. 34 DA LEI N.

4.886/65. CONTRATO DE REPRESENTAÇÃO POR PRAZO INDETERMINADO COM DURAÇÃO INFERIOR A 6 (SEIS) MESES QUE É CONSIDERADO COMO CONTRATO DE EXPERIÊNCIA. HIPÓTESE EM QUE O PACTO PERDUROU APENAS POR 3 (TRÊS) MESES. INDENIZAÇÃO DESCABIDA. SENTENÇA REFORMADA, PARA JULGAR IMPROCEDENTE O PEDIDO INICIAL. INVERSÃO DOS ÔNUS SUCUMBENCIAIS QUE SE IMPÕE. FIXAÇÃO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS QUE DEVE ATENTAR AOS DITAMES DO § 4º DO ART. 20 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. OBSERVÂNCIA, ADEMAIS, DA REGRA SUSPENSIVA DO ART. 12 DA LEI N. 1.060/50, ANTE A CONCESSÃO DA JUSTIÇA GRATUITA NESTA INSTÂNCIA.

RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2007.005679-2, da Comarca de Gaspar (2ª Vara), em que é apelante Ricardo Indústria e Comércio de Laticínios e Agropecuária Ltda. e apelado Cezar Ademar Pering:

A Terceira Câmara de Direito Comercial decidiu, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento, para julgar improcedente o pedido do autor, invertendo-se, por conseguinte, os encargos sucumbenciais, devendo a parte demandante arcar com as custas processuais e os honorários advocatícios, estes fixados em R$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais), observada a regra suspensiva do art. 12 da Lei n. 1.060/50, ante a concessão da justiça gratuita nesta instância. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, o Exmo. Sr. Des. Ronaldo Moritz Martins da Silva e a Exma. Sra. Des.ª Denise de Souza Luiz Francoski.

Florianópolis, 18 de junho de 2015.

Tulio Pinheiro
PRESIDENTE E RELATOR

RELATÓRIO

Perante o Juízo da 2ª Vara da Comarca de Gaspar, Cezar Ademar Pering ajuizou ação de indenização por danos materiais em face de Ricardo Indústria e Comércio de Laticínios e Agropecuária Ltda. e Valmor Antônio Custódio, autuada sob o n. 025.99.001359-0.

Na peça inicial, afirmou o demandante que, em novembro de 1998, foi contratado por Ricardo Indústria e Comércio de Laticínios e Agropecuária Ltda. para exercer, com exclusividade, a representação comercial dos produtos dos requeridos, sendo que, para a celebração deste contrato teve que adquirir dois caminhões Mercedes-Benz, Modelo 608D. Asseverou, ainda, que, em dezembro do mesmo ano, passou a administrar a empresa, a pedido do segundo requerido. Entretanto, sustentou que, três meses depois, muito embora a empresa estivesse em boas condições financeiras, foi afastado por Valmor de suas funções, o qual, na semana seguinte, arrendou a empresa para Laticínios Blumenau Ltda.. Diante disso, afirmou que foi demitido sem a observância do aviso prévio de 60 (sessenta) dias, pelo que requer que os réus sejam condenados ao pagamento de indenização no valor de 120 (cento e vinte) salários mínimos, conforme dispõe o item 6º do contrato de representação comercial firmado entre os litigantes. Por fim, pleiteou a concessão da justiça gratuita (fls. 1/6).

Regularmente citados os requeridos (fl. 23v.), apenas a empresa ré apresentou defesa na forma de contestação (fls. 24/26). Sustentou que iniciou suas atividades em 20.08.1996, produzindo, desde então, produtos derivados do leite. Asseverou que o autor foi contratado, em novembro de 1998, para exercer a comercialização de seus produtos e que, para tanto, teve que adquirir apenas um caminhão de Valmor Antônio Custódio, uma vez que o outro já era de sua propriedade. Alegou, ainda, foi o demandante quem se ofereceu para administrar a empresa e que, quando este esteve no comando da requerida, deixou de cumprir compromissos

empresariais. Consignou que o demandante também descontou a quantia de R$ 5.304,00 (cinco mil, trezentos e quatro reais) referente a empréstimo de Maria Conceição Custódio, que encontrava-se garantido por nota promissória. Por fim, afirmou que o requerido não foi afastado, mas sim abandonou sua função, em 03.02.1999, ferindo, com isso, a Cláusula 7ª, alínea "a", do contrato, o que lhe gerou prejuízo.

Foi realizada audiência para tentativa de conciliação entre as partes, a qual restou inexitosa (fl. 68).

A autora replicou (fls. 69/71). Na petição apresentada, pleiteou pela aplicação dos efeitos da revelia para ambos os requeridos. Afirmou, nesse sentido, que a empresa ré, por ter sido adquirida por Tania Ewald Bublitz, não pode ser representada pelo segundo demandado. No mérito, asseverou que o boletim de ocorrência é documento unilateral, pelo que não pode ser considerado como verdadeiro. Sustentou, ainda, que as alegações do réu no tocante a sua administração da empresa não restaram devidamente comprovadas.

Foi designada audiência de instrução e julgamento, em que, inicialmente, foi procedida nova tentativa de conciliação entre as partes, a qual restou inexitosa. Na sequência, foram tomados os depoimentos pessoais dos litigantes Cezar e Valmor (fls. 89 e 90).

O demandante apresentou alegações finais (fls. 94/95).

Na sequência, o MM. Juiz Cássio José Lebarbechon Angulski proferiu sentença (fls. 103/115), nos seguintes termos:

> (...) *Ex positis*, e o mais que dos autos consta e o direito preceitua à espécie sob exame:
>
> a) – JULGO EXTINTO o feito em relação ao réu Valmor Antônio Custódio, face a sua flagrante ilegitimidade passiva *ad causam*, excluindo-o da relação processual, o que faço com esteio no art. 267, inc. VI, do CPC.
>
> b) – JULGO PROCEDENTE o pedido indenizatório, e condeno o primeiro réu a título de indenização por falta do pré aviso da rescisão

> imotivada do contrato de representação comercial de fls. 09/12, ao pagamento a favor do autor da quantia de R$ 21.000,00 (vinte e um mil reais), equivalente a vinte (120) salários-mínimos.
>
> O valor estipulado a título de indenização deve ser corrigido pelo índice do INPC, conforme Provimento da Corregedoria-Geral de Justiça n. 13/1995, a partir da data da sentença – 22.02.2002, com acréscimo de juros de mora a partir da citação (Código de Processo Civil, art. 219 e Código Civil de 2002, art. 405) e de 12% ao ano após a entrada em vigor do Código Civil de 2002 (arts. 406, 407 e 2.044 c/c art. 161, § 1º, do Código Tributário Nacional).
>
> Condeno o primeiro réu ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios que arbitro em 15% sobre o valor da condenação. (...) (fl. 115).

Irresignada, a requerida interpôs recurso de apelação (fls. 121/125). Em suas razões, alegou, preliminarmente, a incompetência deste juízo, sob o argumento de que a matéria versa sobre relação de trabalho existente entre as partes, pelo que se trata de demanda de competência da justiça trabalhista. Ainda em sede de preliminar, alegou a nulidade da citação. Quanto ao mérito, afirmou que a indenização é descabida, pois o autor, a partir de 06.01.1999, tornou-se gerente da empresa, deixando de ser mero representante comercial. Sustentou, ainda, que, caso o demandante tivesse cumulado ambas as funções, deveria ter comunicado a empresa acerca do término do seu contrato como representante, não tendo ocorrido renúncia tácita.

Com as contrarrazões (fls. 138/140), foram os autos remetidos a esta Corte.

O feito foi originariamente distribuído à 1ª Câmara de Direito Civil deste Tribunal, a qual, em acórdão de relatoria do Exmo. Des. Gerson Cherem II, decidiu, por unanimidade, reconhecer a sua incompetência para análise da matéria, determinando a remessa dos autos a uma das Câmaras de Direito Comercial (fls. 145/148).

Distribuídos por sorteio, vieram-me conclusos.

Este é o relatório.

VOTO

Trata-se de apelação cível interposta por Ricardo Indústria e Comércio de Laticínios e Agropecuária Ltda. contra sentença que julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados na ação de cobrança, promovida por Cezar Ademar Pering, em que a pessoa jurídica requerida restou condenada ao pagamento de indenização referente à ausência de aviso prévio para a rescisão contratual, no valor de R$ 21.000,00 (vinte e um mil reais).

A apelante alegou, preliminarmente, a incompetência deste juízo, sob o argumento de que a discussão dos autos versa sobre relação de trabalho, matéria de competência da justiça trabalhista.

A competência da Justiça do Trabalho encontra-se prevista no art. 114 da Constituição Federal. Veja-se:

> Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar:
>
> I - as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;
>
> II - as ações que envolvam exercício do direito de greve;
>
> III - as ações sobre representação sindical, entre sindicatos, entre sindicatos e trabalhadores, e entre sindicatos e empregadores;
>
> IV - os mandados de segurança, habeas corpus e habeas data, quando o ato questionado envolver matéria sujeita à sua jurisdição;
>
> V - os conflitos de competência entre órgãos com jurisdição trabalhista, ressalvado o disposto no art. 102, I, o;
>
> VI - as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho;

> VII - as ações relativas às penalidades administrativas impostas aos empregadores pelos órgãos de fiscalização das relações de trabalho;
>
> VIII - a execução, de ofício, das contribuições sociais previstas no art. 195, I, a , e II, e seus acréscimos legais, decorrentes das sentenças que proferir;
>
> IX - outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, na forma da lei.

O presente caso versa sobre contrato de representação comercial, a qual constitui trabalho autônomo, conforme prescreve o art. 1º da Lei n. 4.886/65, *in verbis*:

> Art. 1º. Exerce a representação comercial autônoma a pessoa jurídica ou a pessoa física, sem relação de emprego, que desempenha, em caráter não eventual por conta de uma ou mais pessoas, a mediação para a realização de negócios mercantis, agenciando propostas ou pedidos, para, transmitilos aos representados, praticando ou não atos relacionados com a exceção dos negócios. (grifou-se).

Muito embora a representação comercial seja vista como relação de trabalho e, em razão disso, processada perante a Justiça Trabalhista, especialmente quando o contrato é realizado entre pessoa física representante e empresa representada (nesse sentido, veja-se: Apelação Cível n. 2006.027497-1, rel. Des. Altamiro de Oliveira, j. em 05.10.2010; Apelação Cível n. 2007.024912-2, rel.ª Des.ª Maria do Rocio Luz Santa Ritta, j. em 26.02.2008), observa-se que, no presente caso, a competência deve permanecer na Justiça Comum.

Isso porque o que se discute nos presentes autos restringe-se à matéria de natureza comercial – a saber, indenização em decorrência da rescisão contratual de representação comercial sem prévio aviso –, não havendo pedido, nem sequer alegação, no sentido de ver reconhecida eventual relação de trabalho entre as partes.

Em casos como esse, o Superior Tribunal de Justiça manifestou-se, recentemente, em Conflito de Competência, afirmando que a competência, nessa hipótese, é da Justiça Comum Estadual. Veja-se:

> CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. JUSTIÇA DO TRABALHO. JUSTIÇA COMUM. CONTRATO DE REPRESENTAÇÃO COMERCIAL. AÇÃO DE COBRANÇA DE COMISSÕES. PEDIDO. ÍNDOLE EMINENTEMENTE CIVIL. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM.
>
> 1. Compete à Justiça Comum processar e julgar ação de cobrança de comissão proposta por representante comercial, porquanto a controvérsia posta na demanda deriva de relação jurídica de cunho eminentemente civil, nem sequer tangenciando eventual relação de emprego.
>
> 2. **Não se pretendendo, na hipótese, o reconhecimento de vínculo empregatício ou o recebimento de verbas trabalhistas, falece competência à Justiça Laboral para o exame da lide, mesmo após a edição da EC nº 45/2004.**
>
> 3. Conflito conhecido para declarar competente a Justiça Comum Estadual. (Conflito de Competência n. 130.392/MG, rel. Min. Raul Araújo, Segunda Seção, j. em 26.03.2014) (destacou-se).

Seguindo o entendimento exarado pela Corte da Cidadania, já decidiu este Tribunal:

> APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE COBRANÇA - CONTRATO DE REPRESENTAÇÃO COMERCIAL - PROCESSO CIVIL - PRELIMINAR - INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL - RELAÇÃO DE TRABALHO - PRETENSÃO DE REMESSA DOS AUTOS PARA A JUSTIÇA DO TRABALHO - IMPOSSIBILIDADE - NÃO CARACTERIZAÇÃO DE RELAÇÃO DE EMPREGO - PRELIMINAR AFASTADA.
>
> "1. Malgrado o artigo 114, inciso I da Constituição Federal, disponha que compete à Justiça do Trabalho processar e julgar as ações oriundas da relação de trabalho, na Segunda Seção desta Corte Superior é firme a orientação de que a competência *ratione materiae* deve ser definida em face da natureza jurídica da quaestio, deduzida dos respectivos pedido e causa de pedir.
>
> 2. O art. 1º da Lei nº 4.886/65 é claro quanto ao fato de o exercício da representação comercial autônoma não caracterizar relação de emprego.

> 3. **Não se verificando, *in casu*, pretensão de ser reconhecido ao autor vínculo empregatício, uma vez que objetiva ele o recebimento de importância correspondente pelos serviços prestados, a competência para conhecer de causas envolvendo contratos de representação comercial é da justiça comum, e não da justiça laboral, mesmo após o início da vigência da EC nº 45/2004 .**
>
> 4. (...)." (STJ, CC 96851/SC, Relator Ministro Carlos Fernando Mathias, Juiz Federal Convocado do TRF 1ª Região). (...) (Apelação Cível n. 2007.002671-3, rel. Des. Paulo Roberto Camargo Costa, j. em 09.09.2010) (destacou-se).

Ainda:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO MONITÓRIA - CONTRATO DE REPRESENTAÇÃO COMERCIAL - INTERLOCUTÓRIO QUE DECLINA A COMPETÊNCIA PARA A JUSTIÇA DO TRABALHO - INVIABILIDADE - NATUREZA EMPRESARIAL DA RELAÇÃO DEBATIDA - EXISTÊNCIA DE LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA ACERCA DO PACTO *SUB JUDICE* - APLICAÇÃO DO ART. 39 DA LEI N. 4.886/65 - MANUTENÇÃO DO PROCESSO NA JUSTIÇA COMUM - DECISÃO REFORMADA - RECURSO PROVIDO.
>
> Muito embora a EC 45/2004 tenha ampliado a competência da Justiça Laboral, estendendo-a às ações em que se discute relação de trabalho, e não apenas de emprego, o colendo STJ, em recente decisão, manifestou-se no sentido de que a discussão acerca de créditos em aberto, envolvendo contrato de representação comercial, tem natureza civil.
>
> **A competência da Justiça Comum para processamento das ações envolvendo contrato de representação comercial é inafastável, tendo em vista que a relação existente entre as partes versa exclusivamente sobre questões de direito civil/comercial que não enseja a aplicação da legislação atinente aos trabalhadores em geral e, por conseguinte, afasta a competência da Justiça do Trabalho.** (Agravo de Instrumento n. 2008.010453-9, rel. Des. Cláudio Valdyr Helfenstein, j. em 08.04.2010) (grifou-se).

Diante disso, uma vez determinado que a competência para julgar o presente litígio é da Justiça Comum Estadual, não há falar em incompetência deste Juízo, pelo que se afasta a prefacial.

Ainda em sede de preliminar, alegou a apelante a nulidade da citação, sob o argumento de que sua representante legal – Nilma Custódio – não foi devidamente citada.

Analisando o AR referente ao mandado de citação, nota-se que este foi recebido no endereço da pessoa jurídica requerida por Valmor Antônio Custódio, o qual assinou o documento sem qualquer ressalva (fl. 23v.). Logo, é de se presumir, com base no que enuncia a teoria da aparência, que a pessoa em questão estava autorizada para tanto.

Acerca da teoria da aparência, elucida Gelson Amaro de Souza:

> (...) Uma questão que não pode passar despercebida em toda relação de direito é a teoria da aparência. Aparência é circunstância norteadora de toda atividade negocial observada sob o ponto de vista jurídico. Todo negócio jurídico deve ser analisado sob o prisma da boa-fé e para a análise desta é necessário que se volte a atenção para a aparência com que o negócio foi realizado. (...)
>
> A teoria da aparência está intimamente ligada à prevalência da situação aparente, que embora não seja a real, mas assim aparece a uma das partes. É com fundamento na confiança e na lealdade das partes que surgiu a teoria da aparência.
>
> As pessoas normalmente acreditam na veracidade de uma situação aparente, e em tutela da boa-fé, os atos praticados sob o manto dessa aparência deve ser considerados como válidos. Quem está encarregado de aplicar o direito não pode ignorar o interesse daquele que emprestou confiança em situação aparente, quando lhe parecia real. (...) (Teoria da aparência e a fraude à execução. Revista Jurídica: Julho 2001, 285/61-68. p. 61-62).

Não bastasse, ao contestar o feito, a empresa requerida apontou Valmor como seu representante legal (confira-se à fl. 24), além de ter apresentado instrumento de procuração em que este consta como seu administrador (fl. 36).

Diante das razões expostas, afasta-se a aventada nulidade da citação realizada.

Neste norte, *mutatis mutandis*, já proclamou este Tribunal de Justiça:

> APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS DE TERCEIRO. PENHORA DE BEM ADQUIRIDO POR PESSOA ESTRANHA À LIDE. RECURSO DO EMBARGADO. **NULIDADE DA CITAÇÃO SUSCITADA. INOCORRÊNCIA. TRIANGULAÇÃO PROCESSUAL EFETIVADA COM O RECEBIMENTO DA CORRESPONDÊNCIA POR REPRESENTANTE DA EMPRESA. INCIDÊNCIA DO ART. 223, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC. ASSINATURA NO DOCUMENTO EXARADA, SEM QUALQUER RESSALVA. APLICAÇÃO DA TEORIA DA APARÊNCIA. CITAÇÃO CONCRETIZADA. SENTENÇA MANTIDA.** RECURSO DESPROVIDO NO PONTO. Em face da teoria da aparência, basta que a carta de citação, com Aviso de Recebimento, seja enviada e entregue no endereço da empresa, pois se presume o respectivo recebimento por pessoa que lá trabalha, a qual fará a correspondência chegar às mãos do seu representante legal; tornando despicienda a cientificação pessoal deste ou do procurador legalmente constituído. (...) (Apelação Cível n. 2012.041922-0, rel. Des. Gerson Cherem II, j. em 23.05.2013) (negritou-se).

Ainda:

> (...) Em razão da teoria da aparência, amplamente prestigiada em nossos tribunais, não há como se negar validade à citação, nem tampouco à intimação de penhora, quando tais atos houverem sido realizados à empregado da pessoa jurídica devedora que os receba sem restrições. Ou seja, não tendo o empregado que participou de tais atos processuais alertado o Sr. oficial de justiça que não possuía poderes para tanto, tomam-se os mesmos como válidos. (...) (Agravo (§ 1º art. 557 do CPC) em Embargos de Declaração em Apelação Cível n. 2003.013688-6, rel. Des. Nicanor da Silveira, j. em 19.05.2005).

Sendo assim, rejeita-se a preliminar suscitada.

Quanto ao mérito, afirmou a apelante que a indenização é descabida, pois o autor, a partir de 06.01.1999, tornou-se gerente da empresa, deixando de ser mero representante comercial. Sustentou,

ainda, que, caso o demandante tivesse cumulado ambas as funções, deveria ter comunicado a empresa acerca do término do seu contrato como representante. Por fim, afirmou que o demandante abandonou seu trabalho, sem justificativa, pelo que deu causa à rescisão do contrato.

Em contrapartida, o autor sustentou, na exordial, que foi desligado da empresa três meses depois de ter assumido a administração, sem ser previamente avisado no prazo estipulado, pelo que requer a condenação da requerida ao pagamento da indenização correspondente.

O recurso merece ser acolhido por outro fundamento.

A Lei n. 4.886/65 – que regula a atividade de representação comercial autônoma – prevê a possibilidade das partes estipularem o pagamento de indenização no caso de rescisão contratual unilateral, sem prévio aviso de 30 (trinta) dias, nos contratos com prazo indeterminado com duração superior a 6 (seis) meses. *In verbis*:

> Art. 34. A denúncia, por qualquer das partes, sem causa justificada, do contrato de representação, ajustado por tempo indeterminado e que haja vigorado por mais de seis meses, obriga o denunciante, salvo outra garantia prevista no contrato, à concessão de pré-aviso, com antecedência mínima de trinta dias, ou ao pagamento de importância igual a um terço (1/3) das comissões auferidas pelo representante, nos três meses anteriores. (grifou-se).

No caso, as partes estipularam uma cláusula contratual nesse sentido, conforme se depreende da leitura do item 6º:

> (...) 6º - A sua denúncia, sem causa justificada, por qualquer das partes aqui contratantes, exigirá um pré-aviso concedido pelo denunciante no mínimo de 60 (sessenta) dias e, se não houver esse pré-aviso escrito, sujeita-se o denunciante, seja o REPRESENTANTE ou a REPRESENTADA, ao pagamento de importância igual a 120 (cento e vinte) salários mínimos regional. (fl. 10).

Analisando os autos, observa-se que é incontroverso que o autor foi contratado como representante comercial da requerida em novembro

de 1998, assumiu sua administração em dezembro do mesmo ano e teve seu contrato rescindido no início de fevereiro de 1999.

Dessa forma, ainda que seja considerado o tempo em que o requerente esteve à frente da administração da empresa requerida, o período em que esteve ligado à ré foi de aproximadamente 3 (três) meses, duração que não é suficiente para a configuração de seu direito ao aviso prévio e, em consequência, à respectiva indenização.

Importante destacar que o fato do contrato não prever prazo para a configuração do direito não impede a aplicação da norma, pois, em se tratando de legislação que institui direito aos contratantes, os parâmetros legais devem ser considerados como referência para o exercício da liberdade contratual; isto é, devem ser reputados como padrão mínimo para a elaboração de cláusulas contratuais, além de serem utilizados na ausência de previsão contratual a respeito, como ocorre no caso.

Corroborando com o entendimento acima exarado, ensina Rubens Requião que o prazo de 6 (seis) meses é necessário para a configuração do direito ao aviso prévio, uma vez que contratos de representação vigentes por prazo inferior são considerados como contrato de experiência. Veja-se:

> (...) O preceito impõe, além disso, outro requisito para a ocorrência do direito de ser o contratante avisado previamente da denúncia do contrato: o de que haja vigorado por mais de seis meses. Deve compreender-se, pois, que tendo o contrato de representação comercial tido vigência inferior a seis meses, excluído está o direito ao aviso prévio. Disso resulta que se deve considerar que o contrato de representação comercial, por prazo indeterminado, no período inferior a seis meses, é tido como de experiência. Não enseja aviso prévio. Ultrapassado o prazo pela vigência contratual, só então surge esse direito. (*Do representante comercial*: comentários à Lei nº 4.886, de 9 de dezembro de 1965, à Lei nº 8.420, de 8 de maio de 1992, e ao Código Civil de 2002. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 249) (sublinhou-se).

Em caso semelhante, colhe-se da jurisprudência pátria:

> APELAÇÃO CÍVEL. CONTRATO DE REPRESENTAÇÃO COMERCIAL - LEI Nº 4.886/65. RESCISÃO IMOTIVADA. INDENIZAÇÃO. CLÁUSULA PENAL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.
>
> 1. A INDENIZAÇÃO DEVIDA NO CASO DE RESCISÃO IMOTIVADA DO CONTRATO DE REPRESENTAÇÃO COMERCIAL DECORRE DE IMPOSIÇÃO NORMATIVA DE ORDEM PÚBLICA E, POR ISSO, NÃO PODE SER AFASTADA POR DISPOSIÇÃO DAS PARTES.
>
> 2. COMPROVADA A PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS, O REPRESENTANTE TEM DIREITO ÀS RESPECTIVAS COMISSÕES/BONIFICAÇÕES.
>
> 3. NÃO É ABUSIVA A CLÁUSULA PENAL FAVORÁVEL APENAS AO REPRESENTADO, POIS O REPRESENTANTE PODE, COM BASE NA LEI, EXIGIR INDENIZAÇÃO PELOS PELOS PREJUÍZOS QUE COMPROVAR.
>
> 4. **O AVISO PRÉVIO DE QUE TRATA O ART. 34, DA LEI 4.886/65, SOMENTE TEM LUGAR SE HOUVER DENÚNCIA IMOTIVADA DE CONTRATO POR PRAZO INDETERMINADO QUE TENHA VIGORADO POR MAIS DE SEIS MESES.** NO CASO, O CONTRATO TINHA PRAZO DETERMINADO.
>
> 5. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS REDIMENSIONADOS, ANTE A PARCIAL ALTERAÇÃO DA SENTENÇA, LEVANDO EM CONTA A SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA, MAS EM DIFERENTES PROPORÇÕES. (TJDF, Apelação Cível n. 0061249-02.2008.8.07.0001, rel. Des. Fernando Habibe j. em 24.07.2013) (grifou-se).

Ressalte-se, ainda, que não se desconhece a possibilidade de indenização por rescisão unilateral do representado prevista na alínea "j" do art. 27 da Lei n. 4.886/65, a saber: *"indenização devida ao representante pela rescisão do contrato fora dos casos previstos no art. 35 [motivos que configuram justa causa], cujo montante não poderá ser inferior a 1/12 (um doze avos) do total da retribuição auferida durante o tempo em que exerceu a representação"*.

Entretanto, esta indenização não se confunde com a verba requerida nesta demanda, por serem relacionados a atos ilícitos distintos. Enquanto a presente no art. 34 da citada norma refere-se à falta de prévio aviso acerca da rescisão contratual, a segunda, prevista no art. 27, é relativa à rescisão contratual sem justa causa.

A fim de corroborar o fato de que tais verbas indenizatórias são distintas, destaca-se parte de julgado do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais:

> (...) Nos termos do art. 34 da Lei que regula as atividades dos representantes comerciais, a denúncia, pelas partes, sem causa justificada, do contrato de representação, ajustado por tempo indeterminado e em vigor por mais de seis meses, obriga o denunciante, salvo outra garantia prevista no contrato, à concessão de pré-aviso, com antecedência mínima de trinta dias, ou ao pagamento de importância igual a um terço (1/3) das comissões auferidas pelo representante, nos três meses anteriores à denúncia do contrato, não excluindo tal pagamento a indenização legal prevista no art. 27, letra j da mesma Lei. (...) (Apelação Cível n. 313.497-4 - 13.12. 2000, rel. Des. Edilson Fernandes, j. em 13.12.2000) (destacou-se).

Assim, tendo em vista que se tratam de verbas devidas a títulos distintos, bem como que o pedido do autor limita-se à indenização por ausência de aviso prévio, não se pode condenar a requerida ao pagamento da indenização referente à alínea "j" acima citada, sob pena de configuração de nulidade, por julgamento *extra petita*, e de ofensa à vedação da *reformatio in pejus*.

Diante disso, deve ser reformada a sentença para julgar improcedente o pedido do autor, tornando-se imperiosa, em consequência, a redistribuição dos ônus da sucumbência, à luz do que dispõe o art. 20, caput e § 4º, do Código de Processo Civil, *in verbis*:

> Art. 20. A sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios. Essa verba honorária será devida, também, nos casos em que a advogado funcionar em causa própria.

> (...)
>
> § 3º Os honorários serão fixados entre o mínimo de dez por cento (10%) e o máximo de vinte por cento (20%) 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 favorecida 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.

Pois bem. Levando-se em consideração as normas das alíneas "a", "b" e "c", todas do § 3º do dispositivo legal em testilha, deverá a parte autora arcar com as custas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em R$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais). Contudo, concede-se o benefício da justiça ao demandante, porquanto os elementos acostados aos autos dão conta de sua situação de desemprego (confira-se às fls. 1/8).

Pelo exposto, conhece-se do recurso para dar-lhe provimento, a fim de, reformando a sentença, julgar improcedente o pedido do autor, invertendo-se, por conseguinte, os encargos sucumbenciais, nos termos acima expostos.

Este é o voto.

QUARTA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

Apelação Cível n. 2014.076679-2, de Biguaçu

Relator: Des. José Carlos Carstens Köhler

APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS DE TERCEIRO. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. PENHORA SOBRE EMBARCAÇÃO. SENTENÇA QUE REJEITA OS EMBARGOS DE TERCEIRO. IRRESIGNAÇÃO DO EMBARGANTE.

PROCESSUAL CIVIL. AVENTADA TEMPESTIVIDADE DOS EMBARGOS DE TERCEIRO. ACOLHIMENTO. APLICAÇÃO DO ART. 1.048 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. LIDE EXECUTIVA. CONTAGEM DO PRAZO. DISCUSSÃO ACERCA DO TERMO INICIAL. QUINQUÍDEO CUJO MARCO INICIAL É, VIA DE REGRA, A DATA DA TURBAÇÃO OU ESBULHO. CONTAGEM DO PRAZO A PARTIR DA DATA DA ADJUDICAÇÃO, ARREMATAÇÃO OU REMIÇÃO QUE É EXCEÇÃO E TEM LUGAR APENAS NA HIPÓTESE DE COMPROVAÇÃO DA ADREDE CIÊNCIA INEQUÍVOCA DO TERCEIRO SOBRE A EXISTÊNCIA DA DEMANDA EXPROPRIATÓRIA. PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REFORMA DA SENTENÇA NESTA SEARA.

"[...] 3. Segundo a jurisprudência do STJ, a incidência do art. 1048 do CPC pressupõe elevado grau de convicção de que o terceiro-embargante teve prévio conhecimento da turbação ou do esbulho na posse de seus bens por ato de apreensão judical. A propósito, destaca-se julgado da Segunda Turma, no qual se estabeleceu a necessidade de que fique provada a ciência inequívoca (AgRg no REsp 1.206.181/PA, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe 1°/12/2010). 4. Na mesma linha, encontra-se precedente da Quarta Turma, em que o voto condutor do acórdão afasta expressamente a admissibilidade do emprego de presunção para o reconhecimento acerca da prévia ciência do terceiro-embargante (REsp 678.375/GO, Rel. Ministro Massami Uyeda, DJ 26/2/2007, p. 596). [...]" (AgRg no AREsp n. 312124/MG, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 3-12-13).

AVENTADA INOCORRÊNCIA DE FRAUDE À EXECUÇÃO. ADMISSÃO DO RECURSO ESPECIAL N. 956943/pR, DE QUE TRATA A MULTIPLICIDADE DE RECURSOS COM FUNDAMENTO IDÊNTICO À QUESTÃO DE DIREITO, COMO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. JULGAMENTO EM 20-08-14, SOB A RELATORIA DA MINISTRA NANCY ANDRIGHI, QUE ESTIPULOU A NECESSIDADE DE REGISTRO DA PENHORA DO BEM ALIENADO OU DE PROVA DA MÁ-FÉ DO TERCEIRO ADQUIRENTE COMO REQUISITOS NECESSÁRIOS AO RECONHECIMENTO DA FRAUDE À EXECUÇÃO.

"Para fins do art. 543-C do CPC, firma-se a seguinte orientação:

1.1. É indispensável citação válida para configuração da fraude de execução, ressalvada a hipótese prevista no § 3º do art. 615-A do CPC. 1.2. O reconhecimento da fraude de execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente (Súmula n. 375/STJ). 1.3. A presunção de boa-fé é princípio geral de direito universalmente aceito, sendo milenar a parêmia: a boa-fé se presume; a má-fé se prova. 1.4. Inexistindo registro da penhora na matrícula do imóvel, é do credor o ônus da prova de que o terceiro adquirente tinha conhecimento de demanda capaz de levar o alienante à insolvência, sob pena de tornar-se letra morta o disposto no art. 659, § 4º, do CPC. 1.5. Conforme previsto no § 3º do art. 615-A do CPC, presume-se em fraude de execução a alienação ou oneração de bens realizada após a averbação referida no dispositivo. [...]". (REsp n. 956943/PR, Rela. Mina. Nancy Andrighi, Rel. p/ Acórdão Min. João Otávio de Noronha, Corte Especial, j. em 20-8-14).

HIPÓTESE VERTENTE EM QUE INEXISTIU O REGISTRO DA PENHORA EM DOCUMENTO HÁBIL A CONFERIR PUBLICIDADE À CONSTRIÇÃO, CIRCUNSTÂNCIA QUE AFASTA A PRESUNÇÃO ABSOLUTA DE FRAUDE À EXECUÇÃO. POSSIBILIDADE, TODAVIA, DE RECONHECIMENTO DA FRAUDE POR MEIO DA COMPROVAÇÃO DA MÁ-FÉ DO TERCEIRO ADQUIRENTE.

"[...] O registro da penhora e prova da má-fé *'são requisitos alternativos, ou seja, cada um por si só é elemento suficiente para configurar a fraude à execução'* (STJ, AgRg no AgRg no REsp 1182882/RS, Relator Ministro

Luis Felipe Salomão)." (Agravo de Instrumento n. 2013.053957-0, Rela. Desa. Rejane Andersen, j. 8-4-14).

MÁ-FÉ DO TERCEIRO ADQUIRENTE. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO, DE MODO A DERRUIR A PRESUNÇÃO LEGAL DE BOA-FÉ. NUANÇAS DO CASO CONCRETO QUE EVIDENCIAM DE FORMA CONCRETA TER O TERCEIRO ADQUIRIDO O BEM EM CONLUIO COM A DEVEDORA. INCONTROVERSA RELAÇÃO DE AMIZADE ENTRE O EMBARGANTE E A EXECUTADA. OFICIAL DE JUSTIÇA QUE CERTIFICA, ADEMAIS, NO MOMENTO DO CUMPRIMENTO DO MANDADO DE ENTREGA DO BEM, ESTAR A EMBARCAÇÃO NO CAIS DA DEVEDORA, E CARREGADA DE PESCADOS PERTENCENTES A ESTA ÚLTIMA, ALÉM DE PERTENCES PESSOAIS DA TRIPULAÇÃO VINCULADA À EMPRESA DEVEDORA. REPRESENTANTE LEGAL DA EXECUTADA QUE, INCLUSIVE, FICA COMO DEPOSITÁRIO FIEL DO BARCO. CIRCUNSTÂNCIAS QUE EVIDENCIAM A MANUTENÇÃO DO BEM NA POSSE DA EMPRESA DEVEDORA MESMO EMPÓS A ARREMATAÇÃO DA EMBARCAÇÃO NA JUSTIÇA DO TRABALHO PELO TERCEIRO. DÚVIDAS ACERCA DA EFETIVA DISPONIBILIDADE FINANCEIRA PARA AQUISIÇÃO DO BEM PELO EMBARGANTE COMO MAIS UM INDÍCIO DE CONLUIO ENTRE O TERCEIRO E A DEVEDORA. ELEMENTOS QUE, QUANDO SOPESADOS EM CONJUNTO, TÊM O CONDÃO DE ATESTAR A MÁ-FÉ DO EMBARGANTE, REDUNDANDO NO RECONHECIMENTO DA INEFICÁCIA, PERANTE A EXECUÇÃO, DA ARREMATAÇÃO REALIZADA JUNTO À JUSTIÇA DO TRABALHO. SENTENÇA MANTIDA QUANTO AO TEMA.

AVENTADA NECESSIDADE DE INTERPOSIÇÃO DE AÇÃO PAULIANA PARA VER RECONHECIDA A FRAUDE À EXECUÇÃO. ARGUMENTO INACOLHIDO. ATO ENSEJADOR DA DECRETAÇÃO DA FRAUDE À EXECUÇÃO QUE PODE SER DECLARADO EM SEDE DE EMBARGOS DE TERCEIRO.

"[...] Todavia, o ato ensejador da decretação da fraude à execução pode ser perfeitamente reconhecido nos embargos de terceiros. […] o ato praticado em fraude à execução dispensa o ajuizamento da ação paulina

> para que possa ser reconhecido; a declaração de sua ineficácia pode ser feita no âmbito dos embargos de terceiro ou na própria execução objeto do processo principal; e se faz até mesmo de ofício. (CAHALI, Yussef Said. Fraude Contra Credores.São Paulo: Revista dos Tribunais. 3ª edição. p.465-466). Portanto, não acolhido o argumento do insurgente." (Apelação Cível n. 2006.019804-2, Rel. Des. José Inácio Schaefer, j. 22-6-10).
>
> ÔNUS SUCUMBENCIAIS. INCONFORMISMO DO EMBARGANTE QUANTO À VERBA HONORÁRIA. PRETENDIDAS ALTERAÇÃO DO CRITÉRIO DE FIXAÇÃO E MINORAÇÃO. SENTENÇA DE CUNHO CONSTITUTIVO NEGATIVO. ESTIPÊNDIO QUE DEVE SER FIXADO EM CONFORMIDADE COM A REGRA DISPOSTA NO § 4º DO ART. 20 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. UTILIZAÇÃO NO *DECISUM* DE CRITÉRIO EQUIVOCADO. REFORMA IMPERATIVA. ARBITRAMENTO EM R$ 20.000,00 (VINTE MIL REAIS), EM OBSERVÂNCIA AOS BALIZAMENTOS DAS ALÍNEAS "A", "B" E "C" DO § 3º DO ART. 20 DO CÂNONE PROCESSUAL CIVIL.
>
> RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2014.076679-2, da 1ª Vara Cível da Comarca de Biguaçu, em que é apelante Benoni Grapp Filho, e apelada JW Fish S/A:

A Quarta Câmara de Direito Comercial decidiu, por unanimidade, dar parcial provimento ao Apelo. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Lédio Rosa de Andrade, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. José Inácio Schaefer.

Florianópolis, 24 de fevereiro de 2015.

Carstens Köhler
RELATOR

RELATÓRIO

Benoni Grapp Filho interpôs Apelação (fls. 450-647) contra a sentença prolatada pelo Magistrado *a quo* que, nos Embargos de Terceiro n. 0301394-17.2014.8.24.0007, julgou improcedente a pretensão deduzida na exordial, nos seguintes termos (fls. 312-320):

> Diante do exposto, o que mais dos autos consta e os princípios de direito aplicáveis, **JULGO IMPROCEDENTES os Embargos de Terceiro** opostos por **Benoni Grapp Filho** nos autos da Execução por Quantia Certa nº. 0004405-35.2011.8.24.0007 proposta por **J.W. Fish S/A**, com fulcro nos art. 1.046 c/c 1.048 do Código de Processo Civil, dando-se seguimento à ação executional.
>
> Condeno o Embargante ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, fixando estes em 20% (vinte por cento) do valor da causa, nos termos do art. 20, §3º., CPC.
>
> Expeça-se Ofício à Capitania dos Portos em Itajaí-SC, para que seja retirada a anotação de inalienabilidade da embarcação "Vô Chico V".
>
> Desapensem-se os presentes autos, acostando-se fotocópia deste decisum no feito apenso.

Nas razões recursais, o Apelante aduz, em síntese, que: (a) muito embora tenha havido penhora no processo cível, não foi dada a devida publicidade a este ato, o que deveria ter ocorrido mediante o registro da penhora no histórico nacional da embarcação, que seria o documento hábil a fazer com que essa penhora fosse conhecida por aqueles que consultassem os documentos da embarcação; (b) inexiste qualquer prova ou elemento robusto acerca da ocorrência de fraude à execução, simulação, conluio ou ato de má-fé do Apelante, tendo incidência ao caso o art. 333, inciso II, do CPC; (c) é aplicável a Súmula 195 do STJ; (d) a afirmação contida na sentença no sentido de que tinha absoluta ciência da existência da penhora é absurda, pois o Juiz quer atribuir ao terceiro uma responsabilidade que não lhe pertence, haja vista que tomou todas as cautelas quando da ocorrência do procedimento de leilão na esfera

trabalhista, ocasião em que as certidões referentes à embarcação foram renovadas e não apontaram a existência de qualquer outra penhora; (e) não há qualquer prova de que o Apelante tivesse conhecimento da penhora em questão, sendo tal fato indispensável para que se possa afastar a boa-fé e a condição de terceiro; (f) os Embargos de Terceiro são tempestivos, porquanto a assinatura do auto de adjudicação não é ato que se dá publicidade, inexistindo qualquer intimação pessoal ou publicação de decisão aos Procuradores para que tal data seja considerada como termo inicial para efeitos práticos; (g) além disso, qualquer ato realizado na execução apensa não teria o condão de informar o Recorrente, sendo impossível que este tivesse conhecimento dos atos expropriatórios da embarcação em processo no qual não é parte, de sorte que o prazo só poderia ser contado a partir do momento em que tomou conhecimento do ato (02-6-14), quando o Oficial de Justiça realizou a diligência para tomada do bem, a qual se efetivou em 03-6-14, mesma data do ajuizamento da demanda; (h) alternativamente, a sentença merece reforma quanto aos honorários advocatícios fixados, porquanto (h.1) foi utilizado critério equivocado, haja vista ser aplicável ao caso a regra do § 4º e não a do § 3º, ambos do art. 20 do CPC, e (h.2) o montante arbitrado é excessivo, devendo ser limitado ao patamar máximo de R$ 1.000,00 (mil reais).

Recebido o Apelo (fl. 471) e vertidas as contrarrazões (fls. 473-481), os autos ascenderam a este grau de jurisdição, sendo distribuídos a esta relatoria por vinculação aos Agravos de Instrumento de ns. 2014.037205-2, 2014.037191-9 e 2014.045885-7.

Este Colegiado, por votação unânime, considerando ser indispensável a trazida ao processo de documentos para fins de esclarecimento, converteu o julgamento em diligência (fls. 581-588), cuja parte dispositiva tem o seguinte teor:

> Ante o exposto, por unanimidade, converte-se o julgamento em diligência, susta-se o julgamento do presente Recurso, para que seja expedido ofício de requisição por meio de AR/MP firmado por este Relator, acompanhado de fotocópias de fls. 33-34, 234, 392 e do presente

> decisório, com prazo de cumprimento de 15 (quinze) dias, à Delegacia da Capitania dos Portos em Itajaí (situada na Avenida Prefeito Paulo Bauer, 1055, Centro, Itajaí-SC, CEP 88.031-020), através do senhor Oficial da Marinha do Brasil que a dirige – sr. José Savio Feres Rodrigues, Capitão de Fragata – para que envie a este Colegiado:
>
> (a) certidão detalhada acerca da data em que foi averbada a penhora referente aos autos 007.11.004405-0 (0301394-17.2014.8.24.0007) junto ao relatório da embarcação; e
>
> (b) a íntegra do histórico da embarcação Vô Chico V, inscrita sob o n. 4410170562, compreendendo seu eventual recadastramento com todas as anotações, através de cópias fotostáticas autenticadas.
>
> (fls.587-588).

Em cumprimento à determinação, a Delegacia da Capitania dos Portos em Itajaí/SC encaminhou as informações solicitadas (fls. 592-598), facultando-se a manifestação das Partes acerca da mencionada documentação (fl. 600), o que se verificou, tendo ambas insistido nas teses adredemente sustentadas.

Empós, vieram os autos conclusos a esta relatoria.

É o necessário escorço.

VOTO

Para facilitar o entendimento, a análise das matérias será feita por tópicos.

1 Da tempestividade dos Embargos de Terceiro

O Recorrente aduz que: (a) os Embargos de Terceiro são tempestivos, porquanto a assinatura do auto de adjudicação não é ato que se dá publicidade, inexistindo qualquer intimação pessoal ou publicação de decisão aos Procuradores para que tal data seja considerada como termo inicial para efeitos práticos; e (b) além disso, qualquer ato realizado na execução apensa não teria o condão de informar o Recorrente, sendo

impossível que este tivesse conhecimento dos atos expropriatórios da embarcação em processo no qual não é parte, de sorte que o prazo só poderia ser contado a partir do momento em que tomou conhecimento do ato (02-6-14), quando o Oficial de Justiça realizou a diligência para tomada do bem, a qual se efetivou em 03-6-14, mesma data do ajuizamento da demanda.

Na sentença restou consignado acerca do tema:

> [...] Evidenciado que o Embargante era um "laranja" da Executada, esse fato fulmina estes Embargos de Terceiro em diversos aspectos.
>
> Em primeiro lugar, quanto à tempestividade, pois foram opostos muito após a assinatura da Carta de Adjudicação de fl. 340, em 09/05/2014, desrespeitando o art. 1.048 do CPC. Não há que se falar, nesse aspecto, que o Embargante era "terceiro" e só tomou conhecimento da demanda por meio do esbulho com o Mandado de Entrega do Bem Adjudicado – pois, como se vê, sequer estava ele na posse do bem naquele ato judicial, tendo sido intimado o sócio-proprietário da Executada (fl. 346 dos autos da Execução).
>
> (fl. 317).

A questão nodal envolve a aplicação do art. 1.048 do Cânone Processual Civil, que reza:

> Art. 1.048. Os embargos podem ser opostos a qualquer tempo no processo de conhecimento enquanto não transitada em julgado a sentença, e, no processo de execução, até 5 (cinco) dias depois da arrematação, adjudicação ou remição, mas sempre antes da assinatura da respectiva carta.

Acerca da matéria, o Superior Tribunal de Justiça tem decidido que o termo *a quo*, em regra, será a data da turbação ou esbulho, considerando-se o marco inicial como o da data da arrematação, ajudicação ou remição apenas na hipótese de restar demonstrada a ciência inequívoca do terceiro acerca da existência da execução, senão confira-se:

> PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE TERCEIRO. TERMO INICIAL. VIOLAÇÃO DO ART. 1.048 DO CPC. TERCEIRO-

EMBARGANTE. NECESSIDADE DE PRÉVIA CIÊNCIA INEQUÍVOCA DOS ATOS DE APREENSÃO JUDICAL. JURISPRUDÊNCIA DO STJ PELA IMPOSSIBILIDADE DO EMPREGO DE PRESUNÇÃO.

1. Cinge-se a controvérsia a definir qual o termo inicial do prazo para ajuizamento de Embargos de Terceiro no caso concreto. Na decisão agravada, ficou assentado que, diante da conclusão do Tribunal a quo – de que a parte teve prévio conhecimento do trâmite do processo de Execução –, o acolhimento da pretensão recursal esbarra no óbice da Súmula 7/STJ.

2. No Agravo Regimental, a parte sustenta, em síntese, que o mérito do Recurso Especial consiste em saber se é possível afirmar, com base na presunção, que o terceiro-embargante tinha ciência dos atos executórios, ou se, para isso, é imprescindível prova documental idônea (fl. 486).

3. Segundo a jurisprudência do STJ, a incidência do art. 1048 do CPC pressupõe elevado grau de convicção de que o terceiro-embargante teve prévio conhecimento da turbação ou do esbulho na posse de seus bens por ato de apreensão judical. A propósito, destaca-se julgado da Segunda Turma, no qual se estabeleceu a necessidade de que fique provada a ciência inequívoca (AgRg no REsp 1.206.181/PA, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe 1°/12/2010).

4. Na mesma linha, encontra-se precedente da Quarta Turma, em que o voto condutor do acórdão afasta expressamente a admissibilidade do emprego de presunção para o reconhecimento acerca da prévia ciência do terceiro-embargante (REsp 678.375/GO, Rel. Ministro Massami Uyeda, DJ 26/2/2007, p. 596).

5. Apesar de admitir que esse rigorismo processual pode dar margem a condutas fraudulentas e dificultar recuperação de créditos, curvo-me ao entendimento do STJ em favor do devedor e realinho minha posição original.

6. Agravo Regimental provido.

(AgRg no AREsp n. 312124/MG, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 3-12-13).

Este Sodalício não destoa deste entendimento:

> APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS DE TERCEIRO. PRELIMINARES. DEGRAVAÇÃO DO ÁUDIO DA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO. AUSÊNCIA DE PEDIDO DAS PARTES. PROVIMENTO 10/2007, DA CGJ. DESNECESSIDADE, ANTE PROVAS JÁ DOCUMENTADAS. INÉPCIA DA INICIAL. INOCORRÊNCIA. TEMPESTIVIDADE. ART. 1.048, CPC. PRAZO INICIAL. CIÊNCIA DO TERCEIRO. PRECEDENTES. MÉRITO. ADQUIRENTE DO BEM OBJETO DA EXECUÇÃO. MÁ-FÉ NÃO COMPROVADA. FRAUDE DE EXECUÇÃO. INOCORRÊNCIA. CONSTRIÇÃO DO BEM. DESCABIMENTO. FALSIDADE DOCUMENTAL. PRECLUSÃO.
>
> "É conclusão que atende à lógica e aos princípios constitucionais aplicáveis ao processo civil, inclusive o da razoabilidade, que o decurso de prazos somente tenha início quando da ciência, da parte interessada, acerca das ocorrências processuais contra as quais possa se insurgir; assim, não tendo a embargante ciência do processo executório, o prazo para a interposição dos embargos inicia-se da data do cumprimento do mandado de imissão na posse (TJSC, Ap. Cív. n. 2005.021365-7, de Itajaí, Rel. Juiz Sérgio Izidoro Heil, j. em 27-7-06)" (Apelação Cível n. 2007.031519-1, de Balneário Camboriú, rel. Des. Ricardo Fontes, j. em 18-10-2007).
>
> (Apelação Cível n. 2009.020217-5, Rel. Des. Salim Schead dos Santos, j. 13-8-09).

Assim, a ciência inequívoca não pode ser presumida, porquanto apenas na hipótese de demonstração cabal de prévio conhecimento da existência de demanda executiva envolvendo o bem é que o termo de início da contagem do prazo de cinco dias passa a ser a data da arrematação, adjudicação ou remição.

No caso concreto, para que se vislumbre o termo *a quo* da contagem dos cinco dias à propositura dos Embargos de Terceiro é preciso aquilatar o momento da ciência do terceiro acerca da demanda executiva.

Para tanto, necessário realizar breve escorço histórico do feito.

JW Fish S.A. manejou execução contra devedor solvente – autos n. 0004405-35.2011.8.24.0007 – em face de Indústria e Comércio de Pescados Chico's Ltda., sendo na lide expropriatória ordenada a penhora sobre a embarcação Vô Chico V, sendo a decisão datada de 16-5-12 (fls. 231-232).

A Delegacia da Capitania dos Portos em Itajaí oficiou ao Juízo em 17-7-12 comunicando "que foi lançado no histórico da embarcação 'VÔ CHICO V', inscrição nº 4410170562, a penhora que grava a referida embarcação" (fl. 234).

Em 08-01-13 o mandado de penhora foi cumprido (fls. 236-238).

Também foi trazida ao feito certidão de propriedade e ônus sobre a embarcação, datada de 22-01-13, emitida pela Delegacia da Capitania dos Portos em Itajaí, informando "que a embarcação VÔ CHICO V, encontra-se inscrita nesta Delegacia sob o número 4410170562, na propriedade de IND. E COM. DE PESCADOS CHICO'S LTDA, constando uma penhora referente aos Autos nº 007.11.004405-0 da 1ª Vara Cível da Comarca de Biguaçu – SC e encontra arrolada pela Receita Federal do Brasil, em Florianópolis" (fl. 240).

Na demanda executiva foi deferido, em 27-3-14, o pleito de adjudicação da embarcação "Vô Chico V", salientando o Magistrado não haver, naquele momento, "registro formal de efetivos credores concorrendo ao bem" (fl. 242), sendo o respectivo auto lavrado em 24-4-14 (fl. 243), com cumprimento do mandado de entrega em 02-6-14 (fl. 247).

Em 02-6-14 Benoni Grapp Filho manejou os presentes Embargos de Terceiro amealhando os seguintes documentos: a) mandado de entrega do bem móvel adjudicado oriundo da 1ª Vara Cível da Comarca de Biguaçu, datado de 20-5-14 (fl. 10); b) Carta de Arrematação vazada pela 2ª Vara do Trabalho de São José/SC, datada de 13-9-13 (fl. 11); c) Termo de Responsabilidade de Segurança da Navegação emitido pela Diretoria

de Portos e Costas da Marinha do Brasil (fl. 12); d) título de inscrição da embarcação (fl. 13); e) Carta Precatória Executória da 2ª Vara do Trabalho de São José/SC, acompanhada de histórico da tramitação (fls. 15-77), de onde se extrai: (e.1) a Deprecata para penhora, expedida em 03-9-12 (fl. 19); (e.2) mandado de penhora e avaliação (fl. 22), devidamente cumprido em 06-11-12 (fl. 24); (e.3) auto de penhora e avaliação (fl. 25); (e.4) ofício datado de 12-3-13, encaminhado pela Delegacia da Capitania dos Portos em Itajaí ao Juízo Trabalhista, informando ter sido lançada no registro da embarcação a penhora (fl. 29); (e.5) ofício datado de 20-3-13, encaminhado pela Capitania dos Portos de Santa Catarina, informando que encaminhou a determinação do registro de penhora para a Delegacia da Capitania dos Portos em Itajaí, responsável pela embarcação, "conforme relatório anexado a este documento" (fl. 32), acompanhado do relatório de embarcação nacional (fls. 33-34); (e.6) ofício datado de 23-4-13, encaminhado pela Delegacia da Capitania dos Portos em Itajaí ao Juízo Trabalhista, informando ter sido lançada no registro da embarcação a penhora (fl. 39); (e.7) autorização judicial para hasta pública e venda direta com prévia remoção de bens (fls. 50-51); (e.8) designação da hasta pública para 28-8-13 (fl. 52); (e.9) edital de leilão (fls. 53-55); (e.10) auto de arrematação (fl. 63); (e.11) comprovantes de depósito (fls. 65-66); (e.12) decisão homologatória da arrematação (fl. 67); e (e.13) carta de arrematação (fl. 69).

In casu, o Inconformado sustenta ter tomado ciência acerca da lide expropriatória somente em 02-6-14, momento em que o Oficial de Justiça realizou diligência para a retomada do bem.

Por sua vez, a Embargada defende que a ciência ocorreu muito tempo antes, já na Justiça do Trabalho, porquanto quando lá ocorreu a arrematação da embarcação pelo Terceiro, a penhora na demanda executiva já estava registrada nos assentos do barco junto à Marinha do Brasil. É dizer, quando arrematou o bem em 13-9-13, o Embargante já tinha ciência inequívoca da ação executiva, haja vista que a penhora nestes autos foi devidamente registrada pela Capitania dos Portos em 17-7-12.

Observando-se os documentos presentes no feito, extrai-se que:

(a) a penhora na lide executiva foi ordenada pelo Magistrado em 16-5-12, mas efetivamente cumprida apenas em 08-01-13;

(b) neste intervalo, mais precisamente em 13-7-12, a Capitania dos Portos realizou o lançamento da penhora atinente ao feito expropriatório no histórico da embarcação, que consiste em movimentação interna, ou seja, para a qual não se dá publicidade;

(c) na Justiça do Trabalho a penhora foi ordenada em setembro de 2012 (fl. 19), sendo o mandado efetivamente cumprido em 06-11-12 (fl. 24), com informação da Capitania dos Portos de lançamento da penhora no registro da embarcação na data de 12-3-13 (fl. 29), exteriorizando-se tal registro por meio do "relatório de embarcação nacional";

(d) em resposta ao comando deste Colegiado (fls. 581-588), a Delegacia da Capitania dos Portos em Itajaí informou por meio do ofício n. 18, de 9-1-15 (fl. 592), que *"a data de lançamento da averbação da penhora referente aos autos 007.11.004405-0 junto ao histórico da embarcação 'VÔ CHICO V', inscrição nº 4410170562, na propriedade de BENONI GRAPP FILHO – CPF 290.282.729-68, ocorreu em 26 de março de 2012, conforme documento em anexo, no qual consta o histórico da embarcação em lide"*.

E, acompanhando este último ofício, tem-se o "relatório de embarcação nacional" (fls. 593-596) e o "histórico de pendências" (fls. 597-598), dos quais são colhidas as seguintes conclusões:

(a) no "relatório de embarcação nacional" não há indicação da penhora realizada na lide executiva, havendo menção apenas da constrição referente à Justiça Trabalhista; e

(b) no "histórico de pendências" consta o lançamento da informação de emissão de certidão "pelo Cartório de Distribuição da Comarca de Biguaçu, referente [a] uma ação de execução por quantia certa contra devedor solvente, tendo como exequente J.W. Fish S/A e executado: Indústria e Comércio de Pescados Chico's Ltda." (fl. 597).

Merece ser observado que tanto o relatório de embarcação nacional quanto o histórico de pendências são confeccionados pela Capitania dos Portos através da alimentação de sistema interno, para o qual não se confere publicidade, sendo que, inclusive, a expedição dos mesmos só se dá por determinação judicial ou a requerimento do proprietário da embarcação/ pessoa que detenha procuração deste para tal fim.

A mais disso, é preciso consignar que as informações contidas nos ofícios da Delegacia da Capitania dos Portos em Itajaí são dissonantes entre si e também quando comparadas com aquelas presentes nos demais documentos emanados do mesmo Órgão (relatório de embarcação nacional, histórico de pendências e certidão de propriedade e ônus sobre embarcação – fl. 392), sobressaindo de forma mais cristalina a dúvida quanto à publicidade da penhora relativa ao feito executivo.

Cabe ainda enfatizar que a não equivalência dos dados decorre da circunstância de que as informações encaminhadas à Capitania dos Portos são lançadas em sistemas internos distintos e independentes, gerando equívocos como o constatado no presente feito, em que a informação da penhora consta em um dos sistemas mas não no outro, o que inclusive justifica as informações desencontradas e até contraditórias constantes nos ofícios encaminhados pela Delegacia da Capitania dos Portos em Itajaí.

Em resumo, tem-se que embora a Delegacia da Capitania dos Portos tenha efetivamente recebido os comandos de averbação das penhoras referentes à 2ª Vara do Trabalho de São José e à 1ª Vara Cível da Comarca de Biguaçu, e a eles tenha obedecido, o fato é que esse cumprimento se deu de forma distinta, dentro do âmbito interno do aludido Órgão, sendo uma das penhoras lançada no "relatório de embarcação nacional" e a outra constrição averbada no "histórico de pendências".

Todavia, sendo os dois sistemas vinculados à Capitania dos Portos, foi possível que a Delegacia da Capitania dos Portos extraísse

a informação de que efetivamente havia a inserção do gravame atinente à execução em debate, sendo esta a informação constante dos ofícios encaminhados ao Juízo de Biguaçu.

Por fim, não se pode perder de vista que a transferência de propriedade da embarcação para o Terceiro junto à Capitania dos Portos se deu em cumprimento à Carta de Arrematação oriunda da Justiça do Trabalho, sendo com base em tal documento, sem exigência de qualquer outro, realizada a averbação. Dessarte, não se pode afirmar com a certeza exigível que o conhecimento acerca da penhora na lide executiva tenha se dado neste momento.

Partindo dessas premissas, chega-se à ilação de que não é possível atestar de forma inconteste ter o Embargante ciência inequívoca da existência da demanda executiva, haja vista que ao tempo da arrematação do bem junto à Justiça Trabalhista – 13-9-13 – não constava no "relatório de embarcação nacional" qualquer informação acerca da constrição oriunda da Comarca de Biguaçu.

Logo, o termo inicial à contagem do quinquídeo previsto no art. 1.048 do CPC não pode ser a data da adjudicação da embarcação na lide executiva, mas sim a data do esbulho, qual seja, do cumprimento do mandado de entrega do bem pelo Oficial de Justiça.

Em considerando que o mandado de entrega da embarcação foi cumprido pelo Oficial de Justiça em 02-6-14 (fls. 245-247), o prazo para a oposição dos Embargos de Terceiro teve início em 03-6-14, e no caso concreto tem-se a data do protocolo do pórtico inaugural como sendo 02-6-14 (fl. 2), circunstância que revela a tempestividade dos Embargos.

2 Da anterioridade da penhora/fraude à execução

Aduz o Inconformado que: (a) muito embora tenha havido penhora no processo cível, não foi dada a devida publicidade a este ato, o que deveria ter ocorrido mediante o registro da penhora no histórico

nacional da embarcação, que seria o documento hábil a fazer com que essa penhora fosse conhecida por aqueles que consultassem os documentos da embarcação; (b) inexiste qualquer prova ou elemento robusto acerca da ocorrência de fraude à execução, simulação, conluio ou ato de má-fé do Apelante, tendo incidência ao caso o art. 333, inciso II, do CPC; (c) é aplicável a Súmula 195 do STJ; (d) a afirmação contida na sentença no sentido de que tinha absoluta ciência da existência da penhora é absurda, pois o Juiz quer atribuir ao terceiro uma responsabilidade que não lhe pertence, haja vista que tomou todas as cautelas quando da ocorrência do procedimento de leilão na esfera trabalhista, ocasião em que as certidões referentes à embarcação foram renovadas e não apontaram a existência de qualquer outra penhora; (e) não há qualquer prova de que o Apelante tivesse conhecimento da penhora em questão, sendo tal fato indispensável para que se possa afastar a boa-fé e a condição de terceiro.

Sustenta o Embargante, em resumo, ser o legítimo proprietário da embarcação Vô Chico V, porquanto teria arrematado o aludido bem em leilão realizado pela Justiça Trabalhista, sendo que ao tempo da aquisição não havia menção no histórico da embarcação acerca da existência de qualquer penhora.

Essa tese é rebatida pela Exequente/Embargada, que defende a pré-existência de penhora no Juízo Estadual, circunstância que acarretaria na ciência inequívoca da existência da execução ao tempo da arrematação na Justiça Trabalhista, na configuração da fraude à execução e, por fim, na violação ao art. 698 do Cânone Processual Civil.

Como se vê, mais uma vez se denota que a questão central gira em torno da existência do registro da penhora referente à lide executiva, contrapondo-se as teses de (i) mera comunicação entre o Juízo de Biguaçu e a Capitania dos Portos mediante ofícios e correspondências e (ii) efetivo ato de publicidade do gravame por meio de registro da penhora em documento hábil.

Ao deslinde da *quaestio* é preciso trazer à baila, em primeiro lugar, o entendimento emanado pelo Superior Tribunal de Justiça, que em procedimento dos repetitivos (REsp 956943/RS, Rela. Mina. Nancy Andrighi, j. 20-8-14) proclamou os requisitos ao reconhecimento da fraude à execução:

> Para fins do art. 543-C do CPC, firma-se a seguinte orientação:
>
> 1.1. É indispensável citação válida para configuração da fraude de execução, ressalvada a hipótese prevista no § 3º do art. 615-A do CPC.
>
> 1.2. O reconhecimento da fraude de execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente (Súmula n. 375/STJ).
>
> 1.3. A presunção de boa-fé é princípio geral de direito universalmente aceito, sendo milenar a parêmia: a boa-fé se presume; a má-fé se prova.
>
> 1.4. Inexistindo registro da penhora na matrícula do imóvel, é do credor o ônus da prova de que o terceiro adquirente tinha conhecimento de demanda capaz de levar o alienante à insolvência, sob pena de tornar-se letra morta o disposto no art. 659, § 4º, do CPC.
>
> 1.5. Conforme previsto no § 3º do art. 615-A do CPC, presume-se em fraude de execução a alienação ou oneração de bens realizada após a averbação referida no dispositivo. [...]
>
> (REsp n. 956943/PR, Rela. Mina. Nancy Andrighi, Rel. p/ Acórdão Min. João Otávio de Noronha, Corte Especial, j. em 20-8-14).

Destaca-se ainda o proclamado pela Corte da Cidadania por meio dos verbetes 195 e 375, a saber:

> Súmula 195. Em Embargos de Terceiro não se anula ato jurídico, por fraude contra credores.
>
> Súmula 375. O reconhecimento da fraude à execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova da má-fé do terceiro adquirente.

Na hipótese em debate o primeiro ponto a ser esmiuçado diz respeito à constatação da existência de registro da penhora do bem.

E sobre esse tema, conforme analisado pormenorizadamente no item anterior deste julgamento, tem-se que no caso concreto não houve registro da penhora junto ao "relatório de embarcação nacional", documento hábil a conferir publicidade ao ato.

É preciso enfatizar neste ponto que embora a Capitania dos Portos tenha noticiado nos ofícios encaminhados ao Juízo de Biguaçu a realização da averbação do gravame junto ao histórico da embarcação (fls. 234 e 592), essa informação foi extraída do "histórico de pendências", não constando aludida constrição no "relatório de embarcação nacional" emitido pelo mesmo Órgão (fls. 593-596), sendo essa discrepância já esmiuçada no tópico 1 deste julgamento.

Ressalta-se que os dados referentes à existência da demanda executiva e da penhora só foram inseridos no "histórico de pendências" (fls. 597-598), que é de âmbito interno da Capitania dos Portos, cuja exteriorização só se deu por força do comando exarado por este Colegiado no acórdão de fls. 581-588.

Tanto é assim que na Justiça do Trabalho foi exibido o "relatório de embarcação nacional" (fls. 33-34), e nele não constava qualquer averbação de penhora relativa ao feito executivo, situação que fez com que o procedimento de hasta pública tivesse prosseguimento, culminando com a arrematação do bem pelo Terceiro.

Merece ênfase que no próprio "relatório de embarcação nacional" consta apenas a transferência de propriedade da embarcação a Benoni Grapp Filho, ora Apelante, em decorrência da carta de arrematação da 2ª Vara do Trabalho de São José datada de 13-9-13, evidenciado que a Capitania dos Portos procedeu à transferência sem qualquer óbice ou anotação da presença de pendência relacionada à penhora vinculada a feito expropriatório.

Tais peculiaridades permitem concluir que apesar de existir comando judicial oriundo da 1ª Vara Cível da Comarca de Biguaçu

para que a Capitania dos Portos efetuasse a averbação da penhora junto ao registro da embarcação (fl. 232), a ordem foi cumprida apenas parcialmente, porquanto inserido o gravame somente no "histórico de pendências" e não no "relatório de embarcação nacional", o que, aliás, fez com que a confusão acerca do efetivo registro da penhora viesse à tona.

Outrossim, não se pode atribuir a responsabilidade e tampouco as consequências pela forma de organização e gerenciamento de inserção de informações junto aos cadastros da Delegacia da Capitania dos Portos em Itajaí ao Terceiro.

Por fim, mas não menos importante, é a ressalva feita pelo Ministro João Otávio de Noronha no voto condutor do julgamento em caráter repetitivo já mencionado, no sentido de que:

> Na verdade, a lei tratou de dar plenas garantias ao credor diligente, assegurando-lhe presunção absoluta de conhecimento, por terceiros, da existência de ação em curso mediante a inscrição da penhora no registro público. No entanto, se não se houver com cautela, registrando o gravame, não pode ser beneficiado com a inversão do ônus da prova. Nesse caso, terá ele de provar que o adquirente tinha conhecimento da constrição. Essa, aliás, a doutrina de Amilcar de Castro, em escólio art. 593 do Código de Processo Civil, conforme de [sic] extrai do voto do Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira no REsp n.214.990/SP, DJ de 11.10.1999:
>
> "A inscrição, no sistema do nosso direito, tem duas finalidades: é modo de adquirir direitos reais, e é forma de publicidade. Evidentemente, a inscrição de que se está tratando não tem o efeito de transferir direitos reais, e sim, apenas o de publicidade, isto é, para publicar a terceiros que alguém está demandando a respeito de certos bens, ou que estes foram provisoriamente tirados do patrimônio do devedor com garantia de alguém, porque do executado foi expropriada a faculdade de disposição, faculdade esta que, temporariamente, pode ser exercida pelo Estado.
>
> O fato, porém, de não ter sido registrada ou inscrita, a penhora, ou o arresto, o sequestro, ou aceitação, não impede a alegação de fraude contra

> a execução, e sim, somente sem a significação de ficar o exequente no ônus de provar que o adquirente tinha conhecimento, ou de que sobre os bens estava sendo movido litígio fundado em direto real, ou de que pendia contra o alienante demanda capaz de lhe alterar o patrimônio, de tal sorte que ficaria reduzido à insolvência. Feita a inscrição, as alienações posteriores peremptoriamente presumem-se fitas em fraude à execução, independentemente de qualquer outra prova. Não sendo feita inscrição, o exequente deve provar as condições legais de existência de fraude à execução. Vale dizer: a inscrição só tem efeito de publicidade, vale como prova presumida, irrefragável, de conhecimento das condições legais de fraude por parte de terceiros."
>
> O mesmo raciocínio se aplica quando se tem presente a regra estabelecida no art. 615-A do CPC, com a redação dada pela Lei n.1.382, de 6.12.2006 – "o exequente poderá, no ato da distribuição, obter certidão comprobatória do ajuizamento da execução, com identificação das partes e valor da causa, para fins de averbação no registro de imóveis, registro de veículos ou registro de outros bens sujeitos à penhora ou arresto" –, complementado pelo seu § 3º, que, peremptoriamente, afirma presumir-se fraude à execução a alienação ou oneração de bens efetuada após dita averbação.
>
> Ora, se a lei proporciona ao credor todos os meios para que ele prossiga com segurança na execução e ele se mostra desidioso, não se utilizando daqueles meios, não pode ser beneficiado com a inversão do ônus da prova.
>
> (REsp n. 956943/ PR, Rela. Mina. Nancy Andrighi, Rel. p/ Acórdão Min. João Otávio de Noronha, Corte Especial, j. em 20-8-14, sublinhou-se).

Diante deste quadro, considerando-se a inexistência do registro da penhora no "relatório de embarcação nacional" – documento hábil a conferir publicidade acerca do gravame àqueles que consultassem os documentos da embarcação – não há que se falar em presunção de fraude à execução, porquanto não tem lugar a inversão do ônus da prova em favor da Exequente, ora Apelada.

E, estando igualmente ausente qualquer outro documento capaz de demonstrar que o Embargante tinha ciência inequívoca da existência

de demanda executiva com atos expropriatórios relacionados ao aludido bem, não se pode reputar caracterizada a fraude à execução sob essa coloração.

Cabe então analisar a possibilidade de reconhecimento da fraude à execução sob o segundo aspecto previsto no repetitivo, qual seja, a má-fé do terceiro adquirente, haja vista que, repete-se para enfatizar, serem independentes e alternativas as hipóteses de enquadramento da conduta do terceiro como configuradora de fraude à execução.

Acerca do tema já proclamou este Areópago:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO. EMBARGOS DE TERCEIRO. FRAUDE À EXECUÇÃO RECONHECIDA EM AÇÃO DE EXECUÇÃO. DECISÃO AGRAVADA QUE INDEFERIU O PEDIDO LIMINAR. POSSIBILIDADE. DEVEDOR QUE FAZ DOAÇÃO DE SEUS IMÓVEIS A FILHA APÓS HABILITAÇÃO EM AÇÃO EXPROPRIATÓRIA. PRESUNÇÃO DE MÁ-FÉ NO CASO CONCRETO. EXEGESE DO DISPOSTO NO ART. 593, II, DO CPC E DA SÚMULA 375 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. MANUTENÇÃO DA DECISÃO AGRAVADA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.
>
> I - "*O reconhecimento da fraude à execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente*" (STJ, Súmula 375).
>
> O registro da penhora e prova da má-fé "*são requisitos alternativos, ou seja, cada um por si só é elemento suficiente para configurar a fraude à execução*" (STJ, AgRg no AgRg no REsp 1182882/RS, Relator Ministro Luis Felipe Salomão).
>
> (Agravo de Instrumento n. 2013.053957-0, Rela. Desa. Rejane Andersen, j. 8-4-14).

Feita a necessária ressalva, impõe-se lembrar, quanto ao assunto em debate, a máxima de que a boa-fé se presume e a má-fé se prova, igualmente externada no julgamento repetitivo suso mencionado e que serve de diretriz a este julgamento.

O Apelante afirma que: a) o fato de conhecer ou já ter trabalhado para a empresa Devedora não configura qualquer fraude ou simulação, ainda mais se considerado o pequeno município de Governador Celso Ramos; b) ainda que exista alguma amizade entre o Embargante e a Executada, isto não teria o condão de invalidar o leilão ocorrido na esfera trabalhista, até mesmo porque o bem foi arrematado dentro do devido processo legal e com recursos próprios do Irresignado; e c) o fato de a embarcação estar atracada no cais da Empresa Executada, carregada de tainhas, encontra justificativa na circunstância de o referido cais ser o local onde atracam diversas embarcações, de donos e empresas diferentes.

Na sentença o Magistrado reconheceu que a amizade íntima entre Embargante e Executada, atrelada ao fato de a embarcação, mesmo depois da arrematação, ter permanecido no cais da Devedora foram fatores incontestes ao reconhecimento da má-fé do Apelante acolhendo, assim, as teses desenvolvidas pela Exequente na contestação, no seguinte sentido (fls. 179-184): a) há estreita ligação do Embargante com a empresa Pescados Chico's Ltda. e o sócio proprietário desta, o empresário Luiz Carlos Jaques; b) o Embargante – sr. Benoni Grapp Filho – também conhecido como "Filhinho", foi vereador na cidade de Governador Celso Ramos/SC nos anos de 2009 a 2012, sendo extraída da "biografia do vereador", constante do sítio eletrônico da Câmara Municipal daquela Cidade, a informação de que "atualmente trabalha na empresa Pescados Chico em Governador Celso Ramos"; c) quando a embarcação foi apreendida e entregue à Embargada em 03-6-14, o próprio Terceiro afirmou que administrava as embarcações da Devedora; d) além disso, quando da arrematação, o Embargante não tinha condição/disponibilidade financeira para pagar pelo valor de R$ 225.000,00 (duzentos e vinte e cinco mil reais) pelo bem; e) a conclusão da ausência de disponibilidade financeira exsurge do fato de o Embargante ter concorrido às eleições de 2012, quando tentou a reeleição para o cargo de vereador, oportunidade em que, no ato do registro de sua candidatura junto ao TRE, efetuou a declaração de seus bens, cuja soma

total em dinheiro declarado era de apenas R$ 96.006,24 (noventa e seis mil e seis reais e vinte e quatro centavos); f) a única forma de provar que possuía condições de adquirir a embarcação seria a demonstração de que alienou algum patrimônio, devendo, neste caso, ser trazida aos autos a prova da origem e destino do respectivo valor, bem como os instrumentos legais (contratos) devidamente registrados; g) quando do cumprimento do mandado de entrega do bem, o Oficial de Justiça certificou que a embarcação não só estava atracada no cais da Devedora, como carregada de tainhas pertencentes à Executada e bens pessoais dos tripulantes, tendo o sr. Luiz Carlos Jaques solicitado o prazo de 24 horas para poder efetuar o descarregamento.

Tem-se, então, a tese de má-fé do Terceiro calcada nas seguintes alegações: i) amizade entre o Embargante e a Executada; ii) permanência do bem em poder da Devedora mesmo depois da arrematação realizada na Justiça Trabalhista; iii) ausência de condição/disponibilidade financeira do Apelante para adquirir o bem; iv) presença de carregamento de pescados e bens pessoais dos tripulantes, ambos vinculados à empresa Devedora no momento do cumprimento do mandado de entrega da embarcação; e v) o depósito da embarcação, em razão do cumprimento do mandado de entrega, em mãos de Luiz Carlos Jaques, representante legal da Executada.

Ab initio é preciso consignar que o enfoque das assertivas deve se dar em conjunto e não separadamente como fez o Embargante em seu Recurso. É dizer, se analisada apenas a existência de laços de amizade entre o Apelante e a Executada, ou apenas a permanência da embarcação no cais da Devedora mesmo depois da arrematação, realmente chegar-se-ia à conclusão de que isoladamente não seriam fatores hábeis ao reconhecimento da má-fé.

Todavia, quando se reúne todos esses elementos é que a má-fé do Recorrente sobressai de forma concreta, fazendo cair por terra a presunção de boa-fé que até então pairava em seu favor.

Em primeiro lugar tem-se a amizade entre o Irresignado e a Executada, fato incontroverso nos autos e inclusive confessado por aquele.

Em segundo lugar observa-se ser frágil a alegação de que o município de Governador Celso Ramos/SC, pelo seu pequeno tamanho, seria justificativa para a manutenção da embarcação junto ao cais da Devedora.

Ora, tal circunstância não é fator determinante para que um barco seja mantido junto ao cais da Empresa da qual se adquiriu o bem por meio de arrematação judicial. E ainda que fosse, faltou ao Embargante comprovar essa alegação – ônus que lhe incumbia na forma do art. 333 do CPC – valendo frisar nesse ponto que quando da manifestação à contestação o Embargante sustentou:

> No entanto, mister esclarecer que o referido cais é local onde atracam diversas embarcações, de donos e empresas diferentes, sendo este o lugar apropriado para que as tripulações realizem embarque e desembarque, assim como é onde se faz o desembarque dos pescados e a manipulação/beneficiamento dos peixes.
>
> Nesse sentido, menciona-se algumas embarcações e pessoas que também utilizam o mesmo cais, assim como o Embargante, quais sejam, Laureci Rampa Filho, André Macari, Otaviano Soares Filho, Barco Dois Irmãos, Barco Vô Velho, entre diversos outros (fl. 300).

Ocorre que ao final da peça não houve qualquer requerimento de produção de prova, e quando do Apelo igualmente inexistiu alegação de cerceamento de defesa por conta da não realização dessa prova.

E, se tanto não bastasse, mesmo se partindo da premissa de que o cais é utilizado por outras pessoas, o Embargante não apresentou justificativa plausível para o fato de a embarcação Vô Chico V estar carregada de pescados e pertences pessoais de tripulantes da Executada, isso em 02-6-14, quando a arrematação ocorreu em 13-9-13.

Aliás, nenhuma relação contratual que justificasse tal situação foi sequer verberada.

Some-se a isso o fato de o Representante Legal da Devedora ter ficado como depositário fiel do bem para poder realizar o descarregamento das tainhas e demais pertences pessoas dos tripulantes vinculados à empresa Pescados Chico's.

Diga-se, nesta seara, não ter sido tecida uma linha sequer na manifestação à contestação ou no Apelo a respeito.

E, por fim, quanto à condição/disponibilidade financeira para aquisição do bem, igualmente paira certa e invencível nebulosidade sobre o tema.

A documentação trazida pela Exequente com a contestação – detalhes do registro de candidatura (fl. 250) – evidencia que o valor em pecúnia declarado seria insuficiente para a aquisição do barco. E, diante deste fato, o Embargante manifestou-se da seguinte forma na réplica:

> Alega que o Embargante não teria condições financeiras em virtude do patrimônio declarado quando concorreu às eleições de 2012, buscando se reeleger para o cargo de vereador, ocasião em que possuía R$ 96.000,00 em espécie declarado.
>
> O fato de ter um valor declarado em tal época não significa que não tenho [sic] conseguido outros meios de levantar valores para aquisição em leilão, sendo que o [que] resta evidenciado é que o Embargante já possuía naquela ocasião praticamente metade do valor em espécie imediatamente disponível, sendo que este acumulou ainda mais valores e obteve empréstimo pessoal junto a familiares a fim de pagar o valor da embarcação, o que poderá ser comprovado mediante depoimento testemunhal (fl. 299).

As assertivas realizadas no intuito de demonstrar a presença de condição financeira não se bastam, porquanto não é plausível pensar que alguém utilizaria todo o montante em conta para adquirir um barco e,

além disso, tal qual ocorreu quanto à alegação de uso do cais por várias pessoas, não houve requerimento de produção de prova neste sentido, tão pouco arguiu-se cerceamento de defesa.

Logo, a questão referente à disponibilidade financeira é mais um indício de má-fé na pretensa aquisição da embarcação pelo Embargante.

Destarte, o sopesamento em conjunto de todos os elementos em questão faz cair por terra a presunção de boa-fé estabelecida em favor do Inconformado, porquanto comprovada a má-fé de forma substancial pela Credora.

Em casos análogos já se manifestou este Areópago:

> APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS DE TERCEIRO. SENTENÇA DE REJEIÇÃO, MANTENDO HÍGIDA A PENHORA EFETIVADA SOBRE O VEÍCULO.
>
> [...]
>
> MÉRITO. PROPRIEDADE DE BEM MÓVEL QUE SE APERFEIÇOA COM A TRADIÇÃO. ARTIGOS 1.226 E 1.267 DO CPC. VEÍCULO QUE ESTAVA NO ESTABELECIMENTO COMERCIAL DA EXECUTADA NO MOMENTO DA CONSTRIÇÃO, FUNCIONANDO O SEU REPRESENTANTE LEGAL COMO FIEL DEPOSITÁRIO DO BEM. CONJUNTO PROBATÓRIO NO SENTIDO DE QUE O EMBARGANTE NÃO DETINHA A POSSE E A PROPRIEDADE DO VEÍCULO OBJETO DA CONSTRIÇÃO JUDICIAL. EMBARGOS DE TERCEIRO IMPROCEDENTES.
>
> POSSIBILIDADE DO RECONHECIMENTO DE FRAUDE À EXECUÇÃO EM EMBARGOS DE TERCEIRO. INEXISTÊNCIA DE ÓBICE LEGAL. FRAUDE À EXECUÇÃO CARACTERIZADA.
>
> INTENÇÃO DO DEVEDOR EM SE DESFAZER DE SEUS BENS. ALIENAÇÃO DE VEÍCULO POSTERIOR À PENHORA. BENS DO DEVEDOR INSUFICIENTES PARA COBRIR O DÉBITO. AUSÊNCIA DE OUTROS BENS PASSÍVEIS DE PENHORA. PRESUNÇÃO DO ESTADO DE INSOLVÊNCIA. ART. 748 E ART. 750, I, DO CPC. SÚMULA 375 DO STJ. AUSÊNCIA DE REGISTRO DA PENHORA NO DETRAN. CONTUDO, MÁ-FÉ

> DO TERCEIRO ADQUIRENTE DEMONSTRADA. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.
>
> (Apelação Cível n. 2009.008559-3, Rela. Desa. Soraya Nunes Lins, j. 8-5-14).

Diante do quadro narrado, o reconhecimento da má-fé do Terceiro adquirente é medida que se impõe, declarando-se ineficaz perante a execução a arrematação do bem ocorrida na Justiça do Trabalho, razão pela qual a sentença é mantida nesta seara.

Noutro giro, ao contrário do sustentado pelo Apelante, deve ser ressaltada a possibilidade de reconhecimento da fraude à execução em sede de Embargos de Terceiro, sendo desnecessária a propositura de ação pauliana para tal desiderato.

Aliás, em idêntico norte já decidiu este Colegiado:

> [...]
>
> O apelante defendeu, ainda, a necessidade de ação pauliana para o reconhecimento da fraude à execução.
>
> Todavia, o ato ensejador da decretação da fraude à execução pode ser perfeitamente reconhecido nos embargos de terceiros.
>
> […] o ato praticado em fraude à execução dispensa o ajuizamento da ação paulina para que possa ser reconhecido; a declaração de sua ineficácia pode ser feita no âmbito dos embargos de terceiro ou na própria execução objeto do processo principal; e se faz até mesmo de ofício. (CAHALI, Yussef Said. Fraude Contra Credores.São Paulo: Revista dos Tribunais. 3ª edição. p.465-466).
>
> Portanto, não acolhido o argumento do insurgente.
>
> (Apelação Cível n. 2006.019804-2, Rel. Des. José Inácio Schaefer, j. 22-6-10).

Por óbvio, sendo desnecessário o manejo de ação pauliana, porquanto é possível o reconhecimento da fraude à execução em sede de Embargos de Terceiro, o Incoformismo é improvido neste aspecto.

3 Dos ônus sucumbenciais

Alternativamente o Apelante clama pela reforma da sentença quanto aos honorários advocatícios fixados, porquanto (1) foi utilizado critério equivocado, haja vista ser aplicável ao caso a regra do § 4º e não a do § 3º, ambos do art. 20 do CPC, e (2) o montante arbitrado é excessivo, devendo ser limitado ao patamar máximo de R$ 1.000,00 (mil reais).

Na sentença restou definido acerca da distribuição dos ônus sucumbenciais:

> Condeno o Embargante ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, fixando estes em 20% (vinte por cento) do valor da causa, nos termos do art. 20, § 3º, CPC (fl. 320).

Primeiramente, quanto ao critério para arbitramento da verba honorária, razão assiste ao Embargante, porquanto nos embargos de terceiro a fixação deve se dar em conformidade com a regra contida no art. 20, § 4º, do Código Buzaid, haja vista que a sentença não ostenta cunho condenatório, mas sim declaratório ou constitutivo negativo, dependendo do provimento jurisdicional.

A respeito do tema colhe-se das ensinanças de Yussef Said Cahali:

> Parece elementar que a sentença que rejeita os embargos de terceiro tem natureza declaratória, como é comum às sentenças de improcedência em geral; e que a sentença que acolhe os embargos de terceiro tem natureza constitutiva negativa, na medida em que determina a desconstituição do ato constritivo impugnado; em ambos os casos, portanto, não há condenação, devendo incidir, via de consequência, a regra do art. 20, § 4º, do CPC.
>
> (*Honorários advocatícios*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 989).

Em face disso, merece reparo a decisão, porquanto utilizou critério equivocado para a fixação do estipêndio.

Dessa forma, o arbitramento dos honorários advocatícios deve obedecer a regra do § 4º do art. 20 do Código de Processo Civil, guiada

pelos critérios objetivos constantes nas alíneas "a", "b" e "c" do § 3º do dispositivo legal supramencionado, quais sejam, o grau de zelo do profissional, o lugar da prestação do serviço, a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para a sua execução.

Neste norte colhe-se deste Pretório:

> HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. PRETENDIDA EXACERBAÇÃO DA VERBA PARA ADEQUAR AOS PERCENTUAIS ESTABELECIDOS NO ART. 20, § 3º, DO CPC. CAUSA SEM CONDENAÇÃO. FIXAÇÃO DE FORMA EQUITATIVA PELO MAGISTRADO, NOS TERMOS DO § 4º DO ART. 20 DO CPC. MAJORAÇÃO INDEVIDA.
>
> "É lícito ao Magistrado fixar os honorários advocatícios em valor certo e por intermédio de apreciação eqüitativa no caso de julgamento de causa que não contenha condenação, não ficando adstrito aos percentuais previstos no art. 20, § 3º, do CPC, desde que atendidas as alíneas "a", "b" e "c" desta norma (art. 20, § 4º, do mencionado diploma legal)" (Apelação Cível n. 2005.007717-8, de Caçador, rel. Des. Ricardo Fontes, j. em 25-1-2007).
>
> (Apelação Cível n. 2007.013919-9, Rel. Des. Vanderlei Romer, j. 10-5-07).

Na hipótese dos autos, constata-se que a lide revestiu-se de razoável complexidade.

A par disso, observa-se que os Procuradores da Embargada atuaram em Comarca diversa daquela em que possuem escritório (fl. 196). Outrossim, aflora que o trabalho dos Causídicos exigiu grande desprendimento. Ademais, manifestaram-se em todos os momentos em que foram chamados a intervir, demonstrando zelo profissional.

Noutro giro, tem-se que a causa foi manejada em 02-6-14 (fl. 2), sendo-lhe atribuído o valor de R$ 225.000,00 (duzentos e vinte e cinco mil reais).

Uma vez observados os balizamentos suso delineados, arbitra-se o estipêndio dos Advogados da Embargada em R$ 20.000,00 (vinte mil reais).

Em remate, a ressonância do presente decisório na Medida Cautelar Inominada n. 2014.062594-6 será em seu bojo posteriormente esmiuçada.

É o quanto basta.

Ante o exposto, por unanimidade, dá-se parcial provimento ao Apelo para:

(a) reconhecer a tempestividade dos Embargos de Terceiro, mantendo, todavia, o julgamento de improcedência operado na origem, nos termos da fundamentação; e

(a) alterar o critério de arbitramento dos honorários advocatícios, conforme suso vazado, fixando a verba honorária em favor dos Causídicos da Embargada em R$ 20.000,00 (vinte mil reais).

Apelação Cível n. 2014.030915-2, de Tangará

Relator: Des. José Inacio Schaefer

> FINANCIAMENTO AGRÍCOLA. Embargos à execução. Parcial procedência. Inconformismo de ambas as partes. Recurso dos Embargantes. Carência da ação. Preliminar que se confunde com o mérito. Alongamento da dívida. Possibilidade. Nuances do caso concreto. Interpretação conforme o contido no contrato e aditivo. Juros remuneratórios. Manutenção da taxa prevista na avença primitiva. Mora descaracterizada. Apelo do embargado. Capitalização. Periodicidade anual permitida a fim de evitar reforma para pior. Repetição do indébito devida. Sucumbência redistribuída. Recurso dos agricultores parcialmente provido. Negado provimento à insurgência da instituição financeira.
>
> O alongamento da dívida constitui direito subjetivo do devedor e a concessão não está vinculada à conveniência da instituição financeira, extraindo do contexto do aditivo que os mutuários pediram referido direito.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2014.030915-2, da comarca de Tangará (Vara Única), em que são apelantes e apelados Vanderlei Luiz Rampon e outros, e Banco Bradesco S/A:

A Quarta Câmara de Direito Comercial, após debates, decidiu, por unanimidade, dar parcial provimento ao apelo dos embargantes e negar provimento ao recurso do banco. Custas legais.

O julgamento, nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Lédio Rosa de Andrade, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. Altamiro de Oliveira.

Florianópolis, 31 de março de 2015

José Inacio Schaefer
RELATOR

RELATÓRIO

Vanderlei Luiz Rampon, Waldemar Rampon e Aurora Pagno Rampon apelaram da sentença proferida nos embargos opostos à execução que lhes moveu Banco Bradesco S/A, arguindo preliminar de carência da ação. No mérito, pleitearam o alongamento da dívida e a manutenção dos juros remuneratórios conforme pactuados no contrato originário. Além disso, pugnaram fosse redistribuída a sucumbência e majorados os honorários advocatícios, vedada a compensação. Concluíram prequestionando dispositivos legais (fls. 135/154).

O banco também recorreu, pedindo a manutenção dos encargos ajustados, motivo por que não haveria valores a restituir. Por fim, pugnou pela inversão dos ônus sucumbenciais (fls. 158/168).

Os recursos foram recebidos no duplo efeito (fl. 170).

Nas contrarrazões os demandantes pediram o não conhecimento do reclamo contrário ou seu desprovimento. Já a instituição bancária requereu o inacolhimento do inconformismo da parte adversa (fls. 174/192).

VOTO

A prefacial de carência da ação arguida pelos agricultores, amparada na alegação de ausência de certeza do título, confunde-se com o mérito, o qual passa-se a analisar.

A sentença dispôs:

> Ante o exposto, em resolvendo o mérito da causa, com fulcro no art. 269, I, do CPC., julgo parcialmente procedente os pedidos formulados nos presentes embargos à execução e, por conseguinte, determino seja revisado o contrato citado, de forma a adequá-lo aos parâmetros estabelecidos nesta decisão, abatendo-se os valores provenientes dos seguintes procedimentos tidos por ilegais: a) taxa de juros remuneratórios acima de 12% ao ano; b) capitalização de juros (juros de juros) inferior à anual; c) exclusão de

> encargos de mora, exceto juros de mora de 1% ao ano e a multa pactuada; c) a incidência da multa sobre os juros moratórios.
>
> Tendo em vista que cada parte foi vencida e vencedora, condeno os litigantes reciprocamente nas despesas processuais, na proporção de 70% a cargo dos Embargantes e 30% a cargo do Embargado.
>
> Fixo os honorários advocatícios em 10% (dez por cento) do valor expurgado ao patrono dos Embargantes e também em 10% do saldo devedor remanescente, em favor do patrono do Banco-embargado, ambos calculados à data do ajuizamento desta ação (Edcl no Recurso Especial n. 471.948 – SC – 2002/0127462-0), os quais serão distribuídos e compensados, nos termos do art. 21 do CPC e Súmula 306 do STJ (fls. 129/130).

Inicio pelo reclamo dos embargantes, onde sustentado que ao tempo em que subscreveram o aditivo de alongamento do saldo devedor a instituição credora não poderia alterar os juros já avençados, porquanto a prorrogação do prazo de pagamento era um direito do produtor rural e por isto ausente mora (fl. 137). Esta alegação foi destacada, também, na inicial dos embargos (fls. 4/5).

Nas contrarrazões, o banco sustentou que "cabia à parte apelante a prova de tal adiamento de dívida, mas o que fez foi apenas trazer aos autos alegações vagas e genéricas do hipotético direito, ônus o qual lhe cabia" (fl. 187).

A decisão recorrida entendeu que o pleito em causa de manutenção dos encargos originalmente ajustados dependia de pedido formal na via administrativa (fl. 120).

Contudo, seja pelo contido na cédula, como no seu aditivo, o caso concreto não se assemelha ao referido na sentença (A.C. 2008.046182-4, Rel. Des. Soraya Nunes Lins, j. 9.2.2012), onde o alongamento foi negado. Aqui, pelo teor da cláusula 9º, parágrafo terceiro do aditivo, ausente intenção de inovar a dívida originária, traduzida na expressão "não poderá ser interpretada como novação contratual" (fl. 23 da execução).

Ademais, o alongamento da dívida constitui direito subjetivo do devedor e o seu exercício não decorre de liberalidade da instituição financeira apelada (Súmula 298 do STJ).

No caso concreto, compulsando os autos, extrai-se que esta não questionou especificamente a possibilidade de prorrogação, baseando sua argumentação apenas em vagas referências acerca do princípio da força obrigatória dos contratos e do ato jurídico perfeito, tratando-se portanto de fato incontroverso.

A intenção dos produtores rurais em promover a continuação dos termos ajustados está consubstanciada na própria redação do aditivo, na expressão de que "o devedor(a), pelo presente e na melhor forma de direito, propõe para a liquidação da dívida" (cláusula 2 – fl. 22).

Com efeito, a inicial da execução trouxe a Cédula Rural Hipotecária que tinha vencimento final em 30 de abril de 2011, no valor de R$ 53.080,00. Também acostou o Aditivo à ela, com data de 22 de junho de 2011, pelo saldo de R$ 33.604,00. Na Cédula feita referência ao custeio da entressafra de trigo período 03.2010/04.2011. Além da planilha de cálculo atualizada até 28.9.2012, informando que o débito era de R$ 34.729,92, veio notificação extrajudicial para constituição em mora.

Embora a sentença tenha deixado de atender o pedido de manutenção dos juros remuneratórios originalmente ajustados em 6,75% ao ano, para permitir a cobrança de encargos outros previstos no aditivo, deixou de observar a cláusula 07, parágrafo segundo, do contrato originário, que previu:

> Se o credor deixar de exercer qualquer direito ou faculdade a ele assegurado ou ainda, concordar em receber com atraso qualquer quantia, o fato será considerado como mera tolerância e não poderá ser invocado como precedente, nem importará em novação ou alteração desta cédula (fl. 10/11 da execução apensa).

Por isto, tendo em vista que houve expresso aditamento da cédula que instruiu a execução, forçoso convir que qualquer disposição

contraditória (cláusula 9, do aditivo - fl. 24 da principal), deve ser interpretada favoravelmente aos consumidores financiados, ou seja, ausente a vontade de novar o débito.

Não bastasse, em se tratando de relação consumerista (Súmula 297 do STJ), competia ao banco demonstrar que o "aditamento" não correspondeu a uma das situações previstas em lei ou regulamento. Por isto, o inconformismo é acolhido, para manter no alongamento da dívida os juros previstos no contrato primitivo de 6,75% ao ano, até em observância da cláusula 07, parágrafo segundo, da referida Cédula (fl. 10 da execução).

Por decorrência, o pedido para descaracterizar a mora também é acolhido, pois verificada a cobrança de encargos abusivos na normalidade descabe imputar aos consumidores voluntariedade no inadimplemento da obrigação. Neste sentido:

> Não havendo fato ou omissão imputável ao devedor, não incorre este em mora (artigo 396 do Código Civil).

A Corte de Uniformização já assentou:

> ORIENTAÇÃO 2 - CONFIGURAÇÃO DA MORA
>
> a) O reconhecimento da abusividade nos encargos exigidos no período da normalidade contratual (juros remuneratórios e capitalização) descarateriza a mora (REsp n. 1061530/RS, de outubro de 2008, na conformidade da Lei n. 11.672/2008, que tratou dos Recursos Repetitivos).

Assim, os encargos decorrentes da inadimplência apenas incidirão em caso de remanescer saldo devedor após o recálculo da contratualidade, de acordo com os parâmetros estabelecidos neste julgamento.

Inobstante descaracterizada a mora, ao menos por ora ausente carência de ação, pois a demanda executória poderá prosseguir pelo saldo remanescente, se houver, conforme ora assentado.

Passo ao exame do apelo do banco onde, ao contrário do alegado pelos embargantes nas contrarrazões, observado o princípio da

dialeticidade e atendidos os requisitos de admissibilidade (art. 514, II, CPC).

O pedido de manutenção dos juros remuneratórios previstos no "termo de confissão de dívida" fica prejudicado ante o quanto decidido a este respeito no apelo da parte adversa.

No que diz com a capitalização, o exequente sustentou ser válida, pois estaria ajustada e autorizada pelo artigo 28, § 1º, da Lei n. 10.931/2004.

A sentença destacou:

> No caso em foco, houve pactuação de capitalização de juros remuneratórios tomando-se com base o vencimento das prestações do principal, nas amortizações parciais, no vencimento e na liquidação da dívida.
>
> Já o aditivo, que faz parte integrante da Cédula originalmente firmada, fixou as datas de pagamento como sendo 22/6/2012, 22/6/2013, 22/6/2014, 22/6/2015 e 22/6/2016, razão pela qual a sua incidência é lícita, desde que respeitada a periodicidade anual e o limite da taxa de juros em 12% (doze por cento) ao ano (fl. 123).

Na cédula de crédito rural a capitalização foi prevista (fl. 9 da execução). Por isto, a fixação do encargo em periodicidade diversa daquela contemplada na sentença deixa de ser atendida, por falta de ajuste expresso a respeito, a teor dos artigos 28, § 1º, inc. I, da Lei n. 10.931/2004, e 47 do Código de Defesa do Consumidor. Logo, o reparo feito não é acolhido.

O banco sustentou, ainda, ser inviável a repetição do indébito, pois não haveria exigência de encargos abusivos a justificar a medida. Ademais, ausente demonstração do erro no pagamento.

A sentença assentou:

> Os valores eventualmente cobrados dos Embargantes em montante maior do que realmente devido, consoante os parâmetros fixados nesta sentença, deverão ser restituídos aos Devedores. [...]

> Assim, reputo devida a restituição, de forma simples (pois ausente a má-fé), de eventual valor cobrado a mais, a título de juros remuneratórios acima da taxa de 12% ao ano, capitalização diária, mensal ou semestral de juros remuneratórios, demais encargos de mora que não juros de mora de 1% ao ano e multa de 2%, e desta aplicada sobre os juros de mora, considerando-se que os valores pagos indevidamente devem ser compensados do saldo devedor decorrente do contrato, depois de reajustados aos ditames fixados nesta sentença, a teor do art. 368 do Código Civil de 2002 [...].
>
> Contudo, eventual montante a ser compensado ou devolvido só poderá ser visualizado após o exame técnico da adequação do contrato aos parâmetros fixados nesta sentença (fls. 127/128).

A revisão incidente modificará a obrigação e do reconhecimento de encargos indevidos, decorre a cobrança de valores a maior. O princípio que veda o enriquecimento sem causa justifica a compensação (art. 884 do CC), sendo desnecessária a prova do erro pois o eventual pagamento excessivo decorreu de pacto de adesão.

Ainda que não seja possível apurar imediatamente o montante, após o recálculo do débito, constatado saldo credor em favor dos embargantes, surgirá para estes o direito de restituição do que pagaram a mais ou compensação com eventual débito, nos termos da sentença. Destarte, o apelo também improspera neste particular.

Ante a solução retro, necessário rever a sucumbência.

Os consumidores lograram alongar a dívida, limitar os juros remuneratórios à taxa prevista no contrato primitivo, expurgar a capitalização mensal, vedar a cobrança de honorários extrajudiciais, descaracterizar a mora, bem como ver autorizada a repetição do indébito, de sorte que sua vitória foi substancial. Por esta razão, arca o banco com a integralidade da sucumbência (art. 21, CPC)

Os honorários advocatícios para o procurador dos embargantes ficam arbitrados em R$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais), tendo

em conta que a demanda tramita desde maio de 2013 e comportou julgamento antecipado, bem como o trabalho e o zelo do advogado (art. 20, §§ 3º e 4º, CPC). Ante a solução retro, prejudicado o pedido para vedar a compensação da verba honorária.

As matérias prequestionadas foram consideradas, sendo desnecessária nova manifestação expressa (STJ - AgRg no REsp 1485281/RJ, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 18.11.2014).

Por todo o exposto, voto para dar parcial provimento ao apelo dos consumidores e negar provimento ao recurso do banco.

Apelação Cível n. 2011.068929-5, da Capital

Relator: Des. Subst. Altamiro de Oliveira

APELAÇÕES CÍVEIS. AÇÃO CIVIL PÚBLICA AJUIZADA PELO IDCC. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. IRRESIGNAÇÃO DE AMBOS OS LITIGANTES.

RECURSO DO AGENTE FINANCEIRO RÉU.

JULGAMENTO *ULTRA PETITA*. NÃO OCORRÊNCIA. SENTENÇA PROFERIDA NOS LIMITES ESTABELECIDOS NA PETIÇÃO INICIAL.

LEGITIMIDADE ATIVA. ASSOCIAÇÃO CONSTITUÍDA HÁ MAIS DE UM ANO E QUE POSSUI A DEFESA DOS INTERESSES E DIREITOS DOS CONSUMIDORES ENTRE SEUS FINS INSTITUCIONAIS. DEMANDA PROPOSTA PARA TUTELA DE DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. REQUISITOS LEGAIS À LEGITIMAÇÃO PREENCHIDOS.

LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO E COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. REJEIÇÃO. RELAÇÕES JURÍDICAS INDEPENDENTES. DESNECESSIDADE DA INTEGRAÇÃO DAS DEMAIS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS AOS AUTOS. SITUAÇÃO QUE NÃO SE INSERE NAS HIPÓTESES PREVISTAS NO ART. 47 DO CPC. AUSÊNCIA DA PRESENÇA DE PARTE CUJA COMPETÊNCIA PARA PROCESSAR E JULGAR PERTENÇA À JUSTIÇA FEDERAL.

PRESCRIÇÃO DAS AÇÕES CIVIS PÚBLICAS. PRAZO QUINQUENAL. APLICAÇÃO, POR ANALOGIA, DO ART. 21 DA LEI N. 4.717/1965. ENTENDIMENTO DOMINANTE NO STJ. LIMITAÇÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO ÀS COBRANÇAS EFETUADAS EM PERÍODO ANTERIOR A CINCO ANOS, CONTADOS DA CITAÇÃO NA PRESENTE DEMANDA.

TARIFA DE LIQUIDAÇÃO ANTECIPADA. ENCARGO ABUSIVO. EXIGÊNCIA QUE IMPORTA EM VANTAGEM EXAGERADA AO FORNECEDOR E MITIGA O DIREITO DO CONSUMIDOR

À REDUÇÃO PROPORCIONAL DOS JUROS E DEMAIS ACRÉSCIMOS ASSEGURADO PELO § 2º DO ART. 52 DO CDC. PRECEDENTES DESTA CÂMARA.

RECURSO DA AUTORA.

MAJORAÇÃO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS SUCUMBENCIAIS. ACOLHIMENTO. VERBA ARBITRADA EM QUANTIA MÓDICA. NECESSIDADE DE ADEQUAÇÃO AOS CRITÉRIOS ESTABELECIDOS NO § 3º DO ART. 20 DO CPC.

RECURSO DO RÉU CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. RECURSO DA AUTORA CONHECIDO E PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2011.068929-5, da comarca da Capital (1ª Vara da Fazenda Pública), em que são apelantes e apelados Instituto de Defesa dos Consumidores de Crédito IDCC, e HSBC Bank Brasil S.A. – Banco Múltiplo:

A Quarta Câmara de Direito Comercial decidiu, por votação unânime, conhecer e dar parcial provimento ao recurso interposto pelo réu, e conhecer e dar provimento ao recurso interposto pela autora. Custas legais.

O julgamento, realizado no dia 26 de maio de 2015, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Lédio Rosa de Andrade, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. José Carlos Carstens Köhler.

Florianópolis, 26 de maio de 2015.

Altamiro de Oliveira
RELATOR

RELATÓRIO

Instituto de Defesa dos Consumidores de Crédito – IDCC ajuizou ação civil pública contra o HSBC Bank Brasil S.A. – Banco Múltiplo, na

qualidade de substituto processual dos consumidores de crédito bancário objeto da cobrança de tarifa de liquidação antecipada no período anterior à vigência da Resolução 3.517/2007 do Banco Central do Brasil, a fim de que fosse declarada a ilegalidade de tal cobrança e a ré condenada à devolução das quantias indevidamente exigidas a tal título.

Após a ordem de emenda da petição inicial (fl. 23) – correção do endereçamento da ação e regularização da representação processual – e o respectivo cumprimento (fls. 24-25), determinou-se a citação do réu para que, no prazo de 15 dias, apresentasse resposta, sob pena da presunção da veracidade dos fatos alegados pela autora (fl. 26).

Citado (fl. 28), o agente financeiro réu apresentou resposta em forma de contestação (fls. 38-71), na qual defendeu: a) a ilegitimidade ativa da associação autora, uma vez que a demanda tem por objeto direitos individuais homogêneos disponíveis e sem relevância social, os quais não podem ser tutelados através da ação civil pública; b) a extinção da ação por ausência da citação dos litisconsortes passivos necessários, uma vez que era necessária a presença das demais instituições financeiras submetidas às mesmas normas (Bacen e CMN), a fim de que não fossem violados os princípios da isonomia, da livre concorrência, dentre outros da ordem econômica; c) a incompetência da Justiça Estadual, caso sejam integrados aos autos outros bancos, como a Caixa Econômica Federal; d) a improcedência do pedido, dada a ausência da abusividade da tarifa de liquidação antecipada, a qual visa reequilibrar o contrato firmado entre o banco e o tomador de crédito, remunerar o recálculo da dívida e a reprogramação do pagamento; e) a existência de legislação específica para regular as atividades das instituições financeiras (Lei n. 4.595/1964), de modo que é inaplicável o Código de Defesa do Consumidor com relação à fixação dos juros e demais tarifas bancárias; f) a possibilidade da cobrança da tarifa de liquidação antecipada nos contratos firmados antes da edição da Resolução n. 3.517/2007 do CMN, assim como para todos os contratos que não sejam firmados com pessoas físicas, microempresas e

empresas de pequeno porte; g) a existência de previsão expressa a respeito da cobrança da referida tarifa nos contratos celebrados anteriormente à supramencionada resolução, de modo que não houve violação ao direito de informação do consumidor; h) subsidiariamente, repetição do indébito na forma simples, pois se trata de hipótese de engano justificável e não houve má-fé na cobrança; i) o arbitramento dos honorários advocatícios sucumbenciais por equidade e não sobre o valor da causa.

Após a apresentação da réplica (fls. 125-133) e a manifestação do Ministério Público pela procedência do pedido inicial (fls. 144-155), sobreveio sentença que julgou procedente o pedido inicial para: a) reconhecer a abusividade da cobrança tarifa de rescisão antecipada no período anterior à Resolução n. 3.517/2007 do CMN; b) condenar o réu à devolução dos valores pagos a mais pelos consumidores na forma simples. Determinou, ainda, a publicação da parte dispositiva da sentença em dois jornais de grande circulação da Capital e em 3 dias intercalados, sem exclusão do domingo, no tamanho mínimo de 15 cm x 15 cm, a ser realizada nas 10 primeiras páginas de ambos os jornais e no prazo de 20 dias após trânsito em julgado da sentença, sob as expensas do réu. As custas processuais foram carreadas ao réu e os honorários advocatícios foram fixados no importe de R$ 1.000,00 (fls. 156-168).

Irresignada, associação autora interpôs recurso de apelação (fls. 171-173), no qual requereu a majoração dos honorários advocatícios, ao argumento de que o valor arbitrado não remunerou adequadamente o trabalho desenvolvido e deixou de observar a repercussão social e abrangência da demanda, o valor da ação e a amplitude da sentença.

O agente financeiro réu, por seu turno, opôs embargos de declaração à sentença (fls. 174-176), os quais foram rejeitados pela decisão de folhas (fls. 177-178). Passo seguinte, interpôs recurso de apelação (fls. 283-339), no qual sustentou: a) a ilegitimidade ativa da associação autora, cujo objetivo é apenas se beneficiar dos honorários advocatícios arbitrados nas demandas e não promover a defesa coletiva de seus

associados e consumidores; b) a impossibilidade da tutela de direitos individuais homogêneos disponíveis e sem relevância social através da ação civil pública, de modo que é flagrante a ilegitimidade da associação autora; c) a extinção da ação por ausência da citação dos litisconsortes passivos necessários, uma vez que era necessária a presença das demais instituições financeiras submetidas às mesmas normas (Bacen e CMN), a fim de que não fossem violados os princípios da isonomia, da livre concorrência, dentre outros da ordem econômica; d) a incompetência da Justiça Estadual, caso sejam integrados aos autos outros bancos, como a Caixa Econômica Federal; e) a fixação do prazo prescricional para a restituição dos valores pagos a título de tarifa de liquidação antecipada no período de 5 anos a partir da propositura da presente demanda, em aplicação analógica do art. 21 da Lei n. 4.717/1965; f) a ocorrência de julgamento *ultra petita*, pois a sentença determinou a extensão de seus efeitos também às pessoas jurídicas, ainda que não se enquadrem no conceito de consumidor, providência que não fora requerida na petição inicial; g) a ausência da abusividade da tarifa de liquidação antecipada, a qual visa reequilibrar o contrato firmado entre o banco e o tomador de crédito, remunerar o recálculo da dívida e a reprogramação do pagamento; h) a existência de legislação específica para regular as atividades das instituições financeiras (Lei n. 4.595/1964), de modo que é inaplicável o Código de Defesa do Consumidor com relação à fixação dos juros e demais tarifas bancárias; i) a possibilidade da cobrança da tarifa de liquidação antecipada nos contratos firmados antes da edição da Resolução n. 3.517/2007 do CMN, assim como para todos os contratos que não sejam firmados com pessoas físicas, microempresas e empresas de pequeno porte.

Ambos os litigantes apresentaram contrarrazões ao recurso da adversa (fls. 182-186 e 239-246) e o Ministério Público, em parecer de folhas 251-275, manifestou-se pelo conhecimento e não provimento do recurso interposto pela autora, e pelo conhecimento parcial do recurso interposto pelo réu e não provimento.

VOTO

Trata-se de recursos de apelação interpostos com o desiderato de reformar a sentença que julgou procedentes os pedidos deduzidos na Ação Civil Pública n. 023.09.060649-6.

Inicia-se o julgamento com a análise do recurso interposto pelo agente financeiro réu, o qual sustenta, em primeiro momento, a nulidade da sentença por julgamento *ultra petita*, ao argumento de que a decisão estendeu seus efeitos às pessoas jurídicas que não se enquadram no conceito de consumidor, o que não fora objeto do pedido inicial formulado na ação civil pública.

Contudo, ao examinar a decisão hostilizada, não se constata a existência do vício alegado, uma vez que o pedido inicial tinha como destinatário os consumidores de crédito bancário objeto da cobrança de tarifa de liquidação antecipada, e o Togado *a quo* tão somente enfatizou que, "por consumidores beneficiados com a presente ação deve-se considerar não só a pessoa física como também a pessoa jurídica", o que, aliás, reflete a literalidade do texto do artigo 2º do Código de Defesa do Consumidor, *in verbis*: "consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final". Confira-se:

> Inicialmente, convém salientar, conforme opinião alinhada pelo Ministério Público, que não merece prosperar o pedido de delimitação do objeto da lide formulado pelo réu, para que a sentença privilegie somente aquelas pessoas que se enquadram na definição de consumidor (artigo 2º, CDC).
>
> Afinal, de acordo com os mais recentes pronunciamentos do nosso Egrégio Tribunal de Justiça é reconhecida a possibilidade da pessoa jurídica ser consumidora, desde que configurada a sua vulnerabilidade.
>
> [...] A relação jurídica qualificada por ser "de consumo" não se caracteriza pela presença de pessoa física ou jurídica em seus pólos, mas pela presença de uma parte vulnerável de um lado (consumidor), e de um

> fornecedor, de outro. – Mesmo nas relações entre pessoas jurídicas, se da análise da hipótese concreta decorrer inegável vulnerabilidade entre a pessoa-jurídica consumidora e a fornecedora, deve-se aplicar o CDC na busca do equilíbrio entre as partes. Ao consagrar o critério finalista para interpretação do conceito de consumidor, a jurisprudência deste STJ também reconhece a necessidade de, em situações específicas, abrandar o rigor do critério subjetivo do conceito de consumidor, para admitir a aplicabilidade do CDC nas relações entre fornecedores e consumidores-empresários em que fique evidenciada a relação de consumo [...] (STJ, Resp. n. 476.428/SC, Terceira Turma, relatora Ministra Fátima Nancy Andrighi, j. em 19-4-05). (Agravo de Instrumento n. 2009.004814-8/000000, de Curitibanos. Relator: Henry Petry Junior. Órgão Julgador: Terceira Câmara de Direito Civil. Data Decisão: 20/10/2009).
>
> Desta forma, cumpre destacar que por consumidores beneficiados com a presente ação deve-se considerar não só a pessoa física como também a pessoa jurídica.

Assim, não se observa a ocorrência de julgamento *ultra petita*, na medida em que o pedido formulado na exordial fora direcionado aos consumidores em geral, pessoa física ou jurídica, e, sobretudo, porque o pronunciamento combatido não determinou a extensão de seus efeitos indiscriminadamente a todas as pessoas jurídicas, mas apenas àquelas enquadradas como consumidores, seja por serem destinatários finais, seja por se encontrarem em situação de vulnerabilidade.

No que diz respeito à ilegitimidade ativa, tem-se que não merece ser acolhida a insurgência recursal, pois, de acordo com os documentos encartados às folhas 13-21, a associação autora está regularmente constituída há mais de um ano e possui entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos dos consumidores, na forma exigida pelo art. 5º, inc. V, da Lei n. 7.347/1985 e pelo art. 82, inc. IV, do Código de Defesa do Consumidor. Veja-se:

> Art. 5º. Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar:
>
> [...]

> V - a associação que, concomitantemente:
>
> a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil;
>
> b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (redação da Lei n. 11.448, de 2007).
>
> Art. 82. Para os fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente:
>
> [...]
>
> IV - as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este código, dispensada a autorização assemblear.

Acerca dos requisitos necessários à legitimação das associações, extrai-se do escólio de Daniel Amorim:

> A legitimidade ativa da associação está consagrada no art. 5º, V, da Lei 7.347/1985 e no art. 82, IV da Lei 8.078/1990, sendo entendimento corrente na doutrina e na jurisprudência a legitimação das associações para todas as espécies de direitos tutelados no microssistema coletivo. Dessa forma, poderão propor ações coletivas na defesa de direitos difusos, coletivos e individuais homegêneos, ainda que seja mais comum sua atuação nos dois últimos casos.
>
> Existem três requisitos cumulativos exigidos pelo arts. 5.º, V, a e b da Lei 7.347/1985 e art. 82, IV, da Lei n. 8.078/1990: (a) constituição nos termos da lei civil; (b) existência jurídica há pelo menos um ano; (c) pertinência temática (TARTUCE, Flávio. *Manual de direito do consumidor:* direito material e processual. 3. ed. Rio de Janeiro: Método, 2014).

Dessa forma, encontram-se preenchidos a saciedade os requisitos necessários à legitimação da associação autora para a propositura da presente ação civil pública, já que demonstrou estar regularmente constituída há mais de um ano e possuir a defesa do consumidor entre as suas finalidades institucionais.

Além disso, é oportuno ressaltar que tanto o Código Civil (arts. 53 a 61) quanto o Código de Defesa do Consumidor (art. 82, inc. IV, do CDC) não estabelecem nenhuma restrição à composição das associações por pessoas que detenham parentesco ou sejam advogados, tampouco exigem a prévia realização de procedimentos administrativos ou que o direito tutelado seja indisponível, mormente porque, via de regra, os direitos individuais homogêneos correspondem a direitos disponíveis, cujo tratamento coletivo provém "da necessidade de facilitação de acesso à justiça aos seus titulares, como decorrência do mandamento constitucional de promoção da defesa dos consumidores" (MARQUES, Claudia Lima. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 1.552).

Nesse passo, não é demais lembrar que "o direito básico de acesso do consumidor à justiça, previsto no art. 6º, VIII, do CDC, caracteriza-se pela facilitação da interposição de demanda judicial" (MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 1635). Em decorrência disso, o CDC, "dentre outras providências promove seu exercício de modo coletivo pelos consumidores ao facilitar sua atuação por intermédio de associações, em conformidade com o que propugna a própria Política Nacional de Defesa do Consumidor, conforme preceitua o art. 4.º, inciso II, alínea b" (loc. cit.).

Noutras palavras, "a legitimação processual das associações civil pelo legislador do CDC é mais um aspecto do esforço legislativo, perceptível em diversas normas do Código, de estímulo à auto-organização dos consumidores para defesa dos seus interesses" (ibid., p. 47).

Sobre o tema, extrai-se da lição de Kazuo Watanabe:

> "A legitimação para agir das associações, como já ressaltado, tem elevada importância na melhor organização das relações de consumo, pois constituem elas um instrumento de participação da sociedade civil no aperfeiçoamento da Politica Nacional de Relações de Consumo (art. 4º,

> II, b), e uma forma eficiente de evitar que continue o paternalismo estatal exagerado na proteção do consumidor.
>
> Não se deve temer pelos abusos das associações em razão da facilitação do acesso à justiça, pois o legislador cuidou de prever sanções para as hipóteses de litigância de má-fé, estabelecendo a penalização não somente da associação, como também dos diretores responsáveis pela propositura da ação (art. 87 e parágrafo único)" (GRINOVER, Ada Pellegrini. *Código brasileiro de defesa do consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. 10. ed. rev. atual. e reform. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 95-96).

Portanto, não subsiste qualquer óbice de ordem legal a impedir o ajuizamento da demanda pela associação autora; o Código de Defesa do Consumidor, ao revés disso, estimula e facilita a defesa dos direitos dos consumidores por meio das ações coletivas e da atuação das associações civis. Ademais, ainda que as atividades da associação autora se restringissem ao ajuizamento de ações coletivas *lato sensu*, não haveria qualquer ilegalidade a ensejar a censura de tais práticas, pois, mesmo que proporcione o recebimento de honorários advocatícios sucumbenciais, o proveito auferido é reflexo do provimento obtido através da ação civil pública, o qual, inegavelmente, possui o condão de beneficiar os consumidores que estiverem na situação exposta na peça inicial, a partir da restituição dos valores indevidamente exigidos nos contratos de adesão.

Nessa senda, é importante destacar que a presente demanda tem por objeto a tutela de direito individual homogêneo a possibilitar o manejo da ação civil pública, na medida em que defende os interesses dos consumidores do Estado de Santa Catarina que celebraram contrato de crédito com o agente financeiro réu e foram alvo da cobrança da tarifa de liquidação antecipada, situação que caracteriza a homogeneidade e a origem comum dos direitos envolvidos referidos pelo art. 81 do CDC e art. 21 da Lei n. 7.347/1985.

Destarte, rejeita-se a alegação de ilegitimidade ativa da associação autora.

Relativamente à necessidade da formação de litisconsórcio passivo necessário e a incompetência da Justiça Estadual, não se verifica a necessidade da integração de outras instituições financeiras aos autos, uma vez que a relação jurídica dos consumidores com outros bancos é absolutamente independente da analisada nos presentes autos, de maneira que não se verifica a ocorrência de nenhuma das hipóteses estabelecidas no art. 47 do CPC.

Além disso, eventual reconhecimento da abusividade de um encargo estipulado em uma das várias espécies de operações de crédito realizadas pela instituição financeira ré não possui o condão de interferir na prévia gestão financeira do banco, quanto mais provocar uma situação de desequilíbrio na relação com outras instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional ou interferir na regulação exercida pelo Conselho Monetário Nacional e Banco Central, uma vez que, além se tratar de uma situação restrita no que se refere ao limite temporal (contratos celebrados anteriormente à Resolução 3.519/2007) e territorial (consumidores do Estado de Santa Catarina), sabidamente, "na proteção do consumidor, o reequilíbrio contratual, vem a *posteriori*, quando o contrato já está perfeito formalmente, quando o consumidor já manifestou a sua vontade, livre e refletida, mas o resultado contratual ainda está ineqüitativo" (MARQUES, Cláudia Lima. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 181), de maneira que os efeitos deste pronunciamento serão projetados apenas aos contratos celebrados em período pretérito e limitado ao prazo prescricional incidente na espécie, razão pela qual se afigura despropositada a alegação de que haverá reflexos nos "pilares da ordem econômica", como propagado pelo agente financeiro apelante.

À vista disso, rejeita-se o pedido para formação de litisconsórcio passivo e, consequentemente, da incompetência da Justiça Estadual,

dada a ausência da integração de outros réus ao processo a reclamar o deslocamento da competência para Justiça Federal.

Sobre a prescrição, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, através do julgamento do Agravo Regimental nos Embargos de Divergência em Recurso Especial n. 1070896/SC, definiu que, a despeito da divergência doutrinária a respeito da natureza, se decadencial ou prescricional, o prazo para o ajuizamento da ação civil pública é, por aplicação analógica do art. 21 da Lei n. 4.717/1965 (Lei da Ação Popular), de 5 anos. Veja-se:

> AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. EXPURGOS. PRAZO PRESCRICIONAL. ART. 21 DA LEI N.º 4.717/65. CINCO ANOS. JURISPRUDÊNCIA ATUAL PACIFICADA. PRECEDENTES DA CORTE ESPECIAL. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N.º 168 DO STJ. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA AO QUAL SE NEGOU SEGUIMENTO. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.
>
> 1. "A posição atual e dominante nesta c. Corte Superior é no sentido de ser aplicável à ação civil pública e à respectiva execução, por analogia, o prazo prescricional de cinco anos previsto no art. 21 da Lei da Ação Popular" (AgRg nos EAREsp 119.895/PR, Rel. Ministro FELIX FISCHER, CORTE ESPECIAL, julgado em 29/08/2012, DJe de 13/09/2012). Outros precedentes colacionados: EREsp 1.285.566/PR, CORTE ESPECIAL, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, DJe de 21/08/2012; AgRg nos EAREsp 83322/PR, CORTE ESPECIAL, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, DJe de 15/10/2012; AgRg nos EREsp 1293468/PR, CORTE ESPECIAL, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, DJe de 18/10/2012; AgRg nos EREsp 1275762/PR, CORTE ESPECIAL, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, DJe de 10/10/2012.
>
> 2. Incide, portanto, sobre a espécie o verbete sumular n.º 168 do STJ: "Não cabem embargos de divergência, quando a jurisprudência do Tribunal se firmou no mesmo sentido do acórdão embargado".

> 3. Agravo regimental desprovido (AgRg nos EREsp 1.070.896/SC, rela. Mina. Laurita Vaz, j. 25-4-2013).

Confira-se, ainda, o precedente que deu origem aos embargos de divergência supramencionado:

> CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA DECORRENTE DE DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. POUPANÇA. COBRANÇA DOS EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. PLANOS BRESSER E VERÃO. PRAZO PRESCRICIONAL QUINQUENAL.
>
> 1. A Ação Civil Pública e a Ação Popular compõem um microssistema de tutela dos direitos difusos, por isso que, não havendo previsão de prazo prescricional para a propositura da Ação Civil Pública, recomenda-se a aplicação, por analogia, do prazo quinquenal previsto no art. 21 da Lei n. 4.717/65.
>
> 2. Embora o direito subjetivo objeto da presente ação civil pública se identifique com aquele contido em inúmeras ações individuais que discutem a cobrança de expurgos inflacionários referentes aos Planos Bresser e Verão, são, na verdade, ações independentes, não implicando a extinção da ação civil pública, que busca a concretização de um direito subjetivo coletivizado, a extinção das demais pretensões individuais com origem comum, as quais não possuem os mesmos prazos de prescrição.
>
> 3. Em outro ângulo, considerando-se que as pretensões coletivas sequer existiam à época dos fatos, pois em 1987 e 1989 não havia a possibilidade de ajuizamento da ação civil pública decorrente de direitos individuais homogêneos, tutela coletiva consagrada com o advento, em 1990, do CDC, incabível atribuir às ações civis públicas o prazo prescricional vintenário previsto no art. 177 do CC/16.
>
> 4. Ainda que o art. 7º do CDC preveja a abertura do microssistema para outras normas que dispõem sobre a defesa dos direitos dos consumidores, a regra existente fora do sistema, que tem caráter meramente geral e vai de encontro ao regido especificamente na legislação consumeirista, não afasta o prazo prescricional estabelecido no art. 27 do CDC.
>
> 5. Recurso especial a que se nega provimento (Resp 1.070.896/SC, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 14-4-2010).

Ressalte-se, ainda, que, embora possua a mesma origem, o bem jurídico tutelado nas ações coletivas *lato sensu* não se confunde com o bem jurídico protegido nas ações individuais, razão pela qual é possível a existência de prazos prescricionais distintos entre as demandas individuais e coletivas.

Por conseguinte, os efeitos da presente decisão devem alcançar apenas as tarifas de liquidação antecipada de débitos cobradas em período anterior a cinco anos, contados da citação do agente financeiro réu na presente ação civil pública.

Ultrapassadas as questões preliminares e prejudiciais, verifica-se que, no que concerne ao mérito da demanda, o agente financeiro réu defende a improcedência do pedido inicial ao argumento de que não é abusiva a tarifa de liquidação antecipada, a qual possui a função de reequilibrar o contrato firmado entre o banco e o tomador de crédito, remunerar o recálculo da dívida e a reprogramação do pagamento, além de possuir autorização legal nas Resoluções n. 2.303/1996, 2.878/2001 e 3.401/2006, todas do Conselho Monetário Nacional.

Contudo, esta Câmara possui o firme entendimento de que, a par da existência de resoluções do Conselho Monetário Nacional a respeito, a cobrança da tarifa de liquidação antecipada constitui encargo abusivo por importar em vantagem exagerada ao fornecedor e mitigar a incidência do direito do consumidor à redução proporcional dos juros e demais acréscimos assegurado pelo § 2º do art. 52 do CDC.

Nessa direção decidiu reiteradamente esta Câmara em ações civis públicas que versavam sobre a tarifa de liquidação antecipada e propostas contra outras instituições financeiras:

> TARIFA BANCÁRIA. Liquidação antecipada. Ação civil pública. Procedência. Inconformismo de ambas as partes. Ilegitimidade ativa. Litisconsórcio passivo necessário. Impossibilidade jurídica do pedido. Preliminares rejeitadas. Resolução do Conselho Monetário Nacional.

Contratos anteriores a esta norma. Exigência do encargo obstada. Ausente contraprestação a justificar a cobrança. Abusividade. Relação de consumo. Repetição do indébito devida. Limitação territorial de efeitos. Inviabilidade. Destinatários finais. Consumidores. Honorários. Pedido de majoração acolhido. Apelo do banco desprovido. Recurso do demandante acolhido. A tarifa de liquidação antecipada é abusiva, inclusive em contratos anteriores à resolução que vedou sua cobrança, por onerar o consumidor, penalizando-o injustificadamente ao exercer seu direito (Apelação Cível n. 2011.068431-2, da Capital, rel. Des. José Inacio Schaefer, j. 16-12-2014).

TARIFA BANCÁRIA. Liquidação antecipada. Ação civil pública. Procedência. Inconformismo de ambas as partes. Ilegitimidade ativa. Litisconsórcio passivo necessário. Impossibilidade jurídica do pedido. Preliminares rejeitadas. Resolução do Conselho Monetário Nacional. Contratos anteriores a esta norma. Exigência do encargo obstada. Ausente contraprestação a justificar a cobrança. Abusividade. Relação de consumo. Repetição do indébito devida. Limitação territorial de efeitos. Inviabilidade. Destinatários finais. Consumidores. Honorários. Pedido de majoração acolhido. Apelo do banco desprovido. Recurso da associação acolhido. A tarifa de liquidação antecipada é abusiva, inclusive em contratos anteriores à resolução que vedou sua cobrança, por onerar o consumidor, penalizando-o injustificadamente ao exercer seu direito (Apelação Cível n. 2012.007958-3, da Capital, rel. Des. José Inacio Schaefer, j. 21-10-2014).

TARIFA BANCÁRIA. Liquidação antecipada. Ação civil pública. Procedência. Inconformismo do banco. Ilegitimidade ativa. Litisconsórcio passivo necessário. Preliminares rejeitadas. Resolução do Conselho Monetário Nacional. Contratos anteriores a esta norma. Exigência do encargo obstada. Ausente contraprestação a justificar a cobrança. Abusividade. Relação de consumo. Repetição do indébito devida. Limitação territorial de efeitos. Inviabilidade. Destinatários finais. Consumidores. Apelo desprovido. A tarifa de liquidação antecipada revela-se abusiva, inclusive em contratos anteriores à resolução que vedou sua cobrança, porquanto onera o consumidor, penalizando-o pela pontualidade (Apelação Cível n. 2012.007957-6, da Capital, rel. Des. José Inacio Schaefer, j. 21-10-2014).

Demais disso, é oportuno assinalar que, embora reconheça a possibilidade da cobrança da tarifa em questão no breve período entre a edição da Resolução n. 3.401/06 do CMN e o advento da Resolução n 3.516/07 do CMN (posição não perfilhada por este Órgão Fracionário, frise-se), o Superior Tribunal de Justiça mencionou se tratar de vantagem excessiva às instituições financeiras, pois eventuais ganhos ou perdas derivadas da liquidação antecipada de débitos dependem da flutuação da taxa de juros, ou seja, trata-se de uma questão de mercado, "diretamente ligada ao risco do negócio assumido pelas instituições financeiras, risco esse que tem se mostrado bastante reduzido, como provam seus expressivos lucros, cada ano maiores" (Resp 1.375.906/DF , rela. Mina. Nancy Andrighi, j. 25-2-2014), de modo que não se mostra "razoável presumir o prejuízo do banco em detrimento do consumidor, para justificar a cobrança de tarifa para liquidações antecipadas de débito que, a rigor, no mais das vezes resultam vantajosas para a instituição financeira" (loc.cit).

Destarte, revela-se irrepreensível a sentença ao reconhecer a abusividade da tarifa de liquidação antecipada nos contratos celebrados com os consumidores anteriormente à edição da Resolução n 3.516/07 do CMN.

Relativamente ao recurso interposto pela associação autora, observa-se que a apelante defende a majoração dos honorários advocatícios sucumbenciais, ao argumento de que o valor arbitrado não remunerou adequadamente o trabalho desenvolvido e deixou de observar a repercussão social e abrangência da demanda, o valor da ação e a amplitude da sentença.

Nesse sentido, é consabido que a fixação dos honorários advocatícios deve observar os padrões ínsitos nas alíneas *a*, *b*, e *c* do § 3º do art. 20 do CPC, considerado o grau de zelo do profissional, o lugar da prestação do serviço, a natureza e a importância da causa, o trabalho realizado pelo causídico e, principalmente, o tempo despendido para a sua atuação. Confira-se:

> ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ÔNUS DE SUCUMBÊNCIA. PARTE RÉ. ARTS. 18 E 19 DA LEI Nº 7.347/85. ISENÇÃO. DESCABIMENTO.
>
> 1. O ônus da sucumbência na Ação Civil Pública subordina-se a um duplo regime a saber: (a) Vencida a parte autora, aplica-se a *lex specialis* (Lei 7.347/85), especificamente os arts. 17 e 18, cuja *ratio essendi* é evitar a inibição dos legitimados ativos na defesa dos interesses transindividuais e (b) Vencida a parte ré, aplica-se *in totum* o art. 20 do CPC, na medida em que, à míngua de regra especial, emprega-se a *lex generalis*, *in casu*, o Código de Processo Civil (STJ, Resp 845339/TO, rel. Min. Luiz Fux, j. 18-9-2007).

Na hipótese dos autos, o valor arbitrado de R$ 1.000,00 não atendeu aos critérios supramencionados, de modo que merece pequena elevação, pois, embora se trate de demanda de baixa complexidade, julgada antecipadamente, instruída com peças idênticas às produzidas em inúmeras demandas semelhantes e com curto prazo de tramitação até a sentença (1 ano e 7 meses), é inegável a razoável repercussão da presente ação civil pública, razão pela qual é majorada a verba para o montante de R$ 5.000,00 (cinco mil reais).

Na mesma direção, decidiu a esta Câmara em ação civil pública semelhante ajuizada pela associação recorrente:

> TARIFA BANCÁRIA. Liquidação antecipada. Ação civil pública. Procedência. Inconformismo de ambas as partes. Ilegitimidade ativa. Litisconsórcio passivo necessário. Impossibilidade jurídica do pedido. Preliminares rejeitadas. Resolução do Conselho Monetário Nacional. Contratos anteriores a esta norma. Exigência do encargo obstada. Ausente contraprestação a justificar a cobrança. Abusividade. Relação de consumo. Repetição do indébito devida. Limitação territorial de efeitos. Inviabilidade. Destinatários finais. Consumidores. Honorários. Pedido de majoração acolhido. Apelo do banco desprovido. Recurso da associação acolhido.
>
> A tarifa de liquidação antecipada é abusiva, inclusive em contratos anteriores à resolução que vedou sua cobrança, por onerar o

> consumidor, penalizando-o injustificadamente ao exercer seu direito (Apelação Cível n. 2012.007958-3, da Capital, rel. Des. José Inacio Schaefer, j. 21-10-2014).

Ainda desta Corte:

> APELAÇÕES CÍVEIS. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PROCEDÊNCIA NA ORIGEM.
>
> [...]
>
> RECURSO DO INSTITUTO AUTOR. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. FIXAÇÃO COM BASE NO ART. 20, §4º, DO CPC. CAUSA SEM CONDENAÇÃO. FIXAÇÃO DE FORMA EQUITATIVA. ELEVAÇÃO DA IMPORTÂNCIA PARA A DEVIDA ADEQUAÇÃO.
>
> Recursos conhecidos, provido o do autor e desprovido o do banco requerido (Apelação Cível n. 2012.051194-0, da Capital, rel. Des. Guilherme Nunes Born, j. 26-6-2014).

Ante o exposto, conhece-se do recurso interposto pelo agente financeiro réu e dá-se-lhe parcial provimento para sujeitar o direito à devolução da tarifa ao prazo prescricional de 5 anos, contado da citação na presente ação civil pública. Conhece-se do recurso interposto pela associação autora e dá-se-lhe provimento para majorar os honorários advocatícios sucumbenciais ao montante de R$ 5.000,00 (cinco mil reais).

QUINTA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

Apelação Cível n. 2015.032484-1, de Joinville

Relatora: Desa. Soraya Nunes Lins

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. CONTRATO DE ARRENDAMENTO MERCANTIL. SENTENÇA QUE JULGOU IMPROCEDENTE O PEDIDO E DETERMINOU À INSTITUIÇÃO FINANCEIRA O DEPÓSITO DO VALOR REFERENTE À COMPLEMENTAÇÃO DO VALOR DA VENDA EXTRAJUDICIAL DO VEÍCULO.

PURGAÇÃO DA MORA. DEVEDOR QUE EFETUOU O DEPÓSITO DO MONTANTE CORRESPONDENTE APENAS ÀS PARCELAS VENCIDAS. DECISÃO INTERLOCUTÓRIA QUE CONSIDEROU QUE A QUANTIA ERA SUFICIENTE PARA PURGAR A MORA E DETERMINOU A RESTITUIÇÃO DO VEÍCULO AO RÉU. NÃO INTERPOSIÇÃO DE RECURSO CONTRA O INTERLOCUTÓRIO. PRECLUSÃO DA MATÉRIA. IMPOSSIBILIDADE DE DISCUTIR NESTE MOMENTO PROCESSUAL SE O VALOR DEPOSITADO ERA OU NÃO SUFICIENTE PARA A PURGAÇÃO DA MORA. NÃO APLICAÇÃO, POR ESSE MOTIVO, DO ENTENDIMENTO EXARADO NO RESP N. 1.418.593/MS, ACERCA DA NECESSIDADE DO PAGAMENTO DA INTEGRALIDADE DA DÍVIDA.

VENDA EXTRAJUDICIAL DO VEÍCULO QUE IMPOSSIBILITA O CUMPRIMENTO DA ORDEM DE SUA RESTITUIÇÃO AO RÉU. NECESSIDADE DE DEPÓSITO DO VALOR DE MERCADO DO BEM, CONSOANTE A TABELA FIPE. ACERTO DA SENTENÇA, PORTANTO, AO DETERMINAR A COMPLEMENTAÇÃO DO VALOR OBTIDO COM O LEILÃO DO VEÍCULO. RESSALVA NA SENTENÇA DE QUE O VALOR PERMANECERÁ DEPOSITADO EM JUÍZO ATÉ A APURAÇÃO DO VALOR DEVIDO A CADA PARTE, NA AÇÃO REVISIONAL DO CONTRATO.

RECURSO DESPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2015.032484-1, da comarca de Joinville (2ª Vara de Direito Bancário), em que é apelante Santander Leasing S/A Arrendamento Mercantil, e apelado Sérgio Roberto Tavares:

A Quinta Câmara de Direito Comercial decidiu, por votação unânime, conhecer do recurso e negar-lhe provimento. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Excelentíssimo Desembargador Cláudio Barreto Dutra, com voto, e dele participou o Excelentíssimo Desembargador Jânio Machado.

Florianópolis, 25 de junho de 2015.

Soraya Nunes Lins
RELATORA

RELATÓRIO

Santander Leasing S.A. Arrendamento Mercantil ajuizou ação de reintegração de posse contra Sergio Roberto Tavares, afirmando que as partes celebraram o contrato de arrendamento mercantil n. 70008073982, em relação ao qual o réu estaria inadimplente a partir da parcela 32, vencida em 30/4/2013.

Alegou que o saldo devedor, atualizado até 21/8/2013, era de R$ 13.081,94, e requereu a reintegração de posse do bem arrendado.

A liminar foi deferida (fl. 33).

O réu então peticionou, informando ter ingressado com ação de revisão do contrato anteriormente ao ajuizamento da ação possessória, em que foi deferida a liminar, para manter a posse do veículo e autorizar o depósito judicial da integralidade das parcelas vencidas, o que foi realizado. Postulou, por isso, a restituição do bem.

O pleito foi primeiramente indeferido (fl. 43), porém, em nova decisão, foi determinada a restituição do bem ao réu (fl. 48).

O réu informou a venda extrajudicial do veículo pelo autor, e este juntou comprovante de depósito judicial referente ao valor do leilão do bem.

Em face disso, o MM. Juiz determinou a intimação do autor para depositar o montante de R$ 9.501,00 a título de complementação do valor depositado, considerando a avaliação pela Tabela Fipe na data do leilão (fls. 55/56).

O réu peticionou, para requerer a fixação de prazo para o cumprimento da ordem judicial e a cominação de multa cominatória.

Sobreveio a sentença, que julgou improcedente o pedido e revogou a liminar concedida. Ainda, condenou o autor ao pagamento de R$ 9.501,00 em favor do réu, atualizados monetariamente desde julho de 2014 pelo INPC/IBGE, referentes à complementação do valor da venda extrajudicial do veículo objeto do feito, importância a ser depositada nos autos da ação revisional até o desfecho daquela. Ficou o requerido condenado ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, fixados em R$ 800,00, em aplicação do princípio da causalidade (fls. 62/64).

Irresignado, apelou o autor, alegando que, no momento do ajuizamento da ação, 37 parcelas haviam sido pagas, tendo a 37ª vencido em 30/9/2013, de modo que não procede a alegação do apelado de que depositou o valor correspondente às parcelas vencidas até a parcela 31, referentes aos meses de maio de 2013 a junho de 2014, pois não é possível que as parcelas 31 e seguintes correspondam aos meses indicados, já que a parcela 37 venceu em 30/9/2013. Afirma que, além disso, quando ajuizada a ação, o apelado estava inadimplente desde a parcela 32, de abril de 2013.

Assevera também que, desde o suposto pagamento de junho de 2014, não ocorreu mais nenhum outro pagamento.

Sustenta ainda que o valor depositado é insuficiente para pagar a dívida, haja vista o art. 3º, § 2º, do Decreto-lei n. 911/69 e a decisão no REsp n. 1.418.593/MS.

Argumenta, por fim, que já efetuou o depósito do valor da venda do bem para cumprir a determinação judicial de restituição do bem, não tendo que pagar mais nada ao apelado.

Contrarrazões às fls. 92/96.

Esse é o relatório.

VOTO

Trata-se de apelação contra a sentença que, na ação de reintegração de posse movida pela instituição financeira apelante contra o ora apelado, julgou improcedente o pedido e revogou a liminar. Ainda, condenou o autor ao pagamento de R$ 9.501,00 em favor do réu, atualizados monetariamente desde julho de 2014 pelo INPC/IBGE, referente à complementação do valor da venda extrajudicial do veículo objeto do feito, importância a ser depositada nos autos da ação revisional até o desfecho daquela. Ficou o requerido condenado ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, fixados em R$ 800,00, em aplicação do princípio da causalidade.

Extrai-se dos autos que as partes firmaram contrato de arrendamento mercantil de veículo com previsão de pagamento de 60 parcelas no valor de R$ 526,21 cada uma (fls. 18/21).

A ação foi proposta em razão do inadimplemento do contrato a partir da parcela n. 32, vencida em 30/4/2013. A instituição financeira, considerando o vencimento antecipado do contrato, apresentou como saldo devedor o montante de R$ 13.081,94 (fl. 27).

A liminar foi deferida e cumprida em 9/6/2014 (fl. 45).

O apelado então noticiou o depósito das parcelas vencidas nos autos de ação revisional ajuizada por ele anteriormente à ação de reintegração de posse, apresentando comprovante de depósito efetuado em 8/5/2014 no valor de R$ 6.840,73 (fls. 40/41), montante que corresponde às 13 parcelas vencidas desde a parcela n. 32 até a data do depósito.

Em decisão interlocutória exarada em 16/6/2014, o MM. Juiz considerou que houve a purgação a mora e, em consequência, determinou a restituição do bem ao apelado (fl. 48). Contra essa decisão, não foi interposto recurso.

Diante da notícia da venda extrajudicial do veículo, foi determinado o depósito, pelo autor/apelante, do montante de R$ 9.501,00 a título de complementação do valor obtido com a venda do bem (fls. 55/56). Contra essa decisão a instituição financeira interpôs agravo de instrumento (fls. 80/83), o qual foi julgado prejudicado em razão da prolação da sentença (AI n. 2014.071276-8, fls. 87/89).

A sentença manteve o entendimento exarado anteriormente, julgando improcedente o pedido e condenando a instituição financeira ao pagamento do valor de R$ 9.501,00.

Nesse contexto, verifica-se que o recurso não merece prosperar.

O atual entendimento desta colenda Câmara é de que, para purgação da mora de contrato de arrendamento mercantil, é necessário o depósito do valor correspondente à integralidade do contrato, não bastando o pagamento somente das parcelas vencidas.

Isso porque existe atualmente expressa previsão de que as regras pertinentes à ação de busca e apreensão de bem alienado fiduciariamente se aplicam às demandas de reintegração de posse de bem objeto de contrato de arrendamento mercantil (art. 3º, § 15, do Decreto-lei n. 911/1969, incluído pela Lei n. 13.043, de 13/11/2014).

Logo, aplica-se às ações de reintegração de posse fundada em contrato de arrendamento mercantil o entendimento consolidado pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento de recurso representativo de controvérsia de que, para evitar a consolidação da propriedade do bem com o credor fiduciário, cabe ao devedor, no prazo de 5 (cinco) dias da execução da liminar, pagar a integralidade da dívida, esta entendida como os valores apresentados e comprovados pelo credor fiduciário na inicial (REsp n. 1.418.593/MS).

Nesse sentido são os seguintes precedentes: Agravo de Instrumento n. 2014.040618-8, de Rio Negrinho, rel. Des. Guilherme Nunes Born, j. 12-2-2015; Agravo de Instrumento n. 2014.080359-5, da Capital, rel. Des. Jânio Machado, j. 12-2-2015.

Ocorre que, no caso em apreço, a questão relativa à purgação da mora encontra-se preclusa, razão pela qual não se pode aplicar o entendimento acerca da necessidade do depósito não só das parcelas vencidas como também das vincendas para a purgação da mora na ação de reintegração de posse.

Como visto, a matéria foi apreciada em decisão interlocutória, na qual se reconheceu que o depósito efetuado pelo apelado, que abrangia somente as parcelas vencidas, era suficiente para a purgação da mora e, com isso, determinou-se a restituição do veículo ao devedor (fls. 48 e 48 v.).

A instituição financeira não interpôs recurso contra a decisão, de maneira que a matéria não pode mais ser discutida, porquanto atingida pela preclusão.

A respeito, dispõe o art. 473 do Código de Processo Civil: "É defeso à parte discutir, no curso do processo, as questões já decididas, a cujo respeito se operou a preclusão".

Nos comentários de Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero:

> A preclusão consiste na perda, extinção ou consumação de uma faculdade processual em face do decurso do tempo (preclusão temporal), da prática de ato incompatível (preclusão lógica) e do efetivo exercício de determinada faculdade processual (preclusão consumativa). Se a parte discute essa ou aquela questão no curso do processo, a decisão a respeito faz precluir a possibilidade de a parte continuar a discuti-la na mesma instância. A parte só poderá voltar a discutir questão já decidida, se, oportunamente, recorreu da decisão (STJ, 1ª Turma, Resp 876.097/CE, rel. Min. Teori Zavascki, j. em 06.02.2007, DJ 22.02.2007, p. 170), tendo de fazê-lo, então, em sede recursal (*Código de Processo Civil comentado artigo por artigo*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 452).

Registre-se que o agravo de instrumento interposto pela instituição financeira não foi contra a decisão que reconheceu a purgação da mora e determinou a restituição do veículo, mas contra a decisão que determinou o depósito da diferença entre o valor obtido com a venda extrajudicial e o valor de mercado do veículo segundo a Tabela Fipe.

Desse modo, como não foi interposto o recurso cabível contra a decisão interlocutória que considerou que o depósito efetuado pelo apelado, correspondente somente às parcelas vencidas do contrato de arrendamento mercantil, era suficiente para purgação da mora, não cabe discutir a matéria em sede de apelação, uma vez que ocorrida a preclusão.

Em casos similares, já decidiu este egrégio Tribunal de Justiça:

> APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. CONTRATO DE ARRENDAMENTO MERCANTIL. LIMINAR DEFERIDA E EFETIVADA. PEDIDO DE PURGAÇÃO DA MORA QUE VEIO ACOMPANHADO DO COMPROVANTE DE DEPÓSITO DO VALOR DAS PRESTAÇÕES VENCIDAS, IGNORANDO AS VINCENDAS. DECISÃO QUE CONSIDEROU SUFICIENTE A PURGA DA MORA PELO PAGAMENTO SOMENTE DAS PRESTAÇÕES VENCIDAS E DETERMINOU A DEVOLUÇÃO IMEDIATA DO VEÍCULO AO ARRENDATÁRIO. DECISÃO QUE FOI MANTIDA PELA CÂMARA NO

JULGAMENTO DE RECURSO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO. TEMA ACOBERTADO PELOS EFEITOS DA PRECLUSÃO, INVIABILIZANDO A APLICAÇÃO DA ORIENTAÇÃO CONTIDA NO RECURSO ESPECIAL N. 1.418.593/MS, SUBMETIDO AO RITO DO ARTIGO 543-C DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. EXTINÇÃO DO PROCESSO QUE TAMBÉM NÃO FOI COMBATIDA NO RECURSO INTERPOSTO, O QUE MAIS REFORÇA A OBRIGAÇÃO DA ARRENDADORA DE RESTITUIÇÃO DO BEM ARRENDADO OU, NO CASO, DO VALOR CORRESPONDENTE, EM CONFORMIDADE COM A TABELA FIPE. RECURSO DESPROVIDO (Apelação Cível n. 2014.093607-6, da Capital, rel. Des. Jânio Machado, j. 26-3-2015).

APELAÇÃO CÍVEL. BUSCA E APREENSÃO. CONTRATO DE FINANCIAMENTO DE VEÍCULO. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA. BEM APREENDIDO E POSTERIOR CITAÇÃO DO DEVEDOR. PURGAÇÃO DA MORA QUE FOI EFETIVADA NO PRAZO DE 5 (CINCO) DIAS. VEÍCULO DEVOLVIDO. AUSÊNCIA DE AGRAVO DE INSTRUMENTO. PRECLUSÃO. INVIABILIDADE DA INCIDÊNCIA DA ORIENTAÇÃO CONTIDA NO RECURSO ESPECIAL N. 1.418.593, SUBMETIDO AO RITO DO ARTIGO 543-C DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. (...) (Apelação Cível n. 2013.003389-6, de Lages, rel. Des. Cláudio Barreto Dutra, j. 17-7-2014).

AGRAVO PREVISTO NO § 1º DO ART. 557 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL - AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO - INTERPOSIÇÃO CONTRA DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGOU SEGUIMENTO AO RECURSO DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA - DIVERGÊNCIA ATINENTE AOS CRITÉRIOS ELEITOS PARA A PURGA DA MORA - TEMÁTICA, TODAVIA, SEQUER EXAMINADA NO "DECISUM" PORQUANTO FULMINADA PELO MANTO DA PRECLUSÃO - INEXISTÊNCIA DE ELEMENTOS APTOS A ENSEJAR A RETRATAÇÃO DO POSICIONAMENTO EXARADO - RECLAMO DESPROVIDO - INTENTO MERAMENTE PROTELATÓRIO - APLICAÇÃO DE MULTA DE 10% (DEZ POR CENTO) SOBRE O VALOR ATUALIZADO DA CAUSA.

> (...)
>
> Dessarte, inviável a retratação do posicionamento exarado na decisão unipessoal amparada pelo art. 557 do Código de Processo Civil sem a demonstração pelo recorrente de que o "decisum" estaria em desacordo com a jurisprudência predominante, de que inviável o conhecimento da irresignação posta no reclamo, no caso, sobre os critérios da purgação da mora, estando atingida a temática pelos efeitos da preclusão (art. 473 da Lei Adjetiva Civil).
>
> (...) (Agravo (§ 1º art. 557 do CPC) em Apelação Cível n. 2015.017652-5, de Balneário Camboriú, rel. Des. Robson Luz Varella, j. 5-5-2015).

Assim, mostram-se incabíveis as alegações relativas ao valor depositado para fins de purgação da mora, porque atingida a matéria pela preclusão.

Por fim, o argumento da instituição financeira de que já realizou o depósito do valor da venda do bem, não tendo que pagar mais nada ao apelado, também não merece acolhimento.

Ora, diante da impossibilidade de cumprimento da determinação judicial de restituição do veículo ao apelado, em razão de a instituição financeira ter procedido à sua venda extrajudicial, a medida cabível é o depósito do valor de mercado do bem, aferido conforme a Tabela Fipe, não bastando o depósito da quantia obtida com a venda, se inferior.

A propósito, colhe-se da jurisprudência desta Corte de Justiça:

> APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. CONTRATO DE ARRENDAMENTO MERCANTIL. SENTENÇA DE EXTINÇÃO DO PROCESSO, DIANTE DA PERDA SUPERVENIENTE DO INTERESSE PROCESSUAL. IRRESIGNAÇÃO DA CASA BANCÁRIA.
>
> (...) RESTITUIÇÃO DO VEÍCULO APREENDIDO À CONSUMIDORA, SOB PENA DE MULTA. DETERMINAÇÃO IMPERATIVA EM FACE DA EXTINÇÃO DA DEMANDA. SUPOSTA VENDA EXTRAJUDICIAL DO AUTOMÓVEL. (...)

EVENTUAL IMPOSSIBILIDADE DE CUMPRIMENTO QUE URGE A NECESSIDADE DE DEPÓSITO DO SEU EQUIVALENTE EM PECÚNIA, CONSIDERANDO O VALOR DE MERCADO À ÉPOCA DA CONSTRIÇÃO JUDICIAL PELA TABELA FIPE, DEVIDAMENTE ATUALIZADO. PRECEDENTES DESTA CORTE DE JUSTIÇA.

"[...] Se há determinação de restituição do veículo em face da purga da mora, e a providência fica inviabilizada porque já alienado extrajudicialmente, sem que disso o arrendatário fosse cientificado, mostra-se pertinente e adequada a determinação de depósito do valor do bem, conforme o apurado pela tabela FIPE." (Agravo de Instrumento n. 2010.032257-4, Rel. Des. Jânio Machado, j. 13-12-10).

REBELDIA IMPROVIDA (Apelação Cível n. 2014.079182-9, de São José, rel. Des. José Carlos Carstens Köhler, j. 18-11-2014).

AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE - CONTRATO DE ARRENDAMENTO MERCANTIL - DECISÃO QUE, APÓS SENTENÇA EXTINTIVA, DETERMINOU A RESTITUIÇÃO DO BEM APREENDIDO, NO PRAZO DE 10 (DEZ) DIAS, SOB PENA DE MULTA DIÁRIA DE R$ 1.000,00 (UM MIL REAIS) OU, NA IMPOSSIBILIDADE, PORQUE JÁ EFETIVADA A VENDA, O DEPÓSITO DO EQUIVALENTE EM DINHEIRO NO VALOR DA TABELA FIPE - INSURGÊNCIA DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA.

(...)

IMPOSSIBILIDADE DE DEVOLUÇÃO DO BEM ANTE A VENDA EXTRAJUDICIAL - IMPOSIÇÃO DE DEPÓSITO DO EQUIVALENTE EM DINHEIRO A SER APURADO COM BASE NA TABELA FIPE - MANUTENÇÃO.

No caso de venda extrajudicial do veículo objeto do contrato de arrendamento mercantil (leasing), cabe à parte a restituição de quantia equivalente ao valor de mercado do bem tendo como base o preço da tabela Fipe, com a devida incidência de correção monetária (Agravo de Instrumento n. 2013.012351-1, da Capital, rel. Des. Robson Luz Varella, j. 27-5-2014).

> AGRAVO DE INSTRUMENTO. BUSCA E APREENSÃO. PARTE DEVEDORA QUE SOLICITA A PURGAÇÃO DA MORA. INSTITUIÇÃO FINANCEIRA QUE PROMOVE A ALIENAÇÃO EXTRAJUDICIAL DO VEÍCULO. VENDA UNILATERAL. NECESSIDADE DE RESSARCIR O DEVEDOR, TENDO COMO PARÂMETRO O VALOR DE MERCADO DO VEÍCULO, À ÉPOCA DA ALIENAÇÃO, CONFORME A TABELA FIPE. POSSIBILIDADE.
>
> Recurso improvido (Agravo de Instrumento n. 2014.002713-3, de Jaraguá do Sul, rel. Des. Guilherme Nunes Born, j. 15-5-2014).

Ademais, percebe-se que, prudentemente, o d. Magistrado *a quo* determinou que o valor depositado deve permanecer depositado em juízo até a solução final da lide revisional a fim de verificar o montante devido a cada parte, evitando-se, dessa forma, o risco de enriquecimento sem causa do apelado.

Assim, não merece reparo a r. sentença.

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

Esse é o voto.

Apelação Cível n. 2015.010222-1, da Capital

Relator: Des. Cláudio Barreto Dutra

> APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO INIBITÓRIA DE DESCONTOS AUTOMÁTICOS C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. RETENÇÃO INDEVIDA DA INTEGRALIDADE DOS VENCIMENTOS PARA SALDAR DÉBITOS DECORRENTES DE CARTÃO DE CRÉDITO. VERBA DE CARÁTER ALIMENTAR. ABUSIVIDADE EVIDENCIADA. *QUANTUM* INDENIZATÓRIO REDUZIDO. OBSERVÂNCIA DO BINÔMIO RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. VERBA HONORÁRIA MANTIDA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2015.010222-1, da comarca da Capital (1ª Vara de Direito Bancário), em que é apelante Banco do Brasil S/A, e apelada Maria das Neves da Cunha:

A Quinta Câmara de Direito Comercial decidiu, por votação unânime, dar parcial provimento ao recurso apenas para reduzir o montante da indenização. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado no dia 25 de junho de 2015, os Excelentíssimos Desembargadores Jânio Machado e Soraya Nunes Lins.

Florianópolis, 29 de junho de 2015.

Cláudio Barreto Dutra
PRESIDENTE E RELATOR

RELATÓRIO

MARIA DAS NEVES DA CUNHA ajuizou ação inibitória de descontos automáticos c/c indenização por danos morais contra

BANCO DO BRASIL S/A, com o objetivo de impedir que a instituição financeira retivesse a integralidade dos seus proventos, depositados na Conta Corrente n. 30.219-8, Ag. 401-4, tendo em vista a proteção constitucional conferida ao salário dos trabalhadores, nos termos do artigo 7º, inciso X, da Constituição Federal. Requereu a condenação da Casa Bancária ao pagamento de quarenta salários mínimos pelo abalo moral sofrido. Por fim, pleiteou os benefícios da justiça gratuita e, em sede de tutela antecipada, pugnou pelo estorno da quantia indevidamente debitada e a impossibilidade de nova retenção (fls. 1-21).

O magistrado deferiu a liminar pleiteada, sob pena de pagamento de multa pelo descumprimento (fl. 22).

Citado, o réu apresentou contestação alegando, em síntese, que a parte autora não se desincumbiu do ônus de provar suas alegações, não havendo que se falar em responsabilidade da instituição financeira quer por danos morais ou materiais (fls. 33-84).

Houve réplica (fls. 88-94).

O magistrado julgou procedentes os pedidos, cujo dispositivo transcreve-se:

> Diante do exposto, com base no art. 269, I do CPC, julgo procedentes os pedidos realizados por, Maria das Neves da Cunha em face do Banco do Brasil S/A e, por conseguinte, determino e condeno o réu: a) que providencie, no prazo de 15 dias, o estorno do valor bloqueado de R$ 1.526,17; b) ao pagamento da quantia de R$ 20.000,00 (vinte mil reais), a título de danos morais, acrescida de juros moratórios na base de 1% ao mês, a teor do art. 406 do Código Civil, contados da citação, com correção monetária desde a presente decisão. Confirmo a tutela antecipada para vedar qualquer desconto na conta da parte autora, até o limite dos valores creditados a título de recebimento de proventos, sob pena de multa no valor de R$ 10.000,00 para cada mês em que tiver havido desconto. Condeno a parte ré ao pagamento das custas processuais, bem como dos honorários advocatícios do autor no valor de 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, tendo por base o artigo 20, § 3º, alíneas "a", "b" e "c", do CPC.

Irresignado, o banco recorreu, sustentando inexistir ato ilícito que permitisse a sua responsabilização por danos morais, sobretudo porque a parte autora deixou de provar as suas alegações. Alegou, ainda, que os fatos narrados pela autora não ultrapassam o mero aborrecimento e que, se mantida a condenação, esta deveria ser reduzida, contando os juros de mora a partir da fixação do *quantum* indenizatório. Requereu, ainda, a minoração da verba honorária. Prequestionou artigos de lei (fls. 137-150).

Contrarrazões às fls. 157-170.

Este é o relatório.

VOTO

Trata-se de apelação interposta por Banco do Brasil S/A contra sentença que julgou procedentes os pedidos aduzidos por Maria das Neves da Cunha em sede de ação inibitória de descontos automáticos cumulada com indenização por danos morais.

Nas razões do apelo, o banco sustenta que "de toda argumentação trazida aos autos pela parte recorrida, não é possível se vislumbrar nenhum tipo de ato ou fato que denote a possibilidade de responsabilização da instituição recorrente por danos morais". E, ainda, que "há no caso em concreto a ocorrência de causa de excludente de responsabilidade, uma vez que não houve defeito na prestação de serviço do requerido" [....] eis que "foi efetuado observando-se todas as regras legais" (fls. 138-140).

Contudo, razão não lhe assiste.

Compulsando os autos, verifica-se a efetiva demonstração dos descontos, operados pelo apelante, sobre a verba salarial depositada na Conta Corrente n. 30.219-8, conforme extratos acostados à fl. 21, tendo a apelada cumprido com o que determina o artigo 333, inciso I, do Código de Processo Civil.

O mesmo não se pode afirmar, entretanto, em relação à Casa Bancária, pois, em que pese as alegações de que incidiria, na hipótese, causa excludente de responsabilidade por inexistir defeito na prestação de serviço, a assertiva veio desacompanhada de provas.

Colhem-se da contestação e do apelo alegações vazias, inexistindo qualquer demonstração de que os descontos efetuados eram legais e em consonância com os termos pactuados, limitando-se a aduzir a inexistência dos requisitos da responsabilidade civil.

Assim, tem-se que a conduta abusiva da instituição financeira não pode prevalecer, eis que não se permite a apropriação de salário ou proventos de aposentadoria para fins de adimplir débitos decorrentes do contrato bancário, sobretudo diante da proteção constitucional que sobre aquele recai.

Ressalte-se, que para fins de cobrança de eventual saldo devedor junto à instituição apelante, o procedimento correto seria o ajuizamento da demanda competente e não a retenção indevida.

Esse entendimento encontra amparo na jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça, como se vê dos seguintes julgados:

> AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CONTRATO BANCÁRIO. DESCONTO EM CONTA-CORRENTE. IMPOSSIBILIDADE. VALOR FIXADO A TÍTULO COMPENSATÓRIO. PROPORCIONALIDADE. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. Nos termos da jurisprudência do STJ, é ilegal a apropriação do salário, depositado em conta-corrente, para a satisfação de saldo negativo existente na sua conta, cabendo a esta a satisfação do crédito por meio de cobrança judicial. Precedentes. 2. O entendimento pacificado no Superior Tribunal de Justiça é de que o valor estabelecido pelas instâncias ordinárias a título de indenização por danos morais pode ser revisto tão somente nas hipóteses em que a condenação se revelar irrisória ou exorbitante, distanciando-se dos padrões de razoabilidade, o que não se evidencia no presente caso. Desse modo, não se mostra desproporcional a fixação em R$ 5.000,00 (cinco mil reais) a

> título de reparação moral, decorrente das circunstâncias específicas do caso concreto, motivo pelo qual não se justifica a excepcional intervenção desta Corte no presente feito, como bem consignado na decisão agravada. 3. Agravo regimental a que se nega provimento (AgRg nos EDcl no AREsp 429.476/RJ, Rel. Min. Raul, Quarta Turma, DJe 03/11/2014).

E:

> DIREITO BANCÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. CONTA-CORRENTE. SALDO DEVEDOR. SALÁRIO. RETENÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. DANO MORAL CONFIGURADO. - Não se confunde o desconto em folha para pagamento de empréstimo garantido por margem salarial consignável, prática que encontra amparo em legislação específica, com a hipótese desses autos, onde houve desconto integral do salário depositado em conta corrente, para a satisfação de mútuo comum. - Não é lícito ao banco valer-se do salário do correntista, que lhe é confiado em depósito, pelo empregador, para cobrir saldo devedor de conta-corrente. Cabe-lhe obter o pagamento da dívida em ação judicial. Se nem mesmo ao Judiciário é lícito penhorar salários, não será a instituição privada autorizada a fazê-lo. - Ainda que expressamente ajustada, a retenção integral do salário de correntista com o propósito de honrar débito deste com a instituição bancária enseja a reparação moral. Precedentes. Recurso Especial provido (REsp 1021578/SP, Rela. Mina. Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJe 18/06/2009).

Logo, verificada a abusividade do referido comportamento, o mesmo não pode ser permitido, de modo o apelo não merece prosperar.

Em relação ao *quantum* fixado na sentença, requer o apelante a sua redução, tendo em vista a "conduta dolosa do ofensor, a gravidade da lesão, o preço da dor e sua prova, além do seu prudente arbítrio" (fl. 143).

Com efeito, a indenização arbitrada a título de reparação pelo abalo moral deve ser fixada em valor suficiente para minimizar o constrangimento suportado pela vítima e, ao mesmo tempo, impedir a reiteração da prática de atos ilícitos pelo ofensor.

A inexistência, por outro lado, de critérios objetivos para mensurar o valor de indenização cabível à hipótese, permite ao magistrado fixá-la

de acordo com os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, capacidade financeira das partes e gravidade do dano.

É nesse sentido o entendimento jurisprudencial:

> Na fixação do valor da condenação por dano moral, deve o julgador atender a certos critérios, tais como nível cultural do causador do dano; condição sócio-econômica do ofensor e do ofendido; intensidade do dolo ou grau da culpa (se for o caso) do autor da ofensa; efeitos do dano no psiquismo do ofendido e as repercussões do fato na comunidade em que vive a vítima (STJ, REsp. 355392/RJ, rel. Min. Castro Filho, julgado em 26-3-02).

Diante disso, e, apreciadas as circunstâncias do caso concreto, infere-se estar o *quantum* arbitrado na sentença – R$ 20.000,00 (vinte mil reais) –, em desarmonia com os valores fixados por este Colegiado, de maneira que deve ser provido o apelo, no ponto, para fixá-lo em R$ 10.000,00 (dez mil reais), montante que cumprirá com o fim a que se destina, possibilitando a recomposição dos danos experimentados e desestimulando a reiteração da prática ilícita.

O montante da indenização deve ser acrescido de juros de mora de 1% ao mês contados do evento danoso, conforme artigo 398 do Código Civil e da Súmula n. 54 do STJ, além de correção monetária pelo INPC a partir desta fixação, de acordo com a orientação dada pela Súmula n. 362 do STJ.

No que diz respeito à minoração da verba honorária, igualmente não merece amparo a irresignação, tendo agido com acerto o magistrado ao fixá-la em conformidade com o disposto no artigo 20, § 3º do Código de Processo Civil, em 10% sobre o valor da condenação, a qual, por sua vez, já foi modificada neste julgamento. A distribuição do ônus da sucumbência também permanecerá inalterada.

Frente ao exposto, dá-se parcial provimento ao apelo apenas para minorar a indenização por danos morais para R$ 10.000,00 (dez mil reais).

Este é o voto.

GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PÚBLICO

Mandado de Segurança n. 2014.080041-0, da Capital

Relator: Des. Vanderlei Romer

> MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. SECRETARIA DE DESENVOLVIMENTO REGIONAL. APROVAÇÃO DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS DISPONÍVEIS PARA O CARGO ESCOLHIDO. DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO. JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA SOBRE A MATÉRIA. RESISTÊNCIA DA ADMINISTRAÇÃO EM PROCEDER A TANTO. AUSÊNCIA DE JUSTIFICATIVA. IMPRESCINDIBILIDADE. ENTENDIMENTO FIRMADO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM REPERCUSSÃO GERAL. LIMINAR QUE DETERMINOU A CONVOCAÇÃO DA CANDIDATA. CONFIRMAÇÃO QUE SE IMPÕE. SEGURANÇA CONCEDIDA.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança n. 2014.080041-0, da comarca da Capital (Tribunal de Justiça), em que é impetrante Rafaela Floriani, e são impetrados Governador do Estado de Santa Catarina e Secretário de Estado de Planejamento:

O Grupo de Câmaras de Direito Público decidiu, por maioria de votos, conceder a ordem. Vencido o Exmo. Sr. Desembargador Jaime Ramos. Custas legais.

O julgamento, realizado no dia 11 de fevereiro de 2015, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Pedro Manoel Abreu, com voto, e dele participaram, os Exmos. Srs. Des. Cesar Abreu, Jaime Ramos, João Henrique Blasi, Jorge Luiz de Borba, Ricardo Roesler, Carlos Adilson Silva, Júlio César Knoll, Paulo Ricardo Bruschi e Sérgio Roberto Baasch Luz. Funcionou como representante do Ministério Público a Exma. Sra. Dra. Eliana Volcato Nunes.

Florianópolis, 23 de fevereiro de 2015.

Vanderlei Romer
RELATOR

RELATÓRIO

Rafaela Floriani impetrou mandado de segurança contra ato atribuído ao Governador do Estado de Santa Catarina e ao respectivo Secretário de Estado do Planejamento

Disse que a omissão das autoridades coatoras fere o seu direito líquido e certo à nomeação para o cargo de "Analista Técnico em Gestão de Desenvolvimento Regional" da SDR de Itajaí (fl. 3), visto que obteve a primeira colocação e o concurso disponibilizou duas vagas, uma delas destinada a portadores de necessidades especiais.

Ressaltou a proximidade do prazo de validade do certame, bem como a presença do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*.

Pugnou pela concessão de medida liminar para garantir a sua nomeação e, ao final, a concessão definitiva da segurança.

Deferida a tutela de urgência (fls. 50-54), vieram as informações (fls. 70-75) e, em seguida, os autos foram encaminhados à douta Procuradoria-Geral de Justiça, que, em parecer da lavra de seu nobre representante, o Exmo. Sr. Dr. Newton Henrique Trennepohl, manifestou-se pela concessão da ordem (fls. 87-91).

Este é o relatório.

VOTO

A impetrante ajuizou a ação mandamental contra o ato omissivo continuado das autoridades impetradas, que não procederam à sua nomeação para o cargo de "Analista Técnico em Gestão de

Desenvolvimento Regional" da SDR de Itajaí (fl. 3), mesmo com a sua aprovação em primeiro lugar, dentro do número de vagas disponibilizadas pelo edital.

A segurança deve ser concedida.

De fato, o edital disponibilizou duas vagas para o referido cargo (fl. 13) e a candidata obteve a primeira colocação (fl. 40).

É inequívoco, portanto, o seu direito à convocação.

Está consolidado o entendimento de que o candidato aprovado em concurso público dentro do número de vagas oferecidas para o cargo escolhido possui direito subjetivo à nomeação, a qual deverá ser procedida no prazo de validade do certame e a recusa em fazê-lo deve ser devidamente justificada.

Foi o que decidiu o Supremo Tribunal Federal em repercussão geral, conforme se constata na ementa do julgado. Veja-se:

> RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. CONCURSO PÚBLICO. PREVISÃO DE VAGAS EM EDITAL. DIREITO À NOMEAÇÃO DOS CANDIDATOS APROVADOS.
>
> I. DIREITO À NOMEAÇÃO. CANDIDATO APROVADO DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTAS NO EDITAL. Dentro do prazo de validade do concurso, a Administração poderá escolher o momento no qual se realizará a nomeação, mas não poderá dispor sobre a própria nomeação, a qual, de acordo com o edital, passa a constituir um direito do concursando aprovado e, dessa forma, um dever imposto ao poder público. Uma vez publicado o edital do concurso com número específico de vagas, o ato da Administração que declara os candidatos aprovados no certame cria um dever de nomeação para a própria Administração e, portanto, um direito à nomeação titularizado pelo candidato aprovado dentro desse número de vagas.
>
> II. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA. BOA-FÉ. PROTEÇÃO À CONFIANÇA. O dever de boa-fé da Administração Pública exige o respeito incondicional às regras do

edital, inclusive quanto à previsão das vagas do concurso público. Isso igualmente decorre de um necessário e incondicional respeito à segurança jurídica como princípio do Estado de Direito. Tem-se, aqui, o princípio da segurança jurídica como princípio de proteção à confiança. Quando a Administração torna público um edital de concurso, convocando todos os cidadãos a participarem de seleção para o preenchimento de determinadas vagas no serviço público, ela impreterivelmente gera uma expectativa quanto ao seu comportamento segundo as regras previstas nesse edital. Aqueles cidadãos que decidem se inscrever e participar do certame público depositam sua confiança no Estado administrador, que deve atuar de forma responsável quanto às normas do edital e observar o princípio da segurança jurídica como guia de comportamento. Isso quer dizer, em outros termos, que o comportamento da Administração Pública no decorrer do concurso público deve se pautar pela boa-fé, tanto no sentido objetivo quanto no aspecto subjetivo de respeito à confiança nela depositada por todos os cidadãos.

III. SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS. NECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO. CONTROLE PELO PODER JUDICIÁRIO. **Quando se afirma que a Administração Pública tem a obrigação de nomear os aprovados dentro do número de vagas previsto no edital, deve-se levar em consideração a possibilidade de situações excepcionalíssimas que justifiquem soluções diferenciadas, devidamente motivadas de acordo com o interesse público.** Não se pode ignorar que determinadas situações excepcionais podem exigir a recusa da Administração Pública de nomear novos servidores. **Para justificar o excepcionalíssimo não cumprimento do dever de nomeação por parte da Administração Pública, é necessário que a situação justificadora seja dotada das seguintes características:** a) Superveniência: os eventuais fatos ensejadores de uma situação excepcional devem ser necessariamente posteriores à publicação do edital do certame público; b) Imprevisibilidade: a situação deve ser determinada por circunstâncias extraordinárias, imprevisíveis à época da publicação do edital; c) Gravidade: os acontecimentos extraordinários e imprevisíveis devem ser extremamente graves, implicando onerosidade excessiva, dificuldade ou mesmo impossibilidade de cumprimento efetivo das regras do edital; d) Necessidade: a solução drástica e excepcional de não cumprimento do dever de nomeação deve ser extremamente necessária, de forma que a Administração somente pode adotar tal medida

> quando absolutamente não existirem outros meios menos gravosos para lidar com a situação excepcional e imprevisível. **De toda forma, a recusa de nomear candidato aprovado dentro do número de vagas deve ser devidamente motivada e, dessa forma, passível de controle pelo Poder Judiciário.**
>
> IV. FORÇA NORMATIVA DO PRINCÍPIO DO CONCURSO PÚBLICO. Esse entendimento, na medida em que atesta a existência de um direito subjetivo à nomeação, reconhece e preserva da melhor forma a força normativa do princípio do concurso público, que vincula diretamente a Administração. É preciso reconhecer que a efetividade da exigência constitucional do concurso público, como uma incomensurável conquista da cidadania no Brasil, permanece condicionada à observância, pelo Poder Público, de normas de organização e procedimento e, principalmente, de garantias fundamentais que possibilitem o seu pleno exercício pelos cidadãos. O reconhecimento de um direito subjetivo à nomeação deve passar a impor limites à atuação da Administração Pública e dela exigir o estrito cumprimento das normas que regem os certames, com especial observância dos deveres de boa-fé e incondicional respeito à confiança dos cidadãos. O princípio constitucional do concurso público é fortalecido quando o Poder Público assegura e observa as garantias fundamentais que viabilizam a efetividade desse princípio. Ao lado das garantias de publicidade, isonomia, transparência, impessoalidade, entre outras, o direito à nomeação representa também uma garantia fundamental da plena efetividade do princípio do concurso público.
>
> V. NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO EXTRAORDINÁRIO (RE n. 598.099/MS rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 10-8-2011, p. em 3-10-2011; grifo nosso).

Quanto aos precedentes do Superior Tribunal de Justiça, dentre outros, tem-se: AgRg no AREsp 367.840/PE, rel. Min. Humberto Martins, j. em 17-10-2013, DJe 25-10-2013. E, desta Corte Estadual, Mandado de Segurança n. 2014.036521-5, da Capital, rel. Des. Pedro Manoel Abreu, j. em 13-8-2014).

Sobre o momento da convocação, não se desconhece o entendimento de que a Administração pode fazê-lo até o término da

prorrogação do prazo de validade do concurso (REsp. n. 1.432.301/SC, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. em 25-2-2014).

Contudo, segue-se, *in casu*, a posição de que a discricionariedade a respeito fica restrita ao período de validade do certame previsto no edital, de sorte que a prorrogação sem a nomeação dos aprovados dentro do número de vagas deve ser devidamente justificada nos parâmetros definidos pelo Excelso Pretório na decisão já mencionada.

Nesse passo, cita-se como razão de decidir excerto de aresto da relatoria do eminente Desembargador Pedro Manoel Abreu, *in verbis*:

> 3) O argumento do Estado de Santa Catarina é de que houve afronta aos artigos 2º e 37, III e IV da CF, e que a prorrogação do certame é ato discricionário da administração.
>
> A fundamentação trazida nos recursos não são hábeis a derruir a decisão lançada, que explicitou de forma contundente as razões que autorizam concessão da segurança pleiteada. Destacou-se, na espécie, o entendimento adotado pela Corte Estadual e Tribunais Superiores acerca da matéria.
>
> O *decisum* combatido restou assim redigido:
>
> É certo que a impetrante sagrou-se aprovada em 3º lugar no certame, de modo que, tal como assentado pela jurisprudência, possui o direito subjetivo de nomeação, uma vez que o edital do certame dispunha de três vagas para preenchimento (fl. 17).
>
> Nesse sentido:
>
> [...]
>
> Ainda:
>
> Conforme o Supremo Tribunal Federal, 'para justificar o excepcionalíssimo não cumprimento do dever de nomeação por parte da Administração Pública, é necessário que a situação justificadora seja dotada das seguintes características: a) Superveniência: os eventuais fatos ensejadores de uma situação excepcional devem ser necessariamente posteriores à publicação do edital do certame público; b) Imprevisibilidade: a situação deve ser determinada por circunstâncias extraordinárias, imprevisíveis à época da

publicação do edital; c) Gravidade: os acontecimentos extraordinários e imprevisíveis devem ser extremamente graves, implicando onerosidade excessiva, dificuldade ou mesmo impossibilidade de cumprimento efetivo das regras do edital; d) Necessidade: a solução drástica e excepcional de não cumprimento do dever de nomeação deve ser extremamente necessária, de forma que a Administração somente pode adotar tal medida quando absolutamente não existirem outros meios menos gravosos para lidar com a situação excepcional e imprevisível. De toda forma, a recusa de nomear candidato aprovado dentro do número de vagas deve ser devidamente motivada e, dessa forma, passível de controle pelo Poder Judiciário' (RE n. 598.099, Min. Gilmar Mendes). Essas restrições se impõem, pois 'aqueles cidadãos que decidem se inscrever e participar do certame público depositam sua confiança no Estado administrador, que deve atuar de forma responsável quanto às normas do edital e observar o princípio da segurança jurídica como guia de comportamento. Isso quer dizer, em outros termos, que o comportamento da Administração Pública no decorrer do concurso público deve se pautar pela boa-fé, tanto no sentido objetivo quanto no aspecto subjetivo de respeito à confiança nela depositada por todos os cidadãos' (RE n. 598.099, Min. Gilmar Mendes). Não pode o Administrador Público desconsiderar todos os 'investimentos realizados pelos concursantes, em termos financeiros, de tempo e emocionais, bem como às suas legítimas expectativas quanto à assunção do cargo público' (STJ, ROMS n. 25.957, Min. Napoleão Nunes Maia Filho)" (MS n. 2012.055049-2, rel. Des. Newton Trisotto, j. 08-05-2013).

Não se desconhece, por óbvio, entendimento segundo o qual "dentro do prazo de validade do concurso, a Administração poderá escolher o momento no qual se realizará a nomeação [...] (STF, RE nº 598.099, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 10/08/2011).

Ocorre, todavia, que a prorrogação do prazo de validade do certame visa, primordialmente, o aproveitamento do processo seletivo já realizado, evitando-se, com isso, a instauração de novo procedimento dispendioso destinado ao preenchimento de eventuais vagas que restaram disponíveis ao longo do prazo inicialmente previsto. Não serve, por outro lado, para postergar a nomeação e posse daqueles candidatos que foram aprovados dentro do número de vagas disponibilizadas no certame.

Até porque, considerando que os cargos somente são instituídos mediante dotação orçamentária, "a recusa da Administração Pública em prover cargos vagos quando existentes candidatos aprovados em concurso público deve ser motivada, e esta motivação é suscetível de apreciação pelo Poder Judiciário" (STF, RE n. 227.480, Rel. Min. Cármen Lúcia).

Nesse sentido, colhe-se recente julgado do STJ:

ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO APROVADO DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTAS NO EDITAL. DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO. REDUÇÃO ABRUPTA DA RECEITA DO MUNICÍPIO A JUSTIFICAR O NÃO PROVIMENTO. NÃO DEMONSTRADA. pretensão de reexame de prova. SÚMULA 7/STJ. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. NÃO CONHECIDA.

1. O Tribunal de origem, com amparo nos elementos de convicção dos autos, assentou que o município não comprovou nos autos redução abrupta da receita, a justificar a negativa de provimento do agravado no cargo, para o qual foi aprovado dentro de número de vagas no respectivo concurso. (AgRg no Agravo em Recurso Especial nº 367.840 – PE, j. em 17 de outubro de 2013, Rel. Ministro Humberto Martins).

Sobre o tema já decidiu a Corte, em precedente assim assentando:

[...]

4) Negrita-se que não se resolveu a lide a partir do entendimento pessoal, mas sim, da conjugação da documentação acostada aos autos e do entendimento majoritário deste Sodalício e dos Tribunais Superiores sobre a matéria. No mesmo norte, decidiu o Superior Tribunal de Justiça recentemente:

ADMINISTRATIVO. PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO RECURSO ESPECIAL. CONCURSO PÚBLICO. APROVAÇÃO DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS. PRORROGAÇÃO DO CERTAME. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO. DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO. RECONHECIMENTO. EMBARGOS ACOLHIDOS.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça vem se firmando no sentido de que o candidato aprovado dentro do número de vagas tem direito subjetivo à nomeação. E, durante o prazo de validade do concurso, possui a Administração discricionariedade para convocar os aprovados.

2. A Constituição Federal, no inciso III do art. 37, dispõe que "o prazo de validade do concurso público será de até dois anos, prorrogável uma vez, por igual período". Embora não esteja expressamente disposto no texto constitucional, para que haja razoabilidade na ação administrativa, todos os atos da Administração devem ser motivados.

3. Dentro do prazo de dois anos originariamente estabelecido no edital, a Administração escolherá a data que entender adequada para a nomeação dos candidatos aprovados. No entanto, havendo prorrogação, esta deve ser motivada com as razões do não preenchimento dos cargos disponibilizados em respeito aos princípios da legalidade, da razoabilidade e da motivação.

4. Embargos de divergência acolhidos." (EREsp 1235844/MG, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Rel. p/ Acórdão Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 14/11/2012, DJe 28/02/2013).

Em seu voto vencedor, consignou o douto Ministro Arnaldo Esteves Lima:

A jurisprudência, desde há muito, vem se firmando no sentido de que o candidato aprovado dentro do número de vagas tem direito subjetivo à nomeação. E, durante o prazo de validade do concurso, possui a Administração discricionariedade para convocar os aprovados.

No entanto, aqui há um aspecto peculiar. É que a validade do concurso em tela, originariamente, é por dois anos. E ele foi prorrogado - e a Constituição assim prevê - por mais dois. Porém, entendo que essa prorrogação deveria ser justificada, porque fica muito ao alvedrio do Administrador prorrogar. Quer dizer, uma pessoa faz um concurso e vai ficar quatro anos aguardando para ser nomeado.

A Constituição prevê a possibilidade de prorrogação, mas, por outro lado, temos que levar em conta que não é razoável que essa prorrogação se dê, pura e simplesmente, pela vontade do Administrador. Dois anos

são mais do que suficientes para esse planejamento e para nomear ou justificar as razões da não nomeação.

Então, sobre essa prorrogação, dentro do prazo de dois anos, a meu ver, com a devida vênia do Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho nesse ponto, a Administração tem o direito de escolher a data que for mais oportuna para nomear, ou seja, verificar se tem condição, verba precisa, podendo escolher dentro dos dois primeiros anos.

Contudo, em respeito aos princípios da legalidade, da razoabilidade e da motivação, a prorrogação deveria ser justificada, motivada, porque, caso contrário, ficaria um prazo relativamente grande de espera para os candidatos aprovados em um concurso para o qual se ofereceu um determinado número de vagas, pressupondo-se, portanto, que havia necessidade daquelas vagas.

Dentro dos dois anos, a Administração estaria exercendo, corretamente, sua discricionariedade. Passados os dois primeiros anos e havendo a prorrogação, entendo que realmente haveria um certo abuso administrativo em não justificar porque se está prorrogando.

Embora a Constituição Federal não exija que seja justificada a prorrogação, no inciso III do art. 37, ela dispõe que "o prazo de validade do concurso público será de até dois anos, prorrogável um vez por igual período". Não impõe a necessidade de motivar, mas, aqui, está implícito, porque os atos da Administração devem ser motivados, e não é razoável, também - diante do princípio da razoabilidade -, que se prorrogue sem apresentar os motivos, enquanto os candidatos ficam aguardando indefinidamente. Para que haja razoabilidade na ação administrativa, o Administrador deve dar a motivação.

[...]

Não obstante seja corrente o aludido entendimento de que, até expirar o certame, o Estado tem o poder-dever de convocar os candidatos aprovados no limite de vagas que veiculou o edital, refletindo melhor sobre a questão, tomo a posição de que, dentro do prazo de dois anos originariamente estabelecido, a Administração escolherá a data que entender adequada para a nomeação. No entanto, havendo prorrogação, esta deve ser motivada com as razões do não preenchimento dos cargos disponibilizados.

No caso, a prorrogação ocorreu sem motivação alguma, fazendo surgir aí o direito de o servidor ser nomeado. Os dois anos originários se passaram, e ele não foi nomeado, e a Administração prorroga sem nenhuma motivação? Quer dizer, o servidor fica totalmente sem ação, em uma hipótese concreta dessa, podendo ficar até quatro anos, para, eventualmente, até nem ser nomeado, e precisar ir a juízo depois de vencido o último dia do quarto ano. Isso contraria outros princípios da Constituição, quais sejam, os princípios da razoabilidade, da legalidade e da motivação.

Registra-se, ainda, que:

Conforme o Supremo Tribunal Federal, 'para justificar o excepcionalíssimo não cumprimento do dever de nomeação por parte da Administração Pública, é necessário que a situação justificadora seja dotada das seguintes características: a) Superveniência: os eventuais fatos ensejadores de uma situação excepcional devem ser necessariamente posteriores à publicação do edital do certame público; b) Imprevisibilidade: a situação deve ser determinada por circunstâncias extraordinárias, imprevisíveis à época da publicação do edital; c) Gravidade: os acontecimentos extraordinários e imprevisíveis devem ser extremamente graves, implicando onerosidade excessiva, dificuldade ou mesmo impossibilidade de cumprimento efetivo das regras do edital; d) Necessidade: a solução drástica e excepcional de não cumprimento do dever de nomeação deve ser extremamente necessária, de forma que a Administração somente pode adotar tal medida quando absolutamente não existirem outros meios menos gravosos para lidar com a situação excepcional e imprevisível. De toda forma, a recusa de nomear candidato aprovado dentro do número de vagas deve ser devidamente motivada e, dessa forma, passível de controle pelo Poder Judiciário' (RE n. 598.099, Min. Gilmar Mendes). Essas restrições se impõem, pois 'aqueles cidadãos que decidem se inscrever e participar do certame público depositam sua confiança no Estado administrador, que deve atuar de forma responsável quanto às normas do edital e observar o princípio da segurança jurídica como guia de comportamento. Isso quer dizer, em outros termos, que o comportamento da Administração Pública no decorrer do concurso público deve se pautar pela boa-fé, tanto no sentido objetivo quanto no aspecto subjetivo de respeito à confiança nela depositada por todos os cidadãos' (RE n. 598.099, Min. Gilmar

> Mendes). Não pode o Administrador Público desconsiderar todos os 'investimentos realizados pelos concursantes, em termos financeiros, de tempo e emocionais, bem como às suas legítimas expectativas quanto à assunção do cargo público' (STJ, ROMS n. 25.957, Min. Napoleão Nunes Maia Filho). (Mandado de Segurança n. 2012.044250-4, da Capital, Relator: Des. Newton Trisotto, j. 27-2-13)" (MS n. 2013.035320-0, da Capital, rel. Des. Cesar Abreu, j. 11-9-2013)." (Mandado de Segurança n. 2014.013815-1, da Capital, rel. Des. Jorge Luiz de Borba, j. 11-6-2014).
>
> 5) A decisão, destarte, se sustenta por seus próprios fundamentos, pois foi ao encontro do voto proferido no RE n. 598.099/MS (TEMA 161/STF). No mais, suficiente motivação no julgado a justificar o posicionamento adotado (Mandado de Segurança n. 2013.047200-5, da Capital, rel. Des. Pedro Manoel Abreu, j. 18-9-2014).

Na hipótese, o prazo inicial era de dois anos a contar de 14-12-2010 e foi prorrogado por igual período (fl. 44). Contudo, não houve justificativa da Administração para não proceder à nomeação da impetrante, como era de rigor.

Assim, é manifesto que o ato omissivo das autoridades impetradas feriu o direito líquido e certo da candidata à nomeação almejada, razão pela qual a segurança deve ser concedida para assegurar a sua convocação, conforme já determinado na decisão que deferiu o pedido de liminar.

Pelo exposto, confirma-se a medida liminar, concedendo-se a ordem.

Este é o voto.

Mandado de Segurança n. 2008.049336-4, do Tribunal de Justiça

Relator: Des. Edemar Gruber

> MANDADO DE SEGURANÇA. IMPETRANTE QUE INTEGRA O MAGISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL E FICOU AFASTADA EM RAZÃO DE LICENÇA-MATERNIDADE. PAGAMENTO DAS VERBAS INSTITUÍDAS PELAS LEIS NS. 11.647/2000 (AUXÍLIO ALIMENTAÇÃO), 13.135/2004 (ABONO) E 14.406/2008 (PRÊMIO EDUCAR). RECURSO EXTRAORDINÁRIO INTERPOSTO. ACÓRDÃO ANULADO PELO STF EM RAZÃO DA NÃO OBSERVÂNCIA DA CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO AO AFASTAR A APLICAÇÃO DO ART. 5º DA LEI ESTADUAL N. 14.406/2008. NOVO JULGAMENTO. INCONSTITUCIONALIDADE DO DISPOSITIVO RECONHECIDA PELO ÓRGÃO ESPECIAL DESTA CORTE. INEXISTENTES DEMAIS MOTIVOS PARA NEGAR O PAGAMENTO DOS BENEFÍCIOS PRETENDIDOS. ORDEM CONCEDIDA.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança n. 2008.049336-4, do Tribunal de Justiça, em que é impetrante Marlete Rocha, e impetrado Secretário de Estado da Administração e outro:

O Grupo de Câmaras de Direito Público decidiu, por unanimidade, conceder a ordem. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, e presidido pelo Exmo. Sr. Des. Pedro Manoel Abreu com voto, os Exmos. Srs. Des. Francisco Oliveira Neto, Des. Paulo Ricardo Bruschi, Des. Cid Goulart, Des. Jaime Ramos, Des. João Henrique Blasi, Des. Jorge Luiz de Borba, Des. Ricardo Roesler e Des. Carlos Adilson Silva.

Funcionou como Representante do Ministério Público o Exmo. Sr. Dr. Paulo Ricardo Silva.

Florianópolis, 10 de junho de 2015.

Edemar Gruber
RELATOR

RELATÓRIO

Marlete Rocha impetrou mandado de segurança contra o Secretário de Estado da Administração do Estado de Santa Catarina com o intuito de ver mantido o auxílio alimentação, abono "lei" e Prêmio Educar, mesmo durante a licença-gestação.

Sustenta que é professora pública estadual e em breve ficará afastada sob o benefício da licença maternidade.

Assevera que os funcionários estaduais, quando em licença maternidade deixam de receber o auxílio alimentação instituído pela Lei n. 11.647/2000, o abono "lei" instituído pela Lei n. 13.135/2004, e o prêmio Educar fixado pela Lei n. 14.406/2008.

Diz que as referidas supressões ferem a Constituição Federal, nos termos do art. 7º, pois referido dispositivo garante licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário.

Ao final pugna pela concessão de medida liminar mantendo os benefícios mencionados, julgando-se posteriormente procedente o pedido formulado.

A medida liminar foi concedida pelo Des. Luiz César Medeiros (fls. 38/40).

Ao prestar as informações, o Secretário impetrado sustentou que existe vedação expressa na lei para o pagamento dos mencionados benefícios quando a servidora estiver gozando de licença maternidade e requereu fosse indeferida a segurança almejada (fls. 47/53).

Na sequência, lavrou parecer pela douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Guido Feuser no sentido de conceder a segurança (fls. 56/64).

Após, em julgamento realizado pelo Grupo de Câmaras, concedeu-se a segurança (fls. 68/104).

Opostos embargos de declaração pelo Estado de Santa Catarina (fls. 108/111), eles foram rejeitados (fls. 115/120).

Ainda inconformado, o Estado de Santa Catarina interpôs o Recurso Especial n. 1189717/SC (fls. 123/145) e o Recurso Extraordinário n. 613.747 (fls. 147/156). Apenas este foi provido para anular o acórdão para que no novo julgamento sejam observadas as normas do artigo 97 da Constituição Federal e do artigo 481, parágrafo único, do CPC (fls. 220/221).

Após, os autos vieram conclusos.

Este é o relatório.

VOTO

Cuida-se de mandado de segurança impetrado por Marlete Rocha contra ato praticado pelo Secretário de Estado da Administração a fim de ver mantidos o auxílio alimentação, o Prêmio Educar e o abono lei quando estiver gozando de sua licença maternidade.

A ordem foi concedida pelo Grupo de Câmaras de Direito Público, mas por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário n. 613.747, anulou-se o acórdão proferido.

Extrai-se do julgamento do mencionado recurso pela Suprema Corte que no acórdão proferido pelo Grupo de Câmaras foi afastada a aplicação do disposto na Lei n. 14.406/2008 - a qual versa sobre o Prêmio Educar, e expressamente veda o recebimento dessa verba aos

servidores em licença - em violação da reserva de plenário exigida para esse tipo de afastamento.

Pois bem! Nos termos do artigo 97 da Constituição Federal, "somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público".

E conforme a Súmula Vinculante n. 10 do STF, "viola a cláusula de reserva de plenário (CF, art. 97), a decisão de Órgão Fracionário de Tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade lei ou ato normativo do Poder Público, afasta sua incidência, no todo ou em parte".

É cediço que a inconstitucionalidade de leis ou atos do Poder Público somente pode ser declarada pelo voto da maioria absoluta dos membros integrantes do Tribunal, reunidos em sessão plenária.

In casu, anulou-se o acórdão, pois afastou-se, com base em dispositivos constitucionais e no Estatuto do Magistério Público Estadual, o disposto no art. 5º da Lei n. 14.406/2008, o qual expressamente veda a percepção do Prêmio Educar por aqueles se encontram fora das salas de aula por motivos de saúde ou gozo de direitos assegurados constitucionalmente (fls. 70/79).

Ocorre que em 06 de dezembro de 2010, após o julgamento do mandado de segurança em análise, o Órgão Especial, através da Arguição de Inconstitucionalidade em Apelação Cível n. 2010.053316-0, declarou parcialmente inconstitucional o art. 5º da Lei n. 14.406/2008.

Nessa decisão, declarou-se inconstitucional a disposição do art. 5º da Lei n. 14.406/2008 que veda o pagamento do "Prêmio Educar" aos professores no caso de licença-gestação, licença-paternidade, férias, licença para tratamento de saúde, readaptação, licença-prêmio, licença para o exercício em órgão de direção de entidade sindical, licenças concedidas

no interesse da Administração e no afastamento para concorrer a cargo eletivo. O julgado foi assim ementado:

> ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL - PROFESSOR AFASTADO LEGALMENTE DE SUAS FUNÇÕES - "PRÊMIO EDUCAR" - LEI N. 14.406/2008, ART. 5º - VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA E A DIREITO CONSTITUCIONALMENTE ASSEGURADO
>
> O art. 5º da Lei n. 14.406/2008 ao vedar o pagamento do Prêmio Educar a professores afastados legalmente de suas atividades viola frontalmente o princípio da igualdade, na medida em que os demais funcionários, quando deixam de exercer suas funções em razão de licença-gestação, licença-paternidade, férias, licença para tratamento de saúde, licença-prêmio, licença especial para o exercício de direção de entidade sindical, afastamento para concorrer a mandato eletivo e licença no interesse da Administração têm garantidas todas as vantagens remuneratórias (TJSC, Arguição de Inconstitucionalidade em AC n. 2010.053316-0, rel. Des. Luiz César Medeiros, j. 1º-12-2010).

Nos termos do artigo 481, parágrafo único, do CPC, é desnecessária a submissão da arguição de inconstitucionalidade ao plenário ou ao órgão especial quando já houver pronunciamento destes sobre a matéria.

Dessa forma e porque inexistente fundamento normativo para a negativa, fica evidenciado o direito líquido e certo da impetrante ao recebimento do prêmio Educar.

Apenas para registrar, já que a concessão do abono previsto na Lei n. 13.135/2004 e do auxílio-alimentação instituído pela Lei n. 11.647/2000 não provocaram a anulação do acórdão pelo Supremo Tribunal Federal, observo que, em relação ao auxílio alimentação, conforme já justificado no acórdão anulado, não há vedação expressa de que esse benefício não seja pago aos servidores durante o período de licença maternidade. Dispõe o art. 1º da Lei n. 11.647/2000:

> § 8º O auxílio-alimentação não será pago nos seguintes afastamentos:
>
> a) para freqüentar curso de pós-graduação;

b) licença para concorrer e/ou exercer mandato eletivo;

c) licença para tratar de interesses particulares;

d) licença para prestar serviço militar;

e) por estar à disposição de órgãos ou entidades não integrantes da administração direta, autárquica e fundacional do Poder Executivo, excetuando-se os professores em efetivo serviço das APAEs;

f) passagem para a inatividade, reserva ou reforma; e

g) nas licenças-prêmio e nas férias.

Como se vê não há referência no dispositivo transcrito sobre a licença maternidade, de modo que faz jus sim a impetrante ao auxílio pleiteado, afinal não prevista a supressão remuneratória.

Em relação ao abono regulamentado pela Lei n. 13.135/2004, muito embora o artigo 1º da mencionada legislação estabeleça que essa verba será concedida apenas para o Professor ou Professor Admitido em Caráter Temporário enquanto permanecer em efetivo exercício em sala de aula, averiguo que o Estatuto do Magistério Público Estadual (Lei n. 6.844/1986), no art. 113, determina que à gestante é concedida, mediante inspeção médica realizada por Junta Médica Oficial, licença com vencimento ou remuneração integral pelo prazo de cento e vinte dias.

Por tais razões, merece ser concedida a ordem almejada. Nesse mesmo sentido e em casos idênticos, colhe-se da jurisprudência deste Grupo de Câmaras:

> MANDADO DE SEGURANÇA. PRÊMIO EDUCAR E ABONO DO ART. 1º DA LEI N. 13.135/2004. MEMBROS DO MAGISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL EM GOZO DE LICENÇA-PRÊMIO. NOVO JULGAMENTO. ACÓRDÃO ANTERIOR ANULADO EM DECISÃO DO STF. DESISTÊNCIA DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO MANIFESTADA POSTERIORMENTE AO JULGAMENTO DO RECLAMO. HOMOLOGAÇÃO INVIÁVEL. INCONSTITUCIONALIDADE PARCIAL DO ART. 5º DA LEI

> ESTADUAL N. 14.406/2008 JÁ DECLARADA PELO ÓRGÃO ESPECIAL DESTE TRIBUNAL DE JUSTIÇA. DESNECESSIDADE DE NOVA SUBMISSÃO DA MATÉRIA ÀQUELE ÓRGÃO JULGADOR, CONFORME AUTORIZA O PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 481 DO CPC. DIREITO LÍQUIDO E CERTO ÀS VANTAGENS PATRIMONIAIS POSTULADAS RECONHECIDO EM DIVERSOS PRECEDENTES DESTA CORTE. ORDEM CONCEDIDA COM EFEITOS RETROATIVOS AO INTERREGNO DECADENCIAL (TJSC, MS n. 2009.017439-5, rel. Des. Jorge Luiz Borba, j. 08-04-2015).

E:

> MANDADO DE SEGURANÇA. PROFESSOR ESTADUAL. LICENÇA ESPECIAL. GRATIFICAÇÃO POR REGÊNCIA DE CLASSE, ABONO INSTITUÍDO PELA LEI N.º 13.135/04, AUXÍLIO-ALIMENTAÇÃO E PRÊMIO EDUCAR. PAGAMENTOS SUSPENSOS. INADMISSIBILIDADE. DECISÃO QUE AFASTOU A APLICAÇÃO DO ART. 5º DA LEI ESTADUAL N. 14.406/2008 (PRÊMIO EDUCAR). RECURSO EXTRAORDINÁRIO DO ESTADO. ORDEM DE REJULGAMENTO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. NECESSIDADE DE OBSERVAR A CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO. INCONSTITUCIONALIDADE DO DISPOSITIVO RECONHECIDA PELO ÓRGÃO ESPECIAL DESTE TRIBUNAL. DECISÃO ANTERIOR CONFIRMADA. CONCESSÃO DA ORDEM (TJSC, MS n. 2008.061010-4, rel. Des. Ricardo Roesler, j. em 10-12-2014).

Em relação ao efeitos patrimoniais, observo que a impetrante ajuizou a ação mandamental antes de efetuado o desconto em folha de pagamento, razão pela qual requereu a manutenção das verbas. Contudo, verifico que a impetração se deu quatro dias após ao início do gozo da licença maternidade (fl. 15).

Nos termos do art. 14, § 4º, da Lei n. 12.016/2009, "o pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias assegurados em sentença concessiva de mandado de segurança a servidor público da administração

direta ou autárquica federal, estadual e municipal somente será efetuado relativamente às prestações que se vencerem a contar da data do ajuizamento da inicial".

Todavia, quando se visa corrigir ilegal supressão este Tribunal de Justiça já se manifestou no sentido de que é possível conceder efeito retroativo ao lapso de tempo assegurado para a impetração do *writ*:

> MANDADO DE SEGURANÇA - EFEITOS PRETÉRITOS
>
> O disposto no § 4º do art. 14 da Lei n. 12.016/2009 impede apenas a concessão de uma vantagem remuneratória com efeitos anteriores à impetração, não porém quando se trata de corrigir ilegal supressão estipendial, caso em que o restabelecimento opera-se com efeitos retroativos ao lapso de tempo assegurado para a impetração do writ (TJSC, MS n. 2011.052198-6, rel. Des. Luiz César Medeiros, j. 108-08-2011).

Ante o exposto concedo a ordem para determinar que a autoridade impetrada restabeleça o pagamento do auxílio-alimentação, do abono "lei" e do Prêmio Educar à impetrante, não percebidos durante a licença gestação, de maneira integral, tendo em vista que a impetrante começou a gozar a licença quatro dias antes da data da impetração, nos termos da fundamentação acima.

Deixo consignado que nos termos da Lei Complementar n. 156/97, os impetrados são isentos do pagamento das custas processuais, e nos termos da Lei n. 12.016/2009 são incabíveis os honorários em mandado de segurança. Este é o voto.

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

Agravo de Instrumento n. 2014.018810-1, de Criciúma

Relator: Des. Carlos Adilson Silva

AÇÃO CIVIL PÚBLICA QUE OBJETIVA A PROTEÇÃO DE NASCENTES E CURSOS D'ÁGUA E SUAS RESPECTIVAS ÁREAS DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE EM LOCAL DE IMPLANTAÇÃO DE UM LOTEAMENTO. DECISÃO INTERLOCUTÓRIA QUE INDEFERIU AS MEDIDAS DE URGÊNCIA POSTULADAS PELO *PARQUET*.

AGRAVO POR INSTRUMENTO. LICENÇAS AMBIENTAIS REVOGADAS PELA FUNDAÇÃO DO MEIO AMBIENTE DE CRICIÚMA – FAMCRI, EM VIRTUDE DA POSTERIOR VERIFICAÇÃO DE NASCENTES E CURSOS D'ÁGUA NO LOCAL. DIVERGÊNCIA TÉCNICA QUANTO À EXISTÊNCIA ATUAL DE NASCENTES E CURSOS D'ÁGUA, OS QUAIS TERIAM SOFRIDO ALTERAÇÕES EM VIRTUDE DE INTERVENÇÕES REALIZADAS DESDE 1983. INCIDÊNCIA DOS PRINCÍPIOS DA PREVENÇÃO E DA PRECAUÇÃO. PREVALÊNCIA DA PROTEÇÃO AMBIENTAL NO CASO DE INCERTEZA TÉCNICA. SUSTENTADA A DESCARACTERIZAÇÃO DOS BENS AMBIENTAIS. POSSIBILIDADE QUE, A PRINCÍPIO, NÃO PERMITE A DESCONSIDERAÇÃO DA PROTEÇÃO AMBIENTAL CONFERIDA AOS RECURSOS HÍDRICOS, ANTE O DEVER DE RESTAURAÇÃO E PRESERVAÇÃO.

Ante a divergência técnica que paira sobre a natureza do corpo hídrico, ao menos nesta fase processual, há que se privilegiar a cautela e, portanto, a preservação do provável bem ambiental, à luz dos princípios da prevenção e da precaução, a fim de evitar a consolidação da ocupação e dano irreversível a patrimônio da coletividade. Mesmo porque cabe à empreendedora o ônus da prova de que sua atividade observa os padrões ambientais permitidos (REsp 1237893/SP, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 24/09/2013, DJe 01/10/2013).

Não se pode simplesmente desprezar, sem maiores esclarecimentos, a informação de que existem nascentes a interferir na área do empreendimento, ainda que tenham sido descaracterizadas por ações pretéritas, bem como cursos d'água, ainda que canalizados pela municipalidade.

Dessa sorte, a intervenção no local estaria sujeita ao licenciamento ambiental, observados os limites impostos no art. 225, § 1º, III, da Constituição Federal, e nos artigos 7º e 8º da Lei 12.651/2012, além das hipóteses de utilidade pública, interesse social e baixo impacto ambiental exaustivamente enumeradas no art. 3º, incisos VIII, IX e X do mesmo diploma.

PROVIMENTOS LIMINARES POSTULADOS. OBSERVÂNCIA AO PRIMADO DA PROPORCIONALIDADE. PARALISAÇÃO DAS OBRAS. MEDIDA NECESSÁRIA À CONSERVAÇÃO DO AVENTADO CURSO D'ÁGUA E SUA RESPECTIVA ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE.

"*Quanto à medida a ser adotada com base na precaução, ela deverá ser proporcional (se em casos de risco muito elevado poderá ser decidida a interdição da actividade, já em casos de risco reduzido a informação do público poderá ser suficiente), coerente (a medida deve ser de âmbito e natureza comparáveis às medidas já tomadas em domínios equivalentes) e precária (as medidas precaucionais devem ser revistas periodicamente à luz do progresso científico e, sempre que necessário, alteradas).*" (CANOTILHO, Joaquim José Gomes. Direito constitucional ambiental português e da União Europeia. In: CANOTILHO, Joaquim José Gomes; e LEITE, José Rubens Morato (Org.). **Direito constitucional ambiental.** 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 72).

Diante das circunstâncias presentes nos autos, afigura-se escorreita a providência acautelatória postulada pelo agravante no sentido de ordenar a paralisação das obras e intervenções em geral na área do loteamento.

Convém obtemperar que a medida em comento poderia recair somente sobre o corpo hídrico e suas margens, em faixas de trinta metros. Todavia, por não se saber, a princípio, como tal vedação poderá repercutir tecnicamente nas demais conformações do projeto do loteamento, mostra-se adequada, neste momento, a aplicação da restrição sobre a área total do empreendimento.

RECUPERAÇÃO AMBIENTAL DA ÁREA. CARÁTER SATISFATIVO. ANTECIPAÇÃO INTEGRAL DA TUTELA ALMEJADA. MEDIDA EXTREMA DE DESFAZIMENTO DAS OBRAS JÁ CONCLUÍDAS COM LASTRO NAS LICENÇAS AMBIENTAIS REVOGADAS. DESPROPORCIONALIDADE. AUSÊNCIA, ADEMAIS, DE URGÊNCIA.

A determinação liminar de recuperação ambiental da área afigura-se incompatível e desproporcional em face da continuidade do debate, já que anteciparia a tutela final almejada com base, tão-somente, na plausibilidade das alegações, incluindo a medida extrema de desfazimento das obras já concluídas, lastreadas nas licenças ambientais revogadas, sem cognição exauriente.

Inexiste urgência que justifique ordem liminar de recomposição do meio ambiente quando as alterações adversas, objeto de discussão no processo, forem consumadas e consolidadas pelo decurso de longo lapso temporal, hipótese em que deve prevalecer a observância ao princípio do contraditório e da ampla defesa, assegurado o devido processo legal.

PUBLICIDADE À DEMANDA POR MEIO DE AVERBAÇÃO NA MATRÍCULA DO IMÓVEL E COLOCAÇÃO DE PLACA INDICATIVA NO LOCAL. SUFICIÊNCIA DA AVERBAÇÃO.

Tratando-se de possível restrição ao direito de construir, bem como de patrimônio da coletividade, merece ser conferida publicidade à discussão. Para tanto, satisfatória a averbação da existência da presente ação civil pública e da indisponibilidade do bem na matrícula do registro de imóveis, assim como da ordem judicial de paralisação das obras e intervenções em geral na área do loteamento, sendo despicienda a afixação de placas, nos termos requeridos pelo agravante.

Por seu turno, a afixação de placas atingiria o mesmo objetivo que a averbação, podendo ser prejudicial à imagem do empreendimento perante a sociedade. Assim, pelo primado da proporcionalidade, dentre duas medidas igualmente adequadas para a consecução de um fim, deve-se priorizar a menos gravosa.

INDISPONIBILIDADE DE BENS PARA GARANTIR EVENTUAL CONDENAÇÃO E PREJUÍZO DE TERCEIROS. MEDIDA QUE DEVE SE RESTRINGIR À ÁREA DO LOTEAMENTO.

Consoante decidiu o Des. Stanley da Silva Braga no Mandado de Segurança impetrado em face da decisão monocrática que antecipou integralmente a tutela recursal almejada pelo Ministério Público:

"É importante dizer que a indisponibilidade de bens, por via de regra, deve ficar restrita aos bens necessários à cobertura das despesas (AI n. 2001.013518, rel. Des. Newton Trisotto).

Na hipótese, no entanto, urge repetir, não houve a quantificação do montante. Parece-me, porém, medida extrema a indisponibilidade do patrimônio da empresa em sua integralidade – periculum in mora in reverso.

Recomendável, dessarte, que a indisponibilidade fique limitada ao imóvel indicado pela impetrante, que, conforme documentação de fls. 148-153, foi avaliado em R$ 1.000.000,00 (um milhão de reais)." (TJSC, Mandado de Segurança nº 2014.029269-9, Des. Stanley da Silva Braga, decisão monocrática, 16-05-2014)

RECURSO DO PARQUET PARCIALMENTE PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 2014.018810-1, da comarca de Criciúma (2ª Vara da Fazenda), em que é agravante Ministério Público do Estado de Santa Catarina, e agravados Construtora Civilsul Ltda e outro:

A Primeira Câmara de Direito Público decidiu, por unanimidade, conhecer do agravo de instrumento interposto pelo Ministério Público e dar-lhe parcial provimento para determinar a averbação na matrícula nº 89.861 do 1º Ofício de Registro de Imóveis de Criciúma da tramitação da Ação Civil Pública nº 020.14.003710-1 (0003710-37.2014.8.24.0020) perante a 2ª Vara da Fazenda da Comarca de Criciúma, assim como da ordem judicial de indisponibilidade do imóvel, e a paralisação das obras e intervenções em geral na área do loteamento denominado "Altos da Floresta", até decisão em sentido contrário. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado no dia 24 de fevereiro de 2015, os Exmos. Srs. Des. Paulo Henrique Moritz Martins da Silva e Des. Paulo Ricardo Bruschi.

Florianópolis, 25 de fevereiro de 2015.

Carlos Adilson Silva
PRESIDENTE E RELATOR

RELATÓRIO

O Ministério Público interpôs agravo de instrumento contra decisão proferida nos autos de ação ação civil pública proposta em face da Construtora Civilsul Ltda., em que foram indeferidas as tutelas de urgência requeridas liminarmente pelo *parquet* (fls. 50-54). Salientou a magistrada singular em sua fundamentação:

> "Assim, levando em consideração que as providências requeridas liminarmente estão relacionadas à recuperação do dano ambiental, e que todas as obras no local, aparentemente, foram concluídas, não verifico óbice ao deferimento das medidas na sentença, em caso de procedência dos pedidos.
>
> Destarte, ausente o pressuposto legal traduzido no potencial prejuízo à efetividade da demanda, na hipótese de demora, o indeferimento do pedido liminar é medida que se impõe.
>
> Ex positis, **INDEFIRO** o pedido liminar."

Alegou o agravante, em síntese, a existência de nascentes e cursos d'água e suas respectivas áreas de preservação permanente no interior do imóvel registrado na matrícula nº 89.861 do 1º Ofício de Registro de Imóveis de Criciúma, de propriedade da Construtora Civilsul Ltda., ora recorrida, onde ela estava promovendo a implantação do Loteamento Altos da Floresta.

Aduziu que os bens ambientais em comento não constavam dos estudos apresentados pelo empreendedor no licenciamento ambiental, nem tampouco das licenças ambientais prévia e de instalação emitidas em seu favor pela Fundação do Meio Ambiente de Criciúma – FAMCRI. Relatou que o engenheiro da FAMCRI, o qual inicialmente havia

vistoriado o imóvel, e que afirmou, em seu parecer, inexistirem corpos hídricos no local, foi exonerado do cargo. Narrou que, ao constatar a existência dos bens ambientais em referência, a FAMCRI deixou de expedir a Licença Ambiental de Operação – LAO, ante a irregularidade das licenças ambientais prévia (LAP) e de instalação (LAI). Sustentou que as nascentes e cursos d'água em alusão teriam sido desconfigurados em virtude das atividades de terraplenagem realizadas no terreno.

Asseverou que, embora tenha a empresa agravada alegado ter sido o aterro executado pela antiga proprietária da gleba, a empresa Constril – Construtora e Imobiliária De Lucca Ltda, a obrigação de reparar o dano ambiental possui natureza *propter rem*, transferindo-se ao adquirente do imóvel.

Requereu, ao cabo, a antecipação da tutela recursal, salientando estarem presentes os requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, postulando as seguintes medidas de urgência:

> "1) seja recebido o presente recurso, concedendo-se a **antecipação de tutela recursal**, deferindo-se a liminar pleiteada para determinar que a CONSTRUTORA CIVILSUL LTDA., ora Demandada, seja compelida a:
>
> 1.1) realizar, **no prazo de 30 (trinta) dias, a contar do deferimento do pedido liminar**, por responsável técnico habilitado, acompanhado de Anotação de Responsabilidade Técnica (ART), Plano de Recuperação de Área Degradada (PRAD), objetivando o restabelecimento das nascentes descaracterizadas situadas dentro do perímetro da matrícula nº 89.861, bem como a recomposição de todas as Áreas de Preservação Permanente (APP), tanto dos cursos d'água quanto das nascentes situadas dentro ou fora do empreendimento, sendo sujeito a avaliação e aprovação da Fundação do Meio Ambiente de Criciúma (FAMCRI);
>
> 1.2) implantar o Plano de Recuperação de Área Degradada (PRAD) referido no item 1.1 assim que aprovado pela Fundação do Meio Ambiente de Criciúma (FAMCRI), não podendo a execução do projeto ultrapassar 06 (seis) meses a partir da aprovação;

1.3) manter as nascentes e as Áreas de Preservação Permanente (APP) isentas de demais destruições, removendo qualquer tipo de resíduos depositados indevidamente no leito dos cursos d'água e das nascentes, adotando o afastamento mínimo da margem dos cursos d'água em 30 (trinta) metros e das nascentes em 50 (cinquenta) metros, conforme estabelecido pela Legislação Federal, com a consequente recuperação do remanescente;

1.4) caso ainda subsista interesse na implantação do **LOTEAMENTO "ALTOS DA FLORESTA**", que seja novamente submetido a aprovação ao Município de Criciúma à Fundação do Meio Ambiente (FAMCRI);

1.5) seja determinada a averbação da citação desta ação à margem da Matrícula nº 89.861, do 1º Ofício do Registro de Imóveis de Criciúma, para prevenir o direito de eventuais interessados de boa-fé na aquisição do terreno;

1.6) colocar 2 (duas) placas nas principais vias de acesso ao terreno, metragem 4X2 metros, anunciando o ajuizamento desta Ação Civil Pública, o objeto e o número desta ação;

1.7) seja decretada a indisponibilidade dos bens móveis e imóveis pertencente à **CONSTRUTORA CIVILSUL LTDA**, bem como depósito judicial das quantias recebidas pela eventual alienação das unidades do loteamento, para garantir a obrigação de fazer, consistente na recuperação das áreas degradadas e ainda resguardar o interesse daqueles que já celebraram contratos com a Demandada, em caso de condenação à reparação por danos morais e/ou patrimoniais, oficiando-se, para tanto, a Delegacia da Receita Federal para que venham aos autos às últimas declarações da Demanda **CONSTRUTORA CIVILSUL LTDA**;

1.8) seja fixada multa diária no valor de R$ 10.000,00 (dez mil reais), para o caso de descumprimento de cada um dos itens da decisão liminar, sem prejuízo de outras medidas judiciais para o efetivo prático da determinação judicial, bem como as sanções criminais cabíveis dos infratores;

1.11) a inversão do ônus da prova em favor do ambiente".

Após manifestação da parte agravada acerca dos requerimentos liminares (fls. 387-403), a antecipação da tutela recursal foi deferida em

sua integralidade por decisão monocrática proferida pela Des. Denise de Souza Luiz Francoski (fls. 467-474).

A Construtora Civilsul Ltda formalizou pedido de reconsideração (fls. 585-597), o qual restou indeferido (fls. 660).

Apresentou também contrarrazões (fls. 614-637), alegando, em suma, que a obrigação de elaborar e executar Projeto de Recuperação de Área Degradada constitui provimento de natureza satisfativa, e não acautelatória, ofendendo ao contraditório e à ampla defesa, além do devido processo legal; que a obrigação de colocar placas informativas do ajuizamento da ação civil pública ofende a imagem da empresa, sendo a averbação na matrícula imobiliária medida suficiente para garantir a finalidade de proteger terceiros de boa-fé; a ausência de *periculum in mora*, tendo em vista que a área se encontra antropizada desde 1983; a inexistência de áreas de preservação permanente no local; e o *periculum in mora* inverso quanto à indisponibilidade de bens da empresa.

Além disso, a empresa agravada impetrou mandado de segurança contra a decisão monocrática em alusão, autuado sob o nº 2014.029269-9 perante o Grupo de Câmaras de Direito Público. Em decisão monocrática, o Des. Stanley da Silva Braga deferiu parcialmente o pedido liminar veiculado no *writ* (cópia às fls. 669-686), nos seguintes termos:

> "Por todo o exposto, defere-se parcialmente a liminar para: a) suspender a decisão na parte que impôs a obrigação de se manter, no local, placas indicativas do ajuizamento da ação civil pública; e b) limitar a indisponibilidade de bens ao imóvel matriculado sob o n. 19.920, com matrícula atual 89.681, cumprindo ao juízo singular determinar as medidas necessárias para a sua formalização junto ao Registro de Imóveis, ressalvada a possibilidade da ampliação da medida, sobrevindo novos elementos aos autos.
>
> Cumpra-se o art. 7º, inc. I, da Lei n. 12.016/2009.
>
> Após, à douta Procuradoria-Geral da Justiça."

O agravo de instrumento foi remetido à douta Procuradoria-Geral de Justiça, que, em parecer da lavra do eminente Procurador Sandro José Neis, manifestou-se pelo provimento do recurso.

A recorrida dirigiu a este Relator requerimento de prorrogação do prazo de conclusão do Plano de Recuperação de Área Degradada – PRAD (fls. 710-714), o qual inicialmente foi indeferido (fls. 727-728).

Formulou a agravada outro requerimento de prorrogação de prazo, desta vez para a execução do PRAD (fls. 733-737), tendo sido deferido apenas pelo tempo necessário à conclusão da perícia judicial nos autos de origem (fls. 832-833).

O Ministério Público manifestou-se acerca da prorrogação do prazo (fls. 838), impugnando os motivos ressaltados pela agravada.

Este é o relatório.

VOTO

Irresignado com a decisão proferida na origem, que indeferiu os pedidos liminares formulados na ação civil pública objetivando a antecipação dos efeitos da tutela, assim como medidas de publicidade e construção patrimonial para o resguardo de terceiros de boa-fé, o Ministério Público interpôs o presente agravo de instrumento, visando à reforma do interlocutório, para que sejam concedidos os provimentos de urgência postulados.

Conheço do recurso, porquanto satisfeitos os requisitos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade.

O reclamo, adiante, merece ser provido em parte, consoante os fundamentos a seguir expendidos.

1. Da existência de nascentes e cursos d'água no imóvel

Sustenta o agravante a ilegalidade das obras realizadas no imóvel e, por conseguinte, a invalidade dos licenciamento ambiental outrora

concedido, por desconsiderar a existência de nascentes e cursos d'água no terreno, bem como das correspondentes áreas de preservação permanente.

Da análise do conjunto probatório encartado aos fólios, conclui-se que merece guarida a tese ministerial, ante a necessidade de se acautelar os bens ambientais em discussão, à luz dos princípios da prevenção e da precaução, e do primado da proporcionalidade, conquanto nem todas as medidas de urgência requeridas possam ser adotadas nesta fase processual, por não se vislumbrar perigo na demora, conforme doravante demonstraremos.

Cumpre aqui destacar o teor dos principais documentos técnicos colacionados ao inquérito civil público e aos presentes autos.

Inicialmente, a Fundação do Meio Ambiente de Criciúma – FAMCRI emitiu as licenças ambientais prévia e de instalação em favor do loteamento projetado pela empresa recorrida (fls. 140-142), tendo em vista as informações constantes do Parecer Técnico nº 621/2011 da FAMCRI (fls. 296-299), mormente de que *"Na ocasião não foi constatada a existência de córregos ou corpo hídrico dentro da área do empreendimento requerido"* (fls. 296).

Em seguida, o Município de Criciúma concedeu o Alvará de Licença nº 008/2012 em favor do empreendimento (fls. 134), de tal sorte que o início das obras observou os requisitos formais.

Nada obstante, posteriormente, surgiram informações divergentes em relação à caracterização da área, o que levou inclusive à exoneração do engenheiro agrônomo que elaborou o parecer em alusão, do cargo que exercia na FAMCRI, em consonância com a portaria acostada às fls. 267.

Colhe-se do Ofício nº 846/2012 expedido pela fundação municipal (fls. 309): *"A FAMCRI realizou vistoria na área em questão e na oportunidade observou que existiam nascentes que não estavam lançadas nas*

plantas do loteamento, nem tão pouco (sic) citadas no diagnóstico ambiental que acompanha o projeto do loteamento." Também expediu o Ofício nº 902/2012 (fls. 265), com teor muito semelhante.

As conclusões da FAMCRI se reportaram ainda ao conteúdo do estudo promovido pelo Instituto de Pesquisas Ambientais e Tecnológicas – IPAT da Universidade do Extremo Sul Catarinense – UNESC (fls. 305-308), elaborado pelo geólogo Clóvis Norberto Savi, engenheiro Sérgio Luciano Galatto e biólogo Jadel Lima Pereira, técnicos que confirmaram a existência de nascentes e cursos d'água na gleba e ao seu redor através de análises de campo e fotointerpretação. Por pertinente, extrai-se do Ofício 188/IPAT-2012/PA encaminhado pelo instituto à FAMCRI:

> "Considerando o ofício supracitado, no qual é solicitada a emissão de parecer técnico a respeito da veracidade das nascentes, ASA-N062, ASA-N063, ASA-N064 e ASA-N072 cadastradas durante o Projeto Nascentes – 1ª Etapa foi realizada uma avaliação considerando uma visita *in loco* e a fotointerpretação de duas fotos aéreas datadas dos anos de 1978 e 2001, de modo a se observar o terreno antes de qualquer tipo de atividade de terraplanagem.
>
> [...]
>
> Tendo conhecimento da definição legal de nascentes, efetuou-se a fotointerpretação da imagem aérea, na escala 1:30.000 (escala do vôo), datada de 1978, onde observa-se a existência de duas drenagens (curso d'água) que cruzam a área do referido loteamento (Anexo 1), sendo que uma delas, se mantém ainda hoje e tem sua origem (nascente) a sudeste da área (Anexo 2). Portanto, faz-se necessário que se mantenha ao longo das margens do referido córrego, as áreas de preservação permanente (APP), conforme previsto da legislação.
>
> A segunda drenagem por sua vez, tem sua origem no interior da área alvo do processo de loteamento, tendo seu ponto inicial próximo ao local onde foram cadastradas as nascentes identificadas como ASA-N062 e ASA-N064 (Anexo 1). Esta drenagem por sua vez não é mais observada na área, tendo em vista a realização de atividades de terraplanagem (Anexo 2).

> Neste sentido, considera-se que as nascentes cadastradas como ASA-N062 e ASA-N064, representam um único afloramento, descaracterizado durante a terraplanagem do terreno. Assim ambas, constituem efetivamente uma nascente sob o ponto de vista legal, uma vez que proporcionavam o início de um corpo hídrico, embora atualmente as mesmas estejam totalmente descaracterizadas em razão de ações antrópicas.
>
> Por outro lado a nascente cadastrada sob o código ASA-N063, não constitui efetivamente uma nascente, uma vez que não é observada durante a fotointerpretação da imagem de 1978.
>
> Já a nascente cadastrada sob o código ASA-N072 encontra-se fora dos limites da área em questão, embora a sua área de preservação permanente (APP) avance sobre o sítio estudado e em função disso deve se manter protegida." (fls. 305-306)

Demais disso, o representante ministerial solicitou ao Centro de Apoio Operacional de Informações Técnicas e Pesquisas do Ministério Público a confecção de parecer, tendo sido então produzido o Relatório de Pesquisa de Dados Geoespaciais nº 19/2013/CIP/GAM (fls. 362-382). Trata-se de estudo exclusivamente pautado em interpretações de fotografias aéreas, no qual, corroborando as informações técnicas acima citadas, restaram identificados acúmulos de água que desapareceram ao longo dos anos, com destaque a dois afloramentos verificados nas imagens de 27/12/2004, que deixaram de aparecer nas fotos ulteriores.

Todas essas informações técnicas alicerçaram a pretensão veiculada na ação civil pública proposta na origem, sendo incorporadas ao instrumento do presente agravo como razões para o deferimento da antecipação dos efeitos da tutela almejada pelo Ministério Público.

Em contrapartida, na tentativa de refutar as conclusões apresentadas pelo *Parquet*, a empresa agravada promoveu a elaboração de Laudo Técnico Hidrológico-hidrogeológico (fls. 334-349), pelo geólogo Márcio Luiz Geremias. Para subsidiar a produção desse parecer técnico, foram realizadas análises de campo, assim como interpretações de imagens, tendo o *expert* chegado à conclusões diversas daquelas deduzidas nos

estudos acima aludidos. Transcreve-se o seguinte excerto conclusivo do referido estudo:

> "De acordo com o estudo geológico, hidrológico e hidrogeológico realizado através da interpretação de imagem aérea antiga (1978) carta topográfica (1977), imagem do Google Earth (2010) e estudo de campo, [...] pode-se afirmar com muita segurança que as supostas nascentes catalogadas como ASA-N062 e ASA-N064 e possível drenagem não são observadas em campo, se é que existiram (como sugere a fotografia aérea de 1978) foram totalmente descaracterizadas no ano de 1983, praticamente 30 anos atrás, quando a Construtora e Imobiliária De Lucca Ltda realizou a primeira terraplanagem no local para construir o Loteamento Parque Residencial Dona Irene." (fls. 346)

Embora a informação técnica em referência contrarie as assertivas dos técnicos da FAMCRI e do IPAT, é impossível, apenas com o acervo probatório colacionado aos autos, verificar qual das afirmações estaria correta, porquanto ambos os fundamentos técnicos estão amparados em metodologias similares e igualmente adequadas, sendo necessário um estudo mais aprofundado para se se chegar a um juízo seguro de convicção sobre qual deles merece ser acatado.

No entanto, não se pode simplesmente desprezar, sem maiores esclarecimentos, a informação de que existem nascentes a interferir na área do empreendimento, ainda que tenham sido descaracterizadas por ações pretéritas, bem como cursos d'água, mesmo que canalizados pela municipalidade.

Deveras, o conjunto fático-probatório colhido no inquérito civil é capaz de demonstrar, em juízo de cognição sumária não exauriente, ao menos a possibilidade da existência de bens ambientais protegidos pela legislação.

Nesse cenário de incerteza acerca da natureza dos corpos hídricos em debate, merece prevalecer a presunção de que se tratam – ou podem tratarse – de bens ambientais protegidos pela legislação, mesmo porque

cabe à empreendedora o ônus da prova de que sua atividade observa os padrões ambientais (REsp 1237893/SP, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 24/09/2013, DJe 01/10/2013).

Dessa sorte, a intervenção no local estaria sujeita a licenciamento ambiental, observados os limites impostos no art. 225, § 1º, III, da Constituição Federal, e nos artigos 7º e 8º da Lei 12.651/2012, além das hipóteses de utilidade pública, interesse social e baixo impacto ambiental exaustivamente no art. 3º, incisos VIII, IX e X do mesmo diploma. Caso seja essa presunção refutada no decorrer da instrução do processo, nada impedirá que o provimento liminar seja revisto.

Por fim, cumpre salientar que o fato de as nascentes e curso d'água estarem aterrados ou modificados em razão das atividades de terraplenagem e canalização executadas no local, seja em 1983 ou mais recentemente, por si só, não retira a proteção jurídica que lhes é inerente. Com efeito, a autorização para intervenção, em tese, deve ser precedida também da demonstração de ausência de alternativa técnica menos impactante e da inviabilidade de se promover a recuperação dos bens em sua essência. Isso porque o preceito constitucional insculpido no art. 225, § 1º, I, determina, além de preservar, o dever de "*restaurar os processos ecológicos essenciais*".

Assim, merece ser acolhida a argumentação do agravante, porquanto os elementos trazidos pela recorrida não são capazes de afastar, *prima facie*, o dever de cautela em relação aos bens discutidos, conquanto possa, em tese, ser sopesada e privilegiada em julgamento final.

Destarte, considerando a necessidade de se resguardar os corpos hídricos de maiores intervenções durante a instrução processual, passa-se à análise das medidas acautelatórias a serem adotadas, sobretudo daquelas pleiteadas pelo Parquet.

2. Das medidas acautelatórias a serem observadas

Acerca das medidas acautelatórias a serem adotadas para a preservação do meio ambiente, considerando os princípios da prevenção e da precaução, bem como do primado da proporcionalidade, oportuno transcrever o seguinte excerto doutrinário:

> "Quanto à medida a ser adoptada com base na precaução, ela deverá ser proporcional (se em casos de risco muito elevado poderá ser decidida a interdição da actividade, já em casos de risco reduzido a informação do público poderá ser suficiente), coerente (a medida deve ser de âmbito e natureza comparáveis às medidas já tomadas em domínios equivalentes) e precária (as medidas precaucionais devem ser revistas periodicamente à luz do progresso científico e, sempre que necessário, alteradas)." (CANOTILHO, Joaquim José Gomes. Direito constitucional ambiental português e da União Europeia. In: CANOTILHO, Joaquim José Gomes; e LEITE, José Rubens Morato (Org.). **Direito constitucional ambiental**. 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 72)

Diante das circunstâncias presentes nos autos, afigura-se necessária a adoção de providência acautelatória no sentido de ordenar a paralisação das obras e intervenções em geral na área do loteamento, consoante já proferido nas decisões monocráticas de fls. 467-474 e 669-686, esta última proferida no mandado de segurança impetrado em face da primeira.

Convém obtemperar que a medida em comento poderia recair somente nas áreas que cercam os corpos hídricos, perfazendo faixas de cinquenta metros ao redor das nascentes e de trinta metros nas margens dos cursos d'água. Todavia, por não se saber, a princípio, como tal vedação poderá repercutir tecnicamente nas demais conformações do projeto do loteamento, mostra-se adequada, neste momento, a aplicação da restrição sobre a área total do empreendimento.

Apesar disso, não se justifica, à luz do princípio da precaução, a adoção imediata das tutelas de caráter satisfativo, eis que, sob o prisma do primado da proporcionalidade, mostram-se desnecessárias e desproporcionais. Convém, entretanto, adotar providências visando à publicidade da demanda, em conformidade, neste ponto, com

as ponderações feitas pelo Des. Stanley da Silva Braga, na decisão monocrática, cuja cópia consta das fls. 669-686.

A determinação liminar de recuperação ambiental da área afigura-se incompatível e desproporcional em face da continuidade do debate, já que anteciparia a tutela final almejada com base, tão somente, na plausibilidade das alegações, incluindo a medida extrema de desfazimento das obras já concluídas, lastreadas nas licenças ambientais revogadas, sem cognição exauriente acerca da hipótese, contraditório e ampla defesa.

Conquanto o ordenamento jurídico pátrio admita a antecipação de provimentos satisfativos, o que inclui a recuperação de área degradada, é necessária a verificação dos requisitos da existência de prova inequívoca, convencendo-se o magistrado quanto à verossimilhança das alegações, e do perigo de dano irreparável e de difícil reparação, a teor do art. 273 do Código de Processo Civil.

O primeiro requisito se encontra satisfeito nos autos. De fato, embora o acervo probatório apresentado pelo Ministério Público não constitua, literalmente, prova inequívoca de violação a bens ambientais, porquanto contraposta por tese não menos defensável, a alta possibilidade de estar ocorrendo degradação ao meio ambiente poderia justificar a determinação judicial de recuperação imediata, caso demonstrado que esta seria a única forma de conter risco de irreversibilidade do bem.

Entretanto, inexiste urgência que justifique ordem liminar de recomposição do meio ambiente quando as alterações adversas objeto de discussão no processo forem consumadas e consolidadas pelo decurso de longo lapso temporal, hipótese em que deve prevalecer a observância do contraditório e da ampla defesa, nos ditames do devido processo legal.

Considerando ser incontroverso que as atividades de terraplenagem e aterro, que teriam impactado diretamente na integridade de nascentes, cursos d'água e suas respectivas áreas de preservação permanente, foram realizadas há, pelo menos, dez anos, não há que se falar em urgência.

Com efeito, emana dos documentos técnicos coligidos aos autos que as intervenções na área iniciaram-se em 1983, e que dois afloramentos de água que foram detectados nas imagens de 27/12/2004, desapareceram nas fotografias posteriores, indicando possivelmente intervenções também nesse período.

Ademais, as obras de implantação do loteamento já foram concluídas pela agravada, de modo que o seu desfazimento geraria o *periculum in mora* inverso, impondo-lhe ônus imediato sem se averiguar sua real necessidade.

Isso não significa afastar o dever de reparação, o qual subsiste a despeito do decurso de tempo, mas apenas a constatação da falta de urgência, elemento sem o qual é inviável a antecipação dos efeitos da tutela. Assim, merecem ser prestigiados o contraditório e a ampla defesa, assim como o devido processo legal, antes de se determinar o desfazimento de todas as obras e a execução de PRAD.

Outrossim, como o próprio membro do *Parquet* destaca na exordial (fls. 43), o perigo da demora reside na necessidade de evitar a continuação das obras de implantação do loteamento, a comercialização e a edificação nos lotes, sendo as medidas de caráter acautelatório suficientes para conter o agravamento da situação durante a instrução processual. Saliente-se ainda que, consoante se depreende da cópia da petição de fls. 739, a perícia judicial já deve ter sido concluída.

Assim, não merecem acolhimento os requerimentos descritos nos itens 1.1 e 1.2 do agravo interposto pelo Ministério Público.

Todavia, tratando-se de possível restrição ao direito de construir, bem como de patrimônio da coletividade, merece ser conferida publicidade à discussão. Para tanto, satisfatória a averbação da existência da presente ação civil pública e da indisponibilidade do bem na matrícula do registro de imóveis, assim como da ordem judicial de paralisação das obras e intervenções em geral na área do loteamento, sendo despicienda a afixação de placas, nos termos requeridos pelo agravante.

Deveras, a averbação cumpre a finalidade de alertar eventuais investidores acerca do debate, resguardando prejuízo a terceiros.

Quanto à constrição do patrimônio da empresa, acolho a solução adotada pelo Des. Stanley da Silva Braga na decisão liminar proferida no Mandado de Segurança nº 2014.029269-9 (fls. 682-686), cujos fundamentos adoto como razões de decidir, restringindo a indisponibilidade ao imóvel matriculado sob o nº 89.861 do 1º Ofício de Registro de Imóveis de Criciúma (sucessora da matrícula 19.920), avaliado em um milhão de reais.

Por seu turno, a afixação de placas atingiria o mesmo objetivo que a averbação, podendo ser prejudicial à imagem do empreendimento perante a sociedade. Assim, pelo primado da proporcionalidade, dentre duas medidas igualmente adequadas para a consecução de um fim, deve-se priorizar a menos gravosa.

Vale mencionar que a colocação de placas pode ser uma forma valiosa de prevenir terceiros contra empreendimentos irregulares sem registro, como são os loteamentos clandestinos (TJSC, Agravo de Instrumento n. 2010.059038-0, de Indaial, rel. Des. Newton Janke, j. 10-05-2011). Aqui, ao contrário, trata-se de empreendimento que obteve todas as licenças exigíveis à espécie, embora posteriormente revogadas, sendo suficiente, portanto, a averbação da demanda no registro de imóveis.

Nesse sentido, já se pronunciou esta Corte de Justiça:

> "CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. MEIO AMBIENTE. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DECISÃO QUE DETERMINOU A FIXAÇÃO DE PLACA ANUNCIANDO O AJUIZAMENTO E O OBJETO DA AÇÃO. OFENSA À PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE. RECURSO PROVIDO. [...]" (TJSC, Agravo de Instrumento n. 2013.018911-7, da Capital, rel. Des. Newton Trisotto, j. 20-08-2013).

> "[...] DETERMINAÇÃO PARA A COLOCAÇÃO DE PLACA EM FRENTE AO EMPREENDIMENTO, INFORMANDO O TEOR DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA E DA DECISÃO JUDICIAL - MEDIDA DESPROPORCIONAL - DECISÃO REFORMADA NESTE PONTO - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. Tal medida deve ser considerada desproporcional, uma vez que o interesse de terceiros encontra-se devidamente tutelado, visto que a decisão interlocutória determinou a expedição de ofício ao cartório de imóveis para que averbe na matrícula do imóvel objeto do litígio as necessárias restrições." (TJSC, Agravo de Instrumento n. 2010.023478-1, de Urussanga, rel. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz, j. 01-02-2011).

Isso não impede o Ministério Público de promover a divulgação do debate nos meios de comunicação institucionais ou na mídia em geral, ante o caráter público da demanda, que envolve interesse de toda a coletividade.

Importa ressaltar ainda que as tutelas de urgência podem ser concedidas posteriormente, caso exsurjam novos elementos probatórios que a justifiquem, mormente após a conclusão da prova pericial que está em fase de conclusão.

Ante o exposto, voto por conhecer do agravo de instrumento interposto pelo Ministério Público e dar-lhe parcial provimento para determinar a averbação na matrícula nº 89.861 do 1º Ofício de Registro de Imóveis de Criciúma da tramitação da Ação Civil Pública nº 020.14.003710-1 (0003710-37.2014.8.24.0020) perante a 2ª Vara da Fazenda da Comarca de Criciúma, assim como da ordem judicial de indisponibilidade do imóvel, bem assim a paralisação das obras e intervenções em geral na área do loteamento denominado "Altos da Floresta", até decisão em sentido contrário.

Este é o voto.

SEGUNDA CÂMARA DE DIRETO PÚBLICO

Agravo de Instrumento n. 2014.036639-6, de Palmitos

Relator: Des. João Henrique Blasi

> AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. ARREMATAÇÃO DE IMÓVEL. DEMORA NA IMISSÃO DE POSSE, PELO ARREMATANTE, POR FORÇA DE EMBARAÇOS CRIADOS PELA EMPRESA EXECUTADA. IMPUTAÇÃO A ELA DO PAGAMENTO DOS ALUGUÉIS REFERENTES A ESSE PERÍODO. MEDIDA ACERTADA. RECURSO DESPROVIDO.
>
> À vista dos inaceitáveis embaraços criados pela executada para evitar que o arrematante fosse imitido na posse do imóvel dela expropriado, incensurável mostra-se a decisão agravada que lhe impôs o pagamento dos aluguéis do período em que permaneceu ocupando-o por conta de tais embaraços, decisão esta que se funda na prevalência do princípio da boa-fé processual e na reprimenda a comportamento contraditório e esperto (*"venire contra factum proprium"*).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 2014.036639-6, da comarca de Palmitos (Vara Única), em que é agravante Metalúrgica Biasi Ltda. - ME e são agravados Estado de Santa Catarina e outro:

A Segunda Câmara de Direito Público decidiu, por votação unânime, negar provimento ao recurso. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Exmos. Srs. Desembargadores Cid Goulart e Francisco Oliveira Neto.

Florianópolis, 30 de junho de 2015.

João Henrique Blasi
RELATOR E PRESIDENTE

RELATÓRIO

Cuida-se de agravo de instrumento interposto por Metalúrgica Biasi Ltda. - ME, representada pelo Advogado César Augusto da Silva Peres, contrastando decisão proferida pelo Juiz Edison Alvanir Anjos de Oliveira Júnior (fls. 231 a 239), que, em execução fiscal contra ela aforada pelo Estado de Santa Catarina, rejeitou exceção de pré-executividade por ela oposta, e determinou, consequentemente, a liberação do valor penhorado ao arrematante, condenando-o, ainda, ao pagamento de honorários advocatícios de 20% (vinte por cento) do valor total dos alugueis (agora executados) devidos ao arrematante.

Aduz a agravante, na essência, que não há nos autos, em favor do arrematante, título executivo judicial a amparar a constrição realizada (fls. 2 a 15).

O efeito suspensivo almejado restou indeferido pelo Desembargador Rodolfo Tridapalli (fls. 284 a 289).

O arrematante, pelo Advogado José Luiz de Moura, deduziu contrarrazões (fls. 295 a 308).

É o relatório.

VOTO

A narrativa fática foi detalhadamente expendida, em 46 (quarenta e seis) tópicos, pelo Magistrado prolator da decisão agravada. Ei-la:

> 1. Em 09/09/2011, o arrematante, pela primeira vez, comparece aos autos informando sobre a impossibilidade da transferência do imóvel por causa de um entrave no Ofício de Registro de Imóveis de Palmitos/SC (fls. 225-228).
>
> 2. Em 11/11/2011, este Juízo determinou que o Ofício de Registro de Imóveis de Palmitos/SC proceda a transferência do imóvel ao arrematante (fl. 238).

3. Em 1º/12/2011, a executada peticionou nos autos informando que "em 17/11/2011 a empresa foi notificada de forma extrajudicial pelo arrematante do imóvel no sentido de que, dentro de 20 dias, desocupe o imóvel ou manifeste interesse em adquiri-lo por proposta não inferior a R$ 1.100.000,00, ou ofereça proposta de aluguel pela quantia de R$ 25.000,00 ao mês", sendo que requereu a suspensão dos efeitos de eventual mandado de imissão na posse e a concessão de 25 (vinte e cinco) meses para a desocupação integral do imóvel e também iniciou o pagamento dos valores que entendeu como corretos para os alugueres (fls. 243-247).

4. Em 19/01/2012, o arrematante requereu a expedição do mandado de imissão na posse (fls. 278-286).

5. Em 10/02/2012, o arrematante informou que não concorda com a permanência da executada na posse do imóvel e reiterou o pedido de expedição do mandado de imissão de posse (fls. 300-304).

6. Em 15/03/2012, foi designada audiência de conciliação para o dia 03/07/2012, às 13h30min (fl. 306).

7. Em 23/03/2012, o arrematante requereu a expedição do mandado de imissão de posse (fls. 309-310).

8. Em 03/07/2012, foi realizada a audiência nos seguintes termos: "Aberta a audiência, feito o pregão, constatou-se a presença dos acima nominados. Proposta a conciliação, esta restou inexitosa. A empresa executada, Metalúrgica Biasi Ltda, apresentou neste ato prova da aquisição de novo imóvel para a transferência total da empresa situada no imóvel arrematado. Ainda, apresentou cronograma de execução das atividades de implantação da empresa, sendo necessário para tanto, mais doze meses. Ainda, propôs a continuação do pagamento de aluguel até o termo final, no valor que está sendo depositado em juízo desde julho de 2011, qual seja, R$ 2.475,00, com base na média de três avaliações do imóvel objeto da presente demanda. O arrematante, o Sr. Ricardo Marcelo Ebert, por seu procurador, requereu o prazo de 10 dias para manifestar-se acerca da proposta da empresa arrematada. Neste prazo deverá o arrematante manifestar-se sobre a aceitação ou não da proposta, ou então requer o que de direito" (fl. 317).

9. Em 10/07/2012, o arrematante requereu, novamente, a expedição do mandado de imissão na posse, tendo em vista a negativa da executada acerca da contra-proposta (fls. 318-319).

10. Em decisão (16/07/2012), este juízo determinou a realização de perícia para apurar o valor do aluguel e afirmou que o pedido de imissão na posse será analisado no bojo desta execução fiscal (fls. 320-321).

11. Realizada a perícia (06/03/2013), o *expert* chegou à conclusão que o valor do aluguel é de R$ 6.800,00 (seis mil e oitocentos reais – fls. 393-450).

12. Em 08/04/2013, a executada requereu a realização de nova perícia ou que o perito preste esclarecimentos ou que se acolha o valor já informado pela executada (fls. 455-461).

13. Em 1º/04/2013, o arrematante requereu a fixação do valor do aluguel mensal conforme apurado pela perícia, e a reatroação dos valores corrigidos referentes a diferença do aluguel, por fim a expedição do mandado de imissão de posse (fls.467-474).

14. Em 19/04/2013, foi determinada a fixação do aluguel em R$ 6.800,00 (seis mil e oitocentos reais) e o pagamento da diferença dos aluguéis retroativos desde a data de arrematação, corrigidos monetariamente (fls. 503-504).

15. Em 16/05/2013, a executada juntou nos autos cópia da interposição do agravo de instrumento em face da decisão acima descrita (fls. 514-522).

16. Em 17/05/2013, este Juízo manteve a decisão agravada por seus próprios fundamentos (fl. 524)

17. Em 19/06/2013, o arrematante noticiou que não fora cumprida a decisão de fls. 503-504, requerendo imediata expedição do mandado de imissão de posse (fls. 526-528).

18. Em 04/07/2013, o Juízo determinou o cumprimento da decisão de fls. 503-504 (fl. 536).

19. Em 01/07/2013, a executada requereu a suspensão dos efeitos de eventual mandado de imissão de posse e dilação de prazo para a desocupação do imóvel até junho de 2014 (fls. 537-545).

20. Em 08/07/2013, o Juízo determinou a intimação dos interessados para dizer se concordam com a prorrogação de prazo para desocupação do imóvel, mediante pagamento dos alugueres na forma estabelecida (fl. 547).

21. Em 12/07/2013, o arrematante informou que concorda com a prorrogação de imissão de posse até junho de 2014, desde que a executada procedesse o depósito judicial no prazo de 10 (dez) dias referentes a diferença dos alugueres pretéritos e vincendos, requereu ainda a fixação de valor a título de honorários advocatícios em favor do patrono do arrematante, estes fixados entre 10% a 20% sobre o valor da arrematação, e sobre o valor total dos alugueres (fls. 602-606).

22. Em 15/07/2013, o Juízo determinou a intimação da executada para que informe se concorda com a prorrogação de prazo, mediante o pagamento (fl. 632).

23. Em 22/07/2013, a executada concorda com o pagamento dos aluguéis, porém informa que não tem disponível a quantia em dinheiro, requerendo prazo de 5 (cinco) dias para apresentação de caução idônea (fls. 641-642).

24. Em 29/07/2013, o arrematante noticia, que embora a executada tenha concordado com a prorrogação de prazo mediante o pagamento, não houve nenhum depósito até a data e a forma de pagamento aceita, somente será em dinheiro (fl. 645).

25. Em 02/08/2013, o Juízo determinou que a executada deposite o valor no prazo de 2 (dois) dias e não havendo o cumprimento, o mandado de imissão de posse será expedido (fl. 646).

26. Às fls. 647-652, foi anexado o cálculo atualizado pela contadoria judicial, até a data de 07/08/2013, dos valores requeridos pelo arrematante.

27. Em 15/08/2013, a executada comunicou não ter dinheiro para arcar com o pagamento dos valores atualizados pela contadoria judicial, sendo que a desocupação do imóvel irá proceder de forma voluntária, no entanto requisitou suspensão do mandado de imissão de posse até a data de 25 de outubro de 2013 (fls. 655-663).

28. Em 20/08/2013, o arrematante foi intimado para manifestar-se sobre o petitório de fls. 655-663.

29. Em 29/08/2013, a executada solicitou que se aguardasse a desocupação do imóvel que ocorreria, sem atraso, em 06/09/2013 (fl. 677).

30. Em 30/08/2013, foi determinada a suspensão do referido mandado de imissão de posse, devendo ser cumprido no dia 09/09/2013 (fl. 689).

31. Em 30/08/2013, o arrematante requisitou a expedição de alvará no valor de R$ 60.252,73 (sessenta mil duzentos e cinquenta e dois reais e setenta e três centavos) e o bloqueio via BacenJud no valor de R$ 142.639,70 (cento e quarenta e dois mil seiscentos e trinta e nove reais e setenta centavos – fls. 692-693).

32. Em 30/08/2013, o arrematante reiterou o pedido de expedição do mandado de imissão de posse, alegando que estão destruindo por completo o barracão existente sobre o imóvel (fls. 709-710).

33. Em 05/09/2013, foram indeferidos os pedidos do arrematante, somente determinada a expedição do alvará no valor de R$ 60.252,73 (sessenta mil duzentos e cinquenta e dois reais e setenta e três centavos).

34. Em 06/09/2013, a executada informa que desocupou o imóvel arrematado, promovendo a entrega das chaves em cartório (fls. 717-718).

35. Em 06/09/2013, o cartório certificou a entrega das chaves do imóvel arrematado (fl. 719).

36. Em 19/09/2013, o Juízo determinou o cumprimento da decisão de fl. 710, bem como intimou o arrematante para manifestar-se acerca do petitório juntado pela executada (fl. 721).

37. Em 20/09/2013, foi expedido o alvará, sendo efetuada a transferência bancária no valor de R$ 52.766,54 (cinquenta e dois mil setecentos e sessenta e seis reais e cinquenta e quatro centavos) da conta da executada, em favor do arrematante, e R$ 13.248,59 (treze mil duzentos e quarenta e oito reais e cinquenta e nove centavos) em favor do advogado do arrematante (fl. 724).

38. Em 03/10/2013, o arrematante requereu a expedição do mandado de imissão de posse e constatação, também reiterou o pedido para bloqueio do valor de R$ 142.639,70 (cento e quarenta e dois mil seiscentos e trinta e nove reais e setenta centavos), via BacenJud referentes aos alugueres vencidos (fl. 730-732).

39. Em 21/10/2013, fora determinada a expedição de mandado para verificação das condições em que o imóvel arrematado se encontra, porém o pedido de bloqueio dos valores via BacenJud referente as alugueres vencidos foi indeferido. Ainda na mesma oportunidade, foi intimada a parte executada para que comprove a desistência do agravo de instrumento em relação a decisão de fls. 503-504 e o arrematante para que requeira o que entender de direito (fls. 734-735).

40. Em 22/10/2013, o arrematante requer a expedição de alvará judicial para liberação integral do valor que se encontra depositado na subconta vinculada a este processo (fls. 737-738).

41. Em 07/11/2013, fora determinada a expedição do alvará judicial citado acima e o cumprimento na íntegra da decisão de fls. 734/735 (fl.746).

42. Em 12/09/2013, fora juntado aos autos o mandado de certificação cumprido (fls. 747-748).

43. Em 18/11/2013, o arrematante requer seja bloqueado o valor de R$ 155.226,16 (cento e cinquenta e cinco mil duzentos e vinte e seis reais e dezesseis centavos) referentes ao alugueres que estão pendentes de pagamento, tendo em vista que a ré desocupou o imóvel na data de 06/09/2013 (fls. 759-761).

44. Em 27/11/2013, foi determinada a realização do bloqueio via BacenJud no valor de R$ 155.226,16 (cento e cinquenta e cinco mil, duzentos e vinte e seis reais e dezesseis centavos) das contas bancárias existentes em nome de Metalúrgica Biasi Ltda- ME (fl. 767).

45. Em 11/12/2013, a executada apresentou exceção de pré-executividade, requerendo a determinação de caução idônea pelo arrematante caso ele pretenda levantar o valor indevidamente constrito, reconhecer a inexistência de título executivo, liberando imediatamente a penhora em favor da executada, declarando a extinção definitiva dessa execução fiscal, e condenar o arrematante no ônus da sucumbência (fls.775-787).

46. Em 07/02/2014, o arrematante manifestou-se sobre o petitório, pediu a rejeição a exceção de pré-executividade, a expedição dos respectivos alvarás judiciais para levantamento dos valores penhorados, a condenação da executada ao pagamento da verba honorária em favor do procurador do arrematante e condenar a executada como litigante de má-fé, com

> fundamento nos artigos 16 e seguintes do Código de Processo Civil (fls. 790 a 797). (fls. 231 a 237)

Do longo encadeamento fático antes retratado tem-se que a discussão em torno dos aluguéis do galpão em tela foi ensejada pela própria executada (eventos ns. 3, 8, 12, 15 e 19), enquanto que o arrematante insistiu sempre em sua imissão na posse (eventos ns. 5, 7, 9, 13, 17 e 32), encontrando, invariavelmente, resistência de parte da primeira, o que determinou sensível retardo na almejada imissão na posse que, a rigor, deveria ser imediata.

Claro está que o proceder da empresa executada, ora embargante, pautou-se pelo indisfarçável objetivo de retardar, o mais possível, a entrega do galpão, criando, para tanto, os mais variados embaraços.

Ademais, acerca da alegada ausência de título executivo, ao argumento de não ter sido realizado acordo entre as partes, importa frisar que o pedido de bloqueio judicial foi feito com base na decisão de fl. 503 e 504 (anexo - volume 3), nos termos que seguem:

> [...] o aperfeiçoamento da venda judicial reclama a transferência do bem para o arrematante (artigo 694 do Código de Processo Civil) e, uma vez perfectibilizada a arrematação do imóvel, com a expedição da respectiva carta (fl. 223), não mais se admite que a executada, por via transversa, obste o direito já assegurado.
>
> Desta forma, entendo que os quesitos complementares apresentados à fl. 460 são meramente protelatórios, **pelo que fixo o valor do aluguel a ser pago pela executada ao arrematante em R$ 6.800,00 (seis mil e oitocentos reais).**
>
> Intime-se a executada para que, em 15 dias, comprove o pagamento da diferença dos aluguéis retroativos, desde a data da arrematação (1/7/2011), acrescidos de correção monetária pelos índices da Corregedoria Geral de Justiça e juros de mora de 1% ao mês desde quando devidos até o efetivo pagamento, descontadas as quantias pagas, sob pena do arrematante ser imitido de imediato na posse.
>
> Caso feito o pagamento, aguarde-se o prazo previsto para desocupação (3/7/2013).

> Decorrido tal prazo, expeça-se de imediato mandado de imissão na posse em favor do arrematante (fls. 503 e 504, anexo – volume 3, negritei).

Tal decisão foi combatida por agravo de instrumento, por mim relatado (autos n. 2013.028227-9), ao qual se negou provimento, observando-se, ainda, pelo Sistema de Automação do Judiciário – SAJ, que está pendente de julgamento agravo em recurso especial.

Logo, a decisão antes mencionada constitui título executivo, mormente porque, em regra, o recurso especial - e o agravo a ele incidente – não são dotados de efeito suspensivo (art. 542, § 2º, do Código de Processo Civil).

Nessa contextura soa desarrazoada a pretensão recursal de remeter a matéria para as vias ordinárias, sob a alegativa de que o arrematante não dispunha de título executivo. É que, embora avultem algumas atecnias no impulsionamento do feito, elas não são prestantes, nem de longe, para nulificá-lo, máxime em homenagem ao princípio da instrumentalidade.

Colhe-se, a propósito, da decisão unipessoal proferida no âmbito da Câmara Civil Especial desta Corte:

> Ao perlustrar os autos, observa-se que, de fato, desde o início em que o ora Agravante demonstrou resistir aos atos de imissão de posse (fls. 243/247, na origem), não foi utilizada a melhor técnica para dar prosseguimento a execução originária.
>
> Contudo, há de se ressaltar que foi o próprio Executado, ora Agravante, que conduziu o feito a situação hoje encontrada, porquanto utilizou-se, por via transversa, da Ação de Execução Fiscal para propor ao Arrematante o oferecimento de valores a título de aluguel com o fito de postergar a imissão de posse do imóvel (fls. 243/247, na origem), em total desrespeito ao procedimento originário.
>
> Assim, a sucessão de atos despropositados naquele procedimento então seguiu-se, com a única pretensão de evitar o impacto econômico que a imediata paralisação causaria com a desocupação imediata do imóvel, fruto da arrematação, conforme fez contar a decisão de fls. 320/321 (na origem).

Daí, ainda que a pretensão do Arrematante não tenha seguido o mais lídimo procedimento, repito, em razão do insistente interesse manifestado pelo Executado, não se pode desprestigiar os atos judiciais ocorridos desde 2011 até 2014, sob pena de configurar verdadeira afronta ao Princípio da Lealdade Processual, prevista no art. 14, do Código de Processo Civil, *in verbis*:

"Art. 14. São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo:

I - expor os fatos em juízo conforme a verdade;

II - proceder com lealdade e boa-fé;

III - não formular pretensões, nem alegar defesa, cientes de que são destituídas de fundamento;

IV - não produzir provas, nem praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou defesa do direito.

V - cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final".

Assim, partindo-se do entendimento de que Estado e partes somaram esforços no processo para solucionar o conflito, pode-se concluir que existe um interesse eminentemente público de que este instrumento seja eficaz, reto, prestigiado e útil à sua elevada finalidade.

Desta premissa decorre o princípio da lealdade processual, pois ele deriva da boa-fé e exclui a fraude processual, os recursos torcidos, a prova deformada, as imoralidades de toda ordem que possam as partes cometer em prejuízo do andamento regular do feito.

Neste contexto, é certo que a pretensão suspensiva visa o retrocesso processual que invalidaria os atos judiciais ocorridos desde 2011 e em evidente demonstração contrária a manifestações anteriormente defendidas pelo Executado, ora Agravante.

Pois bem, a expressão "venire contra factum proprium" significa vedação do comportamento contraditório, quando uma pessoa, por um certo período de tempo, comporta-se de determinada maneira, gerando expectativas em outra de que seu comportamento permanecerá inalterado.

> Em vista desse comportamento, existe um investimento, a confiança de que a conduta será a adotada anteriormente, mas depois de certo lapso temporal, é alterada por comportamento contrário ao inicial, quebrando dessa forma a boa-fé objetiva (confiança).
>
> É certo que o Agravante manifesta sua insurgência recursal baseada em comportamento diverso do manifestado na origem desde 2011, quando tentou e conseguiu postergar a imissão da posse, até 2013 (fl. 720, na origem), do imóvel licitamente adquirido por meio de outorga judicial (arrematação).

Sobre o tema, esta e. Corte de Justiça decidiu:

> EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. AUTO DE PENHORA. NÃO INDICAÇÃO DO INÍCIO DO PRAZO PARA APRESENTAR DEFESA. DEMONSTRAÇÃO, NO CASO CONCRETO, DA CIÊNCIA DO DEVEDOR. MANIFESTA INTEMPESTIVIDADE DOS EMBARGOS. RECURSO DESPROVIDO. "Nosso ordenamento jurídico veda o comportamento contraditório, atualmente conhecido como princípio da tutela da confiança legítima ou, ainda, "nemo potest venire contra factum proprium", o qual, em síntese, pode ser tido como a proibição de a pessoa praticar uma conduta ou ato contrário àquele que já praticara, uma vez sendo este capaz de violar as expectativas legítimas despertadas em outrem ou lhe causar prejuízos" (TJSC, AC n. 2012.051102-9, rel. Des. Subst. Altamiro de Oliveira, j. 17.9.13). (AC n. 2013.017689-7, de Curitibanos, rel. Des. Francisco Oliveira Neto, Segunda Câmara de Direito Público, j. 22-10-2013). (TJSC, Apelação Cível n. 2012.040681-4, de Tubarão, rel. Des. PAULO HENRIQUE MORITZ MARTINS DA SILVA, j. 02-09-2014).
>
> ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO INATIVO. CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS RECOLHIDAS APÓS A APOSENTADORIA PARA COMPLETAR O NÚMERO MÍNIMO EXIGIDO PARA A APOSENTAÇÃO. RESTITUIÇÃO DAS VERBAS PAGAS A ESTE TÍTULO. IMPOSSIBILIDADE. PROIBIÇÃO DE COMPORTAMENTO CONTRADITÓRIO. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO.
>
> "Nosso ordenamento jurídico veda o comportamento contraditório, atualmente conhecido como princípio da tutela da confiança legítima

> ou, ainda, "nemo potest venire contra factum proprium", o qual, em síntese, pode ser tido como a proibição de a pessoa praticar uma conduta ou ato contrário àquele que já praticara, uma vez sendo este capaz de violar as expectativas legítimas despertadas em outrem ou lhe causar prejuízos" (TJSC, AC n. 2012.051102-9, rel. Des. Subst. Altamiro de Oliveira, j. 17.9.13). (AC n. 2013.017689-7, de Curitibanos, rel. Des. FRANCISCO OLIVEIRA NETO, Segunda Câmara de Direito Público, j. 22-10-2013).
>
> Igualmente, o Superior Tribunal de Justiça:
>
> O princípio da boa-fé objetiva proíbe que a parte assuma comportamentos contraditórios no desenvolvimento da relação processual, o que resulta na vedação do "venire contra factum proprium", aplicável também ao direito processual (AgRg no Resp n. 1.280.482/SC, rel. Min. HERMAN BENJAMIN, Segunda Turma, j. 7-2-2012).
>
> Daí, ressai que conhecer como relevantes os fundamentos recursais seria desprestigiar todos os atos processuais ocorridos desde a primeira insurgência do Executado que visou postergar os atos expropriatórios.
>
> Neste sentido, entendo por despropositadas as razões do Agravante, isto porque considero correta a decisão hostilizada que reconhecendo a higidez da decisão de fls. 503/504 (na origem), entendeu suficiente para justificar a manutenção do bloqueio dos valores e consequentemente a liberação em favor do Arrematante, com a finalidade de dar quitação à locação proposta pelo próprio Agravante (fls. 243/247, na origem), pela ocupação do imóvel após manifesto interesse na imissão pelo novo proprietário.
>
> Ainda assim, não se convalesce a afirmação do Agravante de que a decisão de fls. 503/504 (na origem) deveria ser homologada, porquanto não se trata de acordo e sim de decisão judicial, que ainda que pendente de confirmação por Recurso Especial, este tem na sua natureza jurídica, a impossibilidade de efeito suspensivo automático. (fls. 285 a 288)

Assim sendo, a questão sob análise, embora extensa, reclama solução deveras singela: presentes os inaceitáveis embaraços criados pela executada para evitar que o arrematante fosse imitido na posse do

imóvel dela expropriado, incensurável mostra-se a decisão agravada que lhe impôs o pagamento dos aluguéis do período em que permaneceu ocupando-o por conta dos aludidos embaraços, decisão esta que se funda na prevalência do princípio da boa-fé processual e na reprimenda a comportamento contraditório e esperto ("*venire contra factum proprium*").

Avulta, então, como escorreita a decisão interlocutória increpada.

Voto, pois, pelo desprovimento do recurso.

Agravo de Instrumento n. 2014.085634-5, de Xanxerê

Relator: Des. Subst. Francisco Oliveira Neto

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.

INDISPONIBILIDADE DE BENS. ORIENTAÇÃO FIRMADA PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, EM REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA, NO SENTIDO DE QUE A MEDIDA FIGURA COMO UMA TUTELA DE EVIDÊNCIA E DISPENSA A COMPROVAÇÃO DO *PERICULUM IN MORA* (RESP N. 1.366.712). TESE REJEITADA POR ENTENDER QUE A INDISPONIBILIDADE DE BENS SE CARACTERIZA COMO UMA TUTELA DE URGÊNCIA, SENDO IMPRESCINDÍVEL A COMPROVAÇÃO NÃO SÓ DO *FUMUS BONI JURIS*, MAS TAMBÉM DA DILAPIDAÇÃO, ONERAÇÃO OU ALIENAÇÃO DOS BENS, PARA SER DECRETADA.

Em que pese a clara opção feita pelo Colendo STJ, em julgamento de representativo da controvérsia, no sentido de que a medida de indisponibilidade de bens caracteriza-se numa tutela de evidência, fico com a tese contrária, qual seja, aquela que entende se tratar de tutela de urgência, o que acarreta a necessidade de demonstração não só do *fumus boni juris*, mas também do *periculum in mora*. Afinal, não vejo como emprestar caráter absoluto ao pedido formulado pelo autor da ação, que é onde resultará finalmente a adoção do entendimento exposto no REsp n. 1.366.721.

Como dito pelo Ministro Napoleão Munes Maia Filho, em seu voto vencido no mencionado precedente, *"Essa medida constritiva, pela sua natureza claramente cautelar, pressupõe que estejam evidenciados veementes indícios de responsabilidade do agente, pela prática do ato de improbidade (fumus boni juris), e também elementos indicadores do fundado receio de frustração do ressarcimento futuro, caso venha a ocorrer, tais como alienação, oneração ou dilapidação dos bens do acionado (periculum in mora), ou a sua tentativa"* (REsp n; 1.366.721/BA, p. 7).

MEDIDA DE INDISPONIBILIDADE DE BENS QUE SE APRESENTA DEMASIADAMENTE GRAVOSA. EXISTÊNCIA

DE OUTROS MEIOS PARA GARANTIR O FIM DESEJADO (ASSEGURAR O CUMPRIMENTO DE UMA POSSÍVEL SENTENÇA CONDENATÓRIA). APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO EXCESSO. DECISÃO CASSADA.

A indisponibilidade de bens é medida extrema, que se apresenta como exceção, e que, portanto, não deve se sobrepor à outros meios menos gravosos que possam garantir idêntico resultado, como é o exemplo das medidas previstas no Código de Processo Civil, dentre elas, o arrolamento de bens (arts. 855 a 860 do CPC) e a fraude de execução, prevista no art. 593, inciso II, do CPC.

De sorte que ao se utilizar dos meios menos gravosos, se está respeitando a cláusula do devido processo legal, de onde pode ser extraído o princípio da proporcionalidade e/ou razoabilidade e um dos seus subprincípios, qual seja, o da proibição de excesso.

AGRAVO DE INSTRUMENTO CONHECIDO E PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 2014.085634-5, da comarca de Xanxerê (2ª Vara Cível), em que é agravante Mauro Miguel Narciso, e agravado Ministério Público do Estado de Santa Catarina:

A Segunda Câmara de Direito Público decidiu, por votação unânime, conhecer e dar provimento ao agravo de instrumento. Custas na forma da lei.

O julgamento, realizado no dia 30 de junho de 2015, foi presidido pelo Excelentíssimo Desembargador João Henrique Blasi, com voto, e dele participou o Excelentíssimo Desembargador Cid Goulart.

Florianópolis, 2 de julho de 2015.

Francisco Oliveira Neto
RELATOR

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Mauro Miguel Narciso contra decisão proferida pela MMª. Juíza de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca de Xanxerê que, nos autos da ação civil de improbidade administrativa n. 0900083-14.2014.8.24.0080, ajuizada pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina em desfavor do agravante, decretou a indisponibilidade dos seus bens até o valor de R$ 300.000,00, de modo a garantir o ressarcimento ao erário (fls. 12/15).

Argumentou o recorrente sobre a impossibilidade de decretar a indisponibilidade de seus bens, considerando que possui apenas uma conta-salário, na qual se deposita verba de caráter alimentar, um imóvel, no qual reside, e um veículo, que utiliza para trabalhar. Frisou que o seu patrimônio é impenhorável, pugnando, assim, pela cassação da decisão proferida (fls. 2/47).

O efeito suspensivo foi negado pelo Exmo. Des. Subst. Luiz Zanelato às fls. 50/56.

Em seguida, o agravado apresentou a contraminuta às fls. 62/71.

Lavrou parecer pela douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Procurador Durval da Silva Amorim que se manifestou pelo conhecimento e desprovimento do recurso (fls. 75/80).

VOTO

1. O voto, adiante-se, é no sentido de conhecer e prover o agravo.

2. A questão posta nos autos cinge-se à hipótese de **decretação de indisponibilidade dos bens** do agravante em sede de ação civil pública proposta pelo Ministério Público, sob o fundamento da prática de ato de improbidade administrativa.

Quanto à decretação de indisponibilidade de bens em ações que tratam de improbidade administrativa, reza a Constituição Federal, em seu art. 37, § 4º:

> "Art. 37 (...) § 4º Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível" (grifou-se).

Da mesma forma, a Lei de Improbidade Administrativa (Lei n. 8.429/92), dentre outras medidas cautelares – sequestro de bens (art. 16) e afastamento provisório do agente (art. 20) – também prevê acerca da possibilidade de indisponibilidade de bens (art. 7º):

> "Art. 7° **Quando o ato de improbidade causar lesão ao patrimônio público ou ensejar enriquecimento ilícito,** caberá a autoridade administrativa responsável pelo inquérito representar ao Ministério Público, para a **indisponibilidade dos bens do indiciado.**
>
> Parágrafo único. A indisponibilidade a que se refere o caput deste artigo recairá sobre bens que assegurem o integral ressarcimento do dano, ou sobre o acréscimo patrimonial resultante do enriquecimento ilícito" (grifou-se).

Trata-se, assim, de medida que visa assegurar a eficácia da sentença que julgar procedente ação (art. 18 da LIA), evitando que o ímprobo se reduza ao estado de insolvência. É medida diversa do sequestro (art. 16 da LIA), pois não é necessária a individualização dos bens. Assim, pode-se considerar que a indisponibilidade de que trata o art. 7º acarreta verdadeira constrição dos bens dos agentes inquinados de ímprobos.

Essa constrição obsta a transmissão dominial, a movimentação de ativos financeiros, a realização de operações mobiliárias e imobiliárias. Impede, também, que o bem seja afetado por posterior ingresso de penhora, arresto ou sequestro por dívidas de terceiro (MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Probidade Administrativa*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 438 e 445).

Saliente-se que os bens sujeitos à indisponibilidade não serão, obrigatoriamente, aqueles incorporados ao patrimônio do réu ilicitamente; poderão ser decretados indisponíveis até mesmo os bens particulares, adquiridos antes do cometimento do ato ímprobo, se necessários ao

ressarcimento integral do dano. Alguns doutrinadores defendem que o pedido deve ser amplo, devendo o requerente até mesmo 'superestimar' os valores. O assunto, porém, é controverso, havendo decisão do STJ nos dois sentidos, salientando que a jurisprudência mais recente tem se decidido mais no sentido de que o bloqueio possa atingir os bens anteriores ao fato, veja-se:

> "(…) 3. O entendimento conjugado de ambas as Turmas de Direito Público desta Corte é de que, a indisponibilidade de bens em ação de improbidade administrativa: a) é possível antes do recebimento da petição inicial; b) suficiente a demonstração, em tese, do dano ao Erário e/ou do enriquecimento ilícito do agente, caracterizador do fumus boni iuris; c) independe da comprovação de início de dilapidação patrimonial, tendo em vista que o *periculum in mora* está implícito no comando legal; d) **pode recair sobre bens adquiridos anteriormente à conduta reputada ímproba;** e e) **deve recair sobre tantos bens quantos forem suficientes a assegurar as conseqüências financeiras da suposta improbidade, inclusive a multa civil.** Precedentes: REsp 1115452/MA; REsp 1194045/SE e REsp 1135548/PR. (AgRg no AREsp n. 20.853/SP, rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, j. 21.6.12, grifou-se).

3.1 Dos requisitos para a decretação da medida:

Quanto aos requisitos para a decretação da indisponibilidade de bens, o próprio art. 7º da LIA estabelece que poderá ser decretada a medida sempre que ocorrer **lesão ao patrimônio público** ou **enriquecimento ilícito**. A título de esclarecimento, cumpre salientar que, não obstante a lei mencione somente estas hipóteses, previstas nos arts. 9º e 10, nada impede que os atos do art. 11 também causem lesão patrimonial, embora esta não seja essencial para caracterizá-los.

Também deve ser identificado o ***fumus boni juris***, ou seja, o direito invocável terá de ser plausível; devendo haver idoneidade das provas colhidas, a gravidade dos atos e a possibilidade de condenação. Ou seja, mostra-se necessária a existência "*de fortes indícios de responsabilidade do promovido pela prática de ato de improbidade que cause dano ao erário*"

(REsp n. 1.366.721, rel. Min. OG Fernandez). Assim, não se pode ter dúvida da atuação do agente, e de que esta acarretou lesão ao erário, a fim de que reste preenchida a fumaça do bom direito.

No que se refere ao ***periculum in mora***, segundo parte da doutrina, este é presumido somente por força do art. 7º da LIA, bastando que o ato de improbidade tenha causado lesão ao patrimônio público ou enriquecimento ilícito do agente. Isso porque seria temeroso aguardar até o final da demanda para que então se verificasse a possibilidade do ressarcimento do dano de forma integral.

A Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, recentemente, no dia 26.2.14, julgando o Recurso Especial n. 1.366.712, sob efeito do art. 543-C do CPC, pacificou o entendimento de que "*[...] a medida cautelar em exame, própria das ações regidas pela Lei de Improbidade Administrativa, não está condicionada à comprovação de que o réu esteja dilapidando seu patrimônio, ou na iminência de fazê-lo, tendo em vista que o* ***periculum in mora encontra-se implícito no comando legal que rege****, de forma peculiar, o sistema de cautelaridade na ação de improbidade administrativa, sendo possível ao juízo que preside a referida ação, fundamentadamente, decretar a indisponibilidade de bens do demandado, quando presentes fortes indícios da prática de atos de improbidade administrativa.* (grifou-se)".

Tal decisão, percebe-se pelo voto vencedor condutor, se dá pela compreensão de que a medida de indisponibilidade de bens não se enquadra como tutela de urgência, mas sim como tutela de evidência, uma vez que o *"periculum in mora não é oriundo da intenção do agente dilapidar seu patrimônio visando frustrar a reparação do dano e sim da gravidade dos fatos e do montante do prejuízo causado ao erário, o que atinge toda a coletividade"* (voto do Ministro Og Fernandes, p. 33).

Ainda, disse a Corte Superior que *"[...] a tutela de evidência prestigia as situações em que há uma grande probabilidade de o autor ter razão, bem como o bem da vida tutelado tem grande relevância social e, por eleição do legislador, confere-se-lhe a possibilidade de fruição imediata e provisória do*

bem ou que o mesmo seja desde logo resguardado" (REsp n. 1.319.515/ES, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, rel. para acórdão Min. Mauro Campbell Marques, j. 21.9.12).

Mas, em que pese esse entendimento (majoritário no STJ), não se pode desconsiderar aquele que aponta em sentido contrário, afirmando que o *periculum in mora* é requisito de natureza factual, não podendo ser configurado com a só aceitação da inicial. É preciso mais. É preciso ser demonstrado o fundado receio de desvio, a danificação ou a ocultação dos bens do agente, para que, assim, seja formada a convicção do juiz em torno do perigo de dano ao ente lesionado.

Como dito pelo Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, em seu voto vencido no citado representativo de controvérsia, o *periculum in mora, "até por se tratar de requisitos de natureza essencialmente factual, não se pode ter por configurado só com a aceitação da inicial, devendo ser demonstrado o fundado temor de desvio, danificação ou ocultação dos bens do acionado, a fim de gerar a convicção do juiz em torno do perigo efetivo de dano ao ente lesionado; reitero - e não certamente pela última vez - que o perigo não pode ser presumido em abstrato, porquanto exigível que se revele por meio de indícios confiáveis."* (REsp n. 1.366.721, p. 12).

Essa última corrente, se adequa ao posicionamento de que a medida de indisponibilidade de bens decorre da tutela de urgência (e não de evidência), pois figura como uma medida acautelatória e provisória da ação de improbidade administrativa, fundada não só no *fumus boni juris*, mas principalmente no *periculum in mora*, devendo estar calcada em elementos indicadores do fundado receio de frustração do ressarcimento futuro, como a alienação, a oneração ou a dilapidação dos bens do acionado ou, pelo menos, a sua tentativa.

3.2 Do posicionamento adotado e da existência de outras medidas acautelatórias:

3.2.1 De início, convém salientar que em que pese a clara opção feita pelo Colendo STJ no sentido de que a medida de indisponibilidade

de bens caracteriza-se numa tutela de evidência, fico com a tese contrária, qual seja, aquela que entende se tratar de tutela de urgência, o que acarreta a necessidade de demonstração não só do *fumus boni juris*, mas também do *periculum in mora*. Afinal, não vejo como emprestar caráter absoluto ao pedido formulado pelo autor da ação, que é onde resultará finalmente a adoção do entendimento exposto no REsp n. 1.366.721.

Como dito pelo Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, em seu voto vencido no mencionado precedente, *"Essa medida constritiva, pela sua natureza claramente cautelar, pressupõe que estejam evidenciados veementes indícios de responsabilidade do agente, pela prática do ato de improbidade (fumus boni juris), e também elementos indicadores do fundado receio de frustração do ressarcimento futuro, caso venha a ocorrer, tais como alienação, oneração ou dilapidação dos bens do acionado (periculum in mora), ou a sua tentativa"* (REsp n; 1.366.721/BA, p. 7).

E, ainda, *"não há de se confundir a denominada tutela de evidência, ainda que não adotada na legislação processual, com a tutela cautelar, esta cabível na Ação de Improbidade, uma vez que aquela (a tutela de evidência) somente ocorre quando a relação jurídica material se mostra desenturvada de dúvidas e documentalmente comprovada, isto é, na esmerada posição de incontestabilidade jurídica"* (REsp n; 1.366.721/BA, p. 7/8), situação inaplicável na tutela de urgência, que demanda a indisponibilidade de bens do acusado.

Certamente, não se está negando o princípio essencial da supremacia do interesse e do erário público em favor do interesse privado, não podendo se admitir, por outro lado, que o agente ímprobo fique impune somente porque o seu patrimônio não pode ser atingido em certos aspectos. No entanto, devem ser reunidos substratos probatórios suficientes que revelem a intenção de dilapidar o patrimônio, em evidente perigo na demora da prestação jurisdicional.

Diante disso, concessa vênia ao entendimento firmado pelo STJ, penso ser imprescindível para a concessão da indisponibilidade de bens

do acusado, em antecipação de tutela, a demonstração não só do *fumus boni juris*, mas também do *periculum in mora*, por caracterizar a medida não como uma tutela de evidência, mas sim como uma tutela de urgência.

3.2.2 Além disso, vale lembrar que tenho reiteramente me posicionado no sentido de que há outras formas menos gravosas de assegurar o cumprimento da decisão final, para que seja garantido o efetivo ressarcimento dos danos causados pelo agente ímprobo, que, assim como a indisponibilidade de bens, também buscam dar plena eficácia aos objetivos da Lei de Improbidade Administrativa.

Afinal, não se pode esquecer que *"[...] o bloqueio das contas bancárias e a indisponibilização dos bens de raiz e móveis são medidas de exceção, representando, às vezes, verdadeira morte civil do cidadão quando abrange a totalidade do patrimônio, e como tal precisa ser vista e entendida. A regra é a livre disposição do patrimônio, prerrogativa que, a teor do art. 1.228 do Código Civil, integra o direito de propriedade, assegurado pela Constituição Federal no seu art. 5º, inciso XXII. Como toda exceção, só pode ser imposta em condições que amplamente a justifiquem, evitando-se o automatismo, sob pena de se estar a violentar a lei e a própria Carta Magna"* (RIZZARDO, Arnaldo. *Ação civil pública e ação de improbidade administrativa.* Rio de Janeiro: GZ Ed., 2009, p. 409).

Nesta toada, considerando que *"Aplica-se à ação civil pública, prevista nesta Lei, o Código de Processo Civil, aprovado pela Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, naquilo em que não contrarie suas disposições"* (art. 19 da Lei n. 7.347/85), é preciso destacar a existência de outras possibilidades constantes do CPC.

Nosso sistema jurídico aponta que, além das cautelares específicas estabelecidas pela Lei de Improbidade, podem ser propostas medidas menos gravosas que a indisponibilidade de bens, como, por exemplo, as cautelares inominadas do art. 796 e seguintes do CPC, especificamente com o fito de evitar a transferência de bens em Cartórios de Imóveis ou

no DETRAN, por exemplo, evitando-se o exagero e a generalidade da constrição.

Da mesma forma, também existe a possibilidade de arrolamento de bens (arts. 855 a 860 do CPC), ação que pode ser proposta por quem tenha o interesse na conservação de bens, quando houver fundado receio de extravio ou dissipação, decorrente de fatos que levem a crer que aquele que possui os bens possa desviá-los, ocultá-los ou destruí-los.

Tal medida é importante frisar não compromete de forma invasiva o patrimônio do réu; é medida de grande valia para o magistrado, que, desde o início, tem o conhecimento dos bens do agente, pois, se houver sentença condenatória ao final, saberá quais bens são passíveis de serem atingidos, tornando mais facilmente identificável qualquer sinal de fraude à execução (art. 593, II, do CPC).

A propósito, sobre o reconhecimento de fraude à execução em ação civil pública, ressalta-se que *"a lei não traçou rito próprio para ação civil pública, mas nada impede, sendo até aconselhável, que se legisle sobre o assunto, levando-se em conta a singularidade que envolve o remédio processual. Enquanto isso não ocorre, o CPC se insinuará em sede de subsídio nos termos do art. 19 da Lei 7.347/85 quer em se tratando de cognição, execução ou ação cautelar"* (OLIVEIRA, Francisco Antônio de. *Ação Civil Pública: enfoques trabalhistas: doutrina – jurisprudência – legislação.* 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 35/36).

Em outras palavras, entende-se que, em virtude de a Lei da Ação Civil Pública não ter contemplado regras específicas de execução, as disposições do CPC devem ser aplicadas subsidiariamente. Assim sendo, razoável também que possa ser caracterizada a fraude à execução, nos termos do que estabelece o art. 593, II, do caderno processual civil:

> "Art. 593. Considera-se em fraude de execução a alienação ou oneração de bens:
>
> (...)

> II - quando, ao tempo da alienação ou oneração, corria contra o devedor demanda capaz de reduzi-lo à insolvência".

Saliente-se que, para que se configure a fraude à execução, não basta somente ajuizamento da ação, mas sim a citação válida: "Para a caracterização da fraude à execução faz-se mister que a insolvência do devedor esteja perfectibilizada após o ato citatório válido, não bastando o ajuizamento da ação" (NERY JÚNIOR; N. NERY, R. M. de A. Código de processo civil comentado e legislação extravagante. 12 ed. São Paulo: RT, 2010, p. 1190).

E mais, "não é apenas no processo de execução que pode haver fraude de execução. Como o ato fraudulento é atentatório à dignidade da justiça, é suficiente que haja litispendência em ação judicial, qualquer que seja ela (de conhecimento – declaratória, constitutiva ou condenatória – cautelar ou de execução) (…), desde que tenha aptidão de levar o devedor à insolvência. (…) Portanto, citado validamente o réu para uma ação que possa levá-lo à condenação no cumprimento de obrigação (pagar, entregar coisa, fazer ou não fazer etc) (…) qualquer ato de liberalidade, de oneração ou de alienação capaz de levá-lo à insolvência pode ser declarado como havendo sido celebrado em fraude em execução, sendo ineficaz com relação àquela demanda" (NERY JÚNIOR; N. NERY, R. M. de A. Código de processo civil comentado e legislação extravagante. 12 ed. São Paulo: RT, 2010, p. 1188).

Deste modo, para que se dê a indisponibilidade de bens, penso ser necessário, além da demonstração dos requisitos do *fumus boni juris* e do *periculum in mora*, também a inadequação das medidas menos gravosas, visto que o art. 5º, LIV e LV, da CRFB garante o *due process of law*, a ampla defesa e o contraditório, em processo judicial e administrativo, assegurando que ninguém será privado de seu patrimônio sem as devidas garantias constitucionais.

É bom lembrar que o sistema constitucional brasileiro tem como fundamento o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), o

qual se desdobra na presunção de inocência (art. 5º, LVII), sendo que esta somente será excepcionada quando demonstrada a necessidade do seu afastamento.

3.3 Da aplicação do entendimento firmado ao caso em análise:

Pois bem. Dito isso, retorno ao caso concreto, lembrando que aqui a MMª. Juíza de Direito, em sede de cognição sumária, deferiu o pedido liminar determinando a indisponibilidade de bens suficientes para garantir os valores que, supostamente, teriam sido acrescidos de maneira indevida ao patrimônio do recorrente, apontado como autor de atos de improbidade administrativa, no importe de R$ 300.000,00.

Da simples leitura do ato, percebe-se que a magistrada optou pela corrente que entende presumidos os danos causados ao erário, razão pela qual nada expôs a respeito do periculum in mora. A certa altura disse ela: "a decretação de indisponibilidade de bens não se condiciona a indícios de dilapidação do patrimônio [...].. Por essa razão, entende-se que se encontra implícito no comando normativo [...]" (fl. 13), dispensando claramente qualquer comprovação de eventual dilapidação, oneração ou alienação do patrimônio para acarretar a aplicação da medida.

E é justamente essa tese que rejeito por entender, repito, que a medida em tela diz respeito a uma tutela de urgência, e não a uma tutela de evidência.

Mas não é só.

Ainda que fosse o caso de se acompanhar o entendimento do Superior Tribunal de Justiça antes mencionado e proclamado em julgamento de recurso afeto ao art. 543-C, do CPC (que entende ser tutela de evidência), para se viabilizar a medida extrema, não restaram demonstradas a inviabilidade de medidas menos gravosas, mas igualmente eficazes, como é o caso do arrolamento, ou até mesmo, o simples anúncio de que é possível o reconhecimento da fraude à execução.

Se há algo que está muito claro em anos de desenvolvimento do constitucionalismo contemporâneo – e que não pode ser desconsiderado – é a existência de princípios implícitos no sistema. E dentre eles há o da proporcionalidade e/ou razoabilidade, que traz consigo o sub-princípio da menor ingerência possível ou proibição de excesso. Tal determina que, frente às medidas menos gravosas e de menor potencial invasivo, na esfera de proteção do sujeito em relação ao poder do Estado, obrigatoriamente devemos optar por elas.

E aqui é o caso: se existem outras medidas de igual eficácia (= resultado), porque não utilizá-las? E nem se diga que é porque deve haver prevalência do interesse público em demandas como essas, porque afinal de contas é justamente esse interesse público que determina a excepcionalidade de todas elas, sob pena de se extirpar da Constituição Federal a regra do devido processo legal.

Além disso, e por fim, mesmo que fosse a hipótese de adoção do entendimento do STJ e mesmo que se vencesse o argumento que aponta a necessidade de afastamento de medidas menos gravosas, ainda assim penso que a medida estaria inviabilizada.

Ora, se para tanto é necessário então apenas o fumus boni juris (que admito apenas por hipótese), nem este está demonstrado, vez que a decisão a quo não apresenta os fortes indícios probatórios necessários para o reconhecimento de que tal requisito está presente. Limitou-se a analisar as investigações criminais para decretar a indisponibilidade de bens, os quais são indícios frágeis, principalmente, porque não submetidos ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa. Assim, as interceptações telefônicas, declarações e documentos colhidos, nesta fase policial, não têm a robustez necessária e exigida para a decretação de uma tutela de evidência (o que admito, repito, apenas em hipótese). Estas provas não podem ser comparadas com aquelas produzidas em juízo.

Assim, a despeito de qualquer discussão sobre a impenhorabilidade, ou não, dos bens do agravante, o entendimento firmado por esta Câmara

de Direito Público reflete, no caso, na ausência dos requisitos necessários para decretação da medida de indisponibilidade de bens, ainda que se conclua pela penhorabilidade do patrimônio.

Nesse contexto, mesmo que sob fundamento diverso, a insurgência recursal merece acolhimento, a fim de que seja afastada a indisponibilidade de bens do agravante.

4. Ante o exposto, voto no sentido de **conhecer e prover o recurso**, a fim de que seja afastada a indisponibilidade de bens.

TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

Agravo de Instrumento n. 2014.078144-0, da Capital

Relator: Des. Vanderlei Romer

AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. DELEGADO DE POLÍCIA CIVIL. PROVA DISCURSIVA. CRITÉRIOS DE CORREÇÃO E PONTUAÇÃO DAS QUESTÕES. IMPUGNAÇÃO. PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. POSSIBILIDADE DE INTERFERÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO APENAS EM SITUAÇÕES DE MANIFESTA ILEGALIDADE, NÃO DEMONSTRADAS A CONTENTO NA HIPÓTESE. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

"Os critérios adotados por banca examinadora de concurso público não podem ser revistos pelo Poder Judiciário" (STF, Informativo 782).

"A correção das provas escritas em concurso público para ingresso no serviço público e a respectiva atribuição de notas devem obedecer aos critérios estabelecidos no edital e nos regulamentos, podendo ser analisados pelo Poder Judiciário apenas sob os aspectos legal e moral, vedada a interferência dele, porém, sobre o mérito do ato objurgado, seus fundamentos e suas justificativas, que são prerrogativas exclusivas da Administração Pública" (Ap. Cív. n. 2013.009086-5, rel. Des. Jaime Ramos, j. 5-9-2013).

In casu, o agravante não logrou demonstrar, mesmo em juízo de cognição sumária, o desrespeito às normas editalícias para a elaboração das questões, ou qualquer outra ilicitude que autorizasse a interferência do Poder Judiciário, pelo que de rigor a manutenção da decisão interlocutória que negou o provimento de urgência requerido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 2014.078144-0, da comarca da Capital (3ª Vara da Fazenda Pública),

em que é agravante Diego Vinícius de Oliveira, e agravada Associação Catarinense das Fundações Educacionais – ACAFE:

A Terceira Câmara de Direito Público decidiu, por votação unânime, conhecer do recurso e negar-lhe provimento. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado em 30 de junho de 2015, os Exmos. Srs. Des. Pedro Manoel Abreu e Júlio César Knoll. Funcionou como Representante do Ministério Público o Exmo. Sr. Dr. Antenor Chinato Ribeiro.

Florianópolis, 2 de julho de 2015.

Vanderlei Romer
PRESIDENTE E RELATOR

RELATÓRIO

Diego Vinícius de Oliveira interpôs agravo de instrumento contra a decisão que, nos autos da ação ordinária com pedido de tutela antecipada ajuizada contra a Associação Catarinense das Fundações Educacionais – ACAFE, indeferiu o provimento de urgência, por meio do qual pretendia o ora irresignado ver assegurado o seu direito de prosseguir no concurso público instaurado para o provimento do cargo de Delegado de Polícia Substituto da Polícia Civil de Santa Catarina.

Nos termos do *decisum* a banca examinadora não cometeu ilegalidade na correção das questões discursivas, e por outro viés, não caberia ao Poder Judiciário imiscuir-se na correção das provas.

Alegou o agravante, em suma, que há "disparidade entre os critérios de correção da prova dissertativa, ocasionando confusão nos gabaritos oficiais no tocante ao critério de 'objetividade da argumentação', bem como em erro quanto a correção da prova que não conferiu a pontuação correspondente ao acerto do candidato" (fl. 3). Por fim, requereu, assim, a reforma do interlocutório atacado (fls. 2-27).

Juntou documentação (fls. 29-179).

O pedido de efeito suspensivo não foi concedido (fls. 185-187).

A agravada não apresentou contraminuta, em que pese devidamente intimada (fl. 193).

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer do Exmo. Sr. Dr. Newton Henrique Trennepohl, opinou pelo conhecimento e desprovimento do recurso (fls. 196-201).

Este é o relatório.

VOTO

A controvérsia jurídica posta nos autos gira em torno do critério de avaliação utilizado para a correção das questões de prova dissertativa aplicada no concurso público do qual o autor, ora agravante, participou.

Como exposto no relatório, o recorrente sustentou que a banca examinadora confundiu os critérios de fundamentação jurídica e de objetividade de argumentação, de modo que foram aplicados dois parâmetros diferentes de correção para as questões.

Razão não lhe assiste.

Bem se sabe que a definição dos critérios de avaliação de provas em concurso público constitui ato discricionário da Administração e, portanto, é descabida, a rigor, a insurgência do Poder Judiciário no seu mérito à luz do princípio da separação de poderes. Ficam ressalvados, contudo, casos de flagrante ilegalidade ou afronta ao princípio da razoabilidade.

Com efeito, é o que decidiu o Supremo Tribunal Federal em caso bastante semelhante ao presente. Veja-se:

> DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AGRAVOS REGIMENTAIS EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO

PÚBLICO PARA PROVIMENTO DO CARGO DE AUDITOR DO TCU (MINISTROS-SUBSTITUTOS). SEGUNDO AGRAVO REGIMENTAL. *DECISUM* MONOCRÁTICO QUE EXTINGUIU O MANDAMUS ANTE A PERDA SUPERVENIENTE DO OBJETO SEM OPORTUNIZAR PRÉVIA OITIVA AO AGRAVANTE. ULTRAJE AO POSTULADO DO CONTRADITÓRIO (CRFB/88, ART. 5º, LV). SUBSISTÊNCIA DO INTERESSE PROCESSUAL DO AGRAVANTE NO PROSSEGUIMENTO DO FEITO POR IMPORTAR ORDEM DE CLASSIFICAÇÃO NO CERTAME. ANTIGUIDADE NO CONCURSO DE AUDITOR DO TCU COMO CRITÉRIO PARA A FRUIÇÃO DE DIREITOS E PRERROGATIVAS CONSTITUCIONAIS, LEGAIS E REGULAMENTARES. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO. PRIMEIRO AGRAVO REGIMENTAL. *DECISUM* QUE NEGOU SEGUIMENTO ANTE A AUSÊNCIA DE LIQUIDEZ E CERTEZA DO DIREITO VINDICADO. FUNDAMENTAÇÃO AMPARADA NO FATO DE QUE O ATO APONTADO COMO COATOR (EDITAL Nº 11/2007), HOMOLOGANDO O REFERIDO CONCURSO, FOI PUBLICADO EM DATA ANTERIOR AO RECURSO ADMINISTRATIVO INTERPOSTO PELO AGRAVANTE QUE IMPUGNAVA OS PONTOS ATRIBUÍDOS AO LITISCONSORTE. NECESSIDADE DE PRECISAR OS CONTORNOS DA *CAUSA PETENDI*. DESCONFORMIDADE DAS CERTIDÕES APRESENTADAS PELO LITISCONSORTE, PRIMEIRO COLOCADO NO CERTAME, COM AS EXIGÊNCIAS EDITALÍCIAS. ATRIBUIÇÃO INDEVIDA DE PONTOS. **IMPOSSIBILIDADE DE REAPRECIAÇÃO PELO PODER JUDICIÁRIO DA VALORAÇÃO ENGENDRADA PELA COMISSÃO DO CERTAME. POSSIBILIDADE DE CONTROLE JURISDICIONAL, EM BASES EXCEPCIONAIS, SEMPRE QUE SE CONFIGURAR DESVIO DE FINALIDADE QUANDO DA ATRIBUIÇÃO DA PONTUAÇÃO OU EM CASOS DE MANIFESTA AUSÊNCIA DE PROPORCIONALIDADE.** TÍTULO: EFETIVO EXERCÍCIO DE MAGISTÉRIO SUPERIOR NAS ÁREAS DE DIREITO, ECONOMIA, CONTABILIDADE OU ADMINISTRAÇÃO. CERTIDÕES COMPROBATÓRIAS DO EXERCÍCIO DE MAGISTÉRIO SUPERIOR PELO LITISCONSORTE PERANTE A ACADEMIA NACIONAL DAS

AGULHAS NEGRAS (AMAN) E A ESCOLA SUPERIOR DE APERFEIÇOAMENTO DE OFICIAIS (ESAO), NA QUALIDADE DE INSTRUTOR DE ADMINISTRAÇÃO MILITAR. TÍTULO: APROVAÇÃO EM TODAS AS ETAPAS DE CONCURSO PÚBLICO PARA PROVIMENTO DE VAGA EM CARGO PRIVATIVO NAS ÁREAS DE DIREITO, ECONOMIA, CONTABILIDADE OU ADMINISTRAÇÃO. APROVAÇÃO EM CONCURSO PÚBLICO PARA O CARGO DE AUDITOR DO TCDF. CERTIDÃO EXARADA PELA DIREÇÃO DE RECURSOS HUMANOS E PELA SEÇÃO DE SELEÇÃO E TREINAMENTO DO TCDF. EDITAL QUE PREVÊ COMO REQUISITO PARA A INVESTIDURA DO CARGO O BACHARELADO EM DIREITO, ECONOMIA, CONTABILIDADE OU ADMINISTRAÇÃO. PRIMEIRO AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

[...]

8. A legalidade dos concursos públicos é plenamente cognoscível na via jurisdicional, sendo defeso, todavia, ao Poder Judiciário substituir-se à banca examinadora, outrossim imiscuir-se nos critérios de correção de provas e atribuição de notas.

9. A causa mandamental não abarca a pretensão deduzida no *writ ab origine*, concernente ao reexame da adequação das certidões acostadas pelo litisconsorte, primeiro colocado no concurso, com os critérios fixados para a comprovação dos títulos exigidos pelo Edital do concurso de Auditor do TCU, esbarrando em óbice intransponível, consubstanciado na ausência de liquidez e certeza do direito vindicado, máxime porque a mencionada pontuação decorreu de valoração engendrada pela comissão à luz de critérios estabelecidos no edital que rege o certame *in foco*, fato que, evidentemente, revela a ausência de ilegalidade e, *a fortiori*, afasta o controle judicial, interditando a apreciação do pedido de nulidade do Edital nº 11/2007 e a retirada dos pontos atribuídos aos títulos ao primeiro colocado.

10. A releitura da atávica dicotomia entre atos vinculados v. atos discricionários pela moderna dogmática do direito administrativo, autoriza o controle jurisdicional mais ou menos intenso nos atos praticados pelas comissões organizadoras de concurso público conforme

o grau de vinculação do ato administrativo (edital) à juridicidade, notadamente quando se verificar desvio da finalidade na atribuição de pontuação aos títulos dos candidatos ou quando esta for manifestamente desproporcional à luz das exigências editalícias.

11. Na espécie,

a) as certidões da Diretoria de Pessoal do Exército apresentadas pelo litisconsorte, de fls. 449/454, comprovaram o efetivo desempenho do magistério em instituição de ensino superior, especificamente na Academia Militar das Agulhas Negras (AMAN), entre 09.01.1989 a 28.12.1991, e na Escola de Aperfeiçoamento de Oficiais (ESAO), no período de 23.01.1995 a 02.12.1997, na qualidade de instrutor de administração militar, i.e., na área de Administração;

b) a certidão de fls. 467, exarada pela Direção de Recursos Humanos e pela Seção de Seleção e Treinamento do Tribunal de Contas do Distrital Federal, atesta categoricamente que o litisconsorte fora aprovado em todas as etapas do concurso público para o cargo de Auditor do Tribunal de Contas do Distrito Federal, obtendo a primeira colocação na classificação final.

c) a certidão, a despeito de não mencionar expressamente os requisitos para a investidura no cargo e a escolaridade exigida, não infirma o fato inequívoco de que o litisconsorte juntou aos autos o edital do certame de Auditor do TCDF, em que se colhe como um dos requisitos indispensáveis à investidura no indigitado cargo, especificamente no item 2.4, b, que o aprovado seja portador de diploma de curso superior ou habilitação legal equivalente, devidamente registrado, nas áreas de Contabilidade, Direito, Economia ou Administração.

d) Destarte, se o edital estabelece como um dos requisitos para a investidura do cargo a privatividade em qualquer das áreas de Direito, Contabilidade, Administração ou Economia, forçoso concluir que a atribuição da pontuação não se revela inidônea.

12. Provimento do segundo agravo regimental interposto contra decisum que extinguiu o mandamus ante a perda superveniente do objeto. Na sequência, nego provimento ao primeiro agravo interposto em face da decisão que negou seguimento ao *writ* por ausência de direito líquido e certo, nos termos da fundamentação supra e mantenho a extinção do writ

> por ausência de direito líquido e certo (MS 26849 AgR, rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, j. 10-4-2014, grifo nosso).

A jurisprudência desta Corte estadual não destoa, confira-se:

> ADMINISTRATIVO - CONCURSO PÚBLICO - CARGO DE PROFESSOR - FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE DE BLUMENAU (FURB) - CANDIDATO NÃO APROVADO QUE ALEGA DESRESPEITO A REGRAS PROCEDIMENTAIS NA CONDUÇÃO DO CERTAME, AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO NA CORREÇÃO E NA ATRIBUIÇÃO DE NOTA À PROVA ESCRITA E PLEITEIA ARREDONDAMENTO DE NOTA FINAL SOB ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DOS LIMITES MÍNIMOS PARA AS NOTAS INDIVIDUAIS - PEDIDOS IMPROCEDENTES - MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. [...]
>
> A correção das provas escritas em concurso público para ingresso no serviço público e a respectiva atribuição de notas devem obedecer aos critérios estabelecidos no edital e nos regulamentos, podendo ser analisados pelo Poder Judiciário apenas sob os aspectos legal e moral, vedada a interferência dele, porém, sobre o mérito do ato objurgado, seus fundamentos e suas justificativas, que são prerrogativas exclusivas da Administração Pública.(Ap. Cív. n. 2013.009086-5, rel. Des. Jaime Ramos, j. 5-9-2013).

Na hipótese, porém, não se vislumbra ilegalidade ou inconstitucionalidade, tampouco teratologia.

O ilustre Procurador de Justiça Dr. Newton Henrique Trennepohl realizou percuciente análise da *quaestio posta sub judice*. Assim, dada a completude e para evitar desnecessária tautologia, adota-se excerto do bem-lançado parecer como razão de decidir:

> Não há, na verdade, qualquer equívoco na decisão agravada. Com efeito, extrai-se do item 26.4 do Edital 001/SSP/DGPC/ACADEPOL/2014 (fl. 82) que a correção das questões observaria o seguinte critério:
>
> "26.4 As 03 (três) questões dissertativas, além da modalidade escrita da Língua Portuguesa, serão avaliadas sob os aspectos de fundamentação jurídica (até 03 pontos) e objetividade da argumentação (até 01 ponto)"

> Nesse sentido, relativamente a "questão 1", cuja correção foi impugnada pelo Agravante, é de se observar que o candidato em sua resposta não se referiu ao art. 126 do CPP, mas sim ao art. 125, também, do CPP (fl. 151); que no caso dos bens móveis o sequestro fundamenta-se no art. 132 do CPP, além de o fato não ter citado os motivos pelos quais não caberia busca e apreensão, mas sim o sequestro. Tais incorreções já são suficientes para afastar qualquer pretensão a nota cheia, como pretende o agravante (fl. 159).
>
> Relativamente a "questão 2", certamente, no enunciado proposto, não está tipificado crime de corrupção de menores, mas sim o de associação criminosa, com causa especial de aumento de pena. Na medida em que a resposta do agravante é equivocada, não pode pretender significativo aumento na avaliação.
>
> Relativamente a "questão 3", é de se observar (fl. 143) que o agravante deixou de citar o art. 303 do Código de Processo Penal, bem como o art. 150, § 3º, do Código Penal, o que justifica a nota atribuída.
>
> Embora não fosse necessário se referir expressamente às tais circunstâncias, as quais justificam as notas atribuídas em cada uma das questões, inferiores àquela pretendida pelo agravante, porque há solidificado entendimento jurisprudencial e doutrinário no sentido de que afora casos de erro crasso, inviável a alteração ou modificação de notas e critérios de correção utilizados pela Administração Pública em certames de admissão de servidores, pensamos que a espécie, dada a longa e por sutil argumentação do agravo, até comporta o esclarecimento (fls. 198-199).

Na linha da explanação retro, não se verifica a excepcionalidade necessária para permitir a intervenção do Poder Judiciário.

E, complementando e insistindo, o Supremo Tribunal Federal no RE n. 632.853 (j. 23-4-2015) decidiu que o Poder Judiciário não pode proceder ao controle jurisdicional do mérito das questões de concurso público, a não ser nos casos de ilegalidade ou, apenas, para verificar se o conteúdo das questões corresponde ao previsto no edital, sem entrar no mérito.

Para tanto, a Corte Suprema fixou a seguinte tese:

> Os critérios adotados por banca examinadora de concurso público não podem ser revistos pelo Poder Judiciário (STF, Informativo 782).

As bancas examinadoras detêm a chamada discricionariedade técnica, proveniente da liberdade de adotar, dentre opções razoáveis, aquela que melhor atenda ao escopo do concurso público, a partir dos critérios previstos no edital de abertura.

Nem poderia ser de outro modo, pois a liberdade outorgada à comissão é imprescindível para resguardar a sua autonomia administrativa.

Logo, fixadas as regras gerais, de caráter uniforme e imparcialmente direcionadas aos concorrentes, cumpre-se com o primado da isonomia de tratamento e da igualdade de condições, garantidas constitucionalmente, para o ingresso no serviço público.

Além disso, a intervenção do Judiciário na elaboração de critérios para a correção de provas implica na reapreciação do mérito do ato administrativo, o que viola a discricionariedade técnica da banca examinadora e o postulado primordial da separação dos poderes.

Por conseguinte, não merece reparo a decisão interlocutória vergastada.

Ante o exposto, conhece-se do recurso e nega-se-lhe provimento.

Este é o voto.

Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 2014.036961-5, da Capital

Relator: Des. Pedro Manoel Abreu

> Administrativo. Poder de Polícia. ANVISA. Importação de Melatonina. Apreensão pelo Departamento de Saúde Municipal. Legalidade. No uso do seu poder de polícia, é legítima a atuação do Departamento de Vigilância Sanitária Municipal que, no cumprimento das regulamentações normativas da ANVISA, apreende insumos que se destinavam à manipulação de medicamentos, sem que tenha sido avaliada a sua eficácia terapêutica.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 2014.036961-5, da comarca da Capital (3ª Vara da Fazenda Pública), em que é apelante Essentia Farmácia de Manipulação Ltda. EPP, e apelado Município de Florianópolis:

A Terceira Câmara de Direito Público decidiu, por votação unânime, negar provimento ao recurso. Custas legais.

O julgamento, realizado no dia 30 de junho de 2015, foi presidido pelo Desembargador Vanderlei Romer, com voto, e dele participou o Desembargador Júlio César Knoll.

Florianópolis, 7 de julho de 2015.

Pedro Manoel Abreu
RELATOR

RELATÓRIO

Essentia Farmácia de Manipulação interpôs recurso de apelação contra sentença que, nos autos do mandado de segurança por si impetrado em face de ato supostamente ilegal da lavra do Diretor da Vigilância em

Saúde de Florianópolis, denegou a segurança, por entender o julgador não demonstrado o direito líquido e certo que se pretendia obter.

Em sua insurgência, disse a apelante, que: a) não existe a proibição do insumo farmacêutico Melatonina no Brasil; b) há diferença entre os processos de manipulação e de fabricação (regulados pelas RDC 67/07 e RDC 17/10, respectivamente); c) a importação da substância é específica para farmácias registrais; d) a vedação da RDC 204/09 é exclusiva para produtos fabricados; e) é impossível registrar medicamentos manipulados, sendo inaplicável às farmácias magistrais a Lei n. 6.360/76; f) a Melatonina é sujeita apenas a cadastro na ANVISA, segundo os IN 15/09 e IN 03/13, que normatizam a RDC 57/09; g) o ativo foi importado duas vezes com o aval da ANVISA, bem como analisado e liberado pela Receita Federal; h) há possibilidade de importação do fármaco por pessoa física (RDC 81/08) e; i) o material não oferece risco à saúde e somente será comercializado mediante prescrição médica.

Ao final, pugnou pela reforma da sentença, anulando-se o Auto de Intimação n. 104953 e o Auto de Intimação/Apreensão n. 26157 D, com imediata liberação das substâncias apreendidas.

Contrarrazões à fl. 245.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Dr. o Exmo. Sr. Dr. Plínio Cesar Moreira, manifestou-se pelo desprovimento do recurso interposto.

Este é o relatório.

VOTO

Cuida-se, nestes autos, de examinar o acerto ou desacerto da decisão hostilizada que, em sede de mandado de segurança impetrado por Essentia Farmácia de Manipulação impetrado em face de ato supostamente ilegal da lavra do Diretor da Vigilância em Saúde de Florianópolis, denegou a segurança, por entender o julgador não demonstrado o direito líquido e certo que se pretendia obter.

Na essência, a Diretoria de Vigilância em saúde autuou a apelante e apreendeu o insumo Melatonina encontrado no seu estabelecimento, por estar em confronto com o previsto no art. 5.º da RDC 204/06, da ANVISA (fls. 42-44), o qual declara que:

> Fica PROIBIDA a importação e comercialização de insumos farmacêuticos destinados à fabricação de medicamentos que ainda não tiveram a sua eficácia terapêutica avaliada pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA).

Conforme Ofício n. 06-0008/2013-COISC/CGIMP/ANVISA, enviado à Diretoria de Vigilância Sanitária de Santa Catarina (VISA/SC) pela ANVISA e anexado ao Ofício n. 0441/13 encaminhado a esta Vigilância pela Diretoria de VISA/SC, não há medicamentos registrados no Brasil contendo o princípio Melatonina. Dessa forma, a importação e comercialização deste insumo para fabricação ou manipulação de medicamentos não é permitida. Entre os argumentos apresentados pela apelante, figura o de que a vedação da RDC 204/09 é exclusiva para produtos "fabricados", o que não seria o caso das farmácias de manipulação. No ponto, subsistem hígidos todos os fundamentos expostos no julgamento do agravo n. 2013.016396-2, cujo acórdão foi da lavra do eminente Des. Luiz Cézar Medeiros, à míngua de qualquer alteração circunstancial quanto aos fatos declinados na actio. Por isso, são acolhidos como razão integral de decidir:

> VOTO
>
> Colhe-se dos autos que a Diretoria de Vigilância Sanitária do Município de Florianópolis, no exercício do seu poder de polícia, apreendeu todo o estoque de melatonina encontrado no estabelecimento da agravante, sob o seguinte fundamento:
>
> Fica PROIBIDA a importação e comercialização de insumos farmacêuticos destinados à fabricação de medicamentos que ainda não tiveram a sua eficácia terapêutica avaliada pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA).
>
> Conforme o ofício nº 06-0008/2013 - COISC/GIMEP/GGIMP/

ANVISA, enviado à Diretoria de Vigilância Sanitária de Santa Catarina (VISA/SC) pela ANVISA e anexado ao Ofício nº 0441/13 encaminhado a esta Vigilância pela Diretoria de VISA/SC, não há medicamentos registrados no Brasil contendo o princípio ativo MELATONINA. Dessa forma, a importação e comercialização deste insumo para fabricação ou manipulação de medicamentos não é permitida" (fls. 72-73).

Entretanto, vê-se dos autos que os insumos apreendidos entraram regularmente no Brasil e tiveram, inclusive, a liberação da ANVISA para a importação (fls. 71).

Por isso, impetrou-se o mandado de segurança.

O auto de intimação e bem assim o de apreensão nada mais é do que um ato administrativo. Como se sabe, os atos expedidos pela Administração Pública presumem-se verdadeiros (com relação aos fatos) e legítimos (no que toca à legalidade). Porém, essa presunção é *juris tantum*, ou seja, admite prova em contrário.

É oportuno dizer, também, que os atos administrativos são imperativos e, por isso, prescindem da concordância do administrado para a sua imposição, além de possuírem o atributo da autoexecutoriedade, porque não necessitam do Poder Judiciário para a sua execução.

Deve-se advertir, porém, que a autoexecutoriedade só pode ser implementada se houver previsão legal (principalmente quando há imposição de sanção) ou quando se verifica uma situação de urgência, em que a atuação do Poder Público é imprescindível para a manutenção do interesse público, como no caso da demolição de um prédio que está prestes a ruir.

E, ao Município é conferido o poder de polícia que "*é a faculdade de que dispõe a Administração Pública para condicionar e restringir o uso e gozo de bens, atividades e direitos individuais, em benefício da coletividade ou do próprio Estado* (MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 26 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001, p. 123)

Ou, nos termos do art. 78 do Código Tributário Nacional, o poder de polícia pode ser qualificado como a *"atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente*

à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranqüilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos".

E esse poder só pode ser considerado regular "quando desempenhado pelo órgão competente nos limites da lei aplicável, com observância do processo legal e, tratando-se de atividade que a lei tenha como discricionária, sem abuso ou desvio de poder" (Código Tributário Nacional, art. 178, §1º) [grifou-se].

Assim, ao receber a informação acerca da proibição de importação de melatonina por meio do ofício da ANVISA (fls. 72), a Diretoria de Vigilância em Saúde do Município de Florianópolis, no uso do seu poder de polícia, apreendeu os insumos guardados na farmácia agravante.

Até aqui, irrepreensível a conduta do departamento municipal, visto que o risco à saúde pública legitimou a urgência para a opção executória da administração pública.

Apesar disso, a presunção de legalidade dos atos administrativos, como já foi dito, é relativa e daí advém o dever do administrado de demonstrar o contrário.

O impetrante preferiu escorar-se na autorização de importação da ANVISA, cujo conteúdo, no seu entender, desqualificava os atos da vigilância sanitária municipal.

Como se sabe, todo medicamento, droga, insumo farmacêutico e correlatos devem ser registrados na ANVISA, consoante disposição inserida nos arts. 1º e 12 da Lei n. 6.360/70:

'Art. 1º - Ficam sujeitos às normas de vigilância sanitária instituídas por esta Lei os medicamentos, as drogas, os insumos farmacêuticos e correlatos, definidos na Lei nº 5.991, de 17 de dezembro de 1973, bem como os produtos de higiene, os cosméticos, perfumes, saneantes domissanitários, produtos destinados à correção estética e outros adiante definidos.

[...]

Art. 12 - Nenhum dos produtos de que trata esta Lei, inclusive os importados, poderá ser industrializado, exposto à venda ou entregue ao

consumo antes de registrado no Ministério da Saúde'.

Entretanto, o impetrante não logrou êxito na prova do registro da melatonina perante o órgão competente.

A melatonina, segundo o Dicionário Aurélio, é um *"hormônio produzido pela glândula pineal, e cuja secreção aumenta por exposição a luz"*.

Por outro lado, houve celeuma a respeito da proibição contida no art. 5º da RDC 204/2006 que assim dispõe:

"Art. 5º Ficam proibidas a importação e comercialização de insumos farmacêuticos destinados à **fabricação** de medicamentos que ainda não tiverem a sua eficácia terapêutica avaliada pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária" [grifou-se].

Para a agravante, isso só seria exigível daquele que objetiva fabricar um medicamento e não para quem, como ela, deseja apenas a manipulação.

Pouco importa trazer aqui a diferença entre um proceder e outro.

Preferível, neste caso, privilegiar a interpretação que mais se aproxime dos fins da norma, em detrimento de uma que se limite apenas ao conteúdo semântico.

A ANVISA, quando proíbe a fabricação de medicamentos, cujos insumos ainda prescindem da indispensável avaliação de eficácia terapêutica, visa impedir que o produto seja colocado no mercado de consumo exatamente pela falta de certeza acerca dos **riscos e benefícios** decorrentes de sua utilização.

Vê-se, portanto, que o órgão regulador não se preocupa apenas com os prejuízos advindos da medicação, mas de sua real eficácia terapêutica. O medicamento, além da proibição de nocividade, não pode iludir o consumidor com um falso benefício.

Logo, medicamentos cujos insumos sejam carentes de avaliação acerca da sua eficácia terapêutica, pelo dispositivo em comento, estão impedidos de circular no mercado de consumo - independente de a "fabricação" ter ocorrido no ambiente de uma grande indústria ou mediante o processo de "manipulação" de uma farmácia magistral.

De todo modo, a diferenciação entre fabricação e manipulação perde

até um pouco de sentido diante do julgamento da apelação cível n. 2005.71.00.032614-0, pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, em que se reconheceu a legalidade da Resolução n. 47/200 da ANVISA que proíbe a "manipulação" de melatonina. O julgado, a propósito, tem a seguinte ementa:

"PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. ANVISA. VEDAÇÕES À MANIPULAÇÃO DE PRODUTOS. FARMÁCIA DE MANIPULAÇÃO.

1. A ANVISA tem por finalidade institucional justamente promover a proteção à saúde da população, por intermédio do controle sanitário da produção e comercialização de produtos e serviços, de modo a salvaguardar um bem maior - a saúde pública - e diminuir os riscos decorrentes de produtos submetidos ao regime da vigilância sanitária.

2. A vedação imposta à manipulação das substâncias Melatonina, DHEA, Orotato de Lítio, pela Vigilância Sanitária não ofende o Texto Constitucional, pois o objetivo é salvaguardar e proteger a saúde da população - bem maior da coletividade, e diminuir os riscos decorrentes de produtos submetidos ao regime da vigilância sanitária.

No corpo do acórdão consignou-se o seguinte:

"O mérito da presente ação está centrado na constitucionalidade/legalidade da Resolução nº 47 da ANVISA, publicada em 05.06.2000.

A vedação imposta à manipulação das substâncias Melatonina, DHEA, Orotato de Lítio, tem por escopo a proteção à saúde da população, direito constitucional este que, no meu entendimento, se sobrepõe às alegações trazidas pela autora (principio da legalidade e separação dos poderes).

[...]

A CF/88, nos termos do art. 197, assevera ser função do Poder Público dispor sobre a regulamentação, a fiscalização e o controle das ações e serviços de saúde, atribuindo ao sistema único de saúde - SUS, nos termos em que postos no art. 200, a competência para controlar e fiscalizar procedimentos, bem ainda para executar ações de vigilância sanitária e para participar do controle e fiscalização da produção de produtos psicoativos, tóxicos e radioativos.

A ANVISA, criada pela lei 9.782/99, vinculada ao Ministério da Saúde,

tem por finalidade institucional justamente promover a proteção à saúde da população, por intermédio do controle sanitário da produção e comercialização de produtos e serviços, de modo a salvaguardar um bem maior - a saúde pública - e diminuir os riscos decorrentes de produtos submetidos ao regime da vigilância sanitária.

A Agência Reguladora, ora ré, com base na lei 9.782/99, exercendo seu poder de polícia, ***normatizou através da Resolução nº 47/00, as limitações à manipulação das substâncias Melatonina, DHEA e Orotato de Lítio.***

Saliento que, em relação às substâncias denominadas "DHEA" e ao "Oroato de lítio", restou esclarecido que a restrição à sua manipulação se deve ao fato de não haver uma avaliação definitiva da ANVISA sobre sua eficácia terapêutica, e enquanto órgão competente para certificação e exercício do poder de polícia administrativa, a autarquia ré tem o poder-dever de restringir sua manipulação e comercialização até que esteja aferida a segurança de sua utilização.

[...]

No que tange a legalidade da Resolução nº 47/00, ato administrativo normativo do poder executivo, não verifico nada que desabone a sua finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade e interesse público.

Os Atos administrativos presumem-se legítimos e o autor nada provou acerca de eventual ofensa da Resolução, notadamente no que tange aos princípios acima expostos. A Administração Pública, no seu poder discricionário, proibiu a manipulação das substâncias Melatonina, DHEA e Orotato de Lítio. Não havendo ilegalidade em seu ato (nada foi provado pelo autor neste sentido), o Judiciário não pode invadir os aspectos reservados à apreciação subjetiva da Administração, ou seja, o mérito de sua decisão acerca de proibir as referidas substâncias.

Logo o pedido da autora não deve prosperar" [grifou-se].

Vê-se, portanto, que há impedimento para a manipulação da melatonina, diversamente do que entendeu a agravante.

Cumpre consignar, por fim, como bem mencionado pela Procuradora de Justiça, que o comportamento contraditório da ANVISA poderá eventualmente ensejar a responsabilidade dela em razão da liberação de

> importação e consequente apreensão pelo órgão municipal de substância não autorizada à fabricação e manipulação de medicamento.
>
> Essa circunstância, contudo, por si só, não autoriza a liberação dos insumos para a manipulação, como quer a agravante, pois, como se viu, exige-se que eles sejam previamente avaliados quanto a sua eficácia terapêutica, algo que, no caso do mandado de segurança, revela-se limitada pela natureza da ação.

Assim, inexistentes no ato que se pretende quaisquer ilegalidades ou arbitrariedades a elas assemelhadas, é de se manter a sentença de primeiro grau.

Em face do exposto, nega-se provimento ao recurso interposto.

Este é o voto.

QUARTA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

Agravo de Instrumento n. 2013.084649-9, de Imaruí

Relator: Des. Ricardo Roesler

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO "DECLARATÓRIA E CONSTITUTIVA". CONSTRUÇÃO DO COMPLEXO PENITENCIÁRIO DE IMARUÍ. ANULAÇÃO ADMINISTRATIVA DE AUTORIZAÇÃO PARA CONSTRUÇÃO. PEDIDO LIMINAR PARA MANUTENÇÃO DAS OBRAS INDEFERIDO. ALEGAÇÃO DE REGULARIDADE NA EXPEDIÇÃO DA LICENÇA. DECISÃO FUNDADA, ENTRE OUTROS, NA NECESSIDADE DE PRÉVIO ESTUDO DE INTERESSE ARQUEOLÓGICO. DEDUÇÃO DE AUSÊNCIA DE COMPETÊNCIA DO MUNICÍPIO PARA DISCUTIR QUESTÕES AMBIENTAIS, ARQUEOLÓGICAS E INDÍGENAS. IMPROPRIEDADE E IRRELEVÂNCIA NO CASO. DETERMINAÇÃO IMPOSTA PELO INSTITUTO DO PATRIMÔNIO HISTÓRICO E ARTÍSTICO NACIONAL (IPHAN), COMO CONDICIONANTE, INCLUSIVE, À CONCESSÃO DA LICENÇA AMBIENTAL. SOLUÇÃO DO PEDIDO DE LIMINAR FORMULADO PELO ESTADO (**SL 2013.005453-9**, REL. DES. SÉRGIO ROBERTO BAASCH LUZ) QUE, A DESPEITO DE DETERMINAR, POR ORA, A SORTE DA LICENÇA AMBIENTAL – AO MENOS ATÉ O TRÂNSITO EM JULGADO DA DECISÃO DE PRIMEIRO GRAU – NÃO SUJEITA A AUTORIZAÇÃO PARA CONSTRUÇÃO, TAMBÉM SUJEITA ÀS DETERMINAÇÕES DO ÓRGÃO RESPONSÁVEL PELO PATRIMÔNIO ARQUEOLÓGICO, SOB PENA DE RESPONSABILIDADE (INDEPENDENTEMENTE DA COMPETÊNCIA MUNICIPAL PARA DISPOR SOBRE A MATÉRIA). PLAUSIBILIDADE DO DIREITO NÃO EVIDENCIADA.

PERIGO DA DEMORA. DEDUÇÃO DE EVENTUAL PERDA DO REPASSE FINANCEIRO FEITO PELO GOVERNO FEDERAL, POR INTERMÉDIO DO BNDES, EM TESE DESTINADO À CONSTRUÇÃO DO ESTABELECIMENTO PENITENCIÁRIO. CONTRATO QUE NÃO ESTIPULA DESTINAÇÃO ESPECÍFICA.

AUSÊNCIA, NO MAIS, DE PROVA DA VINCULAÇÃO DA VERBA, SOBRETUDO PORQUE DECORRENTE DE AMPLO APORTE FINANCEIRO, AOS MAIS VARIADOS SETORES DE INVESTIMENTO.

ALEGAÇÃO DA NECESSIDADE EMERGENCIAL DE IMPLEMENTAÇÃO DE NOVAS VAGAS. AFIRMAÇÃO DO INCREMENTO, COM A FUTURA UNIDADE, DE 1.300 NOVAS VAGAS. DECLARAÇÃO PÚBLICA, ANTES E APÓS ESTABELECIDA A DIVERGÊNCIA NO ÂMBITO DO MUNICÍPIO, EM FACE DA INSTALAÇÃO DO COMPLEXO PENITENCIÁRIO, DE QUE A UNIDADE SERVIRIA UNICAMENTE AO REMANEJAMENTO DE RECLUSOS, PARA CONSEQUENTE DESATIVAÇÃO DA UNIDADE PRISIONAL DA AGRONÔMICA, NESTA CAPITAL. ARGUMENTAÇÃO INIDÔNEA. RECURSO DESPROVIDO.

A estreita via do agravo do instrumento não serve à discussão aprofundada das razões de mérito, mas tão somente dos motivos que ensejam a eventual providência emergencial. Não é viável, por isso, discutir-se em tão parca sede a competência eventual do Município de Imaruí para disciplinar providências que visem à garantia da proteção de interesses ambientais, arqueológicos e indígenas. No caso concreto, ademais, o indeferimento da liminar não está pautado na eventual competência do Município para regular aqueles valores, mas apenas nas limitações impostas pelo órgão federal, responsável pela preservação do patrimônio arqueológico (Iphan), condicionando a concessão de licença ambiental a estudo prévio de interesse arqueológico. Embora o julgamento do pedido de suspensão de liminar n. 2013.005453-9 tenha sustado os efeitos das decisões que questionavam a autoridade da licença concedida pelo órgão ambiental estadual (Fatma), sua autoridade não ultrapassa as ações a que se vinculam (ACPs n. 029.13.000003-3 e 029.13.000102-1). Ademais, o condicionamento imposto pelo Iphan, do qual se deu ciência em tempo e modo tanto ao Município quanto à Fatma condiciona, evidentemente, a atividade administrativa daquele. No mais, não sendo objeto de contestação o condicionamento imposto pelo órgão de proteção do patrimônio arqueológico – restrição a qual se sujeita o Município – não se pode deliberadamente afastá-la, sob pena de responsabilização pessoal dos agentes políticos.

> Não havendo prova de urgência na aplicação dos investimentos, sob pena de perda (tal como declarado, mas sem demonstração), é injustificável que se afaste a glosa municipal para simplesmente autorizar a empresa, sem observação dos requisitos próprios da autorização de construção.
>
> Também não legitima o deferimento de liminar a informação inidônea, desmentida publicamente pela própria Administração Pública por meio da imprensa escrita, de que a implementação incontinenti do presídio vocacionava-se à redução do déficit carcerário, quando divulgado pelas autoridades que se pretende unicamente o remanejamento de reclusos com o fim único de desativar-se outra unidade prisional. A urgência proclamada traduz, na verdade, o adiamento de problema que há décadas se põe à Administração, sem notícia de qualquer planejamento ou esforço coordenado em busca de uma solução. Não cabe ao judiciário, por isso, autorizar nessa fase de cognição sumária a construção de tamanho empreendimento, cuja legalidade e seus reflexos é posta à prova em diversas demandas e sem que se note quer a plausibilidade do direito, quer a alardeada urgência.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 2013.084649-9, da comarca de Imaruí (Vara Única), em que é agravante Estado de Santa Catarina, e agravado Município de Imaruí:

A Quarta Câmara de Direito Público decidiu, por votação unânime, negar provimento ao recurso. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Exmos. Srs. Desembargadores Jaime Ramos (Presidente com voto) e Júlio César Knoll.

Florianópolis, 30 de abril de 2015.

Ricardo Roesler
RELATOR

RELATÓRIO

O Estado de Santa Catarina manejou agravo instrumental contra decisão indeferiu o pedido de liminar postulado nos autos n. 0013660-77.2013.24.0029.

Em síntese, o Estado manejou ação em face do Município de Imaruí, em razão da anulação da licença emitida autorizando a construção de complexo penitenciário naquela cidade. Tanto quanto deduziu, a anulação foi animada tendo em vista a insatisfação da população local, assim como por força de supostas irregularidades no processo administrativo que deferiu a autorização. No entanto, aduziu que nada foi efetivamente demonstrado comprovando algum vício no processo.

De outro vértice, asseverou que a decisão que indeferiu o pedido liminar pautou-se no deferimento de outra liminar, em ação civil pública que disputa igualmente a eventual inviabilidade do empreendimento, embora por razões mais amplas e independentes (autos n. 029.13.000102-1); e, ainda que houvesse posterior suspensão da interlocutória prolatada naqueles autos, por força de pedido de suspensão de liminar, pareceu ao juízo que aquela decisão não alcançava, também, esta demanda. No mais, teria assentado que *"a questão ambiental foi preponderante para a revogação do alvará de construção"*, priorizando, assim, o primado da precaução (fl. 4).

No mais, ter-se-ia desconsiderado a dedução de prioridade na aplicação de recursos repassados pelo Governo Federal (com prazo certo de investimento), e afirmado a competência Municipal para dispor sobre *"questões ambientais, arqueológicas e indígenas"*; e, por fim, que a anulação da licença em discussão compunha objeto ação civil pública apontada.

Em seu recurso, o Estado deduziu, após historiar os fatos que levaram à eleição do local e o início das obras, que houve pretensão cautelar (preparatória) pelo Ministério Público, quando então autorizada a adjudicação do imóvel, e também a necessidade de manejar pedido

de suspensão de liminar, em face do acolhimento da pretensão cautelar deferida nos autos de ações civis públicas n. 029.13.000003-3 e 029.13.000102-1, com o que se manteve a validade da licença expedida pela Fatma.

Asseverou, adiante, que os fundamentos de indeferimento da decisão não são válidos, em face da suspensão dos efeitos da decisão liminar lançada nos autos n. 029.13.000102-1, confirmada, inclusive, no julgamento colegiado.

Com relação à decisão administrativa que anulou a licença de construção inicialmente deferida, traduzida no Dec. Municipal n. 123/03 não seria válida porque *"não externou qualquer motivo relativo a questões ambientais"* (fl. 7), mas antes se apoiaria na insatisfação da comunidade – fato também não demonstrado – ressentindo-se, assim, de motivo e finalidade.

Além disso, nada obstante a competência municipal para cuidar de matéria ambiental, olvidou-se o fato de que o empreendimento tem utilidade pública, e processo de licença *"se limita a avaliar os aspectos constritivos do empreendimento e os demais requisitos exigidos em lei municipal, a fim de regular o direito de construir do proprietário"* (fl. 8). Aliado a esse fato, segundo aduziu, deveria ser observado que o Município não dispunha de "código de obras" ou outra norma que impusesse limitações ambientais ou de natureza arqueológica, contexto em que a análise municipal estaria restrita a aspectos técnicos gerais da construção.

Por outro lado, seria a Fatma o órgão responsável pelo licenciamento com foco ambiental, e a suspensão de liminar deferida nesta Corte afastaria eventual óbice de natureza ambiental.

A despeito da limitação imposta pelo acolhimento do pedido de suspensão de liminar, alegou que a anulação tem unicamente conotação política, porque foi patrocinada pelo sucessor daquele gestor que então autorizara a construção. Daí, assevera, pautar-se unicamente na suposta opinião popular, que não permitiria qualquer exercício de defesa.

Deduziu, ainda, que a licença inicialmente deferida cumpria as exigências ordinárias, pois o requerimento foi então analisado por profissional habilitado sem que houvesse oposição aos documentos apresentados, atendendo o que dispõe a lei orgânica local (art. 61, XXI), e não há disciplina municipal impondo limitações objetivas.

Destacou, também, que a eventual necessidade de realização de "Estudo Arqueológico Prospectivo" não tem relação com o alvará expedido, sobretudo porque dispõe de competência conferida à entidade federal (Iphan), e que houve manifestação de membro do Ministério Público Federal aduzindo a ausência de danos ao patrimônio histórico. Ademais, o Estado realizaria algum estudo caso assim fosse exigido, não sendo válido que o Município se antecipasse e, exorbitando de sua competência, determinasse tal exigência.

Ressaltou a situação de emergência do sistema prisional estadual, supondo um déficit de 4.598 vagas à época, cujo empreendimento viria a dispor de 1.304 novas vagas; refletiria, ademais, certo incremento da economia local. Por fim, ressaltou que a manutenção da liminar poderia representar a salvaguarda de tantos outros municípios, a fim impedir a construção de empreendimentos dessa natureza.

Ressaltou, ao final, o risco da demora de algum provimento, considerando o aporte a ser feito pelo Governo Federal, cujo contrato previa prazo certo para investimento. Postulou, nesse passo, o deferimento do efeito suspensivo da decisão, garantindo o direito de construção do complexo penitenciário, e a manutenção da medida quando do julgamento final do recurso.

Indeferiu-se a antecipação da tutela recursal (fls. 28-69).

O Município ofertou contraminuta em fls. 75-83, asseverando a autoridade da decisão atacada, sobretudo porque pautada nas irregularidades apontadas no procedimento administrativo instaurado para revisar a licença concedida. Teria sido observado, ademais, o

contraditório, e se impunha à Administração a anulação dos atos quando observada a irregularidade.

Quanto à motivação do ato, alegou que, efetuado o levantamento da área constatou-se a existência de um sítio arqueológico (um sambaqui), *"considerado como Área de Impacto Indireto do empreendido"*, recomendando-se a partir daí que fosse realizado o *"Levantamento Arqueológico Prospectivo e o Monitoramento das obras iniciais de instalação do empreendimento"* (fl. 77). Ressalvou, ainda, que solicitadas informações ao Iphan, a entidade aduziu não lhe ter sido reclamada qualquer providência pelo Estado, e que a eventual liberação de licença estaria condicionada *"à apresentação, e posterior execução, de um projeto de pesquisa prevendo diagnóstico arqueológico interventivo, que deverá ser submetido a este Iphan para análise"* (fl. 78), providência da qual não se tinha notícias até então. Além disso, arremata, a responsável pelo diagnóstico arqueológico pelo Estado de Santa Catarina reafirmou na necessidade daquela providência para a concessão da licença ambiental e, por conseguinte, da autorização para construção.

Propriamente em relação à licença de construção, enfatizou que a aprovação do do pedido se deu por pessoa sem qualificação, e em tese sem vínculo com o Município no período de aprovação. Da aprovação do projeto arquitetônico, ademais, não constaria nem mesmo a data de edição.

Destacou, adiante, que o eventual problema do sistema carcerário não seria, por si, justificativa à açodada medida de construção, quando na prática o que se almeja, efetivamente, é a desmobilização (desativação) do presídio de Florianópolis, com o remanejamento do seu contingente carcerário ao futuro estabelecimento, conforme divulgado na imprensa – o que afastaria a alegação de incremento de vagas.

No mais, e enfim, a instalação de tamanho empreendimento, segundo afirma, traria risco à população em face da ausência de infraestrutura para abastecimento de água.

Nesta instância, o Ministério Público manifestou-se em fls. 147-157, e opinou pelo conhecimento e desprovimento do recurso. Lavrou parecer pela douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Sandro José Neis.

É o relatório.

VOTO

Este agravo compõe o diversificado rol de demandas em que se discute a pretensão do Estado de instalar complexo penitenciário no Município de Imaruí. Essa amálgama, em que se amplificam questões jurídicas e soluções apriorísticas e pontuais, e a sucessão de medidas administrativas e decisões judiciais, disfarça o cariz político da discussão, ingrediente que transita quase clandestinamente, mas que confere, efetivamente, tom ao discurso.

Embora a discussão nos recursos esteja bem depurada, o tempero político se faz notar em todos os quadrantes: desde a decisão anunciada pelo Governo do Estado de fincar o novo complexo penitenciário no Município de Imaruí – decisão esta tomada de comum acordo com o Executivo Municipal à época – iniciou-se a larga disputa que ainda hoje rende subsídios sobretudo a pautas jornalísticas. Há denúncia em todas as frentes: questiona-se, no primeiro plano, não apenas a viabilidade do empreendimento, dada a particular condição do imóvel em que se pretende encravá-la, mas o eventual arranjo administrativo autorizando o deferimento da licença ambiental, então editada pela Fatma, e mesmo a falta de estrutura do Município, que nem mesmo dispõe de estrutura de tratamento de esgoto ou de abastecimento de água para suportar tamanha empresa.

Essas variáveis, eventualmente mais sensíveis, suponho se vejam resolvidas, ao menos até o trânsito em julgado da decisão nas demandas que as invocam em primeiro grau, por força da decisão colegiada no pedido de suspensão de liminar n. 2013.005453-9.

Aquela decisão suspendeu, a um só tempo, a liminar então deferida em primeiro grau em duas ações civis públicas distintas (autos n. 029.13.000003-3 e 029.13.000102-1), onde o Ministério Público e o Instituto de Políticas Públicas e Sociais de Imaruí, cada qual titularizando uma demanda, questionam, a seu modo, desde o procedimento de desapropriação até o deferimento da licença ambiental, além da ausência de estrutura local para atender o futuro complexo penitenciário. Da ementa do julgamento do pedido de suspensão, a propósito, extrai-se bem sua projeção:

> AGRAVO REGIMENTAL EM PEDIDO DE SUSPENSÃO DE LIMINAR. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DECISÃO QUE IMPEDE A CONSTRUÇÃO DE PRESÍDIO NO MUNICÍPIO DE IMARUÍ. EFEITO SUSPENSIVO DEFERIDO EM PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO. REQUISITOS DO ART. 4º DA LEI N. 8.437/92 PREENCHIDOS. GRAVE LESÃO À ORDEM E À SEGURANÇA PÚBLICAS DEMONSTRADA. RECURSO DESPROVIDO.
>
> Importante sublinhar, que aqui não se discute as questões jurídicas da decisão atacada e tampouco se permite adentrar no mérito da controvérsia, isso porque, segundo o entendimento predominante do STJ, o pedido de suspensão de liminar ostenta feição política, no qual se atribui ao julgador a aferição da conveniência e oportunidade da suspensão, quando constatada a existência de lesão grave à ordem, à saúde, à segurança ou à economia públicas. Digo mais, agasalhado o pedido, não se está afastando com isso os argumentos jurídicos do aresto profligado, mas traçando um juízo de valoração destes bens tutelados – na hipótese vertente, ordem e segurança públicas – que, ao que se denota sofrem prejuízo em virtude da concessão da liminar.
>
> AGRAVO REGIMENTAL DO ESTADO DE SANTA CATARINA. PLEITO QUE PRETENDE A EXTENSÃO DOS EFEITOS DA DECISÃO SUSPENSIVA AOS AUTOS DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA QUE TEM O MESMO OBJETO. RECURSO PROVIDO.
>
> Havendo identidade entre as ações em epígrafe, e tendo em vista que os bens ordem e segurança públicas podem sofrer grave lesão na hipótese

> vertente, nos termos do art. 4º, § 8º, da Lei n. 8.437/92, está autorizada a extensão dos efeitos da decisão suspensiva. (**AgRg na SL n. 2013.005453-9/0001.00**, de Imaruí. Órgão Especial. Rel. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz. Decisão de 17 de julho de 2013)

O que se discute nestes autos, portanto, está para bem além daquela decisão, e por isso infensa ao seu comando. E é o próprio Estado quem dimensiona esta demanda.

Não se discute objetivamente o relevo ambiental (a proteção de área protegida em face da biota local) e a propriedade daquela licença, ou mesmo a parca infraestrutura da cidade para recepcionar a unidade prisional; em pauta se põe unicamente a legalidade da licença inicialmente concedida pelo Município, autorizando a construção.

São, portanto, os aspectos técnicos que concernem unicamente àquela autorização que se disputa, vale dizer, o rigor de eventuais normas de postura e mesmo da avaliação técnica do projeto de edificação. Eis a pedra de toque.

Por certo não é viável, na estreita via do agravo de instrumento, que se discuta detalhadamente a observação de critérios técnicos e legais da autorização. Toda essa gama de disciplinas que em boa medida empolga tanto a interposição do recurso quanto a defesa do Município deverá ser mensurada com pontualidade e oportunamente no juízo da origem. Aqui, não mais do que necessidade precária, porém emergencial de autorizar-se eventualmente o andamento às obras – na prática, de efetivamente iniciar-se a implementação do empreendimento – está sujeita à apreciação.

Faço essa observação porque, nada obstante essa percepção se extraia da leitura fácil e da literalidade do Código de Processo Civil, investiu-se considerável fôlego nas questões mais miúdas, como se a solução do impasse pudesse ser dada de assalto, no julgamento dos recursos que disputam as decisões intermediárias nas diversas demandas

em curso. Essa perspectiva, tanto fantástica e surreal, a mim me parece a tradução de conduta bastante recorrente, mas pouco visível porque transita paralela e opaca: a tributação, ao Poder Judiciário, dos desconcertos da gestão administrativa.

Ao longo dos anos, e de tempos em tempos com maior intensidade, é fácil notar que muitas medidas administrativas, animadas num discurso de providencial urgência, antecipam-se a quaisquer cautelas maiores dos agentes políticos.

Sem muita atenção à disciplina normativa e a tantos outros valores que são caros à Administração Pública, aposta-se num discurso de genérica necessidade para justificar este ou aquele ato de gestão, discurso esse traduzido em alguma filosofia naturalista, recorrentemente genérica e moralista – e no mais das vezes amparado na subjetividade do *bem comum* – tudo para compor certo estado de indulgência em relação ao Estado e seus representantes, como se impor a ele qualquer ônus representasse unicamente o encargo reflexo a toda sociedade (Maurice Merleau-Ponty, *As aventuras da dialética*, Martins Fontes, 2006, p. 91 e segs.).

A partir daí, e quando concorrem toda sorte de questionamentos à ação dos agentes políticos, retoma-se como defesa esse discurso subjetivo e conveniente, como se fosse possível, em nome de algum bem tanto abstrato como genérico, porém comum e superior, relegar-se toda providência de correção; procura-se então sujeitar o ato não aos limites do ordenamento, mas a esse estado de imaginária benevolência que, enfim, parece determinar a impossibilidade de que venham a ser quebradas as iniciativas dos administradores.

Afora o descaso com a coisa pública que isso representa naturalmente, talvez mais lamentável seja o giro que essa dinâmica propõe, afastando o foco da solução dos responsáveis por tamanho desarranjo: a solução, que afinal sempre se submeterá ao Judiciário (quando então os

protagonistas assumem o aconchego da coadjuvação) será, quando mais, apenas *corretiva*. O desdobro, notadamente o prejuízo, será esquecido no mais das vezes, quando não passará legitimado pelas circunstâncias. É onde se põe em evidência a *metáfora do rebanho*, a concepção de que o governante é antes um *condutor*, apenas sujeito a relativo questionamento de seus atos, desmistificando a associação que se faz de sua figura em nossa cultura aos gregos (Michel Foucault, *Segurança, território e população*, Martins Fontes, 2008, p. 167 e segs.).

Na prática, portanto, institucionaliza-se a inversão dos valores: é o Poder Judiciário quem passa a tutelar a atividade pública, indiretamente. Não se trata de simples exercício de correção, mas da necessidade de que a intervenção tribute à Administração Pública responsabilidade da qual convenientemente furta-se, sujeitando aos julgadores o eventual insucesso de determinados atos de gestão. E isso tudo vem à discussão, no mais das vezes, sem que se ponha à mesa, de modo franco, os vetores de cada ação.

Eis o caso, bem explorado, inclusive, pelos meios de comunicação. A notícia de implementação do complexo penitenciário, segundo se destaca, não foi bem recepcionada pela comunidade local. É presumível; afinal, o estabelecimento de um complexo prisional é por si estigmatizante; do ponto de vista político a medida é, quando menos, desconfortável. Por algum tempo o suplício público traduziu o anseio popular, mas há muito a punição alheia causa mal-estar – dinâmica tal que justificou, com o passar do tempo, que a sanção transitasse do espetáculo público para o recolhimento inaudito do sistema prisional (Michel Foucault, *Vigiar e punir*, ed. Vozes, 1997).

Do ensaio de contradição que se estabelece a partir, de um lado, de algum clamor popular por medidas mais austeras no âmbito da segurança pública – e que o senso comum, de modo voluntário e desavisadamente, normalmente associa ao incremento da política de encarceramento – e de outro, de indisfarçado repúdio à visibilidade da exposição da custódia penal resulta a ingrata tarefa da Administração Pública de atender o

interesse comum. E, sinteticamente, a partir dessas bases que se estabelece o jogo político.

A resistência do Município à implementação da obra é, nesse ponto, indisfarçável. Mas não será ela, sobretudo animada pelo desconforto político, o bastante para fazer frente ao eventual interesse público. Creio, porém, que razões muito mais claras e objetivas – e, principalmente, jurídicas – justificam a manutenção da cautela conferida em primeiro grau.

Bem se sabe – não creio que se estabeleça divergência no ponto – que a Administração pode revisar seus atos, sobretudo quando questionada a legalidade. Tratando-se de autorização para construção, cujo ato é vinculado, a mensuração da validade é algo mais objetivo, pois tanto quanto advoga o Estado a aferição obedece regras técnicas de segurança e posturas. Dito de outro modo, a adequação do empreendimento ditará a edição da licença, de sorte que não poderá *"ser negada mediante a invocação de inconveniência ou inoportunidade, uma vez que sua outorga é condicionada objetivamente ao preenchimento de certos requisitos"* (Marçal Justen Filho, *Curso de direito administrativo*, Saraiva, 2009, p. 315). Daí a impossibilidade, também, de simples revogação ou cassação animada unicamente em decorrência de alteração legislativa ou sob a alegação de que houve mudança da compreensão em face do interesse público que lhe cometia (Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de direito administrativo*, Malheiros, 2008, p. 449).

As circunstâncias, evidentemente, são algo mais complexas; tal como se cogita na contraminuta, a autorização é questionada desde seu nascedouro, pois se cogita que nem mesmo houve a avaliação por profissional competente (fala-se que o engenheiro não compunha os quadros da Administração Municipal, pois outro seria o responsável na ocasião). Nesse cenário, a sucessão de atos administrativos estaria sob o mais amplo jugo da Administração.

Considerando, no entanto, a dimensão do que se propõe e a urgência, a propriedade do pedido liminar, ao menos do ponto de vista formal, aí se evidencia; aguardar a solução judicial poderia, por outro lado, ofender tanto mais outros valores e bens públicos. O fato, todavia, é que não vislumbro nem bem o direito reclamado, nem bem esse alardeado perigo.

No que se refere à perspectiva de algum direito imediato, lembro que a decisão hostilizada se apoia em premissas distintas – nem todas, suponho, sustentáveis: a primeira, de que esta decisão deveria caminhar no mesmo passo das anteriores, que glosaram a construção do empreendimento, por razões distintas (considerava-se então a condição do imóvel, teoricamente não edificável por compor área de preservação); a segunda, de que o Município teria competência para apreciar não só a matéria ambiental, mas também a arqueológica e indígena.

Revisitando o que já expus nos votos dos recursos que concorrem nesta ocasião, e bem porque não há vinculação temática entre a decisão da suspensão de liminar e o tema de julgamento desta ação, não vejo como condicionar a liminar postulada nestes autos àquelas deferidas nas outras demandas. Parte-se de premissas distintas – lá e cá distinguem-se bem os objetos – o que permite a conclusão sumária de que as pretensões não se anulam (antes complementam-se). Em outras palavras, se não há margem de manobra para reavivar aspectos de matéria ambiental nestes autos porque vencidos, por ora, no pedido de suspensão de liminar, nada impede que se faça, com autonomia, a avaliação da autorização para construir – e a partir daí se estabeleça, no estreito limite do agravo, a conveniência do deferimento da liminar.

Por outro lado, a discussão em face da competência do Município, ainda que pareça concorrente no ponto – veja-se que não tratamos de matéria *disciplinar*, mas antes fiscalizatória (comum aos entes de todas as esferas) – deve ser considerada. O que está em jogo neste recurso,

efetivamente, não é a competência para editar normas, mas o poder-dever de cumpri-las. E, quando isso, não creio que se possa estabelecer alguma reserva de isenção em benefício do Município.

Dito de outro modo, se para a edição de normas de uma ou outra temática – ambiental, arqueológica ou indígena – também concorre o Município, pouco importa agora. No entanto, observar fielmente a determinação de outros órgãos fiscalizadores, fora do eventual âmbito de sua competência legiferante, não decorre da simples liberalidade ou da conveniência da Administração.

Daí observo que aos autos foi juntada correspondência encaminhada ao Município pelo Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (Iphan), após consulta efetuada à entidade em face das condições peculiares do imóvel (ao que tudo indica, há teoricamente algum interesse de natureza arqueológica). Assim consta do ofício:

> Em atendimento ao pleito dessa comissão presente no **Ofício n. 015/2013**, encaminhamos o **Parecer Técnico n. 11/2013/IPHAN/SC e Memorando Circ. n. 14/2012/CNA/DEPAM/DF** – que dão conta dos procedimentos a serem observados para proteção do patrimônio arqueológico local no âmbito da Portaria IPHAN n. 230/2002. Esclarecemos, ainda, e conforme o solicitado, que a atual situação do projeto encontra-se definida no **quarto parágrafo** do referido parecer:
>
> "Tendo em visa o elevado potencial arqueológico da área em questão e em atenção ao Memorando Circular n. 14/2002 CNA DEPAM/IPHAN (cópia anexa) e a Portaria IPHAN n. 230, de 7 de Dezembro de 2002, a qual regulamenta as pesquisas arqueológicas reavaliadas no âmbito do licenciamento ambiental, **a obtenção da Licença Ambiental Prévia – LAP, junto ao órgão licenciador, fica condicionada à apresentação, e posterior execução, de um projeto de pesquisa prevendo diagnóstico arqueológico interventivo, que deverá ser submetido a este IPHAN para análise e manifestação**".
>
> Neste sentido, informamos que até a presente data não foi apresentado a este IPHAN/SC – projeto de pesquisa que contemple as medidas solicitadas para nossa manifestação em relação à viabilidade (Licença

> Ambiental Prévia – LAP) do empreendimento projetado. De modo que não existe qualquer autorização de parte deste IPHAN/SC relacionada à sua implantação. **O posicionamento deste IPHAN/SC sobre o processo de licenciamento ambiental do empreendimento fica condicionado à análise dos resultados do projeto supracitado.** (fl. 100, como no original).

É fácil notar que o estudo em questão condiciona, em primeiro plano, a expedição da licença ambiental. Mas é da mesma evidência o fato de que a limitação deve ser observada a rigor pelo Município, pois não se trata de simples requisito para concessão de uma ou outra licença, mas de providência necessária ao resguardo de interesse que antecede qualquer alteração daquele ambiente. E sobre esse particular aspecto não há discussão nem nos recursos que antecedem este, nem, sobretudo, na suspensão de liminar.

Ainda que a decisão de suspensão de liminar tenha, teoricamente, coordenado os interesses comuns – entre eles, o ambiental – a discussão não alcançou essa amplitude. Em momento algum foi discutido o eventual interesse arqueológico – que o Iphan, aparentemente, já denuncia antecipadamente. E destaco mais: a própria Fatma foi comunicada diretamente pela entidade federal, em janeiro de 2013, para que eventuais licenças ambientais fossem suspensas até o efetivo estudo. Veja-se os termos do ofício 0062/2013/IPHAN/SC:

> Cumprimentando-o cordialmente, solicitamos que sejam acatadas as recomendações presentes no documento supracitado. Nesse ensejo solicitamos os prétismos dessa Fundação do Meio Ambiente – FATMA, para que sejam suspensas as licenças ambientais porventura emitidas ao empreendimento em tela, até manifestação oficial destes IPHAN/SC, em relação ao cumprimento da legislação vigente pelo proponente do empreendimento em questão (fl. 172 do anexo)

No mais, a complexidade do caso não permite conclusões ingênuas, notadamente sumárias e rasteiras. Ainda que o Iphan imponha o condicionamento da licença ambiental, friso, é evidente a propriedade

da glosa da licença de construção caso não atendida aquela providência. Afinal, se há algum interesse dessa ordem à mercê de proteção, o deliberado início do empreendimento, sem atenção àquela providência, poderá selar o destino do interesse constitucionalmente protegido.

Veja-se que a importância e a dimensão do tema: a premissa é algo para além do interesse de preservação ambiental, decorrente das limitações que se impõem as áreas de preservação (este, objeto das liminares das ações civis públicas, e do sucessivo pedido de suspensão); o eventual interesse arqueológico, que poderá eventualmente impor alguma reserva particular ao empreendimento, não é sequer mesmo contestado. Quanto ao ponto, a insatisfação decorre unicamente do fato do Município dela se ocupar.

Não há, por isso, a necessidade de se pôr em pauta, nesse julgamento, os exatos limites da competência municipal, pois a sua autonomia para expedir a licença de construção é indiscutível, e o condicionamento, na prática, parte do órgão que é, por excelência, o responsável pela catalogação e proteção dos interesses arqueológicos.

Assim, se algo efetivamente deva ser questionado, suponho não é propriamente a censura municipal, porque condicionada e decorrente, mas antes a determinação da entidade federal, porque dela decorre a limitação – e a responsabilidade do município e de seus representantes pela eventual falta de observação.

Em suma, embora não se possa estabelecer a solução das demais liminares inicialmente deferidas como parâmetro de julgamento para determinar a sorte daquela deferida nestes autos, não se pode deliberadamente afastar o condicionamento imposto pelo ente federal, em face do especial interesse arqueológico, cuja ausência, não tenho dúvidas, é bastante por si para ordenar a anulação.

Mas ainda que não se cogitasse a propriedade dessa imposição, revelou-se nos autos que nem mesmo o perigo da demora é efetivamente concreto – não ao menos em face do que se deduziu inicialmente.

Tanto como dito na decisão, havia receio de que o repasse federal eventualmente fosse suprimido, à falta do seu investimento em providência específica – que o Estado afirma ser a construção do complexo. No entanto, o fato é que não se traz nem mesmo o instrumento em que o repasse é compromissado. Dito de outro modo, não se tem quaisquer elementos nestes autos que demonstrem a vinculação do investimento; ao contrário, é dito na interlocutória contestada que o Anexo I (fl. 1.013 dos autos originais) condicionam unicamente a aplicação dos recursos à área de segurança pública (fl. 29).

Na prática, do respectivo contrato de abertura de crédito observo que a destinação é feita em face de um programa de investimentos, e não efetivamente de uma obra, descrevendo a cláusula primeira daquele instrumento que o crédito é *"destinado a viabilizar a execução do Programa Caminho do Desenvolvimento do Estado de Santa Catarina, composto por projetos constantes do Plano Plurianual (PPA) e de leis orçamentárias do BENEFICIÁRIO, no âmbito da Linha BNDES Estados e do Programa de Apoio ao Investimento dos Estados e do Distrito Federal – PROINVESTE"* (fl. 1.014 da cópia anexa dos autos originários).

Ainda que eventualmente parcela destacada desse investimento (que é da ordem global de R$ 611.000.000,00) tenha destinação específica, condicionada a cumprimento de prazos e metas, não se fez, ao menos aqui, a prova dessa exigência.

Nesse passo, embora se tenha afirmado em outros recursos julgados nesta oportunidade que a aplicação tivesse termo certo (a aplicação dos recursos na implementação do complexo penitenciário deveria cumprir algum cronograma entre os anos de 2012 e 2013), nada comprova o comprometimento da verba.

Risco, portanto, se há algum, não foi demonstrado.

Por fim, remanesce a dedução que também animou, em alguma medida, a solução do pedido de suspensão de liminar: o argumento bastante aberto de risco à sociedade.

Na busca do afastamento do entrave causado pelo deferimento sequencial de liminares, muito se deduziu em face do caótico cenário do sistema prisional catarinense, dedução essa à época catalisada sobretudo em razão dos atentados promovidos em algumas cidades catarinenses, eventualmente comandando por organizações estabelecidas, inclusive, dentro das unidades prisionais. Afora a justificativa de contenção daqueles incidentes, animava a discussão o fato de que aqueles atos criminosos teoricamente justificavam-se, em parte, na precária condição das unidades prisionais.

Os dramas e as misérias do sistema penitenciário estadual são bem conhecidos, a despeito de algum diagnóstico mais apurado. Ninguém ignora o sucateamento de todo o sistema: há superlotação reconhecida e a estrutura das unidades é bastante deficitária, tanto quanto o corpo funcional, reduzido, e também reivindicante de melhores condições de trabalho.

Diante desse cenário, é compreensível, no auge de inflamação dos debates, que se apostasse na construção emergencial de novas unidades prisionais como perspectiva de algum abrandamento do trágico panorama. Ao natural ambiente de histeria que se instalou com a sucessão de atentados alinhou-se alguma ideia de solução imediata "a curto prazo" (as palavras são do próprio recorrente), apostando-se na fórmula rasa do encarceramento, que tanto agrada o imaginário popular quanto fomenta a ideia de temor pela falta de segurança.

Essa concepção também está lá, espraiada na solução do pedido de suspensão de liminar. Mas suavizado aquele cotidiano de terror e com ele a natural opacidade desses ambientes, a autorização emergencial e sem cautelas de construção de tamanho empreendimento exigiria algo mais, providência da qual o Estado se ocupou prontamente.

Além da projeção desse cenário, o recorrente sugeriu que a construção do presídio mitigaria o inchaço carcerário. Segundo se lê de sua inicial, o déficit observado na época (apontou-se a carência de 4.598

vagas) seria amortizado pela implementação de 1.304 vagas, exclusivas aos detentos do regime fechado (fls. 16-17).

Da carência de vagas há alguma prova apurada. O relatório carcerário juntado à ação na origem, cuja cópia compõe o anexo (fls. 1.087-1.093), indica a carência em face de cada unidade prisional do Estado, alcançando o número indicado. No entanto é curioso, senão terrificante, o arranjo que se nota na dedução de redução desse déficit.

Embora formalmente se tenha deduzido neste recurso que o futuro complexo penitenciário incrementaria com substância o número de vagas a disposição – grosso modo, suplantaria algo em torno de 28% da carência – o próprio Estado, ainda às voltas de algum local para fincar o complexo penitenciário, **declarou publicamente que a nova unidade serviria, antes, ao remanejamento de presos da unidade sediada nesta Capital, e não propriamente à criação daquele expressivo número de vagas.**

Conforme foi apontado pelo Município e, sua contraminuta, ainda nos idos de julho de 2012 – antes, portanto, de instalado o embate em Imaruí – o portal G1/SC, com informações da RBS TV, publicou a reportagem que segue, e que é indicada na contraminuta a este recurso:

> **Construção de penitenciária no Sul desativa complexo de Florianópolis**
>
> Penitenciária da capital está localizada em área residencial.
>
> Previsão é que nova penitenciária fique pronta em 2014.
>
> A construção de uma nova penitenciária no Sul de Santa Catarina deve desativar a de Florianópolis, que fica em uma região nobre da capital. Instalada em uma área residencial há mais de 80 anos, o complexo penitenciário é motivo de tensão e medo a cada fuga. "A presença de um helicóptero pairando sob o complexo ou a movimentação exagerada de policiais já dá para perceber que algo grave está acontecendo", acredita José Marques, presidente da Associação de Moradores do Bairro Trindade, onde está localizada a Penitenciária da capital.

> **Há muito tempo os moradores não querem a unidade prisional que abriga 1900 presos em Florianópolis. Para solucionar o problema, o governo do estado comprou um terreno em Imaruí para a construção de um novo complexo. A obra vai custar mais de R$ 57 milhões e os trabalhos devem começar em até dois meses. "Em um ano e oito meses a gente conclui a obra. Esta é a intenção desta secretaria", afirma a secretária de Justiça e Cidadania de Santa Catarina, Ada de Luca.**
>
> Apenas 1300 detentos poderão ser transferidos para Imaruí. Ainda não se sabe qual será o destino dos outros presos. "Nós não temos terrenos e os prefeitos da Grande Florianópolis não colaboram", diz Ada. Também não foi decidido o que será feito com os 300 mil metros quadrados quando a penitenciária de Florianópolis for desativada. De acordo com Ada de Luca, isto é uma decisão do governador e não da Secretaria de Estado da Justiça e Cidadania. (disponível em: *http://g1.globo.com/sc/santa-catarina/noticia/2012/07/construcao-de-penitenciaria-no-sul-desativa-complexo-de-florianopolis.Html* – grifei)

Talvez se pudesse hoje deduzir que a pretensão atual fosse outra, bem porque a declaração, repiso, antecipou-se à escolha do local de instalação do complexo a ser construído. Mas não; episódios recentes, que chamaram mais uma vez a atenção ao descaso público com o sistema carcerário e sobretudo com a unidade prisional da Agronômica fizeram com que o Governo do Estado viesse a público e reafirmasse a pretensão inicial de simples remanejamento de presos, sem implemento de qualquer nova vaga.

Em 16.2.2015 veiculou-se em jornal de grande circulação nesta Capital (Diário Catarinense) a seguinte matéria, que reproduzo por se tratar de fato conhecido e notório, dada a forma de divulgação:

> **Até quando**
>
> **Nova fuga agrava crise e a necessidade de desativação de complexo prisional**
>
> Nove detentos fugiram por esgoto do Presídio de Florianópolis, em área residencial.

Cavar um buraco com as mãos, esgueirar-se na caixa de **esgoto**, pular o muro e sair correndo pela movimentada **Rua Delminda da Silveira**, área residencial de **Florianópolis**.

Dentro das galerias e fora, na guarita externa, ninguém percebeu e nove detentos protagonizaram, às 7h30min desta segunda-feira, mais uma fuga, a segunda em menos de dois meses. Tiros chegaram a ser disparados para o alto da unidade na tentativa sem sucesso de pará-los.

O palco da cena que se repete é o **Presídio Masculino da Capital**, junto ao **complexo prisional da Agronômica**. Com a estrutura defasada, superlotado e com poucos agentes, o velho cadeião cada vez mais se torna sinônimo de um barril de pólvora para os agentes penitenciários e a região.

Desde o dia 29 de dezembro, já são 22 os que conseguiram fugir praticamente pela porta da frente (ou lateral) e com poucas dificuldades.

O governo do Estado promete há uma década desativar a área, transferindo os mais de dois mil detentos para novas prisões que seriam construídas — uma penitenciária em Imaruí, no Sul do Estado e uma central de triagem em São José.

A Secretaria da Justiça e Cidadania (SJC) não conseguiu sequer começar as construções porque as duas cidades rejeitam receber as obras. Os impasses estão na Justiça e por enquanto não há nenhuma medida de imediato que possa garantir o fim das fugas.

Visivelmente constrangido com a situação, o secretário-adjunto da Justiça e Cidadania, Leandro Lima, afirmou que uma sindicância foi aberta e em seguida voltou a lamentar a recusa dos prefeitos da região que não aceitam presídios em seus municípios.

O caso mais pontual, é o de São José, responsável por 27% de todos os presos da Grande Florianópolis, que não conta com nenhuma cela e rejeita receber uma Central de Triagem regional com 407 vagas — o Estado tem terreno para a obra e R$ 14 milhões assegurados para a construção.

— Vamos reforçar a segurança deslocando agentes da operação presença para o presídio de Florianópolis, mas isso não vai se resolver enquanto os

> prefeitos não se sensibilizarem e aceitarem uma nova prisão — declarou o secretário.
>
> **Facilitação e negligência**
>
> Não bastassem os problemas estruturais e o déficit de agentes penitenciários, indícios de facilitação e negligência tornam o Presídio de Florianópolis ainda mais vulnerável.
>
> É o caso da fuga de 13 presos em 29 de dezembro. A partir de filmagens e depoimentos, a sindicância concluiu que um vigilante terceirizado ficou cerca de uma hora fora do posto no horário em que os detentos escaparam.
>
> O vigilante, que não teve o nome divulgado, afirmou à corregedoria da Secretaria da Justiça e Cidadania (SJC) que se ausentou do local devido ao forte calor que fazia na tarde daquele dia.
>
> Ele foi demitido e a SJC diz que enviará o resultado da investigação interna ao Ministério Público para responsabilizá-lo criminalmente.
>
> Segundo agentes penitenciários, a vigilância externa das guaritas é feita por vigilantes terceirizados e a Polícia Militar não atua mais no complexo. A falta de experiência e de habilidade em situações de crise seria outro problema da mão de obra desses servidores.
>
> Apenas o presídio abrigava ontem 320 homens, quantidade acima da capacidade. Nenhum dos fugitivos havia sido recapturado até o fim da tarde. A SJC disse que eles são de baixa e média periculosidade. Da fuga de dezembro, 11 deles já estão novamente atrás das grades.
>
> Em dezembro de 2014, após dois episódios de fuga no intervalo de uma semana, a segurança do Complexo da Agronômica foi colocada em xeque. (disponível em: *http://diariocatarinense.clicrbs.com.br/sc/policia/noticia/2015/02/nova-fuga-agrava-crise-e-a-necessidade-de-desativacao-de-complexo-prisional-4701386.Html* – grifo no original)

Observa-se então, de modo muito claro, o engodo do argumento: No caso concreto não houve a pretensão de criar novas vagas prisionais. A construção de outros presídios são embaladas por vetustas promessas – tão românticas e abstratas quanto juras de amor eterno, e lugar-

comum, infelizmente, do discurso político. A real pretensão então é deliberadamente mascarada para, num extraordinário giro, tributar ao Judiciário a responsabilidade pela imediata construção do complexo prisional discutido, e a partir de justificativa que a própria Administração publicamente desmente.

Na prática, portanto, nada de novo se criaria, o que nos remete ao eterno retorno a Foucault: assim como em algum momento histórico viu-se no panóptico uma medida de assepsia do sistema punitivo – distanciando o apenamento dos olhares de todos, a partir do recolhimento dos sancionados a estabelecimentos penais – o que se pretende hoje é tão somente minimizar o problema, deslocando-o para outras regiões.

Ainda que a situação seja calamitosa, a falta de atenção e comprometimento dos poderes constituídos não pode servir de justificativa à transferência de responsabilidades, e tampouco autoriza que se ignore as regras mais elementares de direito. A dívida histórica do Executivo em face da ausência de sólidas políticas no campo da segurança pública requer muito mais. Não há solução de afogadilho, não há perspectiva sem planejamento, e não há, sobretudo, legitimidade do Judiciário para transpor os limites legais e constitucionais ao sabor de alguma conveniência política.

Isso posto, nego provimento ao agravo.

Dado o contorno do tema e as eventuais implicações, intime-se a Fatma e o Iphan dos termos dessa decisão, uma vez publicada.

É como voto.

Apelação Cível n. 2014.048316-6, da Capital

Relator: Des. Jaime Ramos

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO–RESPONSABILIDADE DO ESTADO – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO DE DANOS MORAIS E MATERIAIS – AUTOR PROIBIDO DE VOTAR NO PRIMEIRO TURNO DAS ELEIÇÕES DE 2008 POR ESTAREM SUSPENSOS SEUS DIREITOS POLÍTICOS EM RAZÃO DE CONDENAÇÃO CRIMINAL – CRIME QUE FOI COMETIDO POR TERCEIRO QUE SE PASSOU PELO AUTOR NO PROCESSO PENAL – PERMANÊNCIA DO NOME DO AUTOR NO ROL DOS CULPADOS APÓS A CONSTATAÇÃO DO ERRO E EXPEDIÇÃO DE CERTIDÃO POSITIVA DE ANTECEDENTES – FALHA DE AGENTE ESTATAL – DANO MORAL COMPROVADO – DEVER DE INDENIZAR – "QUANTUM" INDENIZATÓRIO – MINORAÇÃO.

O Estado tem responsabilidade civil pela reparação de danos morais comprovadamente sofridos por quem foi impedido de votar por estar com os direitos políticos suspensos em razão de condenação criminal aplicada a terceira pessoa que, com falsa identificação, fez-se passar por aquele, no processo penal, especialmente na hipótese em que a verdadeira identidade do indigitado foi revelada nos autos criminais e mesmo assim seu nome continuou registrado no rol dos culpados, tendo sido emitida certidão positiva de antecedentes após a constatação do erro, evidenciando-se a falha de agente estatal.

O "quantum" da indenização do dano moral há de ser fixado com moderação, em respeito aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, levando em conta não só as condições sociais e econômicas das partes, como também o grau da culpa e a extensão do sofrimento psíquico, de modo que possa significar uma reprimenda ao ofensor, para que se abstenha de praticar fatos idênticos no futuro, mas não ocasione um enriquecimento injustificado para a lesada.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2014.048316-6, da comarca da Capital (1ª Vara da Fazenda Pública),

em que é apelante Estado de Santa Catarina, e apelado Fabiano Manoel Vieira:

A Quarta Câmara de Direito Público decidiu, por votação unânime, dar provimento parcial ao recurso e, em reexame necessário, confirmar a sentença. Custas na forma da lei.

Do julgamento realizado em 25 de junho de 2015, presidido pelo Exmo. Sr. Desembargador Jaime Ramos, participaram os Exmos. Srs. Desembargadores Ricardo Roesler e Edemar Gruber.

Florianópolis, 25 de junho de 2015.

Jaime Ramos
RELATOR

RELATÓRIO

Na Comarca da Capital, Fabiano Manoel Vieira ajuizou "ação de indenização por danos materiais e morais" contra o Estado de Santa Catarina alegando que, nas eleições do ano 2008, ao se dirigir à sua seção eleitoral para votar, foi surpreendido com a informação de que seus direitos políticos estavam suspensos; que compareceu à delegacia eleitoral para compreender o motivo da suspensão, quando lhe informaram que o ocorrido se deu em razão da existência de uma condenação criminal constante na cidade de Chapecó; que constava possuir duas ações criminais em seu nome; que ao averiguar os fatos, constatou que o indivíduo processado, na verdade, era seu ex-cunhado João Basílias de Campos, que fingiu ser o autor ao ser preso em flagrante; que nos autos das referidas ações não constava qualquer documentação capaz de comprovar a real identidade do verdadeiro réu; que em março de 2009, endereçou à Comarca de Chapecó um requerimento explicando o ocorrido e solicitando a retirada de seu nome das autuações, bem como a remessa de ofício ao Cartório eleitoral para a retirada de seu nome do rol

dos culpados; que tal pedido foi cumprido pelas autoridades competentes apenas em abril de 2010; que em razão do ocorrido, sofreu danos de ordem moral, pois sua imagem restou abalada perante a sociedade, e patrimonial por estar desempregado e não ter conseguido emprego por estar condenado.

Requereu a condenação do Estado ao pagamento de indenização por danos morais e materiais no importe de R$ 50.000,000 (cinquenta mil reais), custas e honorários advocatícios. Pugnou, também, pela concessão dos benefícios da justiça gratuita.

Citado, o Estado contestou alegando preliminarmente a sua ilegitimidade para figurar no polo passivo da demanda. No mérito, aduziu que a inexistência de responsabilidade pelo ocorrido em razão de ter sido praticado por terceiro; que no caso deve ser aplicada a responsabilidade subjetiva; que os danos materiais não foram comprovados.

Impugnados os argumentos da contestação, após oitiva de testemunhas, foi prolatada a seguinte sentença:

"À luz do exposto, ACOLHO parcialmente o pedido formulado pelo autor para condenar o Estado de Santa Catarina a lhe indenizar:

"A) R$ 30.000,00 (trinta mil reais) a título de danos morais.

"Os valores deverão ser corrigidos na forma indicada na fundamentação.

"Condeno o Estado de Santa Catarina nos honorários advocatícios do patrono do autor, os quais fixo desde já em 10% (dez por cento) do valor da condenação.

"Sem custas eis que o Estado é isento."

Inconformado, o Estado apelou pugnando tão somente pela minoração do valor arbitrado a título de danos morais pelo sentenciante.

Com as contrarrazões, os autos ascenderam a esta Superior

Instância, perante a qual a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Exmo. Sr. Dr. André Carvalho, que entendeu não haver interesse público na causa, deixou de intervir.

VOTO

1. Nos termos do § 6º, do art. 37, da Constituição Federal de 1988, "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 nos casos de dolo ou culpa".

De acordo com a Carta Magna hoje vigente, o art. 43, do Código Civil de 2002, assim dispõe: "As pessoas jurídicas de direito público são civilmente responsáveis por atos de seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo".

A responsabilidade civil do Poder Público e dos prestadores de serviços públicos é objetiva, sob a modalidade do risco administrativo, diz HELY LOPES MEIRELLES, que alinha entre as excludentes dessa responsabilidade da administração a culpa exclusiva da vítima ou a atenuação dela no caso de culpa concorrente desta (Direito administrativo brasileiro. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 700).

Efetivamente, a Constituição Federal, em seu artigo 37, § 6º, adotou a teoria do risco administrativo, no sentido de que a vítima fica dispensada de provar a culpa da Administração; esta, por sua vez, só poderá se eximir total ou parcialmente da responsabilidade se demonstrar a culpa exclusiva da vítima no evento danoso, caso fortuito ou força maior.

Sobre a responsabilidade objetiva do Estado, SÍLVIO RODRIGUES assim leciona:

"Na responsabilidade objetiva a atitude culposa ou dolosa do agente causador do dano é de menor relevância, pois, desde que exista

relação de causalidade entre o dano experimentado pela vítima e o ato do agente, surge o dever de indenizar, quer tenha este último agido ou não culposamente.

"A teoria do risco é a da responsabilidade objetiva. Segundo essa teoria, aquele que, através de sua atividade, cria risco de dano para terceiros deve ser obrigado a repará-lo, ainda que sua atividade e seu comportamento sejam isentos de culpa. Examina-se a situação, e, se for verificada, objetivamente, a relação de causa e efeito entre o comportamento do agente e o dano experimentado pela vítima, esta tem direito de ser indenizada por aquele" (Direito civil, v. IV, 19. ed., São Paulo: Saraiva, 2002, p. 10).

No mesmo sentido, HELY LOPES MEIRELLES:

"A teoria do risco administrativo faz surgir a obrigação de indenizar o dano do só ato lesivo e injusto causado à vítima pela Administração. Não se exige qualquer falta do serviço público, nem culpa de seus agentes. Basta a lesão, sem o concurso do lesado. Na teoria da culpa administrativa exige-se a falta do serviço; na teoria do risco administrativo exige-se, apenas, o fato do serviço. Naquela, a culpa é presumida da falta administrativa; nesta, é inferida do fato lesivo da Administração.

"Aqui não se cogita da culpa da Administração ou de seus agentes, bastando que a vítima demonstre o fato danoso e injusto ocasionado por ação ou omissão do Poder Público. Tal teoria, como o nome está a indicar, baseia-se no risco que a atividade pública gera para os administrados e na possibilidade de acarretar dano a certos membros da comunidade, impondo-lhes um ônus não suportado pelos demais" (Direito administrativo brasileiro. 37. ed., São Paulo: Malheiros, 2010, p. 699).

Vê-se que a doutrina se assenta na equação evento danoso, dano e autoria, em vez de exigir que a responsabilidade civil seja a resultante de elementos tradicionais como a culpa e o dolo.

Nesse sentido, já se posicionou o excelso Supremo Tribunal Federal, como se vê pelo seguinte julgado:

"A teoria do risco administrativo, consagrada em sucessivos documentos constitucionais brasileiros desde a Carta Política de 1946, confere fundamento doutrinário à responsabilidade civil objetiva do Poder Público pelos danos a que os agentes públicos houverem dado causa, por ação ou por omissão. Essa concepção teórica, que informa o princípio constitucional da responsabilidade civil objetiva do Poder Público, faz emergir, da mera ocorrência de ato lesivo causado à vítima pelo Estado, o dever de indenizá-la pelo dano pessoal e/ou patrimonial sofrido, independentemente de caracterização de culpa dos agentes estatais ou de demonstração de falta do serviço público" (STF, RE n. 109615/RJ, Primeira Turma, Rel. Ministro Celso de Melo, DJU 02/08/96).

Em face da responsabilidade civil objetiva, que enseja a obrigação do Estado de indenizar os danos causados por seus agentes a terceiros (ato comissivo), não é preciso investigar se o agente público agiu ou não com culpa porque, nesse caso, basta que se estabeleça o nexo de causalidade entre o dano sofrido e a conduta do servidor público ou daquele que presta serviço público. A culpa exclusiva da vítima ou de terceiro exclui a responsabilidade do Estado.

O Estado alega que o erro foi determinado por terceiro, que se fez passar pelo autor, no processo criminal, daí a exclusão da responsabilidade daquele.

Na Revisão Criminal n. 2012.081612-2, da Capital, julgada em 27.03.2013, da qual foi Relatora a eminente Des. Marli Mosimann Vargas, a Seção Criminal deste Tribunal rejeitou pedido de indenização de danos morais, não obstante ter reconhecido o erro na identificação do condenado, no processo criminal, em razão da informação prestada pelo indigitado, que declinou o nome do requerente. Vejam-se os fundamentos:

"2 No tocante ao pleito de reconhecimento de erro do Judiciário e do direito à indenização, melhor sorte não socorre ao requerente.

"Conforme o exame aqui detalhado, verifica-se que o erro de identificação foi ocasionado exclusivamente pelo verdadeiro autor do delito contra o patrimônio, que, mediante a prática do crime de falsa identidade, com intuito de eximir-se da responsabilidade decorrente de seus atos, passou-se por terceira pessoa, que restou indevidamente condenada, não havendo, portanto, como responsabilizar o Estado por tais fatos.

"Nesse sentido, destaca-se:

"'REVISÃO CRIMINAL. ERRO DE IDENTIFICAÇÃO. CONDENAÇÃO EMBASADA EM DADOS FALSOS. EXEGESE DO ART. 259 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. PLEITO DE INDENIZAÇÃO. ERRO DE IDENTIFICAÇÃO QUE NÃO PODE SER IMPUTADO À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. DEFERIMENTO PARCIAL DO PEDIDO (Revisão Criminal n. 2009.005937-8, de São Bento do Sul, rel. Des. Moacyr de Moraes Lima Filho , j. 30-4-2009)".

Na hipótese em discussão, contudo, não foi apenas o fato de terceiro que ocasionou o dano moral ao autor e sim a omissão dos agentes estatais na verdadeira identificação do criminoso, além do fato de, mesmo após ter sido constatado o erro, com parecer do Ministério Público e determinação do Juízo para retificação dos dados no processo e no registro informatizado, o nome do demandante continuou registrado no rol dos culpados e foi expedida certidão positiva de antecedentes, evidenciando erro de agente estatal.

Conforme bem exposto na sentença, "[...] o equívoco todo teve como origem a alteração do documento de identidade pertencente ao autor, a qual o criminoso utilizava-se como sua, através da remoção e modificação da fotografia identificativa. Nesse compasso, com alguma atenção, a autoridade policial poderia ter detectado o ato fraudulento, notadamente porque havia registro de ocorrência noticiando o extravio de tal documento (fl. 51), fato que admitiria a submissão do elemento

detido em flagrante delito à identificação criminal, em conformidade com o inc. II do art. 3º, da Lei 10.054/2000.

"Assim, embora a conduta danosa tenha tido como causa a utilização fraudulenta de documento de identidade por terceiro, a concausa, deflagradora do evento danoso, operou-se pela ingerência administrativa na identificação do agente criminoso."

Extrai-se dos autos que o Sr. João Basília de Campos foi preso em flagrante em 02.02.2007, acusado de roubo, e se identificou aos policiais militares que o conduziram à Delegacia de Polícia como sendo Fabiano Manoel Vieira, nome do ora apelado.

Por tal razão, o apelado foi indevidamente condenado pelo roubo cometido, sendo expedido mandado de prisão em seu nome, além do que se comunicou à Justiça Eleitoral a condenação, para efeito de suspensão dos direitos políticos, nos termos do art. 15, inciso III, da Constituição Federal.

Mesmo com o reconhecimento da verdadeira identidade do condenado, pelas autoridades competentes, com determinação para alteração dos registros do processo, o autor permaneceu com seus direitos políticos suspensos por mais algum tempo, além de suportar danos de ordem moral pela manutenção de seu nome no rol dos culpados, daí a responsabilidade do ente estatal pelo ocorrido.

Aliás, o Estado não mais discute sua obrigação de indenizar, já que apenas apelou requerendo a minoração do valor arbitrado pelo sentenciante a título de danos morais.

Portanto, configurado o dever de indenizar, passa-se à apuração do "quantum" indenizatório.

2. O Estado, em sua apelação pediu a redução do valor da indenização do dano moral a que foi condenada, qual seja, R$ 30.000,00 (trinta mil reais), para o valor de R$ 8.000,00 (oito mil reais), sob alegação de que o referido montante é desproporcional.

Como bem se sabe, não há parâmetros legais para se arbitrar o valor da indenização dos danos morais. Como não tem base financeira ou econômica própria e objetiva, o "quantum" da reparação dos danos morais é aleatório, cabe ao Magistrado arbitrar o valor que entender justo, adequado, razoável e proporcional, de acordo com o art. 944 do Código Civil de 2002, segundo o qual "a indenização mede-se pela extensão do dano", podendo o Juiz reduzir equitativamente a indenização "se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano" (parágrafo único).

O valor da indenização do dano moral há de ser fixado, porém, com moderação, em respeito aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, levando em conta não só as condições sociais e econômicas das partes, como também o grau da culpa e a extensão do sofrimento psíquico, de modo que possa significar uma reprimenda ao ofensor, para que se abstenha de praticar fatos idênticos no futuro, mas não ocasione um enriquecimento injustificado para o lesado.

Acerca do valor da indenização, CARLOS ALBERTO BITTAR explica que:

"(...) diante da esquematização atual da teoria em debate, são conferidos amplos poderes ao juiz para definição da forma e da extensão da reparação cabível, em consonância, aliás, com a própria natureza das funções que exerce no processo civil (CPC, arts. 125 e 126). Com efeito, como julgador e dirigente do processo, pode o magistrado ter conhecimento direto das partes, dos fatos e das respectivas circunstâncias, habilitando-as, assim, à luz do direito aplicável, a definir de modo mais adequado, a reparação devida no caso concreto" (Reparação civil por danos morais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 205/206).

Adiante, destaca que:

"(...) a indenização por danos morais deve traduzir-se em montante que represente advertência ao lesante e à sociedade de que se não se aceita

o comportamento assumido, ou o evento lesivo advindo. Consubstancia-se, portanto, em importância compatível com o vulto dos interesses em conflito, refletindo-se, de modo expresso, no patrimônio do lesante, a fim de que sinta, efetivamente, a resposta da ordem jurídica aos efeitos do resultado lesivo produzido. Deve, pois, ser quantia economicamente significativa, em razão das potencialidades do patrimônio do lesante" (Reparação civil por danos morais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 220).

Pertinentes também são as lições de HUMBERTO THEODORO JÚNIOR:

"O arbitramento da indenização do dano moral é ato exclusivo e indelegável do Juiz.

"Por se tratar de arbitramento fundado exclusivamente no bom senso e na eqüidade, ninguém além do próprio juiz está credenciado a realizar a operação do quantum com que se reparará a dor moral" (Dano Moral, 2. ed., São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999. p. 41).

A jurisprudência deste Tribunal acompanha:

"INDENIZAÇÃO. FIXAÇÃO DO QUANTUM. APRECIAÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. ARBITRAMENTO EM VALOR QUE EXPRESSA A FINALIDADE A QUE SE DESTINA. DESPROVIMENTO DO RECURSO PRINCIPAL.

"Incumbe ao juiz o arbitramento do valor da indenização, observando as peculiaridades do caso concreto, bem como as condições financeiras do agente e a situação da vítima, de modo que não se torne fonte de enriquecimento, tampouco que seja inexpressivo ao ponto de não atender aos fins a que se propõe" (TJSC, AC n. 00.013683-2, de Lages, Rel. Des. Sérgio Paladino, julgada em 05/12/2000).

Nessa difícil empreitada, procura-se arbitrar certa quantia que proporcione ao autor uma compensação material que minimize a dor

sofrida, até porque se a dor, a rigor, não tem preço exato, deve sem dúvida ser substituída pela reparação pecuniária.

A jurisprudência desta Corte de Justiça revela que em casos de menor gravidade, como quando os agentes públicos excedem seus poderes legais e cometem abusos sem causar qualquer sevícia às vítimas as indenizações têm sido arbitradas em torno de R$ 5.000,00 (AC n. 2005.019162-9, Rel. Des. Nicanor da Silveira, julgada em 04/05/2006). Já em outras circunstâncias mais graves em que é empregada, por exemplo, tortura (vis compulsiva e absoluta) ou uso excessivo da força policial não-letal (AC n. 2004.023258-6, Rel. Des. César Abreu, julgada em 17/12/2007; AC n. 2006.003532-4, Rel. Des. Vanderlei Romer, julgada em 30/03/2006) o "quantum" indenizatório chegou a ser balizado em torno de R$ 15.000,00.

Assim, levando-se em conta as condições sociais e econômicas das partes, a culpa do poder público, a intensidade dos danos sofridos pela vítima e a finalidade compensatória e punitiva da indenização do dano moral, o valor arbitrado na sentença deve ser reduzido.

Dessa forma, dá-se provimento ao recurso neste tema, para reduzir a indenização dos danos morais para R$ 8.000,00 (oito mil reais), valor que se considera razoável e proporcional à ofensa e à extensão do dano.

3. Os encargos moratórios foram definidos na sentença e não foram objurgados pelo Estado, no recurso de apelação. Embora seja possível o reexame necessário (art. 475, I, c/c o § 2º, do Código de Processo Civil), porque, não obstante o valor nominal da condenação não atinja sessenta (60) salários mínimos, é possível que os acréscimos superem tal quantia, não se pode dizer que a estipulação sentencial seja maléfica à Fazenda Pública, daí porque não cabe alteração.

4. É importante assinalar que a solução jurídica aqui definida não viola, de maneira alguma, nenhum dispositivo constitucional ou infraconstitucional, nem mesmo as regras e princípios adiante

relacionados: arts. 5º, 7º, 37, 39 e 154 da Constituição Federal; arts. 186, 187, 188, 422, 884, 886, 927, 944 e 945 do Código Civil; arts. 4º e 5º da LICC; arts. 20, 21, 70, 71, 76, 333, inc. I e II do Código de Processo Civil.

Pelo exposto, dá-se provimento parcial ao recurso de apelação para reduzir o montante da indenização de danos morais de R$ 30.000,00 para R$ 8.000,00 (oito mil reais); e, em reexame necessário, confirma-se a sentença.

SEÇÃO CRIMINAL

Revisão Criminal n. 2014.079797-9, da Capital

Relator: Des. Paulo Roberto Sartorato

> REVISÃO CRIMINAL. ALEGADO DUPLO PROCESSAMENTO CRIMINAL EM RAZÃO DOS MESMOS FATOS. REQUERENTE QUE FOI DENUNCIADA, PROCESSADA E ABSOLVIDA PELA SUPOSTA PRÁTICA DE DENUNCIAÇÃO CALUNIOSA E, APÓS O TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA ABSOLUTÓRIA, FOI NOVAMENTE DENUNCIADA E PROCESSADA PELOS MESMOS FATOS, SOBREVINDO, NO SEGUNDO FEITO, CONDENAÇÃO PENAL, EM AFRONTA À COISA JULGADA. ANULAÇÃO DA SEGUNDA *ACTIO* QUE SE IMPÕE. PEDIDO DEFERIDO.
>
> "*O trânsito em julgado, por assim dizer, impede a propositura de nova ação pelos mesmos fatos, por razões óbvias. É que, com o trânsito em julgado, que enseja o surgimento da coisa julgada, cristaliza-se a resposta dada pelo Estado com relação ao cometimento de um determinado crime [...]. Ainda que a violação à coisa julgada não tenha sido suscitada pelo paciente no curso do segundo processo, a sua nulidade é flagrante, impondo-se a sua anulação*". (STJ - HC n. 97.753/DF, Rela. Mina. Maria Thereza de Assis Moura, DJ de 23/06/2008).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Revisão Criminal n. 2014.079797-9, da comarca da Capital (2ª Vara Criminal), em que é requerente Maria Salete Vieira:

A Seção Criminal decidiu, por votação unânime, deferir o pedido revisional, confirmando a liminar concedida, a fim de anular integralmente a ação penal n. 023.12.046182-2, tornando-se sem efeito, via de consequência, a condenação nela imposta à requerente. Custas legais.

O julgamento, realizado no dia 25 de março de 2015, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Rui Fortes, com voto, e dele participaram, com voto, os Exmos. Srs. Des. Rodrigo Collaço, Des. Sérgio Rizelo, Des. Getúlio Corrêa, Des. Ernani Guetten de Almeida, Des. Moacyr de Moraes Lima Filho, Des. Jorge Schaefer Martins, Desa Marli Mosimann Vargas e Des. Roberto Lucas Pacheco.

Funcionou na sessão pela douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Dr. Paulo Roberto de Carvalho Roberge. Florianópolis, 25 de março de 2015.

Paulo Roberto Sartorato
RELATOR

RELATÓRIO

Trata-se de revisão criminal, com pedido de liminar, movida por Maria Salete Vieira contra a condenação penal proferida nos autos da ação penal n. 023.12.046182-2, transitada em julgado no dia 22/04/2014 (fl. 188 do anexo 1 - cópia da numeração originária).

Em síntese, aduziu a requerente que, após ter sido absolvida na ação penal de n. 023.12.026209-9, na qual se apurou a suposta prática de denunciação caluniosa, foi novamente processada pelos mesmos fatos outrora apurados, desta vez por intermédio da ação penal de n. 023.12.046182-2, na qual restou condenada. Alegou que a condenação irrogada na última das ações encontra-se revestida de ilegalidade, pois proferida em afronta à coisa julgada.

Pugnou pelo deferimento de medida liminar, a fim de determinar a imediata suspensão do cumprimento da pena fixada na ação penal n. 023.12.046182-2, e pelo deferimento do pedido revisional, para que seja anulada a referida *actio* (fls. 02/11).

Este Relator, monocraticamente, deferiu o pleito liminar formulado e determinou a suspensão dos efeitos do trânsito em julgado da condenação operada em desfavor da requerente nos autos n. 023.12.046182-2 (fls. 16/22).

Manifestou-se a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Exmo. Dr. Raul Schaefer Filho, pelo conhecimento e deferimento do pedido (fls. 29/33).

É o necessário relatório.

VOTO

Antes de mais nada, cumpre frisar que a revisão criminal é o instrumento processual de natureza excepcionalíssima que viabiliza a desconstituição de uma decisão abrigada pelo manto da coisa julgada, cujas hipóteses de cabimento restam taxativamente enumeradas pelo art. 621 do Código de Processo Penal.

Segundo Guilherme de Souza Nucci, *"o acolhimento de pretensão revisional, na esfera criminal, há de ser excepcional, pois o que se pretende é alterar a coisa julgada"*. (*In* Código de Processo Penal Comentado. 8ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 990).

Na hipótese, alega a requerente que, muito embora tenha sido absolvida em ação penal na qual se apurou a suposta prática do delito de denunciação caluniosa, foi mais uma vez acusada e processada pela prática da aludida conduta ilícita, o que ensejou sua condenação penal, em afronta à coisa julgada (art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal).

Em análise aos elementos anexos aos presentes autos, entende-se que resta plenamente demonstrada a nulidade aventada, pois certo que Maria Salete Vieira foi processada por duas vezes distintas em razão do mesmo fato supostamente criminoso.

Compulsando-se os autos, verifica-se que Maria Salete Vieira restou, primeiramente, processada por meio da ação penal n. 023.12.026209-

9, da 2ª Vara Criminal da Comarca da Capital, por ter supostamente denunciado de forma caluniosa Flávio Augusto Boreggio Melara, imputando-lhe falsamente a prática de lesões corporais por meio do boletim de ocorrência n. 00125-2009-04036 (fl. 03 dos autos originários - anexo 2), o que deu causa à ação penal n. 023.10.002478-8. Veja-se a narrativa constante da denúncia que deu origem à primeira actio em face de Maria Salete (fls. II/III - início do anexo 2):

> [...] Na data de 27 de janeiro de 2010, a denunciada Maria Salete Vieira deu causa à instauração do **processo judicial n. 023.10.002478-8**, no Juizado de Violência Doméstica contra a Mulher da Comarca de Florianópolis, em face de Flávio Augusto Boreggio Mellara, pela suposta prática do crime de lesões corporais perpetradas por ele contra a denunciada, mesmo sabendo de sua inocência [...]. (Grifou-se).

Após a produção probatória, Maria Salete Vieira foi absolvida das referidas acusações, o que se deu mediante decisão proferida em 26/09/2012 (fls. 75/75v. do anexo 2 - cópia da numeração originária) e transitada em julgado no dia 08/10/2012 (fl. 86 do anexo 2 - cópia da numeração originária).

Ocorre que, segundo nos revela o caderno processual, a requerente foi, em 24/10/2012, novamente denunciada pelo Ministério Público em razão dos mesmos fatos, como se pode ver a partir da leitura da peça acusatória de fls. II/III do anexo 1:

> [...] No dia 07 de outubro de 2009, às 17h35min, no interior da Delegacia de Proteção à Mulher, nesta Capital, Maria Salete Vieira deu causa à instauração de inquérito policial contra Flávio Augusto Boreggio Melara, imputando-lhe a prática de crime de lesões corporais de que o sabia inocente.
>
> Na ocasião, inconformada com o fim do relacionamento e irresignada com o fato de a vítima ter, quatro dias antes, registrado B.O noticiando as suas importunações, a denunciada se dirigiu até a 6ª DP e registrou o Boletim de Ocorrência n. 00125-2009-04036, dando conta de que no dia 03 de outubro de 2009 seu ex-companheiro, Flávio, havia lhe

> agredido fisicamente, desferindo-lhe um chute na perna, provocando um hematoma no local. Maria Salete fez tal registro sabedora de que, naquela oportunidade, a vítima não havia lhe agredido.
>
> As declarações da denunciada não só deram ensejo à deflagração do inquérito policial n. 1470/09 em detrimento de Flávio Augusto Boreggio Melara, mas bem assim, **da ação penal n. 023.10.002478-8**, que tramitou perante o Juizado de Violência Doméstica contra a Mulher, desta Comarca. A ação penal em tela foi julgada improcedente, tendo Flávio sido absolvido. [...]. (Grifou-se).

Em razão dos fatos relatados na segunda denúncia, os quais, constata-se, já haviam sido apurados em ação penal própria, Maria Salete Vieira foi condenada, nos autos n. 023.12.046182-2, à pena de 02 (dois) anos de reclusão, em regime aberto, e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa, cada qual no seu valor mínimo legal, substituída por duas medidas restritivas de direitos, consistentes em limitação de final de semana e em prestação de serviços à comunidade, o que se deu por meio da sentença de fls. 116/125 do anexo 1, datada de 06/05/2013 (ou seja, posteriormente ao trânsito em julgado da decisão proferida na ação anterior), e acórdão confirmatório de fls. 178/184 do anexo 1, condenação que transitou em julgado em 22/04/2014 (fl. 188 do anexo 1).

Oportuno mencionar que, embora as duas denúncias tenham diferido no que se refere à data da suposta prática delitiva, buscaram a apuração dos mesmos fatos, inclusive mencionando a mesma ação penal cujo advento teria decorrido da denunciação caluniosa perpetrada por Maria Salete.

Entende-se, diante de tal quadro, que a segunda ação na qual foi a requerente processada constituiu inadmissível *bis in idem*, afrontando a coisa julgada e, em consequência, o princípio constitucional da segurança jurídica, decorrente da própria estrutura do Estado Democrático de Direito.

Isso porque *"o trânsito em julgado, por assim dizer, impede a propositura de nova ação pelos mesmos fatos, por razões óbvias. É que, com o*

trânsito em julgado, que enseja o surgimento da coisa julgada, cristaliza-se a resposta dada pelo Estado com relação ao cometimento de um determinado crime [...]. Ainda que a violação à coisa julgada não tenha sido suscitada pelo paciente no curso do segundo processo, a sua nulidade é flagrante, impondo-se a sua anulação". (STJ - HC n. 97.753/DF, Rela. Mina. Maria Thereza de Assis Moura, DJ de 23/06/2008).

Em casos semelhantes, decidiu a Colenda Seção Criminal deste Tribunal:

> DUPLA CONDENAÇÃO. CRIMES DE FURTO QUALIFICADO (CP, ARTS. 155, § 4º, INC. IV E 155, § 4º, INCS. I E IV), QUE SE ORIGINARAM DO MESMO FATO. VIOLAÇÃO À COISA JULGADA. OCORRÊNCIA. ANULAÇÃO DA CONDENAÇÃO POSTERIOR. PEDIDO DEFERIDO. (Revisão Criminal n. 2010.034650-5, de Porto Belo, Rel. Des. Irineu João da Silva, j. em 25/11/2010).
>
> REVISÃO CRIMINAL - REQUERENTE CONDENADO DUAS VEZES, PELO MESMO FATO, EM COMARCAS DISTINTAS - SENTENÇAS CONDENATÓRIAS TRANSITADAS EM JULGADO - CONFIGURAÇÃO DA EXCEÇÃO DE COISA JULGADA - HIPÓTESE QUE SE RESOLVE PELA PRECEDÊNCIA DA DATA DO TRÂNSITO - ANULAÇÃO DA CONDENAÇÃO POSTERIOR - ADEQUAÇÃO DA REPRIMENDA QUANTO AO AUMENTO DECORRENTE DA CONTINUIDADE DELITIVA - EXTENSÃO, DE OFÍCIO, DOS EFEITOS DA DECISÃO AOS CO-RÉUS NÃO REQUERENTES - PEDIDO PROVIDO. (Revisão Criminal n. 2004.011181-9, de Concórdia, Rel. Des. Torres Marques, j. em 25/08/2004).

Extrai-se da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

> HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. OCORRÊNCIA DE DUPLA CONDENAÇÃO PELO MESMO FATO. INADMISSIBILIDADE. PARECER DO MPF PELA CONCESSÃO DA ORDEM. ORDEM CONCEDIDA, PARA AFASTAR A CONDENAÇÃO IMPOSTA AO PACIENTE NOS AUTOS DA AÇÃO PENAL 050.04.090184-0.

> 1. Depreende-se dos autos que, pelo mesmo fato, o paciente foi denunciado duas vezes, o que acabou originando duas ações penais e dupla condenação, merecendo ser excluída a segunda.
>
> 2. Ordem concedida, para afastar a condenação imposta ao paciente nos autos da Ação Penal 050.04.090184-0, em consonância com o parecer ministerial. (HC n. 98519/SP, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. em 21/05/2009).
>
> PROCESSUAL PENAL. DUPLA CONDENAÇÃO PELO MESMO FATO CRIMINOSO. VIOLAÇÃO À COISA JULGADA. OCORRÊNCIA. NULIDADE ABSOLUTA. PRECEDENTES DO STJ. ORDEM CONCEDIDA.
>
> 1. "Havendo duas condenações em processos distintos, ambos com trânsito em julgado, que versam exatamente sobre os mesmos fatos delituosos, deve prevalecer a que primeiro transitou em julgado, anulando-se a segunda. Ainda que a violação à coisa julgada não tenha sido suscitada pelo paciente no curso do segundo processo, a sua nulidade é flagrante, impondo-se a sua anulação" (HC 97.753/DF, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, DJ de 23/6/08).
>
> 2. Ordem concedida para anular integralmente, desde o recebimento da denúncia, a Ação Penal 050.03.043855-1 da 7ª Vara Criminal da Comarca de São Paulo (Controle Judicial 907/03). (HC n. 89446/SP, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. em 07/08/2009).

Destarte, o segundo feito, que resultou na condenação da ré/requerente pela prática da aludida denunciação caluniosa, está eivado de inadmissível vício, razão pela qual deve ser anulado.

À vista do exposto, defere-se o pedido revisional, para que seja anulada a ação penal n. 023.12.046182-2, tornando-se sem efeito, via de consequência, a condenação nela imposta à requerente.

Este é o voto.

Embargos Infringentes n. 2014.086110-2, de Joinville

Relator Designado: Des. Moacyr de Moraes Lima Filho

> EMBARGOS INFRINGENTES. CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. ART. 2º, II, DA LEI N. 8.137/03. SUPOSTA INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA ORIUNDA DE DIFICULDADES FINANCEIRAS. INADMISSIBILIDADE, NA ESPÉCIE. ICMS. IMPOSTO INDIRETO. AGENTE QUE MANTEVE A RENTABILIDADE DA EMPRESA À MARGEM DA LEI, CUSTEANDO-A COM A APROPRIAÇÃO DOS TRIBUTOS QUE LHE ERAM PAGOS PELOS CONTRIBUINTES. CONDENAÇÃO MANTIDA. PREVALÊNCIA DOS VOTOS VENCEDORES. RECURSO NÃO PROVIDO.
>
> 1 O ICMS trata-se de um imposto indireto, que já foi pago pelo consumidor final, mas que não foi repassado ao Fisco por aquele que tinha o dever. Logo, tendo o valor do tributo à sua disposição, mas não o repassando ao Fisco no prazo legal, configurada está a conduta prevista no art. 2º, II, da Lei n. 8.137/90.
>
> 2 "[...] 'dificuldades financeiras' não são justificativa plausível para o não-recolhimento do tributo pelo apelante, pois este é, na verdade, pago pelo consumidor final, não pelo comerciante, que se constitui em mero repassador, isto é, transitoriamente, pelo prazo que a lei estabelece, mantém a 'posse' do dinheiro que pertence ao Estado" (TJSC, Apelação Criminal n. 2003.021309-0, Des. Roberto Lucas Pacheco).
>
> 3 "O lucro da empresa não pode, portanto, ser gerado por sonegação ou falcatruas, nem à custa dos concorrentes. A concorrência desleal, além do dano ao erário público, desfigura o mais eficaz instrumento de mercado – a competição empresarial" (Marcílio Marques Moreira).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos Infringentes n. 2014.086110-2, da comarca de Joinville (2ª Vara Criminal), em que é embargante Cláudio Roberto Nielson, e embargado Ministério Público do Estado de Santa Catarina:

A Seção Criminal decidiu, por maioria de votos, negar provimento aos embargos infringentes. Vencidos os Exmos. Des. Getúlio Corrêa, Des. Jorge Schaefer Martins e Des. Rodrigo Collaço, que davam provimento ao recurso. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Excelentíssimo Sr. Des. Rui Fortes, com voto, e dele participaram os Excelentíssimos Senhores Desembargadores: Getúlio Corrêa, Ernani Guetten de Almeida, Jorge Schaefer Martins, Roberto Lucas Pacheco, Paulo Roberto Sartorato, Rodrigo Colaço e Sérgio Rizelo. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Excelentíssimo Dr. Luiz Ricardo Pereira Cavalcanti.

Florianópolis, 25 de março de 2015.

Moacyr de Moraes Lima Filho
RELATOR DESIGNADO

RELATÓRIO

Cuida-se de embargos infringentes opostos por Cláudio Roberto Nielson, com o objetivo de ver prevalecer o voto vencido que reconhecia a inexigibilidade de conduta diversa em crime contra a ordem tributária e, por tal razão, resultava absolvido da imputação penal (fls. 1245/1254).

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, por intermédio do Dr. Luiz Ricardo Pereira Cavalcanti, manifesta-se pelo não provimento do reclamo (fls. 1260/1262).

VOTO

Com efeito, a insurgência não comporta acolhimento.

Isso porque o ICMS trata-se de um imposto indireto, que já foi pago pelo consumidor final, mas que não foi repassado ao Fisco por aquele que tinha o dever.

Logo, tendo o valor do tributo à sua disposição, mas não o repassando ao Fisco no prazo legal, configurada está a conduta prevista no art. 2º, II, da Lei n. 8.137/90.

Nada obstante isso, Marcílio Marques Moreira enfatiza que *"o lucro da empresa não pode, portanto, ser gerado por sonegação ou falcatruas, nem à custa dos concorrentes. A concorrência desleal, além do dano ao erário público, desfigura o mais eficaz instrumento de mercado – a competição empresarial"* (Existe uma ética de mercado? *Revista do Instituto Brasileiro de ética Concorrencial* n. 10, ano 5, agosto de 2008, grifou-se).

Conforme bem obtemperou-se no voto que se sagrou vencedor, *"acolher a tese de que dificuldades financeiras autorizam o inadimplemento do tributo é legalizar que, nas mesmas condições, qualquer pessoa possa investir impunemente contra o patrimônio alheio como forma de arrostar tal percalço, o que se revela absurdo e intolerável"* (Des. Sérgio Rizello).

A despeito, o Juiz Sentenciante asseverou:

> O réu justificou a falta de recolhimento do tributo ao argumento de que a empresa sofreu com intempéries financeiras, obrigando-os a destinar todo o faturamento para a quitação de despesas com fornecedores e empregados, sob pena de paralisia das atividades.
>
> Esse, a meu ver, o ponto principal da discussão.
>
> Não seria justo, aliás, longe disso, admitir a existência do crime quando a falta do recolhimento decorrer de circunstâncias extraordinárias, levando o contribuinte à impossibilidade, insuperável, de recolher o tributo.
>
> Por isso, em se provando que a empresa não conseguiu gerar renda suficiente para quitação de todos os seus encargos está-se "'diante de hipótese de inexigibilidade de conduta diversa, com exclusão da culpabilidade, pois embora sabendo que não pagar é crime, não se poderia exigir do autor outra conduta' (TRF 4º Região, AP. 93.0408911-5)" (in Alberto Silva Franco, Leis penais especiais e sua interpretação jurisprudencia, RT, 7ª ed., p. 684).
>
> [...]

Na hipótese dos autos, não obstante a prova testemunhal (mídias de fls. 395 e 426) e os documentos juntados pela defesa (fls. 429/836) demonstrem a crise financeira que acometeu a empresa Busscar Ônibus SA, finalizada a instrução probatória, transparece da reiteração de condutas (o acusado responde por outras ações criminais similares) e até do que disse o réu, que a empresa (sem capital de giro e sem crédito) encontrou na apropriação de créditos tributários a solução para manutenção de suas atividades, ou seja, passou a utilizar constantemente o dinheiro que recebia a título de ICMS para custear os insumos básicos (matéria prima, folha de pagamento...), o que não se coaduna - pela perda do caráter excepcional da conduta - com a causa de exclusão de culpabilidade.

Em outras palavras: uma coisa é a crise financeira que em pouco tempo (meses) conduz a empresa ao encerramento das suas atividades, ou então, depois de passada a turbulência, a empresa retoma o cumprimento das obrigações tributárias. Nestes casos, a falta de pagamento do tributo pode ser tida como uma circunstância extraordinária, pontual, imprevisível, fora do controle do administrador...

Outra coisa, bem diversa, é a opção do administrador (ainda que em razão de uma crise instalada) pelo uso reiterado e consciente dos créditos tributários como alternativa ("sobrevida") para manter por tempo indeterminado a empresa em funcionamento (fls. 1050/1052 – grifou-se).

A propósito, deste Tribunal:

[...] 'dificuldades financeiras' não são justificativa plausível para o não-recolhimento do tributo pelo apelante, pois este é, na verdade, pago pelo consumidor final, não pelo comerciante, que se constitui em mero repassador, isto é, transitoriamente, pelo prazo que a lei estabelece, mantém a 'posse' do dinheiro que pertence ao Estado.

In casu, as dificuldades financeiras alegadas – e não provadas, como deveria fazê-lo, a teor das disposições do art. 156 do Código de Processo Penal – demonstrariam apenas a malversação do patrimônio da empresa, não servido para excluir a culpabilidade, eis que a fraude perpetrada consistiu na utilização indevida de valores pagos pelo consumidor final. (Apelação Criminal n. 2003.021309-0, de Pomerode. rel. Des. Roberto Lucas Pacheco. j. em 5/12/2008)

No mesmo sentido:

> APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. SONEGAÇÃO FISCAL. ART 2, DA LEI N. 8.137/90. [...] EXCLUSÃO DA CULPABILIDADE PELO ESTADO DE NECESSIDADE CAUSADO POR DIFICULDADES FINANCEIRAS. INADMISSIBILIDADE. Nos impostos indiretos, como o ICMS, o comerciante é mero repassador dos valores, pois o imposto é pago pelo consumidor quando adquire os produtos tributados. Assim, as dificuldades financeiras excluem a culpabilidade apenas quando cabalmente justificadas. (Apelação Criminal 2002.000254-2, de Jaraguá do Sul, rel. Des. Genésio Nolli, j. em 2/4/2002)

E mais:

> APELAÇÃO CRIMINAL. CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. INFRAÇÃO AO ART. 2º, II, DA LEI 8.137/90 EM CONTINUIDADE DELITIVA (DEIXAR DE RECOLHER TRIBUTO DESCONTADO OU COBRADO NA QUALIDADE DE SUJEITO PASSIVO NO PRAZO LEGAL).
>
> [...]
>
> MÉRITO. PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO. TESES DE INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA E AUSÊNCIA DE DOLO. INADIMPLÊNCIA TRIBUTÁRIA DECORRENTE DE DIFICULDADES FINANCEIRAS. TRIBUTO CLASSIFICADO COMO INDIRETO, GERANDO APENAS O DEVER DE REPASSE. DOLO CARACTERIZADO. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. CONDENAÇÃO MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO. (Apelação Criminal n. 2011.098095-3, de Brusque, rel. Des. Torres Marques, j. em 18/4/2012)

Assim, considerando que, além de tratar-se de tributo indireto, vê-se que o acusado, sabedor dos males que os ilícitos praticados implicam a toda sociedade, agiu com total desprezo ao bem jurídico tutelado, na medida em que, mesmo denunciado e processado pelas condutas em comento, não deixou de agir à margem da legalidade.

Ao contrário, seu empreendimento teve uma sobrevida com os valores de impostos não repassados ao Fisco, mas que foram pagos pelos

contribuintes. Como visto, tal conduta obsta a lealdade de concorrência, pois o sonegador não precisa repassar ao valor final das mercadorias/serviços o montante relativo ao imposto, enquanto que suas concorrentes, ao embutirem o ICMS ao preço final, acabam por perder clientela, uma vez que seus preços ficam maiores.

À luz do exposto, o voto é pela manutenção da condenação e não acolhimento dos embargos infringentes.

Declaração de voto vencido do Excelentíssimo Senhor Desembargador Getúlio Corrêa.

Ementa Aditiva

EMBARGOS INFRINGENTES – CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA (LEI N. 8.137/1990, ART. 2º, II) – IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS (ICMS) – VALORES NÃO REPASSADOS AO FISCO – SENTENÇA CONDENATÓRIA MANTIDA, POR MAIORIA, EM ANÁLISE DA APELAÇÃO CRIMINAL – VOTO DIVERGENTE NO SENTIDO DE RECONHECER A EXCLUSÃO DA CULPABILIDADE POR INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA – ALEGAÇÃO DE DIFICULDADES FINANCEIRAS COMPROVADA – BOA-FÉ DO DENUNCIADO E EXCEPCIONALIDADE DA MEDIDA DEMONSTRADAS – NATUREZA INDIRETA DO IMPOSTO, ADEMAIS, QUE NÃO AFASTA, POR SI SÓ, A APLICAÇÃO DA EXCLUDENTE SUPRALEGAL DE CULPABILIDADE – PREVALÊNCIA DO VOTO VENCIDO.

"A inexigibilidade de conduta diversa em função de dificuldades financeiras deve ser analisada em cada situação, pois, de acordo com o entendimento deste Tribunal, em sede de crimes contra a ordem tributária, a alegação de crise financeira para o reconhecimento da causa de exclusão da culpabilidade depende da situação econômica periclitante, destinação do numerário referente ao imposto reduzido ou suprimido e o delito não tenha sido cometido mediante fraude contra o fisco" (TJSC, Desembargador Jorge Schaefer Martins).

1. Divergi da douta maioria, pelas razões abaixo delineadas.

2. A pretensão do embargante, a meu sentir, merece ser conhecida e provida.

Da leitura dos votos vencedor e vencido percebe-se que os eminentes Desembargadores não dissentem acerca da tipicidade da conduta praticada pelo embargante.

De fato, não se tem dúvidas de que o ICMS é um tributo indireto. Nesse caso, o imposto é suportado pelo consumidor final e deve ser repassado ao Estado. Assim não agindo, incidiu o denunciado no tipo previsto no art. 2º, II, da Lei n. 8.137/1990.

Nesse sentido, aliás, há uma pletora de jugados desta Corte: Apelação Criminal n. 2014.083165-9, Des. Moacyr de Moraes Lima Filho, j. 24.02.2015; Apelação Criminal n. 2014.058243-3, de Criciúma, rel. Des. Cinthia Beatriz da Silva Bittencourt Schaefer, j. 19.02.2015; Apelação Criminal n. 2014.059808-9, Des. Paulo Roberto Sartorato, j. 04.11.2014.

Tal argumento, com todas as vênias, não é hábil a afastar, por si só, a aplicação da excludente supralegal da inexigibilidade de conduta diversa.

Ora, ainda que o fato seja típico, doutrina e jurisprudência vêm admitindo a aplicação da excludente supralegal de culpabilidade – inexigibilidade de conduta diversa – nos crimes contra a ordem tributária, inclusive nos impostos indiretos, como é o caso do ICMS. Contudo, a alegação de crise financeira depende de uma série de fatores a serem analisados à luz do caso concreto, conforme se extrai da doutrina de Andreas Eisele:

> "Nos crimes contra a ordem tributária, a questão tem relevância no âmbito do crime previsto no art. 2º, II, Lei nº 8.137/90, não se aplicando às demais hipóteses devido ao conteúdo fraudulento dessas condutas, evidenciando ardil, o que não se coaduna à análise normativa de conteúdo

ético e moral do instituto da inexigibilidade de conduta diversa, onde a boa-fé do agente é requisito.

Na hipótese de não recolhimento de valor de tributo ou contribuição social, descontado ou cobrado, na qualidade de sujeito passivo da obrigação, quando o agente justifica a conduta em face da situação conjuntural econômica, três situações podem ocorrer, quanto à destinação dos recursos:

a) a primeira ocorre quando o não recolhimento da receita tributária se verifica por absoluta impossibilidade econômica, devido à precária situação da gestão empresarial, que possui passivo superior ao ativo, ou falta de liquidez por longo período, evidenciando estágio preliminar de concordata ou falência, hipótese em que, se a situação não for decorrente de gestão fraudulenta, a omissão nos recolhimentos configura estado de necessidade, pois é o meio utilizado para se evitar o encerramento da atividade, optando, conscientemente, o agente pela lesão a um interesse juridicamente protegido para a proteção de outro;

b) a segunda se observa quando o contribuinte vende mercadoria com pagamento a prazo e, vencido o lapso temporal para o pagamento do tributo (ICMS) destacado na operação, não tenha ainda recebido o pagamento da receita. Nessa situação é admissível a excludente de culpabilidade, desde que o contribuinte demonstre boa-fé, evidenciada, por exemplo, no não aproveitamento do crédito decorrente das operações de entrada com pagamento diferido no tempo, nas quais o mesmo ainda não tenha efetuado o pagamento.

É difícil essa configuração na prática, pois, em face da permissão da legislação tributária, do creditamento das entradas em tal situação, o contribuinte tende a realizar o aproveitamento do crédito decorrente das entradas, inviabilizando a alegação a justificativa do não recolhimento dos tributos na forma em estudo, pois, caso assim aceitasse, estar-se-ia utilizando dois pesos e duas medidas ao mesmo objeto.

c) a terceira e mais comum hipótese se refere à necessidade de cobertura de folha de pagamento de salários de empregados ou fornecedores, sem disponibilidade financeira para suprir igualmente a obrigação tributária.

No caso, a presença de boa fé na conduta do agente se faz indispensável pela natureza do instituto, pois o que normativamente constitui o

> motivo justificador da conduta, de modo a excluir a culpabilidade, é a sua apreciação valorativa perante padrões ético-sociais e morais vigentes no meio em que exerce suas atividades o autor, o que é incompatível com a fraude.
>
> Dessa forma, ainda que se encontrasse o agente em situação de dificuldades financeiras e tivesse praticado o crime contra a ordem tributária para o pagamento de empregados, tal não se justifica moralmente a prática de ardil conduta ou outra modalidade criminosa fraudulenta contra o erário.
>
> Em todas as situações anteriores, por derivarem de fatos que, via de regra, são alegados em matéria de defesa (como modificadores da situação fática com reflexos de direito), o ônus da prova da veracidade do conteúdo das alegações compete ao contribuinte, nos termos do art. 156 do CPP, o que é incompatível, por exemplo, com eventual aumento de faturamento ou número comercial, com a abertura de filiais ou expansão das instalações" (*Crimes Contra a Ordem Tributária*. Dialética. São Paulo, 1998. p. 73-74)

Nesse norte, além do precedente do STF citado no voto vencido (Ação Penal n. 516, Min. Ayres Britto, j. 27.9.2010), ressalto recente julgado do STJ que, embora não tenha reconhecido no caso concreto a incidência da causa supralegal de culpabilidade, pois o processo não havia ainda sido instruído, admitiu a possibilidade de seu reconhecimento nos crimes tributários envolvendo ICMS. Veja-se:

> *"Por fim, alega em seu recurso o paciente que a empresa da qual era presidente enfrentava sérias dificuldades econômico-financeiras que impossibilitaram o pagamento da exação. Tal alegação não foi demonstrada de plano no writ o que por sua vez impede a verificação da inexigibilidade de conduta diversa apta a caracterizar a excludente. Nesse sentido: Não se revela possível reconhecer a inexigibilidade de conduta se não ficou evidenciada a alegada crise financeira da empresa, cabendo ao magistrado de primeiro grau melhor examinar a matéria após a instrução processual"* (STJ, RHC n. 34883/RN, Min. Felix Fischer, j. 02.10.2014).

Portanto, admite-se a precária condição financeira da empresa como causa supralegal de exclusão de culpabilidade. A dificuldade deve ser extrema ao ponto de não restar alternativa socialmente menos

danosa que não a falta do não recolhimento do tributo devido, o que deve ser aferido pelo julgador, assim como o elemento subjetivo do comportamento, ou seja, a boa-fé do denunciado, tudo diante de um critério valorativo de razoabilidade.

No caso, a meu sentir, o denunciado demonstrou com robustez a dificuldade financeira da empresa e sua boa-fé.

Mais uma vez, voto vencedor e vencido não dissentem acerca da existência de prova bastante a demonstrar a gravíssima crise financeira que a Busscar Ônibus S/A enfrentou desde final de 2008, principalmente a partir de 2010, que culminou com o pedido de recuperação judicial em 2011 e a decretação da falência em 2012, ainda em discussão judicial.

O réu, em seu interrogatório (mídia de fl. 426), afirmou ter passado a reter os valores relativos ao ICMS, sem deixar de informar ao fisco, com vistas ao pagamento dos operários e da matéria-prima, com o intuito de que as atividades da empresa não fossem paralisadas, depoimento que vem corroborado pelas demais provas.

A prova testemunhal (mídias de fls. 395 e 426) e todos os documentos já citados pelo eminente Desembargador Newton Varella Júnior (ver acórdão às fls. 1241-1242), corroboram a versão do réu e, de fato, demonstram a boa-fé deste, bem como a sua pretensão de recolher aos cofres públicos tão logo a empresa demonstrasse uma recuperação. E havia motivos para que o denunciado acreditasse na recuperação, mormente porque a Busscar Ônibus S/A, segundo os depoimentos de funcionários da empresa e de advogados que trabalhavam à época para empresa (CD de fl. 395; ver, especialmente, declarações da advogada Cyntia Mara de Souza Curi Araújo, 06'06" até 08'43"), teria um crédito com a União, ainda *sub judice* (STJ, Reclamação n. 4.421/DF, Min. Luiz Fux, j. 23.02.2011), de Imposto sobre Produto Industrializado (IPI), em um valor atualizado de cerca de 800 milhões de reais.

De outra parte, diferentemente do sustentado pelo eminente Magistrado sentenciante e pelos votos vencedores, a situação foi, sim,

excepcional, porquanto perdurou apenas no período de forte crise da empresa que culminou com a decretação falimentar do negócio.

Ademais, da única certidão de antecedentes criminais juntada aos autos (fls. 187-188), verifica-se que o denunciado respondia somente a mais uma ação penal (autos n. 038.11.029416-2), por dívidas de ICMS referentes aos meses de março, agosto, setembro e outubro de 2009, período próximo, portanto, àqueles que deram ensejo a presente ação penal – junho de 2008, novembro e dezembro de 2009, fevereiro a setembro de 2010 (autos n. 038.11.046337-1) – e também referentes ao período da forte crise da empresa, não sendo possível falar-se em reiteração de condutas. Nos autos n. 038.05.030471-0 e 038.05.046139-4, por sua vez, as ações sequer foram iniciadas, por ausência de denúncia, e nos autos n. 038.05.024940-9, foi extinta a punibilidade pelo pagamento.

Dessa forma, comprovada a situação de dificuldade econômica da empresa administrada pelo denunciado, atrelada à ausência de indícios de fraude pelo embargante, a incidência da excludente supralegal de culpabilidade de inexigibilidade de conduta diversa é medida impositiva no caso dos autos.

A prevalência do voto vencido, dessarte, é medida de rigor.

3. À vista do exposto, votei pelo conhecimento e provimento dos embargos infringentes, com vistas à prevalência do voto vencido e, por conseguinte, pela absolvição do embargante, nos termos do art. 386, VI, do CPP.

Florianópolis, 25 de março de 2015.

Getúlio Corrêa
DESEMBARGADOR

Embargos Infringentes n. 2015.013501-7, de São José

Relator: Des. Roberto Lucas Pacheco

> EMBARGOS INFRINGENTES. APELAÇÃO CRIMINAL. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. CRIMES DE LESÃO CORPORAL E AMEAÇA (CP, ART. 147). DECISÃO CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR MAIORIA. VOTO VENCIDO FUNDADO NA AUSÊNCIA DE PROVAS PARA A CONDENAÇÃO.
>
> VERSÃO ACUSATÓRIA EMBASADA EXCLUSIVAMENTE NA PALAVRA DA VÍTIMA. CONDUTA DELITIVA PRATICADA NA PRESENÇA DE OUTRAS PESSOAS. TESTEMUNHAS OUVIDAS EM JUÍZO QUE NÃO CONFIRMARAM A OCORRÊNCIA DAS AMEAÇAS. ELEMENTOS PROBATÓRIOS INSUFICIENTES A AMPARAR O DECRETO CONDENATÓRIO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO *IN DUBIO PRO REO*. ABSOLVIÇÃO DECRETADA COM FUNDAMENTO NO ART. 386, VII, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. PREVALÊNCIA DO VOTO DIVERGENTE.
>
> A palavra da vítima, como elemento de prova, deve ser considerada com especial atenção. Todavia, tal característica não afasta a necessidade de que a versão por ela apresentada encontre algum suporte probatório na prova judicializada, o que não ocorre no caso concreto.
>
> Se, da análise dos elementos probatórios contidos nos autos, não for possível extrair a certeza necessária da intenção do agente, a fim de sustentar a sentença condenatória prolatada no primeiro grau, a absolvição é medida que se impõe, com fundamento no art. 386, VII, do Código de Processo Penal, que prestigia o princípio consubstanciado na parêmia romana do *in dubio pro reo*.
>
> EMBARGOS INFRINGENTES ACOLHIDOS.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos Infringentes n. 2015.013501-7, da comarca de São José (Juizado Especial Criminal e de Violência Doméstica), em que é embargante Daniel Oliveira:

A Seção Criminal decidiu, por votação unânime, dar provimento aos presentes embargos infringentes para absolver o embargante do crime de ameaça. Custas legais.

O julgamento, realizado no dia 29 de abril de 2015, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Rui Fortes, com voto, e dele participaram os Exmos. Srs. Des. Salete Sommariva, Moacyr de Moraes Lima Filho, Jorge Schaefer Martins, Paulo Roberto Sartorato, Carlos Alberto Civinski, Rodrigo Collaço e Sérgio Rizelo, e os Des. Substitutos José Everaldo Silva e Volnei Tomazini. Funcionou como representante do Ministério Público o Exmo. Sr. Dr. Paulo Antônio Günther.

Florianópolis, 28 de abril de 2015.

Roberto Lucas Pacheco
RELATOR

RELATÓRIO

Na comarca de São José, o Ministério Público ofereceu denúncia contra o ora embargante, imputando-lhe a prática das condutas descritas nos arts. 129, § 9.º, e 147, *caput*, do Código Penal, combinados com o art. 7.º, I e II, da Lei n. 11.340/06, e no art. 129, *caput*, do Código Penal, pelos fatos assim narrados na peça acusatória (fls. II-III – *ipsis litteris*):

> 1. Compulsando os Autos do Inquérito Policial nº 064.12.02162-4/000, oriundos da Delegacia de Proteção a Criança, Adolescente, Mulher e Idoso de São José/SC, constata-se que, aos 21 dias do mês de maio de 2012, por volta das 21h40min, na residência localizada na Rua Reinaldo Ferreira de Souza, 713, Forquilhas, São José-SC, o denunciado, após breve discussão, prometeu causar mal injusto e grave à vítima Camila Correa Dias Gonçalves, sua ex-companheira e que lá estava para apanhar alguns bens que lhe pertenciam, afirmando à mesma que 'caso a mãe passasse mal a mataria', bem como, em seguida, apontou um revólver na direção da vítima, engatilhando-o e afirmando que 'comigo só resolvo aqui', referindo-se à arma de fogo.

> 2. Ato contínuo, o denunciado agrediu fisicamente a vítima, desferindo socos no rosto da mesma e puxando-a pelos cabelos até o quintal, causando as lesões corporais descritas no Laudo Pericial de fl. 25.
>
> 3. Outrossim, no mesmo contexto, o denunciado agrediu fisicamente a vítima Valmi Natalino Gonçalves, pai da ofendida, desferindo dois socos na cabeça do mesmo, quando este objetivava defender sua filha, causando também lesões corporais.

Concluída a instrução, o embargante foi condenado às penas de 4 meses de detenção e 15 dias de prisão simples, em regime aberto, pela prática dos crimes previstos nos arts. 129, § 9.º, e 147, *caput*, do Código Penal, combinados com o art. 7.º, I e II, da Lei n. 11.340/06, em concurso material com a contravenção penal do art. 21 do Decreto-Lei n. 3.688/41 (fls. 125-141).

Não resignado, o réu interpôs recurso de apelação objetivando a reforma da sentença para o fim de ser absolvido das imputações, afirmando que agiu em legítima defesa de terceiro. Subsidiariamente, requereu a desclassificação do crime de lesão corporal para a modalidade privilegiada e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ou *sursis*.

O recurso foi apreciado pela Segunda Câmara Criminal que, por maioria de votos, deu provimento parcial ao recurso, apenas para absolver o embargante da contravenção penal, por acórdão assim ementado (fls. 200-213):

> APELAÇÃO CRIMINAL – AMEAÇA E LESÃO CORPORAL NO ÂMBITO DOMÉSTICO (ART. 147 E ART. 129, § 9º, AMBOS DO CP, C/C LEI 11.340/06) – SENTENÇA CONDENATÓRIA – INSURGÊNCIA DA DEFESA – PRETENDIDO O RECONHECIMENTO DA LEGÍTIMA DEFESA DE TERCEIRO – TESE NÃO COMPROVADA – REQUISITOS DO ART. 25 DO CP NÃO PREENCHIDOS – DESPROPORCIONALIDADE ENTRE A CONDUTA DA VÍTIMA E A AGRESSÃO PRATICADA PELO RÉU – LAUDO PERICIAL QUE ATESTA AS LESÕES SOFRIDAS – CONDENAÇÃO MANTIDA.

CONTRAVENÇÃO PENAL DE VIAS DE FATO (DECRETO-LEI N. 3.688/41, ART. 21) – AGRESSÕES MÚTUAS – ABSOLVIÇÃO QUE SE IMPÕE.

DOSIMETRIA – PLEITO DE RECONHECIMENTO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO § 4° DO ART. 129 DO CP – NÃO OCORRÊNCIA – AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE QUE O RÉU TENHA ATUADO POR MOTIVO DE RELEVANTE VALOR SOCIAL, MORAL OU SOB DOMÍNIO DE VIOLENTA EMOÇÃO E APÓS INJUSTA PROVOCAÇÃO DA VÍTIMA – SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVA DE DIREITOS – IMPOSSIBILIDADE DIANTE DA VIOLÊNCIA À PESSOA – CONCESSÃO DO SURSIS – PEDIDO IDÊNTICO À TUTELA JURISDICIONAL ENTREGUE NA SENTENÇA – AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL – APELO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESTA EXTENSÃO, PARCIALMENTE PROVIDO.

A Desa. Salete Silva Sommariva ficou vencida em parte por entender que, com relação ao crime de ameaça, o réu também deveria ser absolvido, por não ter sido comprovada a prática de tal delito (fl. 214).

Inconformado com a decisão, o então apelante opôs os presentes embargos infringentes, com o objetivo de fazer prevalecer o voto divergente (fls. 216-223).

Os embargos foram admitidos (fl. 226) e distribuídos a este relator.

Lavrou parecer pela douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Paulo Antônio Günther, que opinou pelo não provimento dos embargos infringentes (fls. 229-234).

É o relatório.

VOTO

Analisando o caderno processual, infere-se, *data vênia*, que os elementos probatórios colhidos nos autos não permitem a condenação segura do embargante em relação ao crime de ameaça, devendo, portanto, prevalecer o voto vencido.

Na esfera administrativa, a vítima Camila Correa Dias Gonçalves narrou que, na contenda instaurada no dia dos fatos em razão da discussão entre ela e a mãe do acusado, este a teria ameaçado, "alegando que caso a mãe passasse mal a mataria"; disse também que "Daniel pegou um revólver cromado da estante e apontou em direção a declarante e engatilhou a arma dizendo 'comigo só resolvo aqui' se referindo à arma", mas que após ser por ela advertido o acusado guardou o revólver (fl. 8).

O pai da ofendida, que também estava presente no momento dos fatos, limitou-se a afirmar que Daniel a ameaçou, dizendo que iria matá-la (fl. 28).

Apesar de tais declarações, na fase judicial apenas a vítima seguiu afirmando ter sido ameaçada pelo embargante, narrando que "antes da mãe do acusado agredir fisicamente a informante, o acusado sacou de uma arma e disse 'comigo se resolve assim', engatilhando a mesma" (fl. 95). Seu pai, ouvido novamente, disse não saber se o acusado proferiu alguma ameaça contra ela, pois só presenciou o momento da agressão física.

Dessarte, em juízo, a versão da vítima viu-se desprovida de qualquer outro suporte probatório.

Contrapondo-se à tese acusatória, o embargante, em todas as vezes que ouvido, negou ter ameaçado sua ex-companheira, afirmando, inclusive que não tem arma de fogo (fls. 29 e 101). Tal versão foi corroborada por sua mãe e por sua irmã, testemunhas presenciais dos fatos (fls. 98-99).

Ora, a palavra da vítima, embora de grande relevância, não pode ser utilizada de forma isolada para amparar a condenação, ainda mais nesse caso em que, além dela, outras pessoas presenciaram a discussão entre o casal.

Não se olvida que a palavra da vítima, como elemento de prova, deve ser considerada com especial atenção. Todavia, tal característica não afasta a necessidade de que a versão por ela apresentada encontre algum

suporte probatório na prova judicializada, o que, a toda evidência, não se coaduna com o caso posto em julgamento.

É que, como consabido, mesmo nos delitos praticados no âmbito doméstico "as declarações da vítima, para legitimar a prolação de uma sentença condenatória, não devem se apresentar isoladas do contexto dos autos, afigurando-se imprescindível, para o acolhimento da denúncia fundada em fatos dessa natureza, que do referido elemento probatório resplandeça coerência e harmonia com todo o conteúdo destinado a formar a convicção do julgador, pois, do contrário, a absolvição é imperativa" (TJSC, Apelação Criminal n. 2009.040442-5, de Imaruí, rela. Desa. Salete Silva Sommariva, j. 3.11.2009).

O cenário, portanto, torna absolutamente temerária a manutenção da imposição de uma sanção criminal, com todas as suas graves implicações na vida do condenado, notadamente quando não houver respaldo mínimo na prova produzida na etapa do contraditório.

Assim, por não haver nos autos elementos que confiram a certeza necessária acerca do crime de ameaça imputado ao acusado, a absolvição é medida imperativa, devendo ser aplicado, *in casu*, o *princípio in dubio pro reo*.

Sobre a matéria, mudando o que deve ser mudado, este Tribunal de Justiça já decidiu:

> APELAÇÃO CRIMINAL. CRIMES DE AMEAÇA NO ÂMBITO DOMÉSTICO (LEI MARIA DA PENHA) E DE POSSE DE MUNIÇÃO DE USO PERMITIDO. SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DO ACUSADO [...] DELITO DE AMEAÇA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DOS FATOS ALEGADOS NA VESTIBULAR ACUSATÓRIA. VERSÕES APRESENTADAS PELA VÍTIMA, NAS FASES INDICIÁRIA E JUDICIAL, DIAMETRALMENTE OPOSTAS E INCONCLUSIVAS. DÚVIDA QUE PAIRA SOBRE A OCORRÊNCIA DOS FATOS. ABSOLVIÇÃO DECRETADA. [...] RECURSO CONHECIDO E

> PARCIALMENTE PROVIDO (Apelação Criminal n. 2014.024778-0, de Gaspar, rel. Des. Sérgio Rizelo, j. 12.8.2014).

Indubitavelmente, tal princípio, que se espraia por todo o sistema processual penal, incide também no âmbito dos delitos praticados contra a mulher no recinto doméstico, até mesmo porque a "Lei Maria da Penha não tem o condão de inverter o ônus da acusação de fazer provas sobre a materialidade e autoria do crime" (TJSC, Apelação Criminal n. 2013.064087-3, de Jaraguá do Sul, rel. Des. Jorge Schaefer Martins, j. 27.3.2014).

A esse respeito, esta Corte de Justiça assentou:

> APELAÇÃO CRIMINAL - LESÕES CORPORAIS COMETIDAS CONTRA MULHER NO ÂMBITO DOMÉSTICO E FAMILIAR (CP, ART. 129, §9º) - AUSÊNCIA DE DESIGNAÇÃO DE AUDIÊNCIA PREVISTA NO ART. 16 DA LEI 11.340/06 - FALTA DE CONDIÇÃO DE PROCEDIBILIDADE (CPP, 395, II) - NULIDADE EVIDENCIADA - APLICAÇÃO ANALÓGICA (CPP, ART. 3º) DO DISPOSTO NO ART. 549, §2º DO CPC - PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA E DA ECONOMIA PROCESSUAL - CONJUNTO PROBATÓRIO ANÊMICO - DÚVIDAS QUANTO AS LESÕES OCORRIDAS - ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS - EXEGESE DO ART. 386, VI, DO CPP.
>
> [...] II - No processo penal, a dúvida não pode militar em desfavor do réu, haja vista que a condenação, como medida rigorosa e privativa de uma liberdade pública constitucionalmente assegurada (CF/88, art. 5º, XV, LIV, LV, LVII e LXI), requer a demonstração cabal da autoria e materialidade. Nesse diapasão, em se verificando nos autos a existência de provas conflitantes quanto à autoria do delito, a absolvição é medida que se impõe, em observância ao princípio do *in dubio pro reo* (Apelação Criminal n. 2009.012344-6, da Capital, rela. Desa. Salete Silva Sommariva, j. 16.6.2009).

Nesse panorama, inviável a manutenção da condenação pelo crime de ameaça (CPP, art. 386, VII).

À vista do exposto, deve-se acolher os presentes embargos infringentes para absolver o embargante do crime de ameaça.

É como voto.

PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL

Apelação Criminal n. 2014.072518-1, de Itapiranga

Relator: Des. Carlos Alberto Civinski

PENAL. PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME PRATICADO POR PARTICULAR CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E CRIME DE TRÂNSITO. DESACATO E PERMITIR A DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR A PESSOA NÃO HABILITADA (ART. 331 DO CÓDIGO PENAL E 310 DA LEI 9.503/1997). SENTENÇA CONDENATÓRIA. OFENSA PERPETRADA À AUTORIDADE POLICIAL COMPROVADA. EXPRESSÕES UTILIZADAS PARA HUMILHAR E DENEGRIR O TRABALHO DE AGENTE PÚBLICO. VALIDADE DO DEPOIMENTO COLHIDO DOS POLICIAIS MILITARES. ALEGADA ATIPICIDADE DO CRIME DE TRÂNSITO. MERO ILÍCITO ADMINISTRATIVO. INOCORRÊNCIA. PRECEDENTE COLACIONADO QUE SE REFERE A DISPOSITIVO LEGAL DIVERSO. MATERIALIDADE E AUTORIA INCONTESTE. PEDIDO DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. SENTENÇA MANTIDA.

- Comete o crime de desacato o agente que, ao ser abordado pelos policiais militares, ofende-os com palavras de baixo calão, humilhando-os no exercício de sua atividade.

- Constitui conduta típica, prevista no art. 310 da Lei 9.503/1997 a permissão a pessoa não habilitada a direção de veículo automotor.

- Inexiste interesse recursal no pedido de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, quando já atendido o pleito em primeiro grau.

- Parecer da PGJ pelo conhecimento e o desprovimento do recurso.

- Recurso parcialmente conhecido e desprovido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 2014.072518-1, da comarca de Itapiranga (Vara Única), em que é apelante Luiz Baumgratz, e apelado Ministério Público do Estado de Santa Catarina:

A Primeira Câmara Criminal decidiu, por votação unânime, conhecer em parte do recurso e negar-lhe provimento. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Desembargador Paulo Roberto Sartorato, com voto, e dele participou o Desembargador José Everaldo Silva.

Florianópolis, 27 de janeiro de 2015.

Carlos Alberto Civinski
RELATOR

RELATÓRIO

Denúncia: o Ministério Público ofereceu denúncia em face de Luiz Baumgratz, dando-o como incurso nas sanções do art. 331 do Código Penal e art. 310 da Lei 9.503/1997, em razão dos seguintes fatos:

> No dia 28 de março de 2013, por volta das 18h00min, na via pública da Linha Baumgratz, interior do município de Tunápolis/SC, o denunciado **Luiz Baumgratz** permitiu que seu filho menor F. B. (nascido em 25.06.1996), conduzisse veículo automotor (uma motocicleta de propriedade do denunciado), na referida via pública sem possuir Carteira Nacional de Habilitação.
>
> Restou apurado que, na mesma data, hora e local, durante os procedimentos concernentes à abordagem da infração supra, o denunciado desacatou e menosprezou os policiais militares Jucione de Castro e Douglas Ecco, os quais estavam no exercício de suas funções, afirmando"vocês estão fazendo um serviço de merda", "você comem a carne de porco que eu crio", "nós sustentamos vocês" (fls. II/III).

Sentença: o Juiz de Direito Rodrigo Pereira Antunes julgou procedente a denúncia para condenar Luiz Baumgratz pela prática dos crimes previstos no art. 331 do Código Penal e art. 310 da Lei 9.503/1997, ao cumprimento de pena privativa de liberdade de 1 (um) ano de detenção, em regime inicial aberto, substituída por uma pena restritiva de direitos, consistente na prestação de serviços à comunidade (fls. 112-120).

Trânsito em julgado: muito embora não certificado pelo Juízo *a quo*, verifica-se que a sentença transitou em julgado para o Ministério Público.

Recurso de apelação de Luiz Baumgratz: a defesa interpôs recurso de apelação, no qual sustentou que:

a) inexistem provas da ocorrência do crime de desacato, ou seja, da intenção livre e consciente de humilhar e menosprezar os policiais, fundada a condenação unicamente nos relatos dos agentes públicos;

b) as testemunhas e o próprio apelante afirmam que as palavras descritas pelos policiais jamais foram pronunciadas por ele, sendo que o mero tratamento ríspido não é suficiente para caracterizar o ilícito em exame;

c) os agentes levaram longa data para registrar o ocorrido, tendo aguardado a publicação do apelado, na *internet*, em forma de desabafo;

d) a autorização concedida ao filho do apelante para conduzir motocicleta não constitui crime, mas tão somente infração administrativa, o que demanda a aplicação, por analogia, do art. 397, III, do Código de Processo Penal.

Requereu o conhecimento e o provimento do recurso para reformar a sentença, de modo a absolvê-lo das condutas narradas na denúncia e, alternativamente, substituída a pena por restritivas de direitos (fls. 131-137).

Contrarrazões do Ministério Público: a acusação impugnou as razões recursais, ao argumento de que:

a) encontra-se plenamente comprovada a prática do crime descrito no art. 331 do Código Penal, tendo o apelante, inclusive, postado em página de rede social o seu inconformismo, logo após a saída dos agentes;

b) os precedentes acostados pela defesa referem-se ao art. 309 da Lei 9.503/1997 e não se aplicam ao crime descrito no art. 310 do referido diploma legal.

Postulou o conhecimento do recurso e a manutenção da sentença condenatória (fls. 142-148).

Parecer da PGJ: a Procuradora de Justiça Heloísa Crescenti Abdalla Freire opinou pelo conhecimento e o desprovimento do recurso (fls. 155-158).

Este é o relatório.

VOTO

1 Crime de desacato (art. 331 do Código Penal)

O crime e desacato está previsto no artigo 331 do Código Penal, de modo que o seus preceitos primário e secundário assim dispõem:

> Art. 331 - Desacatar funcionário público no exercício da função ou em razão dela:
>
> Pena - detenção, de seis meses a dois anos, ou multa.

Segundo Celso Delmanto e *et al*, o objeto jurídico do crime de desacato é a Administração Pública, especialmente o respeito à função pública, sendo que o núcleo desacatar traz o sentido de ofender, menosprezar, humilhar, menoscabar (*Código penal comentado*. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 665).

O doutrinador Rogério Greco leciona sobre o crime de desacato:

> O núcleo desacatar deve ser entendido no sentido de faltar como devido respeito, afrontar, menosprezar, menoscabar, desprezar, profanar. Conforme esclarece Hungria "a ofensa constitutiva do desacato é qualquer palavra ou ato que redunde em vexame, humilhação, desprestígio ou irreverência ao funcionário. É a grosseira falta de acatamento, podendo constituir em palavras injuriosas, difamatórias ou caluniosas, vias de fato, agressão física, ameaças, gestos obscenos, gritos agudos, etc. (Código penal comentado, 2ª ed., 2009, p. 792/793).

Extrai da doutrina de Fernando Capez, para quem o crime de desacato,

> Consuma-se no momento em que os atos ofensivos são praticados (vias de fato, lesão corporal, gestos, gritos etc.) ou as palavras ultrajantes são irrogadas (calúnia, injúria, difamação) contra o funcionário público [...] Trata-se de crime formal, de maneira que não se exige que o funcionário público se sinta ofendido com os atos praticados (*Curso de direito penal*. v. 3. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 512).

Nesse sentido, cita-se o seguinte julgado desta Câmara:

> APELAÇÃO CRIMINAL. CONTRAVENÇÃO PENAL DE VIAS DE FATO, PRATICADO COM VIOLÊNCIA DOMÉSTICA (ART. 21 DA LCP C/C LEI N. 11.340/2006). CRIMES DE DESACATO E RESISTÊNCIA (ART. 331 E 339, AMBOS DO CÓDIGO PENAL). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA. PLEITO ABSOLUTÓRIO. AUSÊNCIA DE CULPABILIDADE. CONDUTAS PRATICADAS QUE NÃO PODEM SER CONSIDERADAS CRIMES. INVIABILIDADE.
>
> CONTRAVENÇÃO PENAL DE VIAS DE FATO (ART. 21 DA LCP). MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS DEMONSTRADAS. CONFISSÃO JUDICIAL DO RÉU EVIDENCIANDO A PRÁTICA DA VIOLÊNCIA, ALÉM DAS PALAVRAS DA VÍTIMA HARMÔNICAS E COERENTES COM OS DEMAIS ELEMENTOS DO CONJUNTO PROBATÓRIO. ABSOLVIÇÃO INVIÁVEL.
>
> CRIME DE DESACATO (ART. 331 DO CÓDIGO PENAL). AGENTE QUE PROFERE PALAVRAS OFENSIVAS A POLICIAIS

> MILITARES. AUTORIA E MATERIALIDADE DELITIVAS COMPROVADAS PELAS DECLARAÇÕES DAS VÍTIMAS E DA TESTEMUNHA QUE PRESENCIOU O FATO.
>
> CRIME DE RESISTÊNCIA (ART. 329 DO CÓDIGO PENAL). RÉU QUE AGREDIU FISICAMENTE E AMEAÇOU AGENTES ESTATAIS NO MOMENTO DA PRISÃO EM FLAGRANTE. OPOSIÇÃO VIOLENTA À EXECUÇÃO DE ATO LEGAL COMPROVADA. EMBRIAGUEZ VOLUNTÁRIA DO RÉU. SITUAÇÃO QUE NÃO AFASTA SUA RESPONSABILIDADE (ART. 28, II, DO CP). MANUTENÇÃO DA CONDENAÇÃO QUE SE IMPÕE.
>
> RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO (Apelação Criminal 2011.023547-0, Rel.ª Des.ª Marli Mosimann Vargas, j. 6-12-2011, v. u., grifou-se).

No caso apurado na presente ação penal, a materialidade está demonstrada pelo boletim de ocorrência de fls. 11/12, pela notificação (fl. 16) e depoimentos colhidos na fase indiciária e judicial.

A autoria é demonstrada pela prova testemunhal colhida na audiência de instrução e julgamento.

Os policiais militares Jucione de Castro e Douglas Ecco, confirmaram em juízo, que o apelante, por mais de uma vez, os agrediu verbalmente, proferindo as palavras constantes na denúncia: "vocês estão fazendo um serviço de merda", "você comem a carne de porco que eu crio", "nós sustentamos vocês" (CD de fls. 86 e 90).

Noutra ponta, o apelante, nas duas oportunidades em que foi interrogado, negou a prática do crime de desacato ou perturbação ao trabalho dos policiais, tendo afirmado que apenas tentou argumentar que a motocicleta apreendida não foi aquela vista em poder de seu filho (fl. 90).

A fala das informantes arroladas pela defesa Klaudinei Klauck, Junior Schweickert e Rudnei Baumgratz, por sua vez, confirmaram a versão do apelante (CD de fl. 90).

Nesse passo, em que pese o esforço da defesa, não pairam dúvidas de que o apelante dirigiu aos agentes públicos as palavras previamente descritas, no exercício de sua função. A certeza, inclusive, é reforçada pela postagem realizada em rede social na *internet*, feita pelo apelante. Porquanto, apesar de não repetir as expressões empregadas, não deixa dúvidas sobre o estado de ânimo no momento em que os fatos se deram (fls. 28/29).

Encontrando-se os policiais no exercício de sua função, as palavras proferidas pelo apelante, sobretudo no contexto em que se deram, evidenciaram nítido menosprezo e indiferença à ação desenvolvida, em claro confronto com a norma penal descrita no art. 331 do Código Penal.

Desta feita, as ofensas proferidas pelo apelante evidenciam a prática do crime de desacato, razão pela qual se impõe a manutenção da condenação.

2 Do crime de permissão de direção de veículo à pessoa não habilitada (art. 310 da Lei 9.503/1997)

No tocante ao crime descrito no art. 310 da Lei 9.503/1997, o apelante não trouxe argumentos a afastar a materialidade e autoria, porquanto limitou-se a alegar a atipicidade da conduta, por constituir mera infração administrativa.

Contudo, os precedentes trazidos à tona pela defesa, extraídos do Superior Tribunal de Justiça, referem-se ao crime descrito no art. 309 da Lei 9.503/1997.

Ao passo que é pacífico o entendimento de que a conduta praticada constitui ilícito penal:

> APELAÇÃO CRIMINAL. ENTREGA DE DIREÇÃO DE VEÍCULO A ADOLESCENTE SEM HABILITAÇÃO (ART. 310 DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO). RECURSO DA DEFESA. AUTORIA E MATERIALIDADE NÃO CONTESTADAS. INVOCADA

EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELA PRESCRIÇÃO RETROATIVA. MARCOS INTERRUPTIVOS DA PRESCRIÇÃO IGNORADOS PELA DEFESA. HIPÓTESE DO ART. 109, INCISO VI, DO CÓDIGO PENAL NÃO CARACTERIZADA. PREJUDICIAL REJEITADA. PEDIDO ABSOLUTÓRIO, EX OFFICIO, PELA PROCURADORIA DE JUSTIÇA, SOB A ALEGAÇÃO DE ATIPICIDADE MATERIAL DA CONDUTA. IRRELEVÂNCIA. DELITO DE PERIGO ABSTRATO. SENTENÇA CONDENATÓRIA MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. (Apelação Criminal 2013.027898-8, Primeira Câmara Criminal, rel. Des. José Everaldo Silva, j. 20-05-2014, v.u.).

PRELIMINAR ARGUIDA PELA PROCURADORIA GERAL DE JUSTIÇA. APELAÇÃO CRIMINAL. RECURSO ENDEREÇADO À TURMA RECURSAL. COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA PARA JULGAR O FEITO. FEITO QUE TRAMITOU PERANTE O JUÍZO COMUM. "Ainda que se trate de infração de menor potencial ofensivo, tendo o feito tramitado perante a Justiça Comum, ante a inexistência de Juizado Especial instalado na comarca, não há que se falar em competência da Turma Recursal para apreciar o recurso de apelação interposto contra a sentença condenatória, já que este, pelo princípio da perpetuatio jurisdictionis, deve ser examinado pelo órgão jurisdicional hierarquicamente superior que, no caso concreto, é uma das Câmaras Criminais do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina" (STJ, HC n. 127.904/SC, rel. Min. Jorge Mussi, Quinta Turma, j. em 3-5-2011). CRIME DE TRÂNSITO. PERMISSÃO DE DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR À PESSOA NÃO HABILITADA. ARTIGO 310 DA LEI N. 9.503/97. SENTENÇA QUE REJEITOU A DENÚNCIA POR AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL, ANTE O RECONHECIMENTO DA ATIPICIDADE. INSURREIÇÃO DO ÓRGÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. ENTENDIMENTO DO JUÍZO A QUO A RESPEITO DA NATUREZA DO CRIME. PERIGO CONCRETO. TESE INSUBSISTENTE. JURISPRUDÊNCIA PACÍFICA DA QUINTA TURMA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. CRIME DE PERIGO ABSTRATO. DESNECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DO EFETIVO POTENCIAL LESIVO DA CONDUTA AO BEM JURIDICAMENTE TUTELADO.

> FATO NARRADO NA DENÚNCIA QUE SE AFIGURA TÍPICO. RESTABELECIMENTO DO ANTERIOR RECEBIMENTO DA EXORDIAL ACUSATÓRIA. PROSSEGUIMENTO DA AÇÃO PENAL QUE SE IMPÕE. "[...] O delito previsto no art. 310 do Código de Trânsito Brasileiro é de perigo abstrato, sendo desnecessária, para o regular prosseguimento da ação penal, a demonstração da potencialidade lesiva da conduta do agente. Precedentes [...]" (STJ, RHC 41.450/MG, rel. Min. Regina Helena Costa, Quinta Turma, j. 25-03-2014). RECURSO PROVIDO. (Apelação Criminal 2014.011679-1, Quarta Câmara Criminal, rel. Des. Jorge Schaefer Martins, j. 16-10-2014, v.u.).

Do Superior Tribunal de Justiça:

> AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. 1. JULGAMENTO POR DECISÃO MONOCRÁTICA DE RELATOR. OFENSA AO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. 2. PERMITIR, CONFIAR OU ENTREGAR A DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR A PESSOA NÃO HABILITADA (ART. 310, DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO). AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA PARA AÇÃO PENAL PELA FALTA DE DEMOSTRAÇÃO DO PERIGO CONCRETO DECORRENTE DA CONDUTA DO ACUSADO. DESNECESSIDADE. CRIME DE PERIGO ABSTRATO. 3. RECURSO DESPROVIDO.
>
> 1. Com base nos arts. 38, da Lei nº 8.038/90; 557, caput, do CPC; e, 34, XVIII, do RISTJ, pode o relator negar seguimento a recurso ou a pedido manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou jurisprudência dominante, sem que se configure ofensa ao princípio da colegialidade.
>
> 2. A jurisprudência desta Eg. Quinta Turma já definiu que "o delito previsto no art. 310 do Código de Trânsito Brasileiro é de perigo abstrato, sendo desnecessária, para o regular prosseguimento da ação penal, a demonstração da potencialidade lesiva da conduta do agente" (RHC 41.450/MG, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, DJe 31.3.14).
>
> 3. Agravo regimental não provido (AgRg no RHC 41.922/MG, Quinta Turma, rel. Min. Moura Ribeiro, j. 8-4-2014, v.u.).

> RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. CRIME DO ART. 310 DA LEI N.º 9.503/97 (CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO). PERMITIR, CONFIAR OU ENTREGAR A DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR A PESSOA NÃO HABILITADA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. MEDIDA EXCEPCIONAL.
>
> PRESCINDIBILIDADE DA DEMONSTRAÇÃO DE POTENCIALIDADE LESIVA DA CONDUTA. DELITO DE PERIGO ABSTRATO. RECURSO NÃO PROVIDO.
>
> 1. O trancamento da ação penal pela via de habeas corpus ou do recurso em habeas corpus é medida de exceção, que só é admissível quando emerge dos autos, de forma inequívoca, a inocência do acusado, a atipicidade da conduta ou a extinção da punibilidade.
>
> 2. O Paciente entregou a direção de uma motocicleta a uma pessoa inabilitada, sendo denunciado por suposta prática do delito do art. 310 da Lei n.º 9.503/97 (Código de Trânsito Brasileiro). A Defesa sustenta ser o caso de trancamento da ação penal em razão da ausência de demonstração de efetiva potencialidade lesiva da conduta.
>
> 3. Todavia, a Quinta Turma deste Corte Superior entende que o crime do precitado art. 310 é de perigo abstrato, dispensando, assim, a demonstração de dano concreto da conduta daquele que permite, confia ou entrega a direção de veículo automotor a pessoa não habilitada, com habilitação cassada ou com o direito de dirigir suspenso, ou, ainda, a quem, por seu estado de saúde, física ou mental, ou por embriaguez, não esteja em condições de conduzi-lo com segurança.
>
> 4. Recurso ordinário não provido (RHC 40.288/MG, Quinta Turma, Relª. Minª Laurita Vaz, j. 10-12-2013, v.u.)

Logo, reconhecida a tipicidade da conduta praticada, mantém-se a condenação.

3 Substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos

Por fim, não se conhece a existência de interesse recursal no pedido formulado para substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, uma vez que já atendido na sentença condenatória.

Ante o exposto, vota-se pelo conhecimento parcial do recurso e pelo seu desprovimento.

Este é o voto.

Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2014.076393-0, de Araranguá

Relatora: Desa. Marli Mosimann Vargas

APELAÇÃO CRIMINAL (RÉU PRESO). CRIME CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL (ART. 217-A, C/C O AR. 226, II, AMBOS DO CÓDIGO PENAL) E AMEAÇA (ART. 147, C/C O ART. 61, II, "E", "F" E "H", AMBOS DO CÓDIGO PENAL). SENTENÇA CONDENATÓRIA.

RECURSO MINISTERIAL.

AUMENTO DA PENA-BASE. RECONHECIMENTO DESFAVORÁVEL DA CULPABILIDADE, CIRCUNSTÂNCIAS E CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. INVIABILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS INERENTES AO TIPO PENAL. ANÁLISE ESCORREITA PELO MAGISTRADO *A QUO*. PENA-BASE MANTIDA.

RECONHECIMENTO DA AGRAVANTE GENÉRICA PREVISTA NO ART. 61, II, "F", DO CÓDIGO PENAL. NÃO CABIMENTO. PENA EXASPERADA DIANTE DA INCIDÊNCIA DA CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO PREVISTA NO ART. 226, II, DO MESMO DIPLOMA, QUE, POR SER ESPECÍFICA, SE SOBREPÕE. OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO *NON BIS IN IDEM*.

"A circunstância referente à prática do estupro com prevalência de relações domésticas não pode ser considerada para majorar a reprimenda do agente na terceira fase do cálculo, com fulcro na majorante insculpida no art. 226, II, do Código Penal, e, simultaneamente, na segunda fase da dosimetria, com base na agravante prevista no art. 61, inciso II, alínea "f", do mesmo diploma legal, pois tal medida configuraria inaceitável dupla valoração pelo mesmo fato, ou *bis in idem*" (TJSC - Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2013.077868-4, de Araquari, rel. Des. Paulo Roberto Sartorato, Primeira Câmara Criminal, j. 17-12-2013).

RECURSO DEFENSIVO.

ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS DEVIDAMENTE COMPROVADAS NOS

AUTOS. APELANTE QUE, SE VALENDO DO FATO DE SER PAI DA VÍTIMA E DE ESTA ESTAR PERNOITANDO EM SUA RESIDÊNCIA, CONSTRANGE-A À PRÁTICA DE CONJUNÇÃO CARNAL. PALAVRAS FIRMES E COERENTES DA INFANTE CORROBORADAS PELOS RELATOS DE SEU IRMÃO E SUA GENITORA. RELEVÂNCIA PROBATÓRIA. MANUTENÇÃO DA CONDENAÇÃO.

RECONHECIMENTO DO DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. NÃO CABIMENTO. RÉU QUE PERMANECEU SEGREGADO DURANTE A TRAMITAÇÃO DO PROCESSO.

RECURSOS CONHECIDOS E DESPROVIDOS.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2014.076393-0, da comarca de Araranguá (1ª Vara Criminal), em que é apte/apdo Ministério Público do Estado de Santa Catarina, e apdo/apte J. M.:

A Primeira Câmara Criminal decidiu, por votação unânime, conhecer dos recursos e negar-lhes provimento. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, o Exmo. Sr. Des. Paulo Roberto Sartorato e o Exmo. Sr. Des. José Everaldo Silva.

Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça participou o Exmo. Sr. Procurador Rogério Antônio da Luz Bertoncini.

Florianópolis, 10 de março de 2015.

Marli Mosimann Vargas
PRESIDENTE E RELATORA

RELATÓRIO

O representante do Ministério Público da 1ª Vara Criminal da comarca de Araranguá ofereceu denúncia contra J. M. pela prática do

crime descrito no art. 217-A, *caput*, c/c os arts. 61, II, "f", e 226, II; e art. 147, c/c o art. 61, II, "e", "f" e "h", todos do Código Penal, pois, segundo narra a inicial acusatória (fls. II-III):

> [...] No dia 12 de outubro de 2013, por volta das 22 horas, aproveitando-se do fato de sua filha S. T. P. M. (10 anos de idade) pernoitar em sua residência [...] nesta comarca de Araranguá, o denunciado **J. M.**, dando vazão a seus mais bestiais instintos, abusou sexualmente da vítima, introduzindo seu pênis no órgão genital da criança, com ela praticando conjunção carnal – laudo pericial de fl. 5.
>
> Ainda, após o lamentável fato, o denunciado ameaçou a filha de lhe causar mal injusto e grave, acaso relatasse o crime para a genitora, dizendo: *"se tu contar, tu já sabe, eu posso botar tua vida, mas também posso tirar"* (sic). (grifos do original)

Encerrada a instrução do processo, o Magistrado *a quo* julgou parcialmente procedente o pedido formulado na denúncia e condenou J. M. à pena privativa de liberdade de 12 (doze) anos de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do crime descrito no art. 217-A, c/c o art. 226, II; e 2 (dois) meses de detenção, em regime inicial aberto, pela prática do delito previsto no art. 147, c/c o art. 61, II, "e", "f" e "h", todos do Código Penal (fls. 103-117).

Inconformados, o Ministério Público e o réu – de próprio punho – interpuseram recurso de apelação (fls. 119 e 133).

Em suas razões, o órgão ministerial requer a majoração da pena-base ante a análise desfavorável da culpabilidade, circunstâncias e consequências do crime, na primeira fase da dosimetria. Postula, ainda, o reconhecimento da agravante descrita no 61, II, "f", do Código Penal haja vista que o apelado se prevaleceu das relações domésticas para a prática do crime e a referida agravante não se confunde com a causa de aumento prevista no art. 226, II, do Código Penal, não configurando bis in idem (fls. 124-132).

A defesa, por sua vez, almeja a absolvição do apelante, ao argumento de que não existem elementos de prova suficientes para embasar o édito

condenatório. Subsidiariamente, postula a revogação da prisão preventiva, porquanto inexistem fundamentos constitucionais e legais para ensejar a custódia cautelar do apelante (fls. 163-175).

As contrarrazões foram apresentadas às fls. 176-181 e 183-188.

Lavrou parecer pela douta Procuradoria-Geral de Justiça a Exma. Sra. Dra. Cristiane Rosália Maestri Böell, manifestando-se pelo conhecimento e não provimento do reclamo interposto pela defesa; e pelo conhecimento e provimento do recurso ministerial, *"a fim de que seja operada a reforma da sentença, para a readequação da pena-base aplicada, devendo esta ser majorada, na primeira fase dosimétrica, no patamar de 1/6 para cada circunstância judicial negativa, bem como reconhecer na segunda fase a agravante prevista no art. 61, inciso II, alínea "f", do Código Penal"* (fls. 193-202).

Este é o relatório.

VOTO

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conhece-se dos recursos e passa-se à análise dos seus objetos.

1 RECURSO MINISTERIAL

1.1 AUMENTO DA PENA-BASE

O representante do *parquet* postula o aumento da reprimenda ante o reconhecimento desfavorável da culpabilidade – que merece maior reprovabilidade, tendo em vista a idade da vítima quando o delito se consumou, a qual contava apenas com 10 anos de idade, inexistindo total capacidade de compreensão –, das circunstâncias – porquanto o crime o foi praticado no dia das crianças e a vítima teve sua boca tapada, o que impossibilitou que solicitasse a ajuda de terceiros, tornando a ação mais gravosa – e das consequências do crime – pois deixou marcas psicológicas

irreparáveis na vítima, que até os dias atuais passa por acompanhamento psicológico.

Sem razão.

Extrai-se da sentença (fls. 114-115):

> Na forma do artigo 68 do CP, atento, na fixação da pena-base às circunstâncias judiciais do acusado, observando os preceitos norteadores do artigo 59, também do CP. Considerando que os delitos foram praticados no mesmo contexto fático, para evitar tautologia procedo à apreciação única das circunstâncias judiciais, pontuando eventuais peculiaridades de cada um dos crimes praticados pelo réu:a) o réu agiu com culpabilidade normal na perpetração dos delito praticados. A consciência e a vontade no momento de sua prática integram o elemento subjetivo dos respectivos tipos penais e, portanto, a culpabilidade não merece desvaloração; b) o réu não possui maus antecedentes; c) a conduta social do réu não foi abonada, tão pouco desprestigiada por testemunhas; d) esse juízo não possui conhecimentos técnicos para avaliar a personalidade do imputado; e) os motivos dos crimes praticados, por serem ínsitos aos tipos penais, não demandam desvaloração; f) as circunstâncias do crime foram devidamente relatadas nos autos e consideradas para a caracterização dos tipos penais e suas figuras periféricas; g) os delitos importaram à vitima consequências próprias de cada conduta delituosa apenada, não havendo registro de traumas ou sequelas físicas ou psicológicas à menor, que vem se recuperando com auxílio médico e familiar; h) a vítima em nada contribuiu para os delitos.
>
> Diante do exposto, considerando a análise anterior, fixo em 8 anos de reclusão a pena base para o delito de estupro de vulnerável.
>
> Quanto ao crime de ameaça, considerando que o art. 147 do CP cumula de forma alternativa pena de detenção e a pena de multa para a punição do delito praticado, com base na análise das circunstâncias judiciais e, ainda, nas peculiaridades do caso em concreto, entendo que a imposição de multa pecuniária não preenche os requisitos de suficiência e necessidade pertinentes à repreensão do delito praticado, uma vez que a situação econômica do apenado, além de lhe impossibilitar o cumprimento da reprimenda, gerará a completa ineficácia prática da sanção imposta. Assim, fixo em 1 (um) mês de detenção a pena base do crime de ameaça.

Como se vê, agiu com acerto o Magistrado *a quo* ao fixar a pena-base e, em que pese os argumentos expostos pelo representante ministerial, denota-se que se tratam de fundamentos inerentes à imputabilidade penal e pressuposto de aplicação da pena, não devendo ser utilizados para a majoração da reprimenda na primeira fase dosimétrica.

Em caso análogo, esta Corte já decidiu:

> [...] PLEITO MINISTERIAL. RECONHECIMENTO DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DE PERSONALIDADE E CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME COMO DESFAVORÁVEIS AO RÉU. IMPOSSIBILIDADE. EM RELAÇÃO À PERSONALIDADE, INEXISTÊNCIA DE ELEMENTOS CAPAZES DE DEMONSTRAR O SEU DESVIRTUAMENTO E, NO TOCANTE ÀS CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME, FATOS INERENTES AO TIPO PENAL. (Apelação Criminal n. 2014.040005-2, de São Carlos, desta relatora, j. 21-10-2014)

E:

> APELAÇÃO CRIMINAL - CRIMES DE ROUBO CIRCUNSTANCIADO (CP, ART. 157, §2º, I E II) E CORRUPÇÃO DE MENORES (LEI N. 8.069/90, ART. 244-B) - RECURSO DA DEFESA - PRETENSA REUNIÃO DE AÇÕES PENAIS E O RECONHECIMENTO DA CONTINUIDADE DELITIVA - CONEXÃO INVIÁVEL - INTELIGÊNCIA DA SÚMULA 235 DO STJ - MATÉRIA A SER DIRIMIDA PELO JUÍZO DA EXECUÇÃO - NÃO CONHECIMENTO NO PONTO - IRRESIGNAÇÃO MINISTERIAL - DOSIMETRIA - ALMEJADO AUMENTO NA REPRIMENDA BASE ANTE O RECONHECIMENTO DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS (CP, ART. 59) - INVIABILIDADE - FATORES INERENTES AO TIPO PENAL EM EXAME - SENTENÇA MANTIDA.
>
> [...]
>
> II - Em atenção ao princípio constitucional de individualização da pena (CF/88, art. 5º, XLVI), o qual é assegurado por intermédio da análise das 8 (oito) circunstâncias que envolvem a conduta criminosa, estabelecidos no art. 59 do estatuto repressivo, e que atuam como mecanismos para o

> exercício da dosimetria, pressupõe-se que nenhuma pena deve exacerbar o limite para a eficaz repressão e prevenção criminais, tudo no sentido de se evitar a imposição de reprimendas desproporcionais e contraproducentes.
>
> Assim, em se verificando que a culpabilidade, os antecedentes criminais, a personalidade, a conduta social, os motivos e as consequências do delito não restaram demonstrados tecnicamente ou são, em sua maioria, normais à espécie, isto é, inerentes ao tipo penal em comento (roubo), razão não há para motivar a majoração da reprimenda, devendo a sentença ser mantida nesse aspecto. (Apelação Criminal n. 2013.086923-9, de Joinville, rela. Desa. Salete Silva Sommariva, Segunda Câmara Criminal, j. 20-5-2014)

Destarte, malgrado seja reprovável a conduta perpetrada pelo apelado, não se vislumbra que a culpabilidade, as circunstâncias e as consequências do delito tenham superado os limites do resultado normal para um crime de natureza sexual, o que impossibilita o acolhimento do pleito.

1.2 RECONHECIMENTO DA AGRAVANTE DESCRITA NO ART. 61, II, "F", DO CÓDIGO PENAL

O Ministério Público requer, ainda, o reconhecimento da agravante descrita no art. 61, II, "f", do Código Penal, ao argumento de que o apelado se prevaleceu das relações domésticas para a prática do crime, pois era pai da vítima.

Melhor sorte não lhe assiste.

Nos crimes de estupro, a aplicação tanto da agravante genérica prevista no art. 61, II, "f", do Código Penal, quanto a causa especial de aumento de pena prevista no art. 226, II, do referido Diploma está dissociada do texto expresso da lei penal e ofende o princípio do *non bis in idem*.

O tema, inclusive, faz parte de discussões travadas nos Tribunais.

Extrai-se da Sentença:

[...] Devidamente enquadradas as condutas do réu nos tipos penais previstos nos artigos 217-A, *caput* e 147 do CP, passo à análise das circunstâncias periféricas à figura delitiva primária.

Considerando que a vítima do delito, além de ser descendente do acusado, era criança à época dos fatos, presentes as circunstâncias agravantes de pena previstas no art. 61, II, "e" e "h". Outrossim, tendo em vista que as condutas praticadas pelo réu assim o foram mediante prevalência de relações domésticas, verifica-se também operante a agravante das alíneas '"f", do dispositivo mencionado.

Contudo, afasto, a aplicação da agravante do art. 61, II, "h" em relação ao delito previsto no art. 217-A do CP, porquanto a idade da vítima, e, no caso, o fato de ser criança quando do cometimento do delito, é circunstância que compõe o próprio tipo penal do estupro de vulnerável.

Também no crime de estupro não tem pertinência considerar como agravantes as circunstâncias previstas no art. 61, II, "e" e "f", CP, pois a ascendência do réu sobre a vítima, assim como o crime praticado com prevalência de relações domésticas, constitui a causa de aumento estabelecida no art. 226, II, do CPC que, portanto, impede a dupla valoração de tais circunstâncias para exasperação da pena do réu. Sobre o tema, colaciono:

[...].

Verificada a presença das agravantes previstas nas alíneas "e" (crimes cometidos contra descendente), "f" (crimes cometidos com prevalência de relações domésticas) e "h" (crimes cometido contra criança), do inciso II do art. 61 do CP, deixo de valorá-las em relação ao crime do art. 217-A, para não incorrer dupla valoração, nos termos da fundamentação. De outra banda, concorrendo essas circunstâncias para agravamento da pena do delito remanescente, agravo a pena da ameaça em 1 mês, passando a dosá-la em 2 meses de detenção.

Não concorrem atenuantes.

Presente a causa de aumento de pena estabelecida no inciso II do art. 226 do CP, aumento em metade a pena do crime de estupro de vulnerável, dosando-a em 12 anos de reclusão. Não há causas de aumento de pena para o crime de ameaça, cuja pena, nessa fase. Fica inalterada.

> Para ambos os crimes não concorrem causas de diminuição de pena, razão pela qual torno definitiva as penas dosadas em 12 anos de reclusão para o delito de estupro de vulnerável, e 2 meses de detenção para o crime de ameaça.

Oportuno, no ponto, transcrever os referidos dispositivos legais:

> Art. 61 - São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime:
>
> [...]
>
> II - ter o agente cometido o crime:
>
> [...]
>
> f) com abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade, ou com violência contra a mulher na forma da lei específica.

E:

> Art. 226. A pena é aumentada:
>
> [...]
>
> II - de metade, se o agente é ascendente, padrasto ou madrasta, tio, irmão, cônjuge, companheiro, tutor, curador, preceptor ou empregador da vítima ou por qualquer outro título tem autoridade sobre ela.

Assim, agiu com acerto o Togado Singular, porquanto os substratos que agravariam a reprimenda na segunda etapa dosimétrica – coabitação, autoridade – já integram a causa de especial aumento aplicada na terceira fase da dosimetria, haja vista que o apelado é pai da vítima e mantinha com ela vínculo familiar, exercendo, assim, autoridade de fato.

Nessa linha, é sólido o entendimento de que a causa especial de aumento de pena prevista no art. 226, II, do Estatuto Repressivo tem aplicação em detrimento da agravante genérica descrita no art. 61, II, "f", do mesmo Diploma, sendo vedado, pois, o *bis in idem*.

É a lição de Julio Fabbrini Mirabete:

> Evidentemente, a causa de aumento de pena especial exclui as agravantes genéricas referidas pelo art. 61, II, e (ascendente, irmão ou cônjuge), "f" e "g", diante do princípio *non bis in idem* [...] (Código Penal Interpretado, 6. ed., São Paulo: Atlas, 2008, p. 1929).

Em igual sentido, manifesta-se o Superior Tribunal de Justiça:

> CRIMINAL. HC. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. VIOLÊNCIA PRESUMIDA. DOSIMETRIA [...]. AGRAVANTE GENÉRICA. CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DE PENA. BIS IN IDEM CONFIGURADO. AFASTAMENTO DA AGRAVANTE. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.
>
> [...]
>
> IV. Não se pode afastar a causa especial de aumento de pena da agravante genérica descrita no art. 61, inciso II, alínea "f", pois o fato de ser ascendente da vítima, traz intrínseca a convivência e, conseqüentemente, a relação doméstica capaz de agravar a reprimenda aplicada ao réu.
>
> V. Prevalece a causa de aumento de pena constante do art. 226, inciso II, do Código Penal, por ser cabível exclusivamente nos crimes contra os costumes, em desfavor da agravante genérica, a qual se aplica quando não houver outra circunstância especial.
>
> VI. Não se admite o bis in idem configurado na sentença condenatória, pois, na fixação da pena-base, além de considerar as relações domésticas para elevar a pena na segunda fase da dosimetria, ainda utilizou o mesmo critério para majorar a reprimenda como circunstância especial de aumento de pena. [...] (Habeas Corpus n. 47.623/PB, rel. Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, j. 13-12-2005, DJe 1º-2-2006).

Esta Corte não destoa:

> APELAÇÃO CRIMINAL. ESTUPRO (ART. 213, § 1º, IN FINE C/C ART. 226, INC. II, NA FORMA DO ART. 71, TODOS DO CP). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DEFENSIVO.
>
> [...] DOSIMETRIA. REQUERIMENTO GENÉRICO PARA REDUÇÃO DA PENA AO MÍNIMO LEGAL. APLICAÇÃO DA AGRAVANTE PREVISTA NO ART. 61, II, "F", DO CP E TAMBÉM DA CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DA PENA EXPRESSA NO

ART. 226, II, DO CITADO ARTIGO. FLAGRANTE BIS IN IDEM. AFASTAMENTO DA AGRAVANTE GENÉRICA QUE SE IMPÕE. NECESSÁRIA MITIGAÇÃO DA PENA. DEMAIS AUMENTOS CORRETAMENTE APLICADOS. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO (Apelação Criminal n. 2014.036172-9, de Jaguaruna, rel. Des. Getúlio Corrêa, Segunda Câmara Criminal, j. 22-7-2014).

Mais:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A LIBERDADE SEXUAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL (ART. 217-A C/C COM O ART. 226, II, NA FORMA DO ART. 71 TODOS DO CÓDIGO PENAL). ATOS LIBIDINOSOS PRATICADOS POR PADRASTO CONTRA A ENTEADA DE 12 (DOZE) ANOS DE IDADE, DURANTE APROXIMADOS DOIS ANOS. SENTENÇA CONDENATÓRIA. IRRESIGNAÇÃO DEFENSIVA.

[...] DOSIMETRIA. REQUERIMENTO GENÉRICO PARA REDUÇÃO DA PENA AO MÍNIMO LEGAL. PROVIMENTO PARCIAL. APLICAÇÃO DA AGRAVANTE PREVISTA NO ART. 61, II, "F", DO CP E TAMBÉM DA CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DA PENA EXPRESSA NO ART. 226, II, DO ALUDIDO CODEX. FLAGRANTE BIS IN IDEM. AFASTAMENTO DA AGRAVANTE GENÉRICA QUE SE IMPÕE. NECESSÁRIA MITIGAÇÃO DA PENA. DEMAIS AUMENTOS CORRETAMENTE APLICADOS [...]. (Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2014.010597-0, de Araquari, rel. Des. Leopoldo Augusto Brüggemann, Terceira Câmara Criminal, j. 15-4-2014).

E:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL COM EXERCÍCIO DE AUTORIDADE SOBRE A VÍTIMA, EM CONTINUIDADE DELITIVA (ART. 217-A, CAPUT, C/C ART. 226, INCISO II, NA FORMA DO ART. 71, TODOS DO CÓDIGO PENAL). PRÁTICA DE ATO LIBIDINOSO DIVERSO DA CONJUNÇÃO CARNAL. RECURSO DA DEFESA.

> ADEQUAÇÃO DA REPRIMENDA NA SEGUNDA FASE DOSIMÉTRICA. EXCLUSÃO DA AGRAVANTE DO ARTIGO 61, II, "F", DO CÓDIGO PENAL. OCORRÊNCIA DE BIS IN IDEM. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO CONCOMITANTE COM A CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DO ARTIGO 226, II, DO REFERIDO DIPLOMA LEGAL. PENA READEQUADA EX OFFICIO.
>
> A circunstância referente à prática do estupro com prevalência de relações domésticas não pode ser considerada para majorar a reprimenda do agente na terceira fase do cálculo, com fulcro na majorante insculpida no art. 226, II, do Código Penal, e, simultaneamente, na segunda fase da dosimetria, com base na agravante prevista no art. 61, inciso II, alínea "f", do mesmo diploma legal, pois tal medida configuraria inaceitável dupla valoração pelo mesmo fato, ou bis in idem (Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2013.077868-4, de Araquari, rel. Des. Paulo Roberto Sartorato, Primeira Câmara Criminal, j. 17-12-2013).

Posto isso, não merece guarida o pleito ministerial.

2 RECURSO DA DEFESA

2.1 ABSOLVIÇÃO

A defesa postula a absolvição de J. M. ao argumento de que as provas são insuficientes para ensejar a manutenção do édito condenatório.

Sem razão.

Extrai-se dos autos que no dia 12 de outubro de 2013, por volta das 22h, o apelante, aproveitando-se do fato de sua filha S. T. P. M. – 10 (dez) anos de idade è época – pernoitar em sua residência, abusou sexualmente da infante, praticando com ela conjunção carnal. Posteriormente, o apelante ameaçou a vítima de lhe causar mal injusto e grave, caso relatasse o crime para a genitora, dizendo: *"se tu contar, tu já sabe, eu posso botar tua vida, mas também posso tirar"*.

Por tais razões, o Magistrado *a quo* condenou J. M. pela prática do crime descrito no art. 217-A, c/c o art. 226, II; e 2 (dois) meses de

detenção, em regime inicial aberto, pela prática do delito previsto no art. 147, c/c o art. 61, II, "e", "f" e "h", todos do Código Penal.

A materialidade do delito restou devidamente comprovada pelo boletim de ocorrência (fl. 3), laudo pericial de abuso sexual feminino n. 0736606/13 (fl. 5), certidão de nascimento (fl. 13), relatório psicológico n. 066/2013 (fls. 39-41), bem como pelos demais elementos de prova constantes nos autos.

A autoria, por sua vez, vem estampada nas provas orais produzidas durante a investigação criminal e, em especial, no curso da instrução processual, cujas transcrições, muito bem expostas pelo Sentenciante, serão integradas a este voto.

Ouvido perante a autoridade policial, o apelante J. M. negou a prática do crime e declarou (fl. 31):

> [...] que não sabe a data certa, mas há cerca de dez anos foi acusado "de atentado violento ao pudor" contra uma criança; que da acusação, alega ter sido absolvido, mas ficou preso por cerca de quatro meses; que tem três filhos menores de idade com A. P.; que está separado de A.; que a cada quinze dias seus dois filhos mais velhos (C. e S.) passam o fim de semana com o interrogando; que dorme no chão em um colchão enquanto as crianças dormem juntas na cama; que nega ter praticado abuso sexual contra seus filhos, bem como tê-los ameaçado [...].

Sob o crivo do contraditório, o apelante manteve a negativa de autoria e sustentou que as imputações surgiram pelo péssimo relacionamento que mantém com sua ex-companheira, mãe da vítima. Veja-se (fls. 105-107):

> [...] Acusado: Minha ex- mulher... A. P.... Nós não nos damos bem. Ele me ameaçou por telefone, inclusive disse pra mim que até o fim do ano eu ia ficar... não sei se posso usar as palavras... Que eu ia continuar minha merdinha de vida, enquanto ela estaria de carro, com casa, bem casada... O fato aconteceu aqui no Arroio, mas antes disso eu morava em Nova Veneza, e eu vim de lá porque ela ligou pra mim [...] Eu vim morar

mais perto para ter o contato com as crianças, porque ela muitas vezes me cobrou [...] só que dai o que acontece, ela se casou com outro rapaz, se ajuntou, e lá, quando ela ligou pra mim, ela comentou que estava se separando dele, se eu não queria vir morar com ela, mas lá o boato tinha ido que ela já tava grávida, e eu toquei no assunto da gravidez, perguntei, "você não ta grávida? Ela disse "não, tô gordinha", foi isso que ela comentou . Eu vim de lá, a intenção era pra viver com ela e com as crianças. Chegando aqui, no dia que eu cheguei eles se mudaram daqui, do arroio para araranguá, e eu continuei la, porque ja tinha vindo arrumar serviço antes, pra me manter aqui com minha família, que seria eles, e continuei lá. Depois daquilo a nossa situação piorou muito, de nós se agredir, por telefone... Ela jurou que ia acabar com o que eu tinha, eu só queria ficar junto dela com meus filhos. Depois disso, eu vim parar aqui.

[...]

J: As crianças dormiam aonde?

A: as crianças dormiam na cama de casal, e eu dormia num colchão inflável na sala. Quando eu vim de lá pra cá, eu vim morar numa kitnet, é pequena, dai botava o colchão na sala, que é sala e cozinha, e o colchão no quarto, dai na cama de casal dormia meu filho e minha filha. Eu tenho três! Mas só uma vez ela mandou o pequeno, e a nossa briga começava por ai.

[...]

J: E como era o comportamente da S.? Ela costumava mentir?

A: a minha filha vai muito pela mãe. Ela não é uma menina que fala muito. Ela fala o que falam pra ela. Quando ela ia la pra casa... Eu não explorava esse lado la, ó, o que a tua mãe faz lá, filha, o pai não quer saber... Quando eles estavam la, eles estavam feliz comigo, inclusive ela queria morar é comigo.

[...]

Ministério Público: [...] vocês combinaram das crianças irem pra sua casa no dia das crianças?

A: senhor, era assim, o nosso combinado era dessa forma: no segundo final de semana do mês eu pegava as crianças, porque dai ali eu ja tinha recebido, porque eu sou assalariado, eu podia comprar os agrados pra ele... Nesse dia 12 não foi um final de semana, foi uma sexta-feira, não sei se iss... Foi numa sexta-feira, não estava nada combinado.... Não lembro se foi nesse dia, mas cada vez que eles iam eu fazia um churrasco, eu gostava de agradar eles.

MP: Nesse final de semana de repente se lembra pelo filme, o C. queria assistir Velozes e Furiosos? Recorda desse filme passando na tv?

Na televisão não.

MP: Quando eles iam pra tua casa, as crianças levavam uma troxinha de casa, tu tinha as roupinhas lá? Como funcionava?

A: Funcionava da seguinte forma, ela mandava as crianças, na minha casa, não é que não tinha, tinha porque eu saía pra comprar, mas cada vez que eles iam embora levavam.

MP: E Como a S. dormia?

A: Geralmente de calça, e algumas vezes com bermuda minha. Ela dormia porque ela ia com os calção de jeans e calça de jeans. Eu reclamava com a mãe dela, sempre reclamei [....]

MP: Hoje, tanto a S. quanto o teu filho disseram que tu pedia para que a S. dormisse de calcinha e não dormisse de pijama. O senhor pediria para que ela dormisse de calcinha, e não de pijama. O que o senhor acha disso?

A: Não, não é verdade! Porque ela nunca levou pijama. Então ela dormia, quando ela não tinha um calcão, um calção e uma calça preta, daquelas calças de mulher que gruda no couro, ela vestia um calção, meu, pra dormir. O menino sim, muitas vezes dormiu dai... Porque dai não tinha

MP: J., tu sabes que a tua filha S., ela na terça, depois daquele fim de semana que ela passou contigo, ela foi fazer um exame de corpo delito, ela foi fazer um exame porque ela estava com sangramento. Diz ela que o sangramento começou la na sua casa. Sangramento vaginal, sangramento interno, nas parte íntimas. Ela fez um exame de corpo de delito. Tu ficou sabendo disso?

A: não... to sabendo agora.

MP: Nesse exame foi atestado o rompimento do hímen, isso significa, e diz ali também que esse rompimento teria sido recente. Tu conseguirias apontar outra causa?

A: Não tenho outra causa para apontar. O que eu posso dizer, é que não houve sangramento nenhum. Não teve. A única coisa que eles fizeram aquela noite que eu fiz a carne e nós comemos churrasco eu e as crianças... A única coisa que eles fizeram, mais ou menos, foi que eles andaram brincando com as luvas, a única coisa que foi é que saiu sangue do narizinho dela, o menino deu uma bordoada nela, mas não teve mais nada. Inclusive essas roupas foram tudo pra casa da mãe dela, não ficava roupa lá.

[...]

MP: Como é que foi aquela noite? Como é que ela se sucedeu?

A: No dia das crianças a gente saiu, fomos ao centro, se não me engano, a gente ali onde tinha uns negócio de criança, perto da rodoviária, do arroio, nós fomos pra casa bem noitezinha, a gente passou a tarde praticamente ali, eu fiz um churrasco, eles jantaram, chegaram a noite, ficaram brincando até umas horas e depois foram dormir. E como era sempre feito, nunca mudava... Muito raro a gente ia numa praia

MP: E como foi pra dormir, nessa ocasião. No último final de semana que vocês passaram juntos. O senhor deve lembrar com o mais marcante.

A: O último final de semana não foi, senhor.

MP: Não foi?

A: Não, porque eu fui preso numa sexta-feira e elas tiveram lá em casa, estava esperando eles praquele sábado...

MP: O final de semana anterior foi o de 12 de outubro, dia das crianças?

A:Não, não foi

[...]

MP: Nesse final de semana, a S. teve algum problema que o senhor precisou passar pomada nela alguma coisa? De noite, assim?

A:eles passavam creme corporal, eles sempre passavam creme corporal, tomavam banho, passavam creme eu comprava, o rexona eu comprava.

MP: Nesse final de semana o senhor passou creme corporal?

A:Nos dois.

MP: O senhor recorda do C. entrar no quarto e ver o senhor passando creme corporal na menina?

A: O C. estava no quarto.O C. e a S..

MP: O senhor recorda se ele estranhou ou perguntou que o senhor estava fazendo? Ai o senhor teria explicado que estava passando creme?

A: Não, porque é deles mesmo. Todo final de semana quando eles vinham pra ali, se eles não tinham rexona eu ia comprar, e o creme, eles tomavam banho, já iam secavam, eles já se arrumavam [...] o creme era mesmo deles. Eu comprava rexona, esse creme com cheirinho de morango, cada vez que eles vinham eles usavam, essas coisas já eram deles.

MP: O menino teria alguma coisa contra o senhor?

A: É... Assim. O que mais me magoou foi a menina... Quando ela disse que pegaram uma preventiva porque ela não gostava de mim. Minha filha sempre saiu dizendo que me amava... Ela dizia que queria ficar mais um pouquinho, ela nunca disse "ó pai eu te odeio", por algum motivo [...]

MP: Hoje a sua filha tem pavor do senhor, o que o senhor atribui esse pavor que a sua filha tem do senhor?

A: Eu não sei...[...].

Em que pese o réu tenha negado a autoria do crime nas ocasiões em que foi ouvido, a prova existente nos autos é firme e o indica, indubitavelmente, como autor do crime praticado contra S. T. P. M., sua filha.

Ao prestar depoimento ainda na fase embrionária, a infante narrou com riqueza de detalhes o abuso sexual a que foi submetida pelo pai. Veja-se (fls. 11-12):

> [...] que no dia da criança, ou seja, no dia 12 de outubro de 2013, foram para a casa de seu pai. Que, nesse dia após a janta assistiram um filme de motos; que falou para seu pai que ia dormir e seu pai a seguiu para o quarto; que, quando deitou seu irmão ficou na sala assistindo televisão; que seu pai deitou ao seu lado, sendo que estava muito bêbado; que, afirma, que seu pai passou o dia todo tomando conhaque; que estavam na cama quando ele a mandou tirar a calcinha e abrir as pernas e quando se negou ele prometeu lhe dar uma caixinha de som e lhe dar cinquenta reais e não aceitou; que como estava usando apenas a calcinha, seu pai a tirou. Que, explica que seu pai não deixava usar os pijamas a obrigava a dormir apenas de calcinha como também obrigava seu irmão a dormir apenas de cuecas, ele não o deixava colocar o pijama assim como também não a deixava colocar o pijama; que nessa noite, após ele ter tirado a calcinha seu pai ficou sobre seu corpo e passou a lhe beijar na boca colocando seu pênis em suas 'partes íntimas'; que quando sentiu dor tentou gritar chamando pelo irmão e seu pai lhe tapou a boca com as mãos, ficando muito tempo sobre seu corpo violentando-a; que, a declarante diz que sangrou muito e seu irmão viu e ele falou que ia contar para a mãe e que não se preocupasse que ela não ia brigar contido. Que a declarante fugiu da cama e foi tomar banho; que já era madrugada e ficou sentada no sofá esperando o dia amanhecer; [...] que durante o dia a declarante diz que seu pai a ameaçou dizendo que se contasse para sua mãe 'vai ver só o que vai acontecer'; que quando falou para sei pai que se 'ele tentasse novamente iria contar para sua mãe pois isso era coisa que um pai faz para uma filha que o que ele estava fazendo era uma coisa de pedófilo ele respondeu dizendo 'SE TU CONTAR TU JÁ SABE EU POSSO BOTAR TUA VIDA MAS TAMBÉM POSSO TIRAR [...].

Perante o Magistrado *a quo*, S. ratificou a sua versão e, bastante nervosa, chorou e demonstrou temor pelo apelante, sendo novamente categórica ao imputar ao pai a prática do estupro a que foi submetida. Veja-se (fls. 107-108):

> S. - [...] eu cheguei lá, daí a gente assistiu um pouco, dai quando já era noitezinha, eu fui dormir e meu pai foi atrás de mim, dai eu deitei na cama, ele tirou minha calcinha à força, e tentou me comprar com dinheiro e com presente [...] era noite [...]. Meu irmão estava na sala assistindo velozes e furiosios [...] eu fui pra dormir porque eu já tava com

sono, dai o meu pai foi atrás de mim, da o C. pediu pra ficar na sala, meu pai deixou. Eu deitei na cama e ele falou bem assim "o S. vem aqui que eu quero fazer uma coisa contigo", dai eu disse bem assim "tá o pai, o que que é?" dai ele pegou tirou minha calcinha à força, dai ele tentou me comprar com dinheiro, comprar com caixinha presentinho, coisa assim. [...]

Ministério Público: Não tinha pijama pra dormir lá?

S: tinha, minha mãe tinha mandado... só que daí a hora que eu fui botar o pijama ele tirou. Ele não deixou. Ele nunca deixou.

MP: tu sempre ia pra lá e dormia de calcinha?

S: Sim

MP: E era com ele que tu dormia sempre com ele?

S: sim, porque ele mandava, ele me ameaçava, eu tenho muito medo dele.

MP: Isso aconteceu, na última vez, antes disso, algum fato foi parecido com esse?

S: já foi duas vezes que ele fez isso

MP: Qual foi a outra vez?

S: Foi no sábado e no domingo.

MP: Essa primeira...

S: Foi no sábado à noite.

MP: E no domingo, o que aconteceu?

S: Dai foi a mesma coisa. Foi de manhã, eu tava com ele. Daí eu fui pro banheiro, quando eu fui fazer minha higiene, saiu um monte de sangue. Meu irmão foi no banheiro e perguntou "o que é isso S.?" daí eu disse "não sei", porque eu não queria contar, porque meu pai me ameaçava né? Dai quando ele chegou em casa, ele descobriu que tinha sido eu, porque eu falei pra ele, daí ele descobriu e falou pra minha mãe, porque eu tinha medo, muito medo dele, me ameaçava sempre.

MP: Mas no domingo, quando contasse essa de sábado, que tava de calcinha, ele tirou a tua calcinha a força... Essa de domingo, como é que foi? Tu acordasse, como teu pai chegou em ti de novo?

S: Eu acordei, ele tentou fazer de novo. Eu dei um tapa nele, ele caiu no chão. Sai correndo de novo pro banheiro. No sábado eu tinha que acordar às 5 horas da manhã pra tomar banho, eu nem dormi

MP: Na segunda vez ele não conseguiu o que queria?

S: Não.

MP: Ele tentou?

S: Ele tentou.

MP: Na primeira vez, infelizmente tenho que fazer essa pergunta, o que ele fez, especificamente?

S – ele queria, na verdade ele queria... Ele fez aquele negócio que eles fazem para a mulher engravidar. Dai ele fez comigo. Antes ele nunca fez.

MP – Ele mexeu na tua parte íntima?

S – Ahan.

MP – Ele colocou a parte íntima na tua? Ele fez isso?

S – Ahan.

MP: O S... e depois disso? E na hora? Não conseguiu gritar pro teu irmão?

S: Não conseguiu porque na hora que eu fui gritar pro meu irmão ele deu um tapa na minha boca e eu não consegui. Ele me ameaçava, um monte de coisa...

MP: Conseguiu mais ou menos dormir?

S: Só um pouquinho.

MP: Que horas vocês foram pra casa?

S: Nós fomos de tardezinha, minha mãe sempre dizia para nós ir na hora exata, ela ligava pra gente. Na maior parte do tempo eu ficava com minha amiga, pois eu não gostava de ficar com ele [...] na hora de ir embora foi assim: "se tu contar pra tu mãe tu ja sabe né?" dai eu disse "tá, pai, não vou contar"

[...]

MP: antes desse final de semana aí, antes disso acontecer contigo... Nessas outras vezes, ele tentou alguma coisa contigo?

> S: não.
>
> MP: ele só queria que tu dormisse...
>
> S: de calcinha...
>
> MP: Mas não encostava em ti
>
> S: Não, porque assim, meu irmão dormia comigo. Dai faz umas vezes que meu pai falava pro meu irmão dormir junto comigo, dai na próxima vez, no dia que queria dormir no canto pra não fazer aquilo com ele, meu irmão falou pro meu pai :"o pai, eu vou dormir no meio" ele disse "não tu vai dormir no canto, deixa a S. vai dormir no meio" dai eu bem assim "pai eu não quero" dai ele bem assim "se tu não dormir no meio tu vai cair" dai eu bem assim " não vou cair" ele fazia desculpa pra mim não dormir no canto...

É cediço que as palavras da vítima, consoante já decidiu este Sodalício, em crimes desta natureza, adquirem relevante papel para a formação do juízo de convicção do magistrado e para a prolação de um decreto condenatório, mormente porque tais delitos são, via de regra, praticados na clandestinidade, ou seja, longe dos olhos de testemunhas.

E, da análise cuidadosa dos autos, percebe-se que os depoimentos prestados pela ofendida são firmes e coerentes entre si, não se vislumbrando nenhum elemento indicador de que os fatos tenham sido fruto de suas invenções, ou mesmo de que houvesse algum motivo para tanto.

A propósito, como bem salientou o douto Sentenciante, *"não restou evidenciado que a grave acusação feita contra o imputado tenha sido motivada por uma simples picuinha entre dois adultos que não conseguiram resolver sua situação conjugal, ou, então, por ciúmes. Ao revés. Provas cabais amealhadas nesses autos e devidamente apontadas nessa decisão dão conta de que os delitos de estupro de vulnerável, assim como a ameaça perpetrada contra a vida da vítima, cabalmente ocorreram"* (fl. 112).

Não bastasse, as palavras da vítima foram confirmadas pelos demais elementos coligidos no feito.

Seu irmão, C. P. M., quando ouvido ainda na Delegacia, atestou (fls. 14-15):

> [...] que o depoente diz que seus pais são separados e reside com sua mãe e seu padrasto; que o depoente informa que há uns meses atrás seu pai veio morar nesta cidade e então passaram a visita-lo; que de quinze em quinze dias o depoente e sua irmã, S. visitam o pai; que nesses finais de semana em que visitavam seu pai, a princípio dormia em um colchão que seu pai colocava na sala e S. ele colocava na cama com ele; que o depoente diz que não recorda a data, mas em uma noite em que estava na casa de seu pai, acordou de madrugada com barulhos vindo do quarto, levantou e foi verificar e viu o pai em cima de S.; que perguntou o que estava acontecendo quando então sua irmã falou que o pai estava passando creme nela, mas achou estranho "pois não tem como passar creme no escuro"; que diz que no quarto final de semana foram na casa de seu pai quando foram dormir, seu pai foi para o quarto com S. Enquanto o depoente dormia na sala; que durante a noite não sabendo precisar a hora, escutou barulhos vindo do quarto e levantou e viu seu pai sobre a filha; que acendeu a luz e ele saiu e deitou fingindo estar dormindo; que conversou com S., mas ela dizia que o pai estava passando creme nela; que em outra ocasião, após ter presenciado esses fatos, resolveu dormir com eles; que durante a madrugada escutou o pai mandar S. abrir as pernas e ela negou-se; que ele ofereceu uma caixinha de som e ela disse que não queria daí então ele ofereceu cinquenta reais e novamente ela recusou, mas mesmo assim ele subiu em cima dela e o depoente diz que a cama balançava demais; que o depoente diz que seu pai achava que estava dormindo; que mesmo assim perguntou o que ele estava fazendo e ele respondeu que não era nada; que viu que seu pai tapou a boca de S. e com a outra mão tapou-se com a coberta; que ficou algum tempo sobre a filha quando então ela o empurrou e foi para o banheiro; que o depoente diz que não contou para sua mãe em seguida porque ficou com medo; que como nunca quis ir para a casa de seu pai "e a coisa estava martelando em minha cabeça resolvi contar tudo para minha mãe" [...].

Em Juízo, C. ratificou seu depoimento e foi muito coerente em suas declarações. O menino, apesar da tenra idade, se mostra bastante cuidadoso e preocupado com a irmã, ora vítima.

C. contou que no dia dos fatos estava na residência do pai, assistindo um filme, quando ouviu alguns barulhos. Abriu a cortina, acendeu a luz, momento em que viu o pai em cima da irmã, com a calça aberta. Ela estava sem a calcinha. Na ocasião, indagou ao pai o que estavam fazendo, tendo este respondido que estava passando creme na irmã. Como estavam no escuro, o depoente achou estranho. Asseverou que apagou a luz e viu o pai deitar e se cobrir. Após ouvir barulhos novamente, retornou ao quarto e, então, viu o apelante sobre S., "tampado" com a coberta. Perguntou mais uma vez o que estavam fazendo, tendo o apelante respondido que estava passando creme em S., momento em que o depoente desligou a televisão e foi deitar. C. relatou que a partir de então o pai tapou a boca de sua irmã com a mão e ela começou a dizer que não queria. Ele começou a oferecer coisas pra ela, tais como uma caixinha de som e dinheiro, mas a irmã novamente disse que não queria. *"Ele tapava a coberta, assim, achando que eu tava dormindo, mas dava pra ver, porque o reflexo do poste batia na janela. Depois, de noite ela foi no banheiro tomar banho, e no outro dia lá em casa ela disse 'o Cristian, tá saindo sangue', eu perguntei 'do quê?', e ela bem assim 'é que o pai fez... Ele abusou de mim'* (fl. 68 – mídia eletrônica).

Vale mencionar, ainda, o depoimento prestado pela genitora da vítima – ex-companheira do apelante –, ainda na fase embrionária (fls. 6-7):

> [...] que a declarante que viveu maritalmente com J. M. por aproximadamente dez anos; que o casal residia na cidade de Nova Veneza/SC; que explica que tinha 12 anos de idade quando passou a viver com J. M.; que a declarante possui três filhos dessa união, sendo C. P. M. de 12 anos, S. T. P. M. de 10 anos, ora vítima, e C. P. M. de 03 anos de idade; que esse último J. não a ajudou a criar, sendo que separou-se dele e veio residir neste município; que a separação se deu por J. "era muito sem vergonha e não a ajudava em nada e vivia batendo nos filhos"; que neste município encontrou outra pessoa com a qual está casada legalmente e possui uma filha A. Z. P. C. que está com 02 meses de idade; que durante esses anos em que está separada de J., ele sempre a perturbou com

> ligações telefônicas, onde sempre a ameaçava de lhe tirar os filhos; que há mais ou menos uns quatro meses J. veio morar neste município; que com a insistência de J. de ver os filhos, concordou que os dois mais velhos pudessem ver o pai; que J. pedia para que os filhos passassem uns dias com ele, e sempre via celular, concordou que os dois filhos mais velhos C. e S. visitassem o pai de quinze em quinze dias; que J. pagava uma pensão no valor de R$ 200,00, que foi um acordo verbal; que como seu filho C. não queria mais ir para a casa do pai, a declarante diz que conversou com J., via celular, dizendo que não ia deixar mais os filhos irem para a casa dele, isso ocorreu há uns dois meses, quando então ele respondeu que ia procurar os direitos dele e deixou de pagar a pensão; que sua filha S. não dizia nada; que conversando com seu filho o questionou como era na casa do pai e onde dormia, quando então seu filho respondeu que ele dormia em um colchão no chão e a irmã na cama com o pai; que C. lhe relatou que em uma das noites foi dormir na mesma cama com o pai e a irmã, sendo que foi o pai que mandou ele dormir com eles; que durante a madrugada ele acordou com o pai mandando S. abrir as pernas e quando ela se negou ele ofereceu cinquenta para ela, sendo que ela respondeu que não queria; que C. relatou também que em outra ocasião acordou e viu o pai sobre a irmã e ele perguntou "O que é isso pai?" e que o pai respondeu que estava passando creme na S. e que era para ele dormir; que com essa revelação foi conversar com a filha que confirmou que o pai estava abusando sexualmente dela e que ela não queria ir mais para a casa dele; que no mesmo instante a declarante procurou ajuda junto ao Conselho Tutelar e que posteriormente a acompanharam para efetuar a devida denúncia; que a declarante não quer mais que seus filhos se aproximem do pai e nem ele se aproxime de sua família.

Imperioso registrar, por fim, a conclusão do relatório psicológico n. 066/2013 (fls. 39-41):

> [...] o relato da infante é coerente e coeso, sendo que S. foi convidada a narrar de forma espontânea os fatos acontecidos, não apresentando em nenhum momento do decorrer da entrevista, que estaria sendo influenciada por alguém a narrar os fatos, ou mesmo demonstrando haver alguma motivação para prejudicar o pai, ao contrário, a infante descreveu que gostava de visitar a casa paterna, pois tinha disponibilidade de assistir a filmes e brincar com coisas do seu agrado.

> A infante demonstrou fragilidade, porém não esboçou emoções, aparentando estar ainda em choque diante do ocorrido. Ao final do atendimento S. chorou ao ser reconhecida por seus esforços em descrever novamente os fatos (observa-se que a infante na presente data já passou por oitiva com a escrivã).
>
> A mãe de S. recebeu informações para procurar atendimento no posto de saúde central de Arroio Silva para que a infante realize os exames indicados, considerando que o laudo apresentado pelo IML apontou ruptura himenal da infante [...].

Como se vê, os elementos de prova demonstram, com convicção que o apelante foi o autor do estupro praticado contra a vítima S. T. P. M., sua própria filha, e a versão por ele apresentada – de que o fato teria sido inventado em decorrência da má relação que mantém com a mãe da infante, sua ex-companheira – resta isolada e não encontra substrato nos autos.

Em casos semelhantes este e. Tribunal decidiu:

> APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL (ART. 217-A, CAPUT, DO CP). MATERIALIDADE DEVIDAMENTE COMPROVADA PELO BOLETIM DE OCORRÊNCIA E CERTIDÃO DE NASCIMENTO DA MENOR OFENDIDA. AUTORIA EVIDENCIADA PELAS PALAVRAS DA VÍTIMA, QUE FORAM COERENTES E HARMÔNICAS COM AS DE SUA GENITORA. NEGATIVA DE AUTORIA ISOLADA NOS AUTOS. PLEITO ABSOLUTÓRIO IMPOSSÍVEL. RECURSO DEFENSIVO DESPROVIDO. (Apelação Criminal n. 2013.083475-5, de São Francisco do Sul, rel. Des. Alexandre d'Ivanenko, Terceira Câmara Criminal, j. 11-2-2014)

Mais:

> APELAÇÃO CRIMINAL. CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL. ESTUPROS. PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA. CONTINUIDADE DELITIVA (CÓDIGO PENAL, ART. 213, COMBINADO COM O ART. 224, "A", COM A CAUSA DE AUMENTO DO ART. 226, II, NA FORMA DO ART. 71). CONDENAÇÃO. RECURSO DEFENSIVO.

> ABSOLVIÇÃO. INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. MATERIALIDADE E AUTORIA SOBEJAMENTE DEMONSTRADAS. PALAVRAS DA VÍTIMA PROFERIDAS DE MODO COERENTE E EM CONSONÂNCIA COM A PROVA TESTEMUNHAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL CARACTERIZADO. CONDENAÇÃO MANTIDA.
>
> Nos delitos contra a dignidade sexual, normalmente praticados às escondidas, as palavras da vítima, desde que harmônicas com as demais provas, são suficientes para embasar o decreto condenatório. E, no caso em análise, constata-se que a vítima relatou os fatos a diversas pessoas, sempre de modo coerente e com os mesmos detalhes, o que atribui ainda mais confiabilidade a suas palavras [...]. (Apelação Criminal n. 2011.019804-8, de Palhoça, rel. Des. Roberto Lucas Pacheco, Quarta Câmara Criminal, j. em 6-2-2014)

E:

> [...] 1. "A palavra da vítima, em crimes de conotação sexual, constitui relevante elemento probatório, mormente quando se mostra coerente com o restante da prova produzida e, em razão da pouca idade da ofendida, está respaldada por avaliações e laudos psicológicos, médicos e psiquiátricos. Precedentes do STJ' (STJ, HC n. 63658/RS, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, j. 7.8.07)". (Apelação Criminal n. 2011.084313-6, de Blumenau, Rel. Des. Substituto Francisco Oliveira Neto, j. em 03/04/2012) [...]. (Apelação Criminal n. 2011.058341-2, de Criciúma, rel. Des. Paulo Roberto Sartorato, Primeira Câmara Criminal, j. em 21-8-2012).

Assim, inobstante a negativa do apelante, este não logrou êxito em ilidir as declarações da ofendida, deixando sem justificativa o porquê da imputação que lhe foi feita, de modo que os elementos contidos nos autos proporcionam a certeza de que J. M. praticou a conduta delituosa narrada na exordial, motivo pelo qual não há falar em absolvição.

2.2 RECORRER EM LIBERDADE

Melhor sorte não assiste à defesa ao pleitear a concessão do direito de recorrer em liberdade.

Da análise detida dos autos, verifica-se que J. M. teve a prisão preventiva decretada no dia 25-10-2013, sob o seguinte fundamento (fls. 28-30):

> [...] casos de abuso sexual demandam análise psicológica para averiguar se o comportamento das partes e, portanto, a instrução probatória ainda não restou ultimada. Assim, a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão poderia prejudicar a lisura das provas colhidas e, também, a aplicação da lei penal, especialmente diante das ameaças retratadas pela vítima e seu irmão, e, ainda, possibilidade de fuga do acusado, que recentemente veio do Rio Grande do Sul para fixar residência em Santa Catarina.
>
> Portanto, mostra-se necessária a decretação da prisão cautelar do representado para garantia da ordem pública, para conveniência da instrução criminal e para eficácia da aplicação da lei penal. Não se trata apenas de apreciar a gravidade em abstrato do delito em tese praticado, mas averiguar que, solto, o imputado poderá prejudicar a integridade física da vítima e das testemunhas e, ainda, frustrar a aplicação da lei [...].
>
> [...]
>
> Presente, pois, o *periculum libertatis* e o *fumus comissi delicti*, a prisão cautelar há de ser decretada, sendo inviáveis quaisquer outras medidas cautelares diversas da reclusão para garantir os pressupostos acima analisados. Com a segregação cautelar assegura-se, assim, a integridade física e psicológica da vítima, acautela-se a ordem social e preserva-se a futura instrução criminal e a aplicação escorreita da lei penal.

Posteriormente, ao prolatar a sentença condenatória, o Magistrado Singular, de maneira devidamente fundamentada, negou ao apelante o direito de recorrer em liberdade, porquanto permaneceu segregado durante a instrução processual e, até os dias atuais, persistem os motivos que deram causa à prisão preventiva.

De fato, inoportuna a tese de que o paciente possui o direito de recorrer em liberdade, tendo em vista que este permaneceu preso durante toda a tramitação do processo.

Sobre o assunto, Julio Fabbrini Mirabete preceitua:

> Não pode ser concedida a liberdade provisória para apelar se o réu já se encontrava preso preventivamente ou em razão de flagrante ou de pronúncia. Tais espécies de prisão, em princípio, permanecem até o trânsito em julgado da sentença condenatória. Aliás, o art. 594 prevê o 'recolhimento' do réu à prisão, o que, evidentemente, se refere àquele que está solto. Além disso, seria um paradoxo possibilitar sua soltura após a sobrevinda da sentença condenatória (Código de Processo Penal Interpretado, São Paulo: Atlas, 1996, p. 687).

Em casos análogos, esta Corte já decidiu:

> [...] RECONHECIMENTO DO DIREITO DO PACIENTE DE RECORRER EM LIBERDADE. IMPOSSIBILIDADE. SENTENÇA CONDENATÓRIA DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. ADEMAIS, RÉU QUE PERMANECEU SEGREGADO DURANTE TODA A TRAMITAÇÃO PROCESSUAL. [...]. (Habeas Corpus n. 2015.002897-0, de Palhoça, Primeira Câmara Criminal, j. 10-2-2015)

Mais:

> HABEAS CORPUS. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA MULHER. CRIMES DE AMEAÇA, LESÃO CORPORAL, CONSTRANGIMENTO ILEGAL E DESOBEDIÊNCIA. CONTRAVENÇÃO PENAL DE VIAS DE FATO. SENTENÇA CONDENATÓRIA. NEGADO DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. MANUTENÇÃO DA PRISÃO CAUTELAR QUE É EFEITO IMEDIATO DA DECISÃO. CUSTÓDIA DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. PRESENÇA AINDA DOS MOTIVOS PARA SEGREGAÇÃO CAUTELAR (ART. 312 DO CPP). CONSTRANGIMENTO ILEGAL INEXISTENTE. ORDEM DENEGADA. (Habeas Corpus n. 2012.091776-4, da Capital, rel. Des. Alexandre d'Ivanenko, j. em 29-1-2013, grifo nosso)

E:

> HABEAS CORPUS. CONDENAÇÃO PELO DELITO DE QUADRILHA ARMADA (ARTIGO 288, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO PENAL), COM O RECONHECIMENTO DA AGRAVANTE 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.
>
> [...]
>
> 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 n. 2012.077747-6, de Criciúma, rel. Des. Paulo Roberto Sartorato, j. em 18-12-2012)

Por fim, cumpre lembrar o princípio da confiança no juiz da causa, que, por estar mais próximo dos fatos e das pessoas nele envolvidas, melhor pode avaliar a necessidade da providência cautelar.

É entendimento desta Corte:

> HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS (ART. 33, CAPUT, DA LEI N. 11.343/2006). SUSTENTADA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO QUE NEGOU AO PACIENTE O DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. INOCORRÊNCIA. RAZÕES DO CONVENCIMENTO DEMONSTRADAS PELO MAGISTRADO A QUO, DIANTE DA CONSTATAÇÃO DOS REQUISITOS AUTORIZADORES DA PRISÃO CAUTELAR (ART. 312 DO CPP). PACIENTE QUE PERMANECEU PRESO PREVENTIVAMENTE DURANTE TODA A INSTRUÇÃO PROCESSUAL. MANUTENÇÃO DA

> SEGREGAÇÃO. SUBSTITUIÇÃO DA PRISÃO CAUTELAR POR MEDIDAS DIVERSAS DA PRISÃO (ART. 319 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL) QUE SE MOSTRA INSUFICIENTE AO CASO CONCRETO. APLICAÇÃO, OUTROSSIM, DO PRINCÍPIO DA CONFIANÇA NO JUIZ DA CAUSA. ORDEM DENEGADA. (Habeas Corpus n. 2014073227-2, de Imbituba, rel. Des. Volnei Celso Tomazini, Segunda Câmara Criminal, j. 30-10-2014)

E:

> [...] "'O magistrado, devido à sua proximidade com os fatos, é quem melhor pode avaliar a necessidade da manutenção de custódia provisória. Há que se privilegiar o 'princípio da confiança' (Habeas Corpus n. 2009.002918-6, de Biguaçu, Rel. Des. Amaral e Silva, j. em 10/02/2009)" (HC n. 2012.054406-6, rel. Des. Paulo Roberto Sartorato, Primeira Câmara Criminal, j. 28.8.2012). (Habeas Corpus n. 2012.062976-6, de Quilombo, rel. Des. Rodrigo Collaço, j. em 27-9-2012)

Pelo exposto, não há falar em concessão do direito de recorrer em liberdade ao apelante J. M.

Este é o voto.

SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL

Mandado de Segurança n. 2014.088736-4, de São José do Cedro

Relator: Des. Getúlio Corrêa

> MANDADO DE SEGURANÇA – AÇÃO PENAL – NECESSIDADE DE INTERNAÇÃO DE SEMI-IMPUTÁVEL EM ESTABELECIMENTO PSIQUIÁTRICO ATESTADA POR LAUDO PERICIAL – AUSÊNCIA DE VAGA EM ESTABELECIMENTOS CONVENIADOS AO SUS – DETERMINAÇÃO DE QUE O ESTADO E O MUNICÍPIO, DE FORMA SOLIDÁRIA, ARQUEM COM AS DESPESAS E PROVIDENCIEM A INTERNAÇÃO EM HOSPITAL PSIQUIÁTRICO INDICADO PELO NÚCLEO DE DIREITOS HUMANOS DA CORREGEDORIA-GERAL DA JUSTIÇA DESTA CORTE, SOB PENA DE MULTA DIÁRIA – IMPETRAÇÃO DO ESTADO – ALEGAÇÃO DE ILEGITIMIDADE POR NÃO TER FIGURADO NA RELAÇÃO JURÍDICO-PROCESSUAL – DEVER LEGAL (CF, ARTS. 196 E 6º) – FIXAÇÃO DE ASTREINTE – POSSIBILIDADE – VALOR RAZOÁVEL E ADEQUADO AO ESCOPO DA NORMA – MINORAÇÃO DO TEMPO DE INTERNAÇÃO – INVIABILIDADE – DENEGAÇÃO DO *WRIT* IMPOSITIVA.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança n. 2014.088736-4, da Comarca de São José do Cedro (Vara Única), em que é impetrante Estado de Santa Catarina, e impetrado Juiz de Direito da Comarca de São José do Cedro:

A Segunda Câmara Criminal decidiu, por votação unânime, conhecer e denegar a segurança. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado em 27 de janeiro de 2015, os Excelentíssimos Senhores Desembargadores Sérgio Rizelo e Volnei Celso Tomazini.

Funcionou como representante do Ministério Público o Excelentíssimo Senhor Procurador de Justiça Rogério Antônio da Luz Bertoncini.

Florianópolis, 29 de janeiro de 2015.

Getúlio Corrêa
PRESIDENTE E RELATOR

RELATÓRIO

Trata-se de mandado de segurança impetrado pelo Estado de Santa Catarina contra ato do Juiz de Direito da Vara Criminal da Comarca de São José do Cedro em face da decisão que determinou que o impetrante, solidariamente com o Município de São José do Cedro, arque com as despesas e providencie a internação e o tratamento ambulatorial da acusada Cleunice Moreira da Silva na Casa de Assistência de Brusque (CAGERE), em Brusque/SC, sob pena de multa diária de R$ 1.000,00 (mil reais).

Relatou que o Ministério Público ofereceu denúncia contra Cleunice Moreira da Silva, ao argumento de que a ré teria, em tese, praticado um roubo duplamente circunstanciado.

Narrou, ainda, que, em 07.02.2013, foi cumprido mandado da decretação da prisão preventiva e, em seguida, instaurou-se incidente de insanidade mental, autuado sob o n. 0001186-29.2014.8.24.0065. Segundo o impetrante, no incidente, foi constatada a semi-imputabilidade da ré e, a fim de dar-se cumprimento à medida de internação, oficiou-se ao Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico – HCTP – que, em resposta, afirmou não possuir vaga para tratamento para pessoas do sexo feminino. Daí ter o juízo oficiado ao Instituto de Psiquiatria de Santa Catarina – IPQ/SC – o qual informou ser instituição hospitalar, sem estrutura para garantir a segurança da acusada. Por essa razão, ainda

de acordo com o impetrante, foi proferida decisão determinando a internação e o tratamento ambulatorial da acusada na CAGERE, pelo período de 3 (três) meses, às custas do Estado e do Município de São José do Cedro, com prazo de 5 (cinco) dias para cumprimento da decisão, sob pena de astreinte. Daí o assestamento do presente *writ*.

Após discorrer acerca do cabimento da ação, disse da ofensa ao seu direito líquido e certo ao argumento de que: ***a)*** não foi parte da relação jurídico-processual, razão por que não pode ser responsabilizado pelo custeio da internação; ***b)*** o SUS fornece tratamento psicológico por meio dos Centros de Atenção Psicossocial – CAPS – e, diante disso, ***"o mais plausível é a determinação para que a ré realizasse tratamento pelo CAPS e não em clínica particular às custas do Estado"*** (fl. 09); ***c)*** a internação é medida excepcional e, na hipótese, o laudo médico não mencionou a necessidade da medida (fls. 11-12); ***d)*** é impossível a fixação de multa em face do Estado e, caso mantida, deve ser reduzido o seu valor; ***e)*** estão presentes os requisitos para concessão da liminar.

Dessa forma, requereu: ***a)*** o recebimento e processamento do presente mandado de segurança e a notificação da autoridade tida como coatora para que preste as informações que entender pertinentes; ***b)*** a concessão de medida liminar para que se determine a imediata suspensão do ato; ***c)*** a intimação do Ministério Público; ***d)*** o provimento em definitivo da segurança para exclusão da obrigação do Estado de arcar com as despesas de internação da denunciada ou, ao menos, reduzir o tempo de internação para 60 (sessenta) dias, ou ainda, reduzir o valor da multa diária para valor razoável.

Indeferi a liminar (fls. 380-383) e foram prestadas as informações pelo Juiz de Direito Luiz Carlos Cittadin da Silva.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, por parecer do Procurador de Justiça Luiz Ricardo Pereira Cavalcanti, manifestou-se pela denegação da ordem (fls. 410-413).

VOTO

1. A pretensão do impetrante, adianta-se, não merece prosperar.

A despeito da possibilidade de impetração do mandado de segurança na esfera criminal, necessário o preenchimento de seus requisitos autorizadores, ou seja, violência ou ameaça de violência a direito líquido e certo, por ato ilegal ou abusivo, de autoridade pública (CF, art. 5º, LXIX).

Acerca do tema, ensina Hely Lopes Meirelles que:

> *"Direito líquido e certo é o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração. Por outras palavras, o direito invocado, para ser amparável via mandado de segurança, há de vir expresso em norma legal e trazer em si todos os requisitos e condições de sua aplicação ao impetrante"* (Mandado de Segurança. Malheiros. 26. ed. São Paulo, 2003. p. 36-37).

A propósito, no mesmo norte, colhe-se da doutrina de José da Silva Pacheco:

> *"Por esse motivo, desde que, com a demanda, fique clara a existência do direito do titular, que está sendo molestado por comprovada ilegalidade ou abuso de poder, sem depender de fastidiosa cognição ou dilação probatória, mas de simples confrontação da hipótese legal (lei) e o fato, para verificar a sua incidência, de que flui aquele, como efeito, conceder-se-á mandado de segurança.*
>
> *[...]*
>
> *Não basta alegar a existência do direito, tampouco basta a existência do mesmo. É preciso que haja direito líquido e certo"* (O mandado de segurança e outras ações constitucionais típicas. Revista dos Tribunais. São Paulo, 1990. p. 165).

2. No caso, da análise atenta dos autos, não se extrai a demonstração do direito líquido e certo do impetrante.

As questões aventadas nas razões de impetração do *writ*, aliás, foram muito bem examinadas pelo Procurador de Justiça Luiz Ricardo

Pereira Cavalcanti, razão por que peço vênia para integrar seu judicioso parecer ao meu voto:

> *"O Estado de Santa Catarina, em resumo, busca a reforma da decisão, ao argumento de que o Sistema Único de Saúde – SUS oferece amplo atendimento às pessoas portadoras de transtornos mentais. Destacou o Centro de Atenção Psicosocial - CAPS como referência para o tratamento desse tipo de doença.*
>
> *Alegou, ainda, que o tratamento de usuário drogas deverá ocorrer, inicialmente, em ambiente terapêutico e, somente após, quando os recursos extra-hospitalares não se mostrarem suficientes, os pacientes deverão ser encaminhados para internação.*
>
> *Contudo, nenhuma razão lhe assiste.*
>
> *Consoante se depreende da cópia da decisão acostada às fls. 257-258 do presente mandado de segurança, o Juiz da Comarca de São José do Cedro revogou a prisão preventiva de Cleunice e aplicou a medida cautelar de internação provisória da acusada, pois constatou-se que ela apresentava transtornos mentais, requerendo atenção e tratamento.*
>
> *Inicialmente, sabe-se que é competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência, nos termos do art. 23, inciso II, da Carta Magna, sendo que o art. 197, do mesmo Diploma Legal, estabelece que são de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle.*
>
> *Destaca-se, ainda, que a Constituição Federal de 1988, no art. 6º, dispõe ser a saúde um direito social de todo e qualquer cidadão brasileiro, sem distinção de cor, sexo, raça e religião, dispondo incisivamente no art. 196, reproduzido pela Constituição Estadual de Santa Catarina no art. 153:*
>
> *Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.*
>
> *E a Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990, regulando o Sistema Único de Saúde – SUS, em seu artigo 9º estabelece que:*

Art. 9º A direção do Sistema Único de Saúde (SUS) é única, de acordo com o inciso I do art. 198 da Constituição Federal, sendo exercida em cada esfera de governo pelos seguintes órgãos:

I – no âmbito da União, pelo Ministério da Saúde;

II – no âmbito dos Estados e do Distrito Federal, pela respectiva Secretaria de Saúde ou órgão equivalente; e

III – no âmbito dos Municípios, pela respectiva Secretaria de Saúde ou órgão equivalente.

Além disso, segundo a Lei nº 10.216/01, a internação psiquiátrica será realizada quando os recursos extra-hospitalares se mostrarem insuficientes e mediante laudo médico circunstanciado que caracterize seus motivos (artigos 4º, caput, e 6º, caput, Lei nº 10.216/01).

Outrossim, o Estado (em sentido amplo) deverá disponibilizar o tratamento em unidade de saúde pública ou, na sua falta, na rede privada (art. 3º da Lei n. 10.216/01).

As hipóteses de internação psiquiátrica estão previstas nos incisos do parágrafo único do artigo 6º da Lei nº 10.216/01, in verbis:

Parágrafo único. São considerados os seguintes tipos de internação psiquiátrica:

I – internação voluntária: aquela que se dá com o consentimento do usuário;

II – internação involuntária: aquela que se dá sem o consentimento do usuário e a pedido de terceiro; e

III – internação compulsória: aquela determinada pela Justiça.

Por fim, o Decreto nº 24.559/34, assim estabelece:

Art. 10. O psicopata ou o indivíduo suspeito que atentar contra a própria vida ou a de outrem, perturbar a ordem ou ofender a moral pública, deverá ser recolhido a estabelecimento psiquiátrico para observação e tratamento.

Art. 11. A internação de psicopatas, toxicômanos e intoxicados habituais em estabelecimentos psiquiátricos, públicos ou particulares, será feita:

a) por ordem judicial ou por requisição da autoridade policial.

[...].

§ 3º A internação em manicômio judiciário far-se-á por ordem do juiz.

In casu, a necessidade da internação está demonstrada.

Consta, ainda, no Laudo de Sanidade Mental, a informação de que a impetrada necessita de internação, cabendo tratamento compulsório da paciente, em regime de internação, em razão da gravidade de seu estado de saúde.

Nesse sentido, consoante o Laudo de Sanidade Mental n. 14698 (fls. 395-397), realizado para esclarecer a dúvida existente em relação à sanidade mental da acusada, constatou-se que a periciada sofre de psicose não especificada e o mais adequado seria a "internação em hospital psiquiátrico, seguida de tratamento ambulatorial após a alta".

No que tange à alegação de que o Sistema Único de Saúde – SUS oferece amplo atendimento às pessoas portadoras de transtornos mentais, através do CAPS, destacamos que o Estado não indicou a instituição para a qual a paciente poderia ser transferida aptos/eficazes para atender a acusada.

Outrossim, evidente que não há qualquer óbice para o Estado de Santa Catarina integre à lide, pois que não se trata de pessoa estranha ao processo, mas sim de ente responsável em efetivar o comando judicial.

Quanto à multa diária, esta foi fixada como forma de garantir a celeridade do cumprimento da obrigação imposta, inexistindo dispositivo legal que autorize tratamento diferenciado em relação à Fazenda Pública.

Nesse sentido:

"PROCESSUAL CIVIL. FIXAÇÃO DE ASTREINTES CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. POSSIBILIDADE.

1. É cabível, mesmo contra a Fazenda Pública, a cominação de multa diária (astreintes) como meio executivo para cumprimento de obrigação de fazer ou entregar coisa (arts. 461 e 461-A do CPC).

2. In casu, o Tribunal de origem registrou que a União somente cumpriu a decisão depois de decorrido um ano da determinação judicial, que consistiu na implementação do pagamento de pensão especial de ex-combatente. Fixou, assim, multa diária em seu desfavor. Não há como o STJ analisar a razoabilidade do prazo estabelecido para o cumprimento da obrigação, pois

ensejaria reexame fático, inviável nesta instância extraordinária de acordo com a Súmula 7/STJ.

3. Agravo Regimental não provido." (STJ, AgRg nos EDcl no AREsp 161949/PB, Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN, DJe 24/08/2012).

Ante o exposto, o parecer é no sentido da denegação da ordem" (fls. 410-413).

3. Às razões acima reproduzidas, acrescento que, está em análise, fundamentalmente, a dignidade da pessoa humana.

Sobre esse princípio, extraio excerto de artigo colhido na rede mundial de computadores, de autoria de Lizandra Pereira Demarchi, intitulado *"os direitos fundamentais do cidadão preso: uma questão de dignidade e de responsabilidade social"*:

"Na Constituição de 1988, os direitos e garantias fundamentais foram consagrados de forma inovadora. Desde o seu preâmbulo, inclui além dos direitos civis e políticos também os sociais. Porém, não estão limitados àqueles previstos pelo texto constitucional, ante a abertura proporcionada pelo art. 5º, § 2º da CF/88, que permite a verificação de outros direitos e garantias fundamentais, decorrentes de princípios, leis ou tratados internacionais.

Dentre os direitos e garantias fundamentais, a Constituição Federal proíbe as penas cruéis (art. 5º, XLVII , e, CF/88), e garante ao cidadão-preso o respeito à integridade física e moral (art. 5º, XLIX, CF/88). Estes dispositivos serão abordados de forma especial, partindo-se do pressuposto de que os direitos fundamentais são os direitos humanos previstos na Carta Magna, em leis e tratados internacionais, ou que decorrem da aplicação destes, que têm eficácia e aplicabilidade imediata, e estão baseados no princípio da dignidade humana.

Na concepção de Ingo Wolfgang Sarlet [SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. 2 . ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 62], a dignidade humana constitui-se em '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'.

Do ponto de vista de Luís Roberto Barroso, a dignidade humana representa superar a intolerância, a discriminação, a exclusão social, a violência, a incapacidade de aceitar o diferente. Tem relação com a liberdade e valores do espírito e com as condições materiais de subsistência da pessoa [BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: Barroso, Luís Roberto (org.). A Nova Interpretação Constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 38].

[...]

Dizem que o Direito evolui de acordo com a sociedade. Hoje, tem-se uma Constituição que deve servir de base para todo o ordenamento e para as ações do corpo social, que prevê a garantia dos direitos fundamentais, proíbe as penas cruéis, garante a integridade física e moral, enfim, o respeito à dignidade do ser humano. E a sociedade? Na contramão da sua própria história, continua exigindo o fuzilamento de qualquer acusado, cujo crime tenha um pouco mais de notoriedade. Isso é um retrocesso no Direito. Vai contra todas as conquistas universais. É preciso ir muito além para ver no preso um ser humano dotado de direitos e garantias, até porque também não é lícito ser julgado por quem não tem a função de julgar, como ainda insistem em fazer as pessoas descomprometidas e despreocupadas com a proteção e eficácia dos direitos fundamentais.

Importante ressaltar, não se pretende um 'exagerado endeusamento do réu', mas apenas o reconhecimento de que direitos e garantias fundamentais devem ser reconhecidos, protegidos e concretizados. E para isso é irrelevante a gravidade do fato imputado, porque o Estado somente conseguirá o respeito do cidadão se respeitar a dignidade deste [SCHROEDER, Simone. Regressão de Regime: Uma Releitura Frente aos Princípios Constitucionais. Abordagem Crítica. In: Carvalho, Salo de (org.). Crítica à Execução Penal. Doutrina Jurisprudência e Projetos Legislativos. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2002, p. 612]. É um dever social aprendermos a 'passar pelas ruas da vida respeitando ao outro em suas dignidades, sem invadi-lo com nossas soberbas, nossas

verdades, ou nossos desejos de poder' [WARAT, Luís Alberto. Introdução Geral ao Direito: O Direito não estudado pela Teoria Jurídica Moderna. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1997. v. III, p. 61-62].

Isso porque 'o valor da dignidade do ser humano, postulado supralegal que decorre da própria natureza das coisas, daquilo que é ínsito à nossa existência e pertence ao direito natural, se encontra amalgamado com a solidariedade e com o que há de melhor no ser humano que é a busca pela compreensão (que não significa aprovação e tampouco tolerância com o que por vezes é intolerável) dos acertos e erros de nossos pares' [DELMANTO JÚNIOR, Roberto; DELMANTO, Fabio Machado de Almeida. A dignidade da pessoa humana e o tratamento dispensado aos acusados no processo penal. Revista dos Tribunais. São Paulo: Revista dos Tribunais, a. 94. v. 833, mar. 2005, p. 444.].

Essa solidariedade deve ser entendida como responsabilidade de todos pelas carências ou necessidades dos indivíduos [COMPARATO, Fábio Konder. A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 51-52], pois 'assim como os direitos humanos se dirigem a todos, o compromisso com sua concretização caracteriza tarefa de todos, em um comprometimento comum com a dignidade comum' [MORAIS, José Luís Bolzan de. As Crises do Judiciário e o Acesso à Justiça. In: Agra, Walber de Moura (coord.). Comentários à Reforma do Poder Judiciário. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 23.].

[...]

Num país onde o preso não perde somente a liberdade, mas também a sua dignidade, frente aos abusos cometidos pelo poder punitivo, o operador do Direito deve estar comprometido com a garantia dos direitos do cidadão, sem perder de vista que está lidando com um dos mais importantes direitos: a liberdade. Esta somente pode ser restringida nas hipóteses em que seja imprescindível em razão da ausência de outra forma de punição pelo delito praticado.

Para isso, é preciso, como pretende Bolzan de Morais, que os operadores do Direito sejam instrumentalizados com os meios necessários para garantir uma prática comprometida com a eficácia dos direitos humanos, a fim de salvaguardar os direitos e garantias fundamentais [MORAIS, op. cit. 2005, p. 39].

> *Por certo, a situação crítica vivida pelos cidadãos-presos somente poderá ser resolvida quando o verdadeiro Estado Democrático de Direito deixar de ser apenas uma previsão constitucional, ou seja, quando passar a garantir o cumprimento dos princípios para todos os brasileiros, principalmente em relação à dignidade humana, e não simplesmente exercer a violência legítima, oficializada.*
>
> *[...]*
>
> *Porém, antes de tudo, como afirma Alessandro Baratta, se faz necessária a compreensão dos valores e dos comportamentos presentes na sociedade na qual se pretende re-inserir o preso porque não se pode falar em educação e re-inserção, ou de modificação de excluídos, sem antes pensar em alterar a sociedade, a fim de que seja atingida a raiz do mecanismo de exclusão [BARATTA, Alessandro. Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: Introdução à Sociologia do Direito Penal. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999, p. 186]" (http://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/106771/os-direitos-fundamentais-do-cidadao-preso-uma-questao-de-dignidade-e-de-responsabilidade-social-lizandra-pereira-demarchi).*

4. Portanto:

a) Ainda que não seja parte na relação jurídico processual, tem o Estado de Santa Catarina o dever de zelar pela saúde do cidadão (CF, art. 196).

Aliás, nesse sentido, já decidiu o STF no RE 267.612, de relatoria do Ministro Celso Mello que:

> ***"[...] entre proteger a inviolabilidade direito à vida e à Saúde que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado a todos pela própria Constituição da República (art. 5º, "caput" e art. 196) ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo - uma vez configurado esse dilema - que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humana [...]. A essencialidade do direito à saúde fez com que o legislador constituinte qualificasse, como prestações de relevância pública, as ações e serviços de saúde***

(CF, art. 197) em ordem a legitimar a atuação do Ministério Público e do Poder Judiciário naquelas hipóteses em que os órgãos estatais, anomalamente, deixassem de respeitar o mandamento constitucional, frustrando-lhe, arbitrariamente, a eficácia jurídico-social, seja por intolerável omissão, seja por qualquer outra inaceitável modalidade de comportamento governamental desviante" (sem destaques no original).

E, mudando o que deva ser mudado, extrai-se, ainda:

"PACIENTES COM ESQUIZOFRENIA PARANÓIDE E DOENÇA MANÍACO-DEPRESSIVA CRÔNICA, COM EPISÓDIOS DE TENTATIVA DE SUICÍDIO - PESSOAS DESTITUÍDAS DE RECURSOS FINANCEIROS - ***DIREITO À VIDA E À SAÚDE - NECESSIDADE IMPERIOSA DE SE PRESERVAR, POR RAZÕES DE CARÁTER ÉTICO-JURÍDICO, A INTEGRIDADE DESSE DIREITO ESSENCIAL*** *- FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS INDISPENSÁVEIS EM FAVOR DE PESSOAS CARENTES - DEVER CONSTITUCIONAL DO ESTADO (CF, ARTS. 5º, "CAPUT", E 196) - PRECEDENTES (STF) - ABUSO DO DIREITO DE RECORRER - IMPOSIÇÃO DE MULTA - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO.*

O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQÜÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA.

- O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar.- O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa conseqüência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional.

> ***A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQÜENTE.***
>
> *- O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional inconseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado"* (STF, AgR no RE n. 393175, Min. Celso de Mello, j. 12.12.2006).

Acerca da legitimidade do Estado, diante da solidariedade dos entes legislativos, colho, também, os seguintes julgados:

> *"DIREITO À SAÚDE. ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA JURISDICIONAL.* ***INTERNAÇÃO EM CLÍNICA PARTICULAR PARA TRATAMENTO PSIQUIÁTRICO. VEROSSIMILHANÇA DAS ALEGAÇÕES E PERIGO DE DANO À SAÚDE DA PACIENTE. MANUTENÇÃO DO DECISUM RECORRIDO.***
>
> *'Havendo prova inequívoca capaz de convencer o juiz da verossimilhança das alegações e fundado o receio de dano irreparável ou de difícil reparação (art. 273, do CPC) decorrente da demora na entrega da prestação jurisdicional definitiva, mostra-se escorreita a decisão que concede a antecipação de tutela* ***obrigando o Estado a fornecer o tratamento de que necessita a agravada para manutenção de sua saúde'*** *(AI n. 2008.069873-7, de Canoinhas, rel. Des. Jaime Ramos, j. 13-8-2009)"* (TJSC, AI n. 2013.063457-1, Des. Jorge Luiz de Borba, j. 1º.04.2014 - destaquei).
>
> *"APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. INTERNAÇÃO HOSPITALAR COMPULSÓRIA DE DOENTE MENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. PESSOA INTERDITADA, CARENTE DE RECURSOS FINANCEIROS.* ***INDICAÇÃO MÉDICA DE TRATAMENTO HOSPITALAR EM UNIDADE PSIQUIÁTRICA. PREVALÊNCIA DO DIREITO CONSTITUCIONAL À VIDA E À SAÚDE. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES***

DE DIREITO PÚBLICO NA EFETIVAÇÃO DE PRESTAÇÕES POSITIVAS NA ÁREA DA SAÚDE PÚBLICA. INTERNAÇÃO PELO SUS. NA AUSÊNCIA DE VAGA JUNTO À REDE PÚBLICA IMPÕE-SE O CUSTEIO DE LEITO NA REDE HOSPITALAR PRIVADA. *SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA DA AÇÃO A MERECER INTEGRAL CONFIRMAÇÃO. APELAÇÃO DESPROVIDA. POR MAIORIA"* (TJRS, AC n. 70026501882, Des. Miguel Ângelo da Silva, j. 12.08.2009 - grifei).

"AGRAVO DE INSTRUMENTO. ECA. INTERNAÇÃO COMPULSÓRIA. TRATAMENTO PARA DROGADIÇÃO. LEGITIMIDADE DO MUNICÍPIO DE CAMPO BOM PARA FIGURAR NO POLO PASSIVO DA DEMANDA. ***RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES PÚBLICOS. DIREITO À SAÚDE ASSEGURADO CONSTITUCIONALMENTE.*** *ILEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO AFASTADA. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INDEPENDÊNCIA DOS PODERES. 1)* ***O custeio de tratamento para dependente químico constitui-se em dever e, por tanto, responsabilidade do Estado in abstrato (CF, art. 23, II), considerando-se a importância dos interesses protegidos, quais sejam, a vida e a saúde (art. 196, CF). Desta forma, tem-se a competência comum dos entes federativos para assegurar tal direito.*** *2) Comprovada, cabalmente, a necessidade de recebimento de assistência médico hospitalar a dependente químico, é devido o fornecimento pelo Município de Campo Bom, visto que a assistência à saúde é responsabilidade decorrente do art. 196 da Constituição Federal. 3) O Ministério Público é parte legítima para ajuizar ação civil pública em favor do adolescente, visando assistência à saúde, porque lhe compete proteger os interesses individuais, difusos ou coletivos, relativos à infância e à adolescência. 4)* ***Não há falar em violação ao princípio da separação dos poderes, porquanto ao Judiciário compete fazer cumprir as leis.*** *Preliminares rejeitadas. Recurso desprovido"* (TJRS, AI n. 70028292092, Des. José Ataídes Siqueira Trindade, j. 05.05.2009 - destaquei).

b) Nos termos da Lei n. 10.216/01, a internação deve ser realizada quando os recursos extra-hospitalares mostrarem-se insuficientes, como na hipótese. Da jurisprudência pátria, extraio:

"HABEAS CORPUS - AÇÃO CIVIL DE INTERDIÇÃO CUMULADA COM INTERNAÇÃO COMPULSÓRIA - COMPETÊNCIA DAS TURMAS DA SEGUNDA SEÇÃO – VERIFICAÇÃO - INTERNAÇÃO COMPULSÓRIA - POSSIBILIDADE - NECESSIDADE DE PARECER MÉDICO E FUNDAMENTAÇÃO NA LEI 10.216/2001 - EXISTÊNCIA, NA ESPÉCIE - EXIGÊNCIA DE SUBMETER O PACIENTE A RECURSOS EXTRA-HOSPITALARES ANTES DA MEDIDA DE INTERNAÇÃO - DISPENSA EM HIPÓTESES EXCEPCIONAIS – EXAME DE PERICULOSIDADE E INEXISTÊNCIA DE CRIME IMPLICAM DILAÇÃO PROBATÓRIA - VEDAÇÃO PELA VIA DO PRESENTE REMÉDIO HEROICO - HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO CONHECIDO PARA DENEGAR A ORDEM.

I - A questão jurídica relativa à possibilidade de internação compulsória, no âmbito da Ação Civil de Interdição, submete-se a julgamento perante os órgãos fracionários da Segunda Seção desta a. Corte;

II - A internação compulsória, qualquer que seja o estabelecimento escolhido ou indicado, deve ser, sempre que possível, evitada e somente empregada como último recurso, na defesa do internado e, secundariamente, da própria sociedade.

III - São modalidades de internação psiquiátrica: a voluntária, que é aquela que se dá a pedido ou com o consentimento do paciente (mediante declaração assinada no momento da internação); a involuntária, que é a que se dá sem o consentimento do usuário e a pedido de terceiro; e, por fim, a internação compulsória, determinada por ordem judicial.

IV - Não há constrangimento ilegal na imposição de internação compulsória, no âmbito da Ação de Interdição, desde que ***baseada em parecer médico e fundamentada na Lei 10.216/2001. Observância, na espécie.***

V - O art. 4º da Lei nº 10.216/2001, fruto de uma concepção humanística, traduz modificação na forma de tratamento daqueles que são acometidos de transtornos mentais, evitando-se que se entregue, de plano, aquele, já doente, ao sistema de saúde mental.

VI - Todavia, a ***ressalva da parte final do art. 4º da Lei nº 10.216/2001, dispensa a aplicação dos recursos extra-hospitalares se houver***

> ***demonstração efetiva da insuficiência de tais medidas.*** *Hipótese dos autos, ocorrência de agressividade excessiva do paciente.*
>
> *VII - A via estreita do habeas corpus não comporta dilação probatória, exame aprofundado de matéria fática ou nova valoração dos elementos de prova.*
>
> *VIII - Habeas Corpus substitutivo de recurso ordinário conhecido para denegar a ordem" (STJ, HC n. 130155, Min. Massami Uyeda, j. 04.05.2010 - destaques meus).*
>
> *"INTERNAÇÃO COMPULSÓRIA.* ***Dever do Poder Público, quando constatada a necessidade da medida por meio de avaliação médica.*** *Direito à saúde e à vida digna. Regra de ordem constitucional de eficácia imediata. Inocorrência de afronta aos princípios da isonomia, da economicidade, da razoabilidade e da reserva do possível. Recurso improvido"* (TJSP, Apelação n. 0002661-03.2011.8.26.0022, Des. Evaristo dos Santos, j. 24.06.2013 – grifou-se).

Ressalto, no ponto, que, diferentemente do que alega o impetrante, o laudo pericial trazido pelo juízo constante das fls. 392-397, menciona na fl. 395, quesito 14 do laudo, a necessidade de internação psiquiátrica.

c) De outra parte, ainda que o Estado alegue que o SUS, por meio do CAPS, oferece amplo atendimento às pessoas portadoras de problemas psiquiátricos, não comprovou ter indicado um estabelecimento adequado para a imprescindível internação. Ao contrário: as duas tentativas realizadas pelo juízo foram inexitosas, conforme afirmou o próprio impetrante em sua petição inicial, e a instituição indicada pelo juízo foi sugerida pelo Núcleo de Direitos Humanos da Corregedoria-Geral da Justiça desta Corte, conforme se extrai da decisão de fl. 399-402 e dos e-mails trocados entre servidores da Corregedoria e o Magistrado (fls. 297-298).

d) É possível a fixação de multa diária em desfavor de ente público. Nesse norte, reitero:

> *"A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça admite o bloqueio de verbas públicas e a fixação de multa diária para o descumprimento de determinação*

> *judicial, especialmente nas hipóteses de fornecimento de medicamentos ou tratamento de saúde"* (STJ, REsp n. 1488639, Min. Herman Benjamin, j. 20.11.2014).

5. É necessária, finalmente, a análise do pedido de redução da astreinte, não havendo, reitero, óbice na sua aplicação contra a Fazenda Pública, bem como do pleito de redução do tempo de internação.

Quanto ao primeiro, nos termos do art. 461, §§ 4º e 5º do CPC c/c art. 3º do CPP, o juiz, a requerimento da parte ou mesmo de ofício, poderá fixar multa diária (astreinte) para garantir a efetividade da decisão judicial. Diante de seu caráter eminentemente inibitório, o valor da astreinte deve ser elevado o suficiente para que o obrigado prefira cumprir a ordem judicial a pagá-la. Entretanto, não deverá ser exacerbado a ponto de caracterizar enriquecimento ilícito da parte a que se destina em caso de descumprimento da ordem.

No caso, entendo que o valor – R$ 1.000,00 (mil reais) – é razoável e mostra-se adequado ao escopo da norma. Ademais, não houve pedido de redução do valor em primeira instância e o acolhimento do pleito neste grau de jurisdição implicaria supressão de instância.

Da mesma forma, com relação ao prazo estipulado pelo Magistrado para a internação – três meses – não verifico qualquer ilegalidade ao ponto de acolher a pretensão do impetrante, pois fixado de forma proporcional e razoável, já que a doença diagnosticada pela perícia é grave (psicose em grau severo). Ademais, ele poderá ser reduzido ou prorrogado, a depender da evolução da paciente atestada por profissional da área médica.

Portanto, não se tem dúvidas acerca da responsabilidade do Estado em assegurar o direito à saúde, providenciando a internação necessária.

6. À vista do exposto, voto pelo conhecimento e denegação da ordem.

Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2013.084103-5, de Caçador

Relator: Des. Sérgio Rizelo

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIMES DE TRÁFICO DE DROGAS (LEI 11.343/06, ARTS. 33, *CAPUT*, C/C O 40, INC. V) E DO ART. 273, § 1º-B, INC. I, DO CÓDIGO PENAL. SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSOS DOS ACUSADOS.

DELITO DO ART. 273, § 1º-B, INC. I, DO CÓDIGO PENAL. CONDUTA DE "IMPORTAR" MEDICAMENTOS SEM REGISTRO NO ÓRGÃO COMPETENTE QUE NÃO RESULTOU SUFICIENTE COMPROVADA. COMPETÊNCIA DECLINADA DA JUSTIÇA FEDERAL PARA A ESTADUAL. AÇÕES DE "ADQUIRIR", "TRANSPORTAR" E/OU "TRAZER CONSIGO", MENCIONADAS NA DENÚNCIA, QUE NÃO SE ENCONTRAM INSERIDAS NO NÚCLEO DO TIPO PENAL. ATIPICIDADE CARACTERIZADA. ABSOLVIÇÃO QUE SE IMPÕE.

1. Não comprovada a conduta de "importar" – já que não existe prova acerca da eventual aquisição dos medicamentos do exterior ou que tenham efetivamente concorrido, de qualquer forma, para que fossem introduzidos no Brasil – remanesceriam unicamente as ações de "adquirir", "transportar" e/ou "trazer consigo" medicamentos sem o devido registro no órgão competente. Ocorre que, diferentemente do crime de tráfico de drogas, tais condutas não se encontram abarcadas pelo tipo penal do art. 273, § 1º-B, inc. I, do Estatuto Repressivo, o qual prevê somente as ações de "importar", "vender", "expor à venda", "ter em depósito para vender", "distribuir" ou entregar a consumo".

RECURSO DO PRIMEIRO DENUNCIADO. PREQUESTIONAMENTO DO 273, § 1º-B, INC. I, DO CÓDIGO PENAL; 33, *CAPUT*, DA LEI ANTIDROGAS E 5º, INC. XXXIX, DA CARTA MAGNA. DISPOSITIVOS LEGAIS EXAMINADOS DE MODO EXPLÍCITO NO ACÓRDÃO.

APELO DO SEGUNDO DENUNCIADO. PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO PELO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. IMPOSSIBILIDADE. APREENSÃO DE MAIS DE 4 KG DE

MACONHA EM ÔNIBUS PROVENIENTE DE FOZ DO IGUAÇU/PR. PALAVRAS FIRMES E COERENTES DOS POLICIAIS MILITARES ALIADA AOS DIZERES DO CORRÉU QUE DELATOU TODO O ESQUEMA CRIMINOSO. CONDENAÇÃO MANTIDA. TRÁFICO INTERESTADUAL. CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DE PENA CARACTERIZADA.

2. É devida a incidência da causa especial de aumento de pena prevista no art. 40, inc. V, da Lei 11.343/06, pois "quando os agentes atuam entre Estados diversos da federação ou entre estes e o Distrito Federal, a coletividade visada e atingida é maior do que naqueles delitos ocorridos em apenas um Estado. Se maior parcela da população nacional é afetada, maior o risco que o agente cria para a saúde pública" (GALVÃO, Paulo Roberto; MENDONÇA, Andrey Borges de. *Lei de Drogas*: Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006. São Paulo: Método, 2008. p 182).

DOSIMETRIA. DIMINUIÇÃO DA PENA-BASE PARA O MÍNIMO LEGAL. INVIABILIDADE. VALORAÇÃO DOS ANTECEDENTES CRIMINAIS COM FUNDAMENTO EM SENTENÇAS CONDENATÓRIAS TRANSITADAS EM JULGADO HÁ MAIS DE CINCO ANOS. POSSIBILIDADE.

3. "O decurso de lapso temporal superior a 05 (cinco) anos entre a data do término da pena da condenação anterior e a data da infração posterior, embora afaste os efeitos da reincidência, não impede o reconhecimento de maus antecedentes" (STJ, *HC* 245.581, Relª. Minª. Laurita Vaz - j. 11.03.14).

RECURSOS CONHECIDOS E PROVIDOS EM PARTE.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2013.084103-5, da Comarca de Caçador (Vara Criminal), em que são Apelantes Eder Fortunato Duarte e outro e Apelado Ministério Público do Estado de Santa Catarina:

A Segunda Câmara Criminal decidiu, por unanimidade, conhecer e prover em parte os recursos deflagrados a fim de absolver Eder Fortunato Duarte e Vanderlei Pedroso da imputação constante no art. 273, § 1º-B,

inc. I, do Código Penal, com fundamento no art. 386, inc. III, do Código de Processo Penal. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Excelentíssimos Desembargadores Getúlio Corrêa e Volnei Celso Tomazini. Atuou pelo Ministério Público o Excelentíssimo Procurador de Justiça José Eduardo Orofino da Luz Fontes.

Florianópolis, 2 de junho de 2015.

Sérgio Rizelo
PRESIDENTE E RELATOR

RELATÓRIO

Na Subseção da Justiça Federal de Caçador, o Ministério Público Federal ofereceu denúncia contra Vanderlei Pedroso e Eder Fortunato Duarte, imputando-lhes a prática dos crimes previstos nos arts. 33, *caput*, c/c o 40, inc. I, ambos da Lei 11.343/06 e 273, § 1º-B, do Código Penal, porque:

> Em 23 de janeiro de 2013 os denunciados Vanderlei Pedroso e Eder Fortunato Duarte foram presos em flagrante delito, na Rodoviária Municipal de Caçador/SC, na posse de drogas e medicamentos que recém haviam importado do Paraguai.
>
> No dia 20 de janeiro de 2013 os denunciados pegaram ônibus para Foz do Iguaçu, com o objetivo de adquirirem drogas no Paraguai. Foram ao país vizinho e adquiriram 4,861 kg (quatro quilos, oitocentos e sessenta gramas) de "cannabis sativa linneu" e vários medicamentos lá produzidos.
>
> Em 22/01/2013 os denunciados pegaram ônibus da empresa Reunidas em Foz do Iguaçu com destino a esta cidade. O ônibus chegou em Caçador/SC aproximadamente às 01:30 da madrugada do dia 23/01/2013. A Polícia Militar realizou a abordagem no ônibus. Ao adentrarem o ônibus, os policiais militares perceberam que o denunciado Eder, sentado na poltrona de nº 10, aparentava nervosismo. Além disso, o denunciado

> Vanderlei, que se encontrava sentado na poltrona 41, tão logo percebeu a aproximação dos policiais, jogou ao chão sacola preta contendo medicamentos.
>
> Em seguida, os policiais militares revistaram pessoalmente os denunciados, bem como verificaram a bagagem de todos passageiros que ocupavam o ônibus.
>
> Durante a verificação, encontraram na bagagem do imputado Eder Fortunato Duarte, 4,861 kg (quatro quilos, oitocentos e sessenta e um gramas) de *"cannabis sativa linneu"*, droga popularmente conhecida por maconha.
>
> Na sacola jogada ao chão por Vanderlei Pedroso foram encontradas 26 (vinte e seis) cartelas dos seguintes medicamentos: 20 cartelas de "Rheumazin Forte", cada uma acondicionado 20 comprimidos, totalizando 400 comprimidos; 05 cartelas de "Pramil-Sildenafil 50 mg", cada uma acondicionando 20 comprimidos, totalizando 100 comprimidos e 01 cartela de "Erectalis 20 mg Tadafailil", acondicionado 01 comprimido. Nenhum desses medicamentos têm registro junto à Agência Nacional de Vigilância Sanitária ou tiveram a importação autorizada por autoridade competente.
>
> Desse modo, os denunciados Vanderlei Pedroso e Eder Fortunato Duarte, em unidade de desígnios e comunhão de esforços, importaram drogas e medicamentos para o território nacional, tendo sido flagrados na sua posse horas após a importação (fls. IIv-IV).

Por meio da decisão das fls. 223-226v o Excelentíssimo Magistrado Federal Lucas Pieczarcka Guedes Pinto declinou "da competência" para apreciar a presente ação penal "em favor do Juízo Estadual Criminal da Comarca de Caçador/SC", por concluir que não resultou suficientemente comprovada a internacionalidade do delito. Disse Sua Excelência:

> Dessa forma, constatando-se em relação ao delito do art. 33, da Lei 11.343/06 que a origem estrangeira da droga é apenas uma probabilidade, não é possível se falar em crime transnacional. Frise-se, neste ponto, que é necessária a presença de elementos concretos acerca da transnacionalidade do delito para atrair a competência da Justiça Federal (fl. 224v).

> Do mesmo modo, em relação ao delito previsto no art. 273, §1º-B, I do Código Penal, tampouco há um indicativo de que o réu Vanderlei tivesse trazido, pessoalmente, os medicamentos do exterior, ou concorrido, de qualquer forma, para que estes fossem introduzidos no Brasil, sendo o responsável efetivo pela importação. Assim, também falece a Justiça Federal competência para processamento e julgamento do feito. A corroborar o entendimento, seguem precedentes no mesmo sentido: (fl. 225).

Por tal razão, o presente processo-crime passou a tramitar no Juízo estadual (fl. 241).

Concluída a *persecutio criminis*, sobreveio a sentença das fls. 273-285, aperfeiçoada pela da fl. 311, a qual julgou procedente a incoativa e condenou:

a) Vanderlei Pedroso à reprimenda de 12 anos, 7 meses e 20 dias de reclusão, a ser adimplida em regime inicialmente fechado, e ao pagamento de 1.360 dias-multa, por violação ao contido nos arts. 33, *caput*, c/c 40, inc. V, da Lei 11.343/06 e 273, § 1º-B, inc. I, do Código Penal; e

b) Eder Fortunato Duarte à pena de 3 anos, 10 meses e 20 dias de reclusão, a ser adimplida em regime aberto, e ao pagamento de 388 dias-multa, no valor unitário mínimo legal, substituída a privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade, por igual tempo da condenação, e prestação pecuniária, no importe equivalente ao do salário mínimo, pelo cometimento dos delitos previstos nos arts. 33, *caput*, c/c 40, inc. V, da Lei 11.343/06 e 273, § 1º-B, inc. I, do Estatuto Repressivo.

Irresignados com o teor do *decisum*, Vanderlei Pedroso e Eder Fortunato Duarte interpuseram os presentes apelos.

Nas razões do inconformismo, Eder Fortunato Duarte requer a absolvição imprópria pelo crime do art. 273, § 1º-B, inc. I, do Código Penal ao argumento de que a aplicação por analogia da pena do crime de tráfico de drogas constitui analogia *in malam partem*.

Alternativamente, requer seja empregada analogicamente a sanção irrogada ao delito de contrabando, previsto no art. 334-A do Estatuto Repressivo, pois além de tratar-se de tipo penal semelhante, é mais benéfica.

No mérito, anseia a reforma da sentença a fim ser absolvido do crime previsto no art. 273, § 1º-B, inc. I, do Código Penal, uma vez que a prova carreada ao feito permite certificar que os medicamentos pertenciam a Vanderlei.

Ainda, suscita o prequestionamento dos dispositivos previstos nos arts. 273, § 1º-B, inc. I, do Código Penal; 33, *caput*, da Lei 11.343/06 e 5º, inc. XXXIX, da Carta Magna, para eventual interposição de recurso às Instâncias Superiores (fls. 339-346).

Vanderlei Pedroso almeja, em síntese, a reforma da sentença a fim de ser absolvido das imputações constantes na denúncia, ao argumento de que não há prova inequívoca de que tenha efetivamente concorrido para a prática dos crimes nela descritos.

Caso não seja este o entendimento, pleiteia a mitigação das penas-base, pois as condenações utilizadas pelo Magistrado de Primeiro Grau para negativar seus antecedentes criminais transitaram em julgado há mais de cinco anos, não se prestando, por isso, para tal finalidade (fls. 401-412).

Contrarrazões às fls. 347-358 e 414-427.

A Procuradoria-Geral de Justiça, em pareceres lavrados pelos Excelentíssimos Procuradores de Justiça Rogério Antônio da Luz Bertoncini e Paulo Antônio Günther, opinam pelo conhecimento e não provimento dos reclamos deflagrados por Eder Fortunato Duarte e Vanderlei Pedroso (fls. 366-376 e 432-438).

Este é o relatório.

VOTO

Presentes os pressupostos de admissibilidade (fls. 319, 322, 323 e 334), os apelos merecem ser conhecidos.

1. Vanderlei Pedroso e Eder Fortunato Duarte almejam a reforma do decreto condenatório a fim de serem absolvidos das imputações constantes no art. 273, § 1º-B, inc. I, do Estatuto Repressivo.

Razão assiste à insurgência, porém por motivo diverso do esposado nas razões recursais.

Para a configuração do tipo penal previsto no art. 273, § 1º-B, inc. I, do Código Penal é necessário que o agente, necessariamente, pratique uma das condutas elencadas no § 1º do dispositivo, a saber: "importar", "vender", "expor à venda", "ter em depósito para vender", ou, de qualquer forma, "distribuir ou entregar a consumo" o produto falsificado, corrompido, adulterado ou alterado.

A respeito discorre Alberto Silva Franco:

> Importar significa trazer para território nacional, oriundo de outro país, o produto falsificado, corrompido, adulterado ou alterado. Vender tem o significado de alienar mediante preço determinado o produto falsificado, corrompido, adulterado ou alterado. Expor à venda significa exibir, com a finalidade de alienação por preço determinado, o produto falsificado, corrompido, adulterado ou alterado. Ter em depósito para vender significa guardar com a finalidade de venda o produto falsificado, corrompido adulterado ou alterado. Por fim, distribuir ou entregar a consumo pode ser dar por qualquer meio, não se exigindo forma específica. Quanto ao elemento subjetivo, regra geral nesta figura equiparada tem-se o dolo, sem a necessidade de qualquer elemento específico. Mas, de se notar que a conduta de 'ter em depósito para vender' exige o elemento subjetivo do tipo consistente na finalidade de venda. Vale dizer: se o sujeito tem em depósito, mas sem a finalidade de venda, então não há que se falar na sua configuração típica (*Código Penal e sua interpretação*: doutrina e jurisprudência. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p 1313).

Carlos Roberto Bittencourt complementa:

> [...] importar (fazer vir do exterior), vender (comercializar, negociar, alienar de forma onerosa), expuser à venda (pôr a vista, mostrar, apresentar, oferecer, exibir para a venda), tiver em depósito para vender (colocar em lugar seguro, conservar, mantiver para si mesmo), distribuir (dar, repartir) ou entregar a consumo (repassar) o produto falsificado, corrompido, adulterada ou alterado (*Tratado de direito penal*, v. 4. 7 ed. São Paulo: 2013. p. 356).

A exordial acusatória imputou aos Apelantes Vanderlei Pedroso e Eder Fortunato Duarte a implementação do tipo penal em comento porque "importaram" medicamentos do Paraguai sem o devido registro junto à Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Por esta razão a competência inicial para processar e julgar o feito foi atribuída à Justiça Federal.

O Excelentíssimo Magistrado Federal Lucas Pieczarcka Guedes Pinto, todavia, declinou a competência para julgar os fatos em favor da Justiça Estadual da Comarca de Caçador, por entender que não resultou suficientemente comprovada a internacionalidade do delito, *in verbis*:

> Com efeito, durante a instrução processual não foi confirmada a alegação de que as drogas/medicamentos teriam sido adquiridos no Paraguai, ao contrário, ambos os réus negaram o fato. Portanto, não subsiste qualquer fato concreto que caracterize a internacionalidade dos delitos [...] Do mesmo modo, em relação ao delito previsto no art. 273, § 1º-B, I, do Código Penal, tampouco há um indicativo de que o réu Vanderlei tivesse trazido, pessoalmente, os medicamentos do exterior, ou concorrido, de qualquer forma para que estes fossem introduzidos no Brasil, sendo o responsável efetivo pela importação. Assim, também falece à Justiça Federal competência para o processamento e julgamento do feito (fls. 224-225).

De fato, não resultou delineado nos autos, com a segurança necessária, a "importação" dos medicamentos de território estrangeiro. Em que pese o Recorrente Eder tenha aduzido inicialmente que a droga

e os fármacos foram adquiridos por Vanderlei em solo Paraguaio, sob o crivo do contraditório assegurou que se separaram assim que chegaram em Foz do Iguaçu/PR, não sabendo o local exato onde ele recebeu o conteúdo ilegal. Vanderlei, por sua vez, alegou que os remédios foram-lhe entregues em Foz do Iguaçu (mídia colacionada à fl. 252).

Não comprovada a conduta de "importar" – já que não existe prova acerca da eventual aquisição dos medicamentos do exterior ou mesmo de que tenham efetivamente concorrido, de qualquer forma, para que estes fossem introduzidos no Brasil – remanesceriam unicamente as ações de "adquirir", "transportar" e/ou "trazer consigo" medicamentos sem o devido registro no órgão competente.

Ocorre que, diferentemente do crime de tráfico de drogas (Lei 11.343/06, art. 33, *caput*), tais condutas não se encontram abarcadas pelo tipo penal incriminador (CP, art. 273, § 1º-B, inc. I), o qual prevê somente as ações de "importar", "vender", "expor à venda", "ter em depósito para vender", "distribuir" ou "entregar a consumo".

Lembre-se que os Recorrentes foram interceptados em poder dos medicamentos quando o ônibus da empresa Reunidas em que estavam, proveniente de Foz do Iguaçu, aportou no terminal Rodoviário de Caçador. Por esta razão, nenhuma das condutas elencados na norma penal incriminadora amolda-se a situação verificada.

Em caso semelhante já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

> RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. CRIME EQUIPARADO À FALSIFICAÇÃO, CORRUPÇÃO, ADULTERAÇÃO OU ALTERAÇÃO DE PRODUTO DESTINADO A FINS TERAPÊUTICOS OU MEDICINAIS (ARTIGO 273, § 1º E § 1º-B, INCISO I, DO CÓDIGO PENAL). DENÚNCIA QUE DESCREVE A CONDUTA DE IMPORTAR MEDICAMENTOS FALSIFICADOS E SEM REGISTRO. REMÉDIOS ADQUIRIDOS NO PAÍS. ATIPICIDADE DA CONDUTA. PROVIMENTO DO RECURSO. 1. O trancamento de ação penal é medida excepcional, só

admitida quando restar provada, inequivocamente, sem a necessidade de exame valorativo do conjunto fático ou probatório, a atipicidade da conduta, a ocorrência de causa extintiva da punibilidade, ou, ainda, a ausência de indícios de autoria ou de prova da materialidade do delito, circunstâncias evidenciadas na hipótese em exame. 2. O recorrente foi acusado da prática do delito previsto no artigo 273, § 1º e 1º-B, inciso I, do Código Penal, que incrimina quem "importa, vende, expõe à venda, tem em depósito para vender ou, de qualquer forma, distribui ou entrega a consumo o produto falsificado, corrompido, adulterado ou alterado", bem como "sem registro, quando exigível, no órgão de vigilância sanitária competente". 3. Nos termos em que proposta a peça acusatória, constata-se que o órgão ministerial atribuiu ao paciente a conduta de importar medicamentos falsificados ou sem registro na autoridade sanitária competente, narrando, ainda, que ele os adquiriu em Foz do Iguaçu, transportando-os até o Estado de São Paulo, quando foi abordado pelos policiais rodoviários. 4. Ora, é cediço que o verbo "importar", constante do tipo penal em questão, significa trazer do exterior, ou seja, fazer ingressar no Brasil produtos destinados a fins terapêuticos ou medicinais falsificados, corrompidos, adulterados, alterados ou sem registro, sendo que, no caso dos autos, de acordo com a denúncia e o próprio interrogatório judicial prestado pelo acusado, os remédios foram comprados de um desconhecido em Foz do Iguaçu, no Paraná, ou seja, foram adquiridos dentro do território nacional, pelo que se mostra totalmente impertinente a acusação formulada pelo *Parquet*. 5. Por outro lado, é certo que as ações de adquirir e transportar os fármacos falsificados e sem registro não estão abrangidas pela figura típica em comento, que pune, unicamente, quem importa, vende, expõe à venda, tem em depósito para vender ou, de qualquer forma, distribui ou entrega a consumo o produto falsificado, corrompido ou alterado, tal como asseverado alhures. 6. Constata-se, portanto, que a conduta atribuída ao paciente não se adéqua a nenhuma das ações abstratamente elencadas pelo legislador ordinário como caracterizadoras do delito de falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais, ou equiparados. 7. Recurso provido para trancar a ação penal instaurada contra o recorrente (R*HC* 25.572, Rel. Min. Jorge Mussi – j. 29.6.11).

Talvez devesse o Ministério Público Estadual aditar a denúncia, tão logo recebeu os autos, para imputar aos Apelantes conduta diversa da de "importar" os medicamentos – observada "alguma das ações abstratamente elencadas pelo Legislador ordinário como caracterizadoras do delito" – "sem registro, quando exigível, no órgão de vigilância sanitária competente", ainda que tivesse que cogitar, nas circunstâncias do ocorrido, de delito meramente tentado.

Inexistente descrição na denúncia de ação compreendida em qualquer dos verbos positivados na norma, é imperiosa a absolvição de Vanderlei Pedroso e Eder Fortunato Duarte quanto ao delito previsto no art. 273, § 1º-B, inc. I, do Código Penal, nos termos do art. 386, inc. III, do Código de Processo Penal.

2. De outro vértice, mantida deve ser a condenação dos Recorrentes Vanderlei Pedroso e Eder Fortunato Duarte tocante ao crime de tráfico de drogas.

A existência material do delito encontra-se positivada no boletim de ocorrência das fls. 21-22; no auto de exibição e apreensão das fls. 39v; no auto de constatação provisória das fls. 40-41; na fotografia das fls. 42-45; e no laudo pericial das fls. 122-123, o qual certificou a apreensão da substância química tetrahidrocanabinol, capaz de causar dependência física e/ou psíquica, de uso proibido em todo o território nacional, de acordo com a Portaria 344/98 da Secretaria de Vigilância Sanitária.

A autoria, de igual forma, emerge das circunstâncias da apreensão dos entorpecentes e da prova oral coligida ao longo da instrução processual.

Sob o crivo do contraditório, noticiou o Militar Giuliano Tavares que estava de serviço na ocasião dos fatos e como os Policiais já detinham informações de que os ônibus oriundos do Paraguai possivelmente transportavam mercadoria ilegal, resolveram efetuar abordagem de rotina. Por volta das 2h o ônibus da empresa Reunidas proveniente de Foz de

Iguaçu/PR aportou no terminal rodoviário de Caçador e, então, iniciaram a vistoria do automotor e a abordagem dos passageiros. Esclareceu que assim que ingressaram no ônibus dois masculinos esboçaram atitude suspeita e seu colega visualizou um deles dispensar algo sob o banco. Aclarou que em seguida foi feita revista pessoal nos passageiros e suas bagagens, oportunidade em que localizaram, na mochila do Insurgente Eder, expressiva quantidade de maconha, o qual admitiu sua propriedade. Sob o assento do Corréu Vanderlei foram encontradas 26 cartelas de pramil, além de outro remédio cujo nome não recordou. Complementou que Eder ficou com receio de tecer qualquer comentário sobre o ocorrido porque o irmão do também Apelante encontrava-se preso em Videira, acusado do cometimento do crime de tráfico de drogas, tendo receio de sofrer represálias no Presídio (mídia colacionada à fl. 252).

Na etapa embrionária e com maior riqueza de detalhes, Tavares pormenorizou:

> na madrugada de hoje, por volta das 01:30hs, em companhia dos Sds, Alves, Felipe e Salmonek, ao realizarem uma abordagem rotineira a um ônibus da empresa Reunidas, o qual naquele momento chegava a rodoviária municipal de Caçador oriundo da cidade de Foz de Iguaçu-PR, Que, quando da entrada no veículo perceberam que o, ora conduzido Eder Fortunato Duarte, passageiro este que estava sentado na poltrona 10, demonstrou estar muito nervoso, em seguida perceberam que o segundo conduzido Vanderlei Pedroso, sentado na poltrona 41, ao perceber a aproximação dos policiais tentou se desfazer de um objeto, jogando ao chão; Em seguida foi feito a abordagem e revista pessoal nos conduzidos e na bagagem de todos os ocupantes do veículo; Que, na bagagem de Eder, encontrou-se 4,861 kg de substância com características semelhantes a maconha, já no objeto (sacola) jogada ao chão por Vanderlei, foi encontrado 26 (vinte e seis) cartelas de medicamento, sendo: 20 de Rheumazin forte, 5 de Pramil e 01 Erectalis. Que, inquirido Eder sobre a o droga que transportava, o mesmo afirmou ser de propriedade de Vanderlei Pedroso, o qual lhe prometeu a quantia de 500 gramas, para que realizasse o transporte de Foz de Iguaçu até a cidade de Videira-SC;

> Eder relatou que pela droga Vanderlei pagou R$ 128,00 (cento e vinte e oito reais) por tablete, totalizando 07 (sete) tabletes, compra realizada na cidade de Foz do Iguaçu. Diante dos fatos foi dado voz de prisão a ambos, lidos seus direitos constitucionais e após apresentados a esta Delegacia de Polícia (fls. 4-5).

Seu colega de Corporação Marcelo Alves asseverou, no mesmo rumo, que no dia dos fatos resolveram efetuar abordagem de rotina no ônibus da empresa Reunidas oriundo de Foz do Iguaçu/PR, em razão de que, frequentemente, seus passageiros costumam transportar mercadoria ilegal proveniente do Paraguai. Disse que assim que adentraram no ônibus o Apelante Eder agarrou-se em uma mochila e, nesse meio tempo, também visualizou Vanderlei arremessar uma sacola preta para debaixo de seu assento. Após serem todos abordados, localizaram, no interior da mochila de Eder, as drogas, e, na sacola preta dispensada por Vanderlei, os medicamentos. Afirmou que Eder, espontaneamente, confirmou possuir maconha na mochila. Já Vanderlei aduziu que o conteúdo não era seu. Também complementou ter perguntado aos passageiros e ao motorista e todos eles aduziram que os Apelantes estavam juntos e, inclusive, haviam descido em uma certa cidade, conversaram e embarcaram novamente (CD encartado à fl. 252).

Dos dizeres acima reproduzidos recolhe-se que os Agentes Públicos efetuaram abordagem no ônibus da empresa Reunidas, proveniente de Foz do Iguaçu/PR e lograram encontrar, na mochila do passageiro Eder Fortunato Duarte, 7 porções de maconha, com massa bruta total de 4,8 quilos, e, em poder de Vanderlei Pedroso, diversos medicamentos sem registro no órgão de vigilância sanitária competente.

Na tentativa de esclarecer o ocorrido, o próprio Recorrente Eder Fortunato Duarte confessou, nas duas etapas processuais, a autoria delitiva, aduzindo ter recebido proposta de Vanderlei Pedroso para que o acompanhasse até Foz do Iguaçu e, de lá, efetuasse o transportasse dos entorpecentes. Para tanto receberia, como contraprestação, parcela da droga por ele adquirida.

Perante a Autoridade Policial asseverou Eder:

> cientificado das acusações feita contra sua pessoa, afirmou serem verdadeiras, esclarecendo que realmente nesta madrugada foi preso pela policia militar, quando fazia o transporte de certa quantidade de maconha, fato ocorrido neste município de Caçador, no interior de um ônibus da empresa Reunidas; Que, em relação a droga apreendida o interrogando afirma não ser de sua propriedade e sim de do segundo conduzido Vanderlei Pedroso, o qual lhe contratou na cidade de Videira, para que lhe acompanhasse até a cidade de Foz do Iguaçu, de onde faria o transporte da droga; Que, pelo serviço ficou acertado que o depoente ganharia um tablete de drogas, com peso aproximado de meio quilo; Afirma o depoente que no último domingo em companhia de Vanderlei, foram de ônibus até a cidade de Foz do Iguaçu, onde o interrogado permaneceu na casa de uma tal de Maria, enquanto seu colega dirigiu-se até o Paraguai, onde efetivou a compra da droga; Que, todas as despesas durante a viagem foram pagas por Vanderlei, sendo que ao final da viagem ainda lhe repassaria um tablete com meio quilo de drogas; Que, em relação as cartelas de medicamento apreendidas em poder de Vanderlei, o interrogando afirma não te conhecimento da existência das mesmas. Que, afirma o depoente que procurou no serviço, lhe propondo a parceria. Que, afirma jamais ter feito qualquer tipo de trabalho para Vanderlei, nem sequer ter adquirido drogas de tal pessoa (fls. 7-8).

Sob o crivo do contraditório, Eder Fortunato Duarte reafirmou que Vanderlei Pedroso convidou-lhe para ir a Foz do Iguaçu a fim de buscar medicamentos e maconha, oferecendo R$ 1.000,00 pelo transporte. Todavia, advertiu que se fosse flagrado pela Polícia teria que assumir suas propriedades. Aceito o encargo e aclarou terem embarcado em Videira e deslocado-se até Foz do Iguaçu; chegando lá se separaram por algum tempo e após se reencontrarem, pernoitaram na residência de uma mulher chamada Maria, conhecida de Vanderlei; no retorno Vanderlei pediu para que guardasse a mochila em seu assento, desconhecendo seu conteúdo. Disse ter dormido durante a viagem e que quando os Militares entraram no ônibus ficou muito nervoso porque nunca tinha passado por situação semelhante. Complementou que receberia, como contraprestação pelo

transporte, um quilo da droga e que, no camburão, levou alguns socos de Vanderlei, para que assumisse tudo, pois ele já era "cadeieiro" (gravação encartada à fl. 252).

Muito embora Vanderlei tenha refutado integralmente a versão do Corréu, sustentando não ter feito qualquer acordo prévio com ele nem terem chegado juntos em Foz do Iguaçu, não há razão alguma para desacreditar o relato do também Recorrente Eder, porque seus dizeres encontram arrimo no conjunto probatório coligido ao feito.

Lembre-se que o Policial Militar Marcelo Alves afirmou, em solo judicial, ter perguntado aos passageiros e ao motorista do ônibus e todos confirmaram que Eder e Vanderlei estavam juntos (mídia encartada à fl. 252).

Além disso, o Apelante Eder alegou ter pernoitado na residência de uma mulher chamada Maria e, curiosamente, um pequeno papel contendo informações com o mesmo nome foi encontrado na carteira de Vanderlei ("Maria G" – fl. 54).

Outrossim, algumas cartas recebidas por Eder e enviadas por Vanderlei, de caráter nitidamente intimidatório, não deixam dúvida quanto ao vínculo mantido entre eles. Pelo relevo, é imperioso transcrever alguns trechos (fls. 185-186):

> Ai Eder eu sei que a droga não é tua mais quero que você assuma para eu não pega cadeia [...] fale para o juiz que é teu a droga e o remédio e fale que não me conhece... Se não sabe né cagueta em cadeia não se cria né Eder. Vê se assume tudo para eu ir para casa e você ser respeitado ai dentro [...] (fl. 184).
>
> [...]
>
> Se você assumice vai ficar menos tempo preso, porque nos livramos da associação, nois dois vamos pegar condena porque não tem como eu assumir a maconha foi pego com você. Eu, não me pegaram com nada só com o remédio, ai pense bem se você assumir vai pegar a mínima vai dar

> 4 anos mais o tráfico vai dar uns 10 a 12 anos de condena pra nós eu pego de boa já tirei um monte e quando for pra rua não vai ser preciso andar me cuidando porque cagueta você sabe o que acontece [...].
>
> [...]
>
> É isso Eder o remédio eu vou assumir, mas a maconha não, porque não foi pego comigo só vou assumir o remédio. É isso Eder nem vai sair, falando que é meu, porque vamos pegar associação, eu vou falar que não te conheço e que o remédio é meu pra tentar me livrar da associação. se tu falar que não me conhece, se livramos da associação [...].

O teor das mencionadas cartas evidencia que Vanderlei, em tom ameaçador, pressiona o também Insurgente Eder para que assuma com exclusividade a propriedade da maconha, isentando-o de participação no esquema criminoso. Ainda chama a atenção que também afirma que somente assumirá a posse dos medicamentos, o que, de fato, foi o que fez perante a Autoridade Judiciária de Primeiro Grau.

Vale ressaltar que Vanderlei admitiu ter redigido os manuscritos, circunstância que, pela sua gravidade, fez com que o Magistrado Federal, por precaução, oficiasse ao Diretor do Presídio para que tomasse conhecimento do conteúdo dessas cartas e adotasse as providências pertinentes (fls. 181-182).

Nessa perspectiva, é certo que os Apelantes foram juntos até Foz do Iguaçu no dia 20.1.13 (conforme comprova a cópia da passagem colacionada à fl. 51), a fim de que Vanderlei adquirisse os narcóticos e os medicamentos, pernoitaram na residência da tal Maria e retornaram no dia 22.1.13, sendo abordados no terminal rodoviário de Caçador em poder de 7 porções de maconha, com massa bruta total de 4,8 quilos (fls. 122-123), além de diversos comprimidos.

Tenha-se presente que a expressiva quantidade de entorpecentes e as circunstâncias de sua apreensão não deixam dúvida sobre desiderato mercantil que detinham, conforme orienta o § 2º do art. 28 da Lei 11.343/06:

> § 2º Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente.

Isso porque, afora a vultosa quantidade – indicativo notório de eventual revenda –, o conteúdo tóxico foi adquirido por Vanderlei em outro Estado da Federação, tanto que pela arriscada ousadia precisou contratar um "mula", Eder Fortunato Duarte, – proceder costumeiramente adotado por traficantes experientes no ramo ilícito. Além do mais, é difícil acreditar que enfrentaria uma longínqua e exaustiva viagem, contrataria terceira pessoa para transportar a droga, se não tivesse intenção lucrativa com o carregamento.

Pelos testigos coligidos, portanto, não há dúvida que Eder Fortunato Duarte e Vanderlei Pedroso, na forma do art. 29 do Código Penal, adquiriram substâncias entorpecentes destinadas à comercialização em Foz do Iguaçu/PR, e transportaram os narcóticos até Caçador/SC, transcendendo limites interestaduais, condutas que encontra-se inseridas nas sanções do art. 33, *caput*, c/c o 40, inc. V, ambos da Lei 11.343/06:

> 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.
>
> [...]
>
> Art. 40. As penas previstas nos arts. 33 a 37 desta Lei são aumentadas de um sexto a dois terços, se:
>
> [...]
>
> V - caracterizado o tráfico entre Estados da Federação ou entre estes e o Distrito Federal;

Assim, correta é a condenação de Vanderlei Pedroso e de Eder Fortunato Duarte pelo cometimento do delito positivado no art. 33, *caput*, c/c o 40, inc. V, ambos da Lei 11.343/06, sem qualquer margem a acolher as teses absolutórias formuladas.

Passa-se a análise da dosimetria da pena.

3. Ao estabelecer a reprimenda irrogada a Vanderlei Pedroso, justificou o Magistrado de Primeiro Grau, na primeira fase, o acréscimo 10 meses em sua pena-base nos seguintes termos:

> Na primeira fase da dosimetria (art. 59 CP), observo que a culpabilidade do réu, aqui entendida como o grau de reprovabilidade à sua conduta, é normal à espécie; não há elementos relevantes acerca da sua personalidade e conduta social; os motivos e circunstâncias do crime nada de especial revelam; as conseqüências não têm especial valor; o comportamento da vítima em nada contribuiu para o delito.
>
> Considerando, entretanto, que o acusado apresenta antecedentes em crime de tráfico de drogas (autos nº 56030021869 e 79000042453 – fls. 201v-202), a pena-base não deve ser fixada em seu patamar mínimo (fls. 280-281).

Com efeito, Vanderlei ostenta antecedentes criminais desabonadores em razão da ação penal 0004245.71.2000.8.24.0079 (79000042453), cuja condenação transitou em julgado em 15.5.11, sem registro da data da extinção da pena (fl. 202). O processo-crime 0002186-77.2003.8.24.0056 (56030021869) também se presta a este fim, pois a condenação transitou em julgado em 30.8.04 e a extinção dessa pena aperfeiçoou-se em 23.10.06 (fl. 201v).

Ainda que a Recorrente sustente ser inviável a valoração negativa dos antecedentes criminais por autos transitados em julgado há muitos anos, razão não lhe assiste.

A matéria objeto da irresignação é reconhecidamente controversa. A possibilidade, ou não, de expressivo lapso entre a data do trânsito em julgado de condenação pretérita e a atual, sobretudo após o de 5 anos

previsto no art. 64, inc. I, do Código Penal, poder servir de fundamento para agravar a pena por maus antecedentes não é unânime nesta Corte de Justiça nem insuscetível de questionamento.

O próprio Supremo Tribunal Federal, em caso oriundo deste Estado, conferiu repercussão geral a julgamento desta natureza:

> MATÉRIA PENAL. FIXAÇÃO DA PENA-BASE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. MAUS ANTECEDENTES. SENTENÇA CONDENATÓRIA EXTINTA HÁ MAIS DE CINCO ANOS. PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE NÃO-CULPABILIDADE. MANIFESTAÇÃO PELO RECONHECIMENTO DO REQUISITO DE REPERCUSSÃO GERAL PARA APRECIAÇÃO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO (RExtra. 593818, Rel. Min. Joaquim Barbosa - j. 26.2.09).

Não obstante outra decisão da Suprema Corte tenha decidido em sentido oposto, o Superior Tribunal de Justiça, em julgados recentes e de suas duas Turmas, mantém o entendimento de não incidir nenhum prazo depurador para os antecedentes criminais:

> *HABEAS CORPUS*. ART. 155, *CAPUT*, DO CÓDIGO PENAL. (1) IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. (2) PENA-BASE. EXASPERAÇÃO. CONDENAÇÃO ANTERIOR. DECURSO DO PRAZO PREVISTO NO ART. 64, I, DO CÓDIGO PENAL. REINCIDÊNCIA. NÃO CABIMENTO. VALORAÇÃO NEGATIVA DOS ANTECEDENTES. POSSIBILIDADE. (3) PENA DEFINITIVA FIXADA EM PATAMAR INFERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. REGIME INICIAL SEMIABERTO. ADEQUAÇÃO. (4) WRIT NÃO CONHECIDO.[...] 2. Conquanto não se desconheça o conteúdo de recente decisão da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, tomada por maioria de votos no HC 119.200/PR (julgado em 11.2.2014, Rel. Min. Dias Toffoli, acórdão pendente de publicação), é de ver que o tema não está pacificado naquela Corte, sendo objeto de repercussão geral (RE 593.818). Nessa toada, e *in casu*, fica mantido o entendimento já pacificado por este Sodalício de que, mesmo ultrapassado o lapso

> temporal de cinco anos, podem, contudo, ser consideradas como maus antecedentes as condenações anteriores transitadas em julgado, nos termos do art. 59 do Código Penal. 3. [...] (HC 240.022, Relª Minª. Maria Thereza de Assis Moura – j. 11.3.14).

Em igual sentido:

> *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO-CABIMENTO. RESSALVA DO ENTENDIMENTO PESSOAL DA RELATORA. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. ANTERIOR CONDENAÇÃO PELO CRIME DE USO DE ENTORPECENTES. ART. 28 DA LEI N.º 11.343/2006. TESE DE *ABOLITIO CRIMINIS* AFASTADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. NATUREZA JURÍDICA DE CRIME QUE TORNA POSSÍVEL A CONFIGURAÇÃO DE REINCIDÊNCIA/MAUS ANTECEDENTES. DECURSO DE LAPSO TEMPORAL SUPERIOR A CINCO ANOS ENTRE O TÉRMINO DA CONDENAÇÃO ANTERIOR E A DATA DO NOVO CRIME. POSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DE ANTECEDENTES. [...] 4. O decurso de lapso temporal superior a 05 (cinco) anos entre a data do término da pena da condenação anterior e a data da infração posterior, embora afaste os efeitos da reincidência, não impede o reconhecimento de maus antecedentes. Precedentes (*HC* 245.581, Relª. Minª. Laurita Vaz - j. 11.3.14).

Trata-se de compreender que a desconsideração da folha criminal de agente que reitera na prática delitiva, ainda que passados mais de cinco anos da condenação anterior, seria incongruente com a finalidade da norma, a qual busca beneficiar aqueles que, pela primeira vez, incidem no mundo do crime, ressaltando que o passado criminal do infrator é indicativo de que, mesmo cumpridas as reprimendas pelos crimes anteriormente cometidos, novamente veio a se envolver com atividades criminosas.

O eventual decurso do período de 5 anos deve impedir apenas a configuração da reincidência, pois, do contrário, tanto a circunstância judicial como a agravante teriam igual incidência, sem expressiva

diferenciação. Isso não ocorre porquanto, como assegura a jurisprudência de modo majoritário, "Por maus antecedentes criminais, em virtude do que dispõe o artigo 5º, inciso LVII, da Constituição de República, deve-se entender a condenação transitada em julgado, excluída aquela que configura reincidência" (STJ, Resp 1063085, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima - j. 4.2.10).

Dessa forma, mantida deve ser a negativação dos antecedentes criminais do Apelante e o aumento dele decorrente pelas condenações transitadas em julgado nos autos das ações penais 0002186-77.2003.8.24.0056 e 0004245-71.2000.8.24.0079.

4. Preserva-se, também, a incidência da causa especial de aumento de pena prevista no art. 40, inc. V, da Lei 11.343/06, pois resultou sobejamente comprovado no feito que os Apelantes transcenderam os Estados do Paraná e de Santa Catarina em poder de entorpecentes destinados à comercialização.

Sobre a aludida majorante, aclaram Paulo Roberto Galvão de Carvalho e Andrey Borges de Mendonça:

> Realmente, quando os agentes atuam entre Estados diversos da federação ou entre estes e o Distrito Federal, a coletividade visada e atingida é maior do que naqueles delitos ocorridos em apenas um Estado. Se maior parcela da população nacional é afetada, maior o risco que o agente cria para a saúde pública (*Lei de Drogas*: Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006. São Paulo: Método, 2008. p 182).

Ainda, importa consignar que os antecedentes criminais desabonadores constituem critério impeditivo para o reconhecimento da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06.

5. Como os Recorrentes foram absolvidos do crime previsto no art. 273, § 1º-B, inc. I, do Código Penal, estabelece-se o *quantum* sancionatório final de Eder Fortunato Duarte em 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão, e 194 dias-multa, conservando-se, por consequência, o regime prisional aberto e o deferimento das medidas alternativas.

6. Fixa-se a reprimenda final de Vanderlei Pedroso em 6 anos, 9 meses e 20 dias de reclusão, e 680 dias-multa.

Pelo *quantum* do apenamento é inviável substituir a pena corporal por medidas restritivas de direitos, pois a reprimenda imposta suplanta o limite de 4 anos exigidos para a incidência da pena alternativa (CP, art. 44).

Quanto à imposição do regime inicial de cumprimento de pena, embora Vanderlei Pedroso não seja reincidente, ostenta duas condenações criminais, por idêntica prática delitiva, as quais constituíram fundamento substancial para negativar as circunstâncias judiciais, impedindo, por esta razão, o seu abrandamento, conforme dicção do art. 33, § 3º, do Código Penal.

Não fosse o bastante, o Apelante Vanderlei articulou toda a estratégia criminosa, envolvendo o Corréu Eder Fortunato Duarte no transporte para ele de significativa quantidade de maconha (7 porções, com massa bruta total de 4,8 quilos), a fim de ludibriar possível investida policial, proceder que merece especial censura e rigor.

Dessa forma, imperiosa revela-se a manutenção do regime prisional inicialmente fechado para resgate de cumprimento de pena.

7. Por fim, anote-se que não se faz necessária a manifestação expressa acerca de todos os dispositivos legais invocados para configuração do pressuposto de prequestionamento (arts. 273, § 1º-B, inc. I, do Código Penal; 33, *caput*, da Lei 11.343/06 e 5º, inc. XXXIX, da Carta Magna), mesmo porque "o julgador não é obrigado a examinar todos os dispositivos indicados pelo recorrente nem responder um a um os argumentos invocados, se apenas um deles é suficiente para a solução da lide, em prejuízo dos demais" (STJ, Edcl no AgRg no RCDESP no RE nos Edcl nos Edcl no Resp 626033, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins - j. 23.11.06).

Ante o exposto, vota-se pelo conhecimento e provimento em parte dos recursos deflagrados, a fim de absolver Eder Fortunato Duarte e Vanderlei Pedroso da imputação constante no art. 273, § 1º-B, inc. I, do Estatuto Repressivo, com fundamento no art. 386, inc. III, do Código de Processo Penal.

Para os fins do disposto no § 5º do art. 87 do Regimento Interno desta Corte, nas Resoluções 44, 50 e 172 do Conselho Nacional de Justiça e no Provimento 29 da Corregedoria Nacional de Justiça, e de modo a facilitar a inclusão de informações na base de dados do Cadastro Nacional de Condenados por Ato de Improbidade Administrativa e por Ato que Implique Inelegibilidade – CNCIAI, deve ser incluído, com fulcro no art. 1º, inc. I, "e", 7, da Lei Complementar 64/90, o nome dos Acusados Eder Fortunato Duarte e Vanderlei Pedroso em tal registro.

Recurso Criminal n. 2015.021972-2, de Balneário Camboriú

Relator: Des. Subst. Volnei Celso Tomazini

> RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. TRIBUNAL DO JÚRI. HOMICÍDIO QUALIFICADO NA FORMA TENTADA. DECISÃO DE PRONÚNCIA. RECURSO DO RÉU.
>
> PRELIMINAR. NULIDADE DO FEITO EM RAZÃO DA AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DO RÉU E DE SEU DEFENSOR ACERCA DA OITIVA DAS TESTEMUNHAS DO JUÍZO. NÃO OCORRÊNCIA. PARTES QUE FORAM DEVIDAMENTE CIENTIFICADAS ACERCA DA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO, MOMENTO EM QUE O MAGISTRADO DECIDIU COLHER OS DEPOIMENTOS DAS TESTEMUNHAS EM QUESTÃO. OPORTUNIDADE CONCEDIDA À DEFESA PARA SE MANIFESTAR ACERCA DO ATO. IRREGULARIDADE INEXISTENTE. INTELIGÊNCIA DO ART. 209, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. PREFACIAL AFASTADA.
>
> MÉRITO. MATERIALIDADE E INDÍCIOS SUFICIENTES DE AUTORIA DEMONSTRADOS NOS AUTOS. CONTEXTO PROBATÓRIO QUE NÃO EVIDENCIA, DE PLANO, A TESE DEFENSIVA ACERCA DA DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME DE HOMICÍDIO PARA O CRIME DE LESÃO CORPORAL. ANÁLISE APROFUNDADA DA PROVA INVIÁVEL NESTA ETAPA PROCESSUAL. PEDIDO ALTERNATIVO PARA EXCLUSÃO DA QUALIFICADORA. IMPOSSIBILIDADE. ELEMENTOS PROBATÓRIOS QUE INDICAM, EM TESE, QUE O OFENDIDO FOI SURPREENDIDO COM A AGRESSÃO. TRIBUNAL DO JÚRI COMPETENTE PARA JULGAMENTO. MATÉRIA AFETA AO CONSELHO DE SENTENÇA. RECURSO DESPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso Criminal n. 2015.021972-2, da comarca de Balneário Camboriú (1ª Vara Criminal), em que é recorrente Rodrigo Filipe Serpa, e recorrido Ministério Público do Estado de Santa Catarina e outro:

A Segunda Câmara Criminal decidiu, por unanimidade, negar provimento ao recurso. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Exmos. Srs. Desa. Salete Silva Sommariva (Presidente) e Des. Sérgio Rizelo. Funcionou como representante do Ministério Público o Exmo. Sr. Dr. Paulo Antônio Günther.

Florianópolis, 16 de junho de 2015.

Volnei Celso Tomazini
RELATOR

RELATÓRIO

No Juízo da 1ª Vara Criminal, comarca de Balneário Camboriú, o réu Rodrigo Filipe Serpa foi denunciado como incurso na sanção penal prevista no art. 121, § 2º, incisos II e IV c/c art. 14, inciso II, todos do Código Penal, pela prática dos fatos assim narrados na exordial acusatória:

> Extrai-se do Inquérito Policial anexo, que na data de 14 de dezembro de 2014, por volta das 07h, a vítima Ivan Santiago Júnior caminhava com a sua esposa Carolina da Silva Soares pela Avenida Rodesindo Pavan, bairro da Barra, nesta cidade e, ao aproximarem-se do Mirante das Laranjeiras, depararam-se com alguns veículos atravessados na pista, onde haviam algumas pessoas consumindo bebida alcoólica. Ao passarem entre os veículos, iniciou-se uma discussão e, incontinenti, o denunciado RODRIGO FELIPE SERPA, na companhia de outros quatro indivíduos ainda não identificados, imbuídos de animus necandi, passaram a agredir violentamente a vítima Ivan Santiago Júnior, com inúmeros chutes nas regiões da cabeça e das costelas, causando-lhe "equimoses avermelhadas na região frontal, temporal direita e bochecha esquerda; equimoses aroxeadas bipalpebrais bilateralmente associadas a edema traumático moderado à direita e intenso à esquerda; intenso edema traumático em dorso nasal e região mandibular bilateral e equimose aroxeada dos lábios", conforme se verifica no laudo pericial anexo. Mesmo depois de desacordada, a vítima

> continuou a ser agredida pelo denunciado, que aplicou chutes em sua cabeça, com o intento de concluir a execução de um homicídio.
>
> O denunciado, na companhia dos seus asseclas, assim agiu porque ficou contrariado pelo fato de a vítima passar entre os veículos que ali estavam estacionados, demonstrando, portanto, o mais absoluto desprezo pela vida humana, agindo de forma desproporcional, em suma, por motivo fútil.
>
> A forma como a vítima foi atingida, demonstra que ela foi apanhada de surpresa, no momento em que estava caminhando tranquilamente com sua esposa em local público, sem ter qualquer suspeita de que podia estar motivando a ira do denunciado e de seus comparsas, ou seja, a ação delituosa era inesperada, imprevisível. Além do mais, levando-se em consideração o número de agressores, a vítima não teve a mínima oportunidade para exercer algum gesto de defesa.
>
> Ressalta-se que o denunciado só não obteve êxito em ceifar a vida de Ivan, por circunstâncias alheias à sua vontade, uma vez que uma terceira pessoa ainda não identificada, que conduzia uma motocicleta pelo local, ao perceber a ação delituosa, lançou o seu veículo em direção aos agressores, fazendo cessar as investidas contra a vítima, a qual recebeu, ainda, socorro imediato e eficaz.

Concluída a fase acusatória, o réu foi pronunciado pelo cometimento, em tese, do crime previsto no art. 121, § 2º, II e IV, c/c art. 14, inciso II, ambos do Código Penal.

Inconformado, o réu interpôs recurso em sentido estrito, e alegou, preliminarmente, a nulidade dos autos, uma vez que não teria sido intimado por ocasião do deferimento da oitiva de testemunhas que foram ouvidas como testemunhas do juízo. No mérito, pugnou pela desclassificação do delito de homicídio na forma tentada para o crime de lesão corporal, diante da ausência de animus necandi. Subsidiariamente, pleiteou o afastamento da qualificadora no tocante ao recurso que impossibilitou ou dificultou a defesa da vítima.

Vertidas as contrarrazões, mantida a decisão atacada, ascenderam os autos a esta egrégia Corte para julgamento.

Lavrou parecer pela douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Raul Schaefer Filho, que opinou pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

Trata-se de recurso em sentido estrito interposto pelo réu Rodrigo Filipe Serpa contra a decisão que o pronunciou pelo cometimento, em tese, do crime previsto no art. 121, § 2º, incisos II e IV, c/c art. 14, inciso II, ambos do Código Penal.

Inicialmente, cumpre analisar a nulidade suscitada pelo recorrente, em razão de não ter sido intimado da oitiva das testemunhas do juízo.

Sobre a questão referente às testemunhas do juízo, impende destacar o que prevê o artigo 209, do Código de Processo Penal, *verbis*:

> Art. 209. O juiz, quando julgar necessário, poderá ouvir outras testemunhas, além das indicadas pelas partes.

Forçoso ressaltar, a possibilidade de oitiva de testemunhas de ofício pelo Juiz é decorrente do princípio da verdade real, vigente no processo penal. Contudo, a sua ocorrência depende de alguns pressupostos.

Na lição de Guilherme de Souza Nucci

> [...] o magistrado somente pode saber se a inquirição de determinadas pessoas, além daquelas arroladas pelas partes, é importante, depois de produzir a prova testemunhal padrão. [...] Merece o magistrado avaliar a prova que detém, após a sua produção, para decidir quantas pessoas mais vai ouvir e quais são as verdadeiramente relevantes, indicadas pelas partes. Reservar-se para decidir acerca das testemunhas do juízo, após o início da instrução, é a solução mais adequada e prudente. [...] (Manual de Processo Penal e Execução Penal, 7ª edição, 2011, p. 474).

De acordo com que se infere dos autos, o Magistrado deferiu o pedido de habilitação do assistente de acusação, negando, contudo, o arrolamento das testemunhas indicadas. Ocorre que, após a manifestação

ministerial, o Juiz, por meio de despacho à fl. 156, deferiu, a princípio, a oitiva daquelas testemunhas arroladas pelo assistente de acusação, porém como testemunhas do Juízo, se fosse necessária para a elucidação dos fatos.

Assim, é possível constatar que o ilustre Togado postergou a análise da necessidade de oitiva das testemunhas para momento posterior à instrução, ou seja, após a oitiva das testemunhas da acusação e da defesa, razão pela qual não se verifica nenhuma irregularidade.

No tocante à alegação do recorrente de que houve nulidade porque as partes não foram intimadas da oitiva destas testemunhas como testemunhas do juízo, o que se tem é que as partes foram intimadas da audiência de instrução e julgamento, ocasião em que o Magistrado analisou a necessidade de ouvir as pessoas indicadas pelo assistente de acusação.

Desse modo, não se está a falar em cerceamento de defesa, porquanto o defensor do réu teve a oportunidade de se manifestar contrariamente à oitiva das testemunhas do juízo durante a audiência, como assim o fez, na apresentação das alegações finais.

No mais, é possível observar que foi concedida ao defensor do réu a oportunidade para fazer perguntas a estas testemunhas, não tendo qualquer objeção da parte neste sentido.

Demais disso, forçoso salientar que a aventada nulidade foi rechaçada pelo Juízo a quo, sob o fundamento de que as partes foram intimadas em audiência acerca da oitiva das testemunhas em questão, além de que a falta de intimação, de qualquer maneira, é insuficiente para anular o feito, se a parte não conseguir demonstrar, de forma concreta, a prejudicialidade do ato (CD fl. 185).

Ainda,

> [...] até mesmo o magistrado, quando entender cabível colher algum depoimento de ofício, como autoriza o caput do art. 209 do CPP, deve

> fazê-lo em audiência previamente designada, com a ciência e participação da acusação e da defesa [...] (ob cit, p. 474).

Na hipótese, conforme anteriormente esposado, o réu foi cientificado da audiência de instrução e julgamento, que contou com a participação da acusação e defesa, de modo que não se acolhe a nulidade suscitada, porque inexistente qualquer prejuízo ao acusado.

Acerca da matéria, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu:

> PENAL. HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. TENTATIVA. PRÉVIO MANDAMUS DENEGADO. PRESENTE WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO.
>
> INVIABILIDADE. VIA INADEQUADA. REQUERIMENTO DO MP. REINQUIRIÇÃO DE TESTEMUNHA E OITIVA DE UMA NOVEL. TESTEMUNHAS DO JUÍZO.
>
> POSSIBILIDADE. ARTIGO 209 DO CPP. NULIDADE. INOCORRÊNCIA. NÃO COMPROVAÇÃO DO PREJUÍZO DA DEFESA. PRINCÍPIO DO PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF. FLAGRANTE ILEGALIDADE. INEXISTÊNCIA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.
>
> 1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do habeas corpus, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional e em louvor à lógica do sistema recursal. In casu, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso ordinário.
>
> 2. Não obstante o prévio requerimento ministerial para a reinquirição de uma testemunha e a oitiva de uma novel, ambas foram arroladas como testemunhas do juízo, nos termos do artigo 209 do Código de Processo Penal, visando dirimir suposta celeuma instaurada no feito, atuando legitimamente o magistrado de primeiro grau, em prol da busca da verdade real, não se sustentando a menção de pecha no procedimento.
>
> 3. Na hipótese, inexiste flagrante ilegalidade pois não foi demonstrado o eventual prejuízo concreto sofrido pela defesa ante a oitiva de testemunhas pelo juízo, sendo inviável, pois, o reconhecimento de qualquer nulidade processual, em atenção ao princípio do pas de nullité sans grief.
>
> 4. Habeas corpus não conhecido.

(HC 257.200/SC, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 22/04/2014, DJe 30/04/2014)

Portanto, afasta-se a prefacial suscitada, passando-se à análise do mérito do recurso.

O réu pleiteou a desclassificação do crime de homicídio na forma tentada para o crime de lesão corporal, em razão da ausência do *animus necandi*. Contudo, adianta-se que o pleito não merece provimento.

Isso porque, ao menos por ora, não se pode desclassificar a conduta de homicídio na forma tentada para o crime de lesão corporal, tendo em vista que não há nos autos, de forma inconteste, a comprovação da ausência da intenção de matar. Veja-se.

Extrai-se dos autos que, na data de 14 de dezembro de 2014, por volta das 07h, a vítima Ivan Santiago Júnior caminhava com a sua esposa Carolina da Silva Soares pela Avenida Rodesindo Pavan, bairro da Barra, nesta cidade e, ao aproximarem-se do Mirante das Laranjeiras, depararam-se com alguns veículos atravessados na pista, onde haviam algumas pessoas consumindo bebida alcoólica. Ao passarem entre os veículos, iniciou-se uma discussão e, incontinenti, o réu Rodrigo Felipe Serpa, na companhia de outros quatro indivíduos, passaram a agredir violentamente a vítima Ivan Santiago Júnior, com inúmeros chutes nas regiões da cabeça e das costelas.

Registra-se, mesmo depois de desacordada, a vítima continuou a ser agredida pelo acusado, com chutes na cabeça.

A materialidade do crime encontra-se positivada por meio do auto de prisão em flagrante (fl. 1), do boletim de ocorrência (fls. 2-3), do laudo pericial (fls. 59-62), bem como da prova oral coligida.

Os indícios suficientes de autoria, de igual forma, estão presentes, principalmente pelos depoimentos das testemunhas e, de igual forma, do ofendido. Veja-se:

O ofendido Ivan Santiago Junior, ouvido em juízo, disse que tentou passar pelo meio dos automóveis que estavam trancando a passagem dos pedestres, quando, sem intenção, bateu no retrovisor com o quadril, e que, momentos após, levou um chute nas costas. Ao tentar virar, levou um golpe de "gravata", e depois vários chutes e socos, por quatro pessoas, inclusive o réu. Disse que tentava se proteger com as mãos, e sempre que afastavam seus braços, ele via o réu vindo em sua direção para agredi-lo (CD fl. 185).

A companheira do ofendido, Carolina da Silva Soares, relatou em juízo que estavam caminhando pelo local, no domingo pela manhã, momento em que verificaram que havia um aglomerado de pessoas, da noite anterior. Disse que viu alguns carros estacionados, quando um automóvel parou no meio da rua, trancando a passagem dos pedestres. Aduziu que o ofendido pediu ao réu que lhe deixasse passar, momento em que o réu respondeu "se quiser, passa no meio". Houve uma breve discussão entre o ofendido e o réu, ocasião em que o acusado e os demais saíram do veículo e deram início às agressões contra a vítima. Acrescentou que mesmo quando o ofendido desmaiou, o réu e os demais continuaram as agressões, principalmente com chutes na região da cabeça. Ainda, alegou que um motoqueiro chegou e conseguiu apartar a briga (CD fl. 185).

A testemunha Dani Roberto Xavier da Cruz, na fase judicial, afirmou que presenciou os fatos. Disse que havia um aglomerado de pessoas e, de repente, deu-se início a uma briga, sendo que o ofendido foi agredido por umas quatro ou cinco pessoas. Aduziu que a vítima caiu numa vala na rua e que viu o réu agredir o ofendido (CD fl. 185).

A testemunha André Laurino da Silva, que se encontrava no local, disse que o réu estava no interior de um carro, uma Saveiro, quando parou ao lado de um carro estacionado na via para falar com o condutor do outro veículo. Disse que a vítima se aproximou e deu início a uma discussão, quando o ofendido passou pelo carro e bateu no retrovisor,

momento em que começaram as agressões. Sustentou que o réu deu somente um soco no ofendido, enquanto os demais continuaram a agressão (CD fl. 185).

A testemunha Rafael Silva dos Santos disse que viu o início da discussão e que o ofendido, após bater no retrovisor do carro do réu, foi agredido por este. Contudo, destacou que o acusado deu somente um soco no ofendido, momento em que voltou dentro do carro, e depois foi embora (CD fl. 185).

A testemunha Letruska, em juízo, afirmou que o pai da vítima o procurou para pedir que ela ajudasse a contar o que sabia. Afirmou que comentou com o médico com quem trabalhava que conhecia o paciente, que sabia o que tinha acontecido. Disse que no dia dos fatos, estava no local, com mais algumas pessoas, após uma festa eletrônica. Asseverou que presenciou a briga, desde o início, porém não ficou até o final. Disse que o ofendido e sua companheira estavam caminhando, quando a vítima, próxima ao carro que trancava a passagem, pediu para passar, momento em que a discussão começou. Alegou que o réu estava pilotando uma moto e não o viu saindo do interior do veículo vermelho. Relatou que a vítima caiu no chão, enquanto era agredida. Disse que a fisionomia do réu a marcou em razão da sua estatura, a cor dos olhos e o tom da pele. Questionada pelo Ministério Público, aduziu que o réu agrediu a vítima com socos, e pelas fraturas na face do ofendido, provavelmente este foi agredido com chutes. Acrescentou que havia umas cinco pessoas agredindo a vítima (CD fl. 185).

De uma análise da prova oral coligida, é possível constatar a existência de depoimentos conflitantes nos autos. Contudo, os elementos probatórios colacionados apontam que o réu foi agredido na região da cabeça, por meio de chutes, ocasionando várias lesões, descritas no laudo acostado, sendo que o réu chegou inclusive a desmaiar em razão dos golpes.

Demais disso, em que pese alguns pontos divergentes nos depoimentos, tem-se que se tratavam de quatro indivíduos desferindo os golpes contra a vítima, sendo que as agressões teriam cessado somente em razão da interferência de um terceiro, um motoqueiro que passava pelo local e que conseguiu afastar os agressores.

Dito de outro modo, pode-se concluir, em tese, que se o indivíduo não tivesse interferido na briga, as agressões provavelmente continuariam, podendo ocasionar a morte da vítima, seja em razão da quantidade e intensidade dos golpes, bem como da região atingida pelos socos e chutes.

Portanto, ao menos por ora, não se pode desclassificar a conduta de homicídio na forma tentada para o crime de lesão corporal, porquanto a ausência da intenção de matar não está evidenciada de maneira estreme de dúvidas.

Nesse sentido:

> RECURSO CRIMINAL. TRIBUNAL DO JÚRI. PRONÚNCIA. HOMICÍDIO SIMPLES (ART. 121, CAPUT, DO CP). RECURSO DA DEFESA. PRELIMINAR. [...] MÉRITO. ALMEJADA IMPRONÚNCIA E ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA. ALEGADA FALTA DE PROVAS ACERCA DA AUTORIA. HIPÓTESES DO ART. 414, CAPUT, E 415, II, DO CPP NÃO DEMONSTRADAS. MATERIALIDADE INCONTESTE. INDÍCIOS SUFICIENTES DE AUTORIA. IRMÃO DA VÍTIMA QUE AFIRMA COM VEEMÊNCIA TER VISTO O RECORRENTE PRATICAR O CRIME. POLICIAL MILITAR QUE, APESAR DE O IRMÃO MENOR DO RECORRENTE TER ASSUMIDO A CULPA, CONSTATOU INDÍCIOS DE PRÁTICA DO CRIME NAQUELE, POIS ESTAVA COM AS ROUPAS, MÃOS E CALÇADOS SUJOS DE SANGUE. ANÁLISE APROFUNDADA DAS PROVAS IMPRATICÁVEL NESTA ETAPA PROCESSUAL. PRETENSA DESCLASSIFICAÇÃO PARA LESÃO CORPORAL SEGUIDA DE MORTE (ART. 129, § 3º, DO CP). IMPRATICÁVEL NESTA ETAPA PROCESSUAL. NECESSIDADE DE SUBMISSÃO DO RÉU AO JULGAMENTO POPULAR. DECISÃO PROVISIONAL MANTIDA.

> [...] Somente deve seguir a julgamento pelo Tribunal Popular o caso que comporte, de algum modo, conforme a valoração subjetiva das provas, um decreto condenatório. O raciocínio é simples: o juiz da fase da pronúncia remete a julgamento em plenário o processo que ele, em tese, poderia condenar, se fosse competente. Não é questão de se demandar certeza de culpa do réu. Porém, deve-se reclamar provas suficientes. Havendo a referida suficiência, caberá ao Conselho de Sentença decidir se condena ou absolve [...]" (NUCCI, Guilherme de Souza. Tribunal do Júri. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 62). RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (Recurso Criminal n. 2011.028032-7, de Rio Negrinho, Rela. Desa. Marli Mosimann Vargas, j. em 29/03/2012).

Também:

> RECURSO EM SENTIDO ESTRITO - PRONÚNCIA HOMICÍDIO SIMPLES NA FORMA TENTADA - POSTULADA A IMPRONÚNCIA OU A DESCLASSIFICAÇÃO PARA LESÃO CORPORAL LEVE - DÚVIDA QUANTO AO ANIMUS NECANDI QUE DEVE SER AFERIDA PELO TRIBUNAL POPULAR. "Havendo dúvida acerca do animus necandi, incumbe ao Tribunal do Júri dirimi-la, procedendo ao exame e à valoração da prova, a teor do cânone inscrito no art. 5º, inciso XXXVIII, alínea 'd', da Constituição Federal, circunstância que inviabiliza, nesta fase, tanto a desclassificação para lesões corporais seguidas de morte, quanto para homicídio culposo" (Des. Sérgio Paladino). HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS AO DEFENSOR DATIVO - VERBA QUE SERÁ ARBITRADA NO PRIMEIRO GRAU E ABRANGE ACOMPANHAMENTO DE EVENTUAL RECURSO - EXEGESE DA LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL N. 155/1997 - INDEFERIMENTO. (Recurso Criminal n. 2012.003543-3, de Criciúma, Rel. Des. Moacyr de Moraes Lima Filho, j. em 15/05/2012).

Sendo assim, tendo em vista que não há nos autos provas inequívocas da inexistência do *animus necandi* do réu, aptas a acolherem o pedido de desclassificação para o crime de lesão corporal, nega-se provimento ao recurso no ponto.

De igual forma, não se pode coadunar com o pedido de exclusão da qualificadora, porque há indícios de que o ofendido foi atingido,

de início, com um chute nas costas, o que demonstra que a vítima foi surpreendida, elemento que indica a presença, em tese, da qualificadora da surpresa.

Cabe ressaltar, ainda, "na fase da decisão de pronúncia não deve ser afastada a qualificadora, mesmo que haja dúvida, pois nesta fase prevalece o princípio in dúbio pro societate, cabendo ao Tribunal do Júri decidir. (AgRg no AREsp 62.470/MA, Rel. Ministro Vasco Della Giustina, j. em 7.2.2012).

Não destoa o entendimento desta Corte:

> RECURSO CRIMINAL - TRIBUNAL DO JÚRI - HOMICÍDIO TRIPLAMENTE QUALIFICADO (CP, ART. 121, § 2º, II, III E IV) - MATERIALIDADE E INDÍCIOS DE AUTORIA - PRETENSA IMPRONÚNCIA - IMPOSSIBILIDADE - CONJUNTO PROBATÓRIO INCONCLUSIVO - PREVALÊNCIA DO PRINCÍPIO DO IN DUBIO PRO SOCIETATE - ALMEJADO AFASTAMENTO DAS QUALIFICADORAS - INADMISSIBILIDADE - NECESSIDADE DE ANÁLISE APROFUNDADA DO SUBSTRATO PROBATÓRIO - MATÉRIA AFETA AO CONSELHO DE SENTENÇA - EXEGESE DA CF/88, ART. 5º, XXXVIII, "B" - PRONÚNCIA MANTIDA. [...]
>
> No caso de exsugirem dúvidas a respeito da tipicidade da conduta, justifica-se a prolação da pronúncia, a fim de que o conselho de sentença, juiz natural da causa, dirima a controvérsia, prevalecendo-se, nesta etapa processual, o princípio do in dubio pro societate. II - Da mesma forma é de se proceder com relação ao pedido de exclusão das qualificadoras descritas na pronúncia, de modo a justificar sua mantença, uma vez que tal análise demandaria um exame aprofundado das provas e a formulação de um juízo valorativo, o que configuraria usurpação da competência do conselho de sentença. (Recurso Criminal n. 2011.090365-2, de Blumenau, rel. Des. Salete Silva Sommariva, j. em 23.2.2012).

Logo, compete ao egrégio Tribunal do Júri manifestar-se acerca das qualificadoras, as quais só podem ser excluídas quando do contexto probatório se puder extrair seu manifesto descabimento, o que não se

observa na hipótese. E, além disso, cabe aos jurados manifestarem-se acerca da desclassificação do crime de homicídio para o crime de lesão corporal.

Diante do exposto, nega-se provimento ao recurso do réu.

É o voto.

TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL

Apelação Criminal n. 2014.017727-0, da Capital

Relator: Des. Leopoldo Augusto Brüggemann

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. INEXEGIBILIDADE ILEGAL DE LICITAÇÃO E PREVARICAÇÃO (ART. 89, *CAPUT*, DA LEI N. 8.666/1993 E ART. 319 DO CÓDIGO PENAL). SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. IRRESIGNAÇÃO MINISTERIAL. PLEITO DE CONDENAÇÃO.

INEXIGIBILIDADE ILEGAL DE LICITAÇÃO. SECRETÁRIO DE TURISMO E SECRETÁRIO ADJUNTO DE TURISMO QUE, AMPARADOS EM PARECER DE ASSESSORA JURÍDICA, FIRMAM CONTRATO DIRETO COM EMPRESA, PARA REALIZAÇÃO DE SHOW, EM VIOLAÇÃO À LEI DE LICITAÇÃO. FATOS NÃO COMPROVADOS. VERIFICADA HIPÓTESE DE INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. ARTISTA DE RENOME INTERNACIONAL QUE, POR INTERMÉDIO DE SEU EMPRESÁRIO, CONCEDE CARTA DE EXCLUSIVIDADE À EMPRESA LOCAL PARA A EXECUÇÃO DO EVENTO. SITUAÇÃO QUE SE AMOLDA ÀQUELA PREVISTA NO ART. 25, III, DA LEI N. 8.666/1993. AUSÊNCIA DE PROVAS ACERCA DO SUPOSTO ENGODO REALIZADO PARA A CONTRATAÇÃO DIRETA, EM FRAUDE À LEI DE LICITAÇÃO. ALIÁS, FATOS QUE, COMPROVADOS, CARACTERIZARIAM CRIME DIVERSO DO DESCRITO NA VESTIBULAR. PRINCÍPIO DA CORRELAÇÃO QUE DEVE SER MANTIDO. MÉRITO ADMINISTRATIVO NA ESCOLHA DO ARTISTA, MÁ ADMINISTRAÇÃO DO DINHEIRO PÚBLICO E ILÍCITOS CONTRATUAIS QUE NÃO SÃO OBJETO DE DELIBERAÇÃO NESTES AUTOS QUE VISAM APURAR ILÍCITOS PENAIS. MANUTENÇÃO DA ABSOLVIÇÃO QUE SE IMPÕE.

PREVARICAÇÃO. LIBERAÇÃO ANTECIPADA DE VALORES EM DISCORDÂNCIA COM AS CONDIÇÕES CONTRATADAS. VIOLAÇÃO AO ART. 65, II, C, DA LEI DE LICITAÇÕES.

MATERIALIDADE COMPROVADA. AUTORIA, NO ENTANTO, EVIDENCIADA APENAS COM RELAÇÃO A UM DOS ACUSADOS. ADEMAIS, ELEMENTO SUBJETIVO DO TIPO NÃO DEMONSTRADO. CRIME QUE EXIGE ESPECIAL FIM DE AGIR. ATUAÇÃO COM O OBJETIVO DE SATISFAZER SENTIMENTO PESSOAL. AUSÊNCIA DE PROVAS NESTE SENTIDO. DENÚNCIA QUE SEQUER ESPECIFICA O REFERIDO SENTIMENTO. CRIME NÃO PUNIDO A TÍTULO CULPOSO. INTELIGÊNCIA DO PRINCÍPIO *IN DUBIO PRO REO*. SENTENÇA DE ABSOLVIÇÃO PRESERVADA.

PREQUESTIONAMENTO. DEVIDA APRECIAÇÃO DA MATÉRIA. REJEIÇÃO DO PEDIDO.

RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 2014.017727-0, da comarca da Capital (1ª Vara Criminal), em que é apelante Ministério Público do Estado de Santa Catarina, e são apelados Mário Roberto Cavallazzi, Aloysio Machado Filho e Daniela Gomes Silva Santos Secco:

A Terceira Câmara Criminal decidiu, por votação unânime, conhecer e negar provimento ao recurso. Custas legais.

O julgamento, realizado no dia 17 de março de 2015, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Rui Fortes, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. Moacyr de Moraes Lima Filho. Funcionou pela douta Procuradoria Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Gercino Gerson Gomes Neto.

Florianópolis, 18 de março de 2015.

Leopoldo Augusto Brüggemann
RELATOR

RELATÓRIO

Na comarca da Capital, o Ministério Público do Estado de Santa Catarina ofereceu denúncia contra Mário Roberto Cavallazzi, Aloysio Machado Filho e Daniela Gomes Silva Santos Secco, dando os primeiros como incursos nas sanções do art. 89 da Lei n. 8.666/1993 e art. 319 c/c o art. 29, ambos do Código Penal, e a última nas sanções do art. 89 da Lei n. 8.666/1993 c/c o art. 29 do Código Penal, pela prática das condutas assim descritas na inicial acusatória:

> No mês de agosto de 2009, os denunciados em comunhão de desígnios inexigiram licitação fora das hipóteses previstas em lei, porquanto contrataram diretamente, por meio do processo administrativo n. 385/2009, a empresa Beyondpar Assessoria e Marketing Ltda, em virtude da alegada exclusividade que a referida empresa teria para promover o show do músico Andrea Bocelli em Florianópolis no mês de dezembro de 2009, o que encontraria respaldo no art. 25, III, da Lei n. 8.666/93.
>
> Ocorre que, de acordo com o contrato celebrado entre Beyondar e a Pentagon Music Management (fls. 380-419), a empresa Beyondpar não é empresária exclusiva do músico Andrea Bocelli, porquanto contratou os agentes e empresário do artista (Pentagon) para agir exclusivamente em nome da mesma.
>
> Infere-se, ainda, que a referida inexigibilidade de licitação foi baseada no parecer jurídico elaborado, em agosto de 2009, por Daniela Gomes Silva Santos Secco, na época assessora jurídica da Secretaria de Turismo, Cultura e Esporte do Município de Florianópolis, uma vez que esta asseverou no aludido parecer que a empresa proponente detém exclusividade para a realização do espetáculo, razão por si só que inviabiliza a concorrência (fls. 170-171).
>
> Dando sequência ao firme propósito de formalizar a contratação com a empresa Beyondpar, no dia 24 de agosto de 2009, Mário Roberto Cavalazzi, então Secretário de Turismo, Cultura e Esporte do Município de Florianópolis, encaminhou o ofício n. 489/2009 acompanhado do parecer jurídico subscrito por Daniela Gomes Silva Santos Secco ao Diretor de Licitações, Contratos e Convênios da Secretaria Municipal

> de Administração no qual expressava que a referida contratação era respaldada pela inexigibilidade de licitação (fl. 169).
>
> Há que se ressaltar que Mário Roberto Cavalazzi assinou conjuntamente com Aloysio Machado Filho, na época Secretário Adjunto de Turismo, Cultura e Esporte, no dia 27 de agosto de 2009, termo de inexigibilidade de licitação n. 385/SMAP/DLC/2009 (fls. 244-251), que restou publicado em 28 de agosto de 2009.
>
> Ato contínuo, em 28 de agosto de 2009, toda a conduta levada a efeito pelos denunciados restou concretizada com a assinatura do contrato n. 942/SETUR/2009 pelo valor de R$3.000.000,00 (três milhões de reais) (fls. 182-187).
>
> Além disso, em 17 de setembro de 2009, os denunciados Mário Roberto Cavalazzi e Aloysio Machado Filho, em acordo de vontades, anteciparam o pagamento de R$200.000,00 (duzentos mil reais), por meio da emissão da nota de empenho n. 9773/2009 (fl. 273) à empresa Beyondpar Assessoria e Marketing Ltda, em desacordo com o cronograma financeiro fixado na cláusula 4.1 do contrato (fl. 183), contrariando, assim, o artigo 65, II, alínea "c" da Lei n. 8.666/93, para satisfazerem interesse ou sentimento pessoal.
>
> Anota-se que a supramencionada antecipação foi contrária à disposição expressa no parágrafo único da cláusula 4.1 do contrato, a qual condicionava o desembolso da primeira parcela à apresentação do contrato formalizado entre a contratada e o maestro Andrea Bocelli (fl. 183) [*sic*](fls. II-V).

Concluída a instrução do feito, a denúncia foi julgada improcedente para absolver os acusados de todos os delitos, com fulcro no art. 386, inciso VII, do Código de Processo Penal, ante a insuficiência de provas à condenação (fls. 2110-2123).

Irresignado, o Ministério Público interpôs recurso de apelação, pugnando pela condenação dos acusados nos termos da denúncia, ao argumento de que as provas coligidas em juízo são suficientes a erigir decreto condenatório. Outrossim, requereu o prequestionamento da matéria, quanto a necessidade de comprovação do dolo específico

ou genérico para caracterizar a conduta prevista no art. 89 da Lei n. 8.666/1993 (fls. 2125-2166).

A defesa de Mário Roberto Cavallazzi e Daniela Secco opôs embargos de declaração, visando o aclaramento da sentença no tocante à fundamentação utilizada para absolvição (ausência de provas e/ou atipicidade da conduta) (fls. 2185-2190). Os aclaratórios foram rejeitados ao argumento de que inexistiu contradição, pois a sentença foi clara ao absolver os acusados com fundamento na insuficiência de provas, art. 386, inciso VII, do Código de Processo Penal (fls. 2191-2192).

Juntadas as contrarrazões (fls. 2172-2184 e 2201-2215), ascenderam os autos a esta instância, e a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra da Exma. Sra. Dra. Heloísa Crescenti Abdalla Freire, opinou pelo conhecimento e provimento do recurso, para condenar os acusados nos termos da denúncia (fls. 2227-2239).

Às fls. 2265, foi autorizado o ingresso da Ordem dos Advogados do Brasil – Seção Santa Catarina, como assistente da apelada Daniela Gomes Silva Santos Secco.

É o relatório.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação contra decisão que julgou improcedente a denúncia e absolveu os acusados das sanções previstas no art. 89, *caput*, da Lei n. 8.666/1993 e no art. 319 do Código Penal, com fundamento na insuficiência de provas à condenação.

O apelo é de ser conhecido, porquanto presentes os requisitos objetivos e subjetivos de admissibilidade.

Cumpre observar, de forma a afastar a preliminar arguida pela defesa de Mário e Daniela em sede de contrarrazões (fls. 2172-2184), que o recurso foi tempestivamente interposto, uma vez que a sentença de

absolvição foi publicada na data de 31/10/2013 (fl. 2.124) e a apelação protocolizada no dia 05/11/2013 (fl. 2.125), ou seja, dentro do quinquídio legal.

Desta forma, sem maiores digressões supérfluas, o recurso merece ser conhecido, pois tempestivo.

Persegue o Ministério Público a condenação dos recorridos ao argumento da existência de provas suficientes à condenação pelos crimes descritos na vestibular acusatória, mormente por defender a desnecessidade de comprovação do dolo específico para caracterização dos injustos penais.

Não desmerecendo os fortes argumentos lançados pelo *Parquet*, que, após esmiuçar as provas constantes nos autos, defende, incansavelmente, a condenação dos acusados, o recurso não merece acolhida.

Ab initio cumpre ressaltar que, como é cediço, por força do princípio da correlação, ao proferir a sentença o magistrado deve-se ater aos fatos narrados na vestibular acusatória, caracterizadores de ilícitos penais.

Acaso ocorra julgamento *citra petita*, *ultra petita* ou *extra petita*, haverá nulidade absoluta, por afronta aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Sobre isso, preleciona Júlio Fabbrini Mirabete:

> Deve haver uma correlação entre a sentença e o fato descrito na denúncia ou na queixa, ou seja, entre o fato imputado ao réu e o fato pelo qual é ele condenado. **Esse princípio da correlação entre a imputação e a sentença representa uma das mais relevantes garantias do direito de defesa e qualquer distorção, sem observância dos dispositivos legais cabíveis, acarreta a nulidade da decisão. Não pode o juiz, assim, julgar o réu por fato de que não foi acusado (*extra petita ou ultra petita*) ou por fato mais grave (*in pejus*), proferindo sentença que se afaste do requisitório da acusação** (*Código de processo penal interpretado*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 979) (grifou-se).

Por sua vez, ensinam Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho:

> O princípio da correlação entre acusação e sentença, também chamado da congruência da condenação com a imputação, ou, ainda, da correspondência entre o objeto da ação e o objeto da sentença, liga-se ao princípio da inércia da jurisdição e, no processo penal, **constitui efetiva garantia do réu, dando-lhe certeza de que não poderá ser condenado sem que tenha tido oportunidade de se defender da acusação** (*As Nulidades no Processo Penal*. 6. ed. São Paulo: RT, 1998. p. 219) (grifou-se).

Sobre o tema, já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça:

> O princípio da correlação entre a denúncia e a sentença condenatória representa no sistema processual penal uma das mais importantes garantias ao acusado, **porquanto descreve balizas para a prolação do édito repressivo ao dispor que deve haver precisa correlação entre o fato imputado ao réu e a sua responsabilidade penal reconhecida na sentença** (HC 151568/DF, rel. Min. Jorge Mussi, j. 26/09/2010) (grifou-se).

In casu, narra a denúncia que, no mês de agosto de 2009, os acusados, em união de desígnios, inexigiram licitação fora das hipóteses previstas em lei, uma vez que contrataram diretamente a empresa Beyondpar Assessoria e Marketing Ltda. para a realização do show do cantor Andrea Bocelli nesta Cidade de Florianópolis (processo administrativo n. 385/2009), com fundamento no art. 25, III, da Lei n. 8.666/1993, ao argumento de que referida empresa detinha exclusividade para tanto.

Contudo, consta que a empresa Beyondpar não era empresária exclusiva do artista. Situação que se verificou pelo contrato por ela firmado com a empresa Pentagon, esta, sim, agente e empresária exclusiva de Andrea Bocelli.

Colhe-se que a contratação direta foi amparada no parecer firmado pela Assessora Jurídica da Secretaria de Turismo Cultura e Esporte do Município à época, também denunciada, Daniela Gomes

Silva Santos Secco, esta que consignou que "a empresa proponente detém exclusividade para a realização do espetáculo, razão por si só que inviabiliza a concorrência".

Outrossim, consta que Mário Roberto Cavalazzi, Secretário de Turismo, Cultura e Esporte à época dos fatos, encaminhou o ofício, que assinou em conjunto com Aloysio Machado Filho (Secretário Adjunto de Turismo), acompanhado do parecer jurídico firmado por Daniela, ao Diretor de Licitações, justificando a inexigibilidade de licitação, cujo termo restou publicado em 28 de agosto de 2009, data em que o contrato com o citado artista foi firmado pelo valor R$ 3.000.000,00 (três milhões de reais).

Por fim, recolhe-se que, na data de 17 de setembro de 2009, os denunciados Mário e Aloysio anteciparam o pagamento da quantia de R$ 200.000,00 (duzentos mil reais) à empresa contratada (Beyondpar), em violação ao artigo 65, II, c, da Lei n. 8.666/1993, tal como a cláusula "4.1" do contrato, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal.

Narradas as condutas, o Ministério Público tipificou àquelas praticadas por Mário e Aloysio nos arts. 89, *caput*, da Lei 8.666/93 e 319 do Código Penal e àquela praticada por Daniela apenas no art. 89, *caput*, da citada Lei de Licitações.

Pois bem.

Como se vê, a presente demanda limita-se a apurar a prática dos crimes descritos no art. 89, *caput*, da Lei de Licitações (inexigibilidade ilegal de licitação), e art. 319 do Código Penal (Prevaricação), pois a proemial apenas narrou estas condutas.

A par de tais considerações, ainda que se verifiquem outras ilegalidades atentando contra a Lei de Licitações, tal como se vislumbre irregularidades na execução de contratos administrativos, referidos atos [lesão ao erário público], por não integrarem o objeto do presente processo criminal, não merecem maiores considerações a respeito.

Aliás, nesse sentido o magistrado *a quo* bem havia pontuado no corpo da sentença absolutória (fl. 2114):

> Antes de tudo, cabe ressaltar que não se descarta a ocorrência, na espécie, de atos de improbidade administrativa, os quais inclusive já se estão sendo apurados por meio de Ação Civil Pública movida pelo Ministério Público de Santa Catarina. Descabe, ainda, perquirir acerca da conveniência da decisão administrativa que optou pelo desembolso de R$ 3.000.000,00 (três milhões de reais) para a realização do evento, uma vez que aqui apura-se exclusivamente a responsabilidade penal. Há autonomia das esferas e os requisitos para responsabilização penal são diversos da administrativa.

Tecidas estas ponderações iniciais, passa-se à análise dos crimes imputados.

Da inexigibilidade ilegal de licitação

No caso presente, como já mencionado, os acusados foram denunciados, pois, na condição de Secretário, Secretário Adjunto e Assessora Jurídica da Secretaria de Turismo, Cultura e Esporte desta Cidade de Florianópolis, uniram-se para firmar contrato direto com a empresa Beyondpar para realização do show do artista Andrea Bocelli, sob o argumento de que a referida empresa detinha exclusividade com o artista, conquanto tal assertiva não era verossímil, uma vez que o empresário exclusivo era a empresa Pentagon.

Com efeito, independente do dolo específico dos acusados em lesar o erário – tese articulada pela acusação no apelo –, os fatos narrados na denúncia não restaram suficientemente comprovados nos autos.

Textua o art. 89, *caput*, da Lei n. 8.666/1993:

> Art. 89. Dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade:
>
> Pena - detenção, de 3 (três) a 5 (cinco) anos, e multa.

Sobre o injusto em questão, leciona Marçal Justen Filho:

> O tipo exige a atuação do servidor público (na acepção ampla do art. 84), pois a decisão de efetivar contratação direta incumbe ao agente da Administração Pública. Estarão sujeitos à sanção penal todos os servidores a quem incumbir o exame do cumprimento das formalidades necessárias à contratação direta (*Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*, 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012, p. 1033, grifou-se).

Por sua vez, o artigo 25 da citada Lei de Licitações prevê expressamente as hipóteses de inexigibilidade de certame referidas no tipo penal ora analisado. Confira-se:

> Art. 25. **É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:**
>
> [...]
>
> **III - para contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública** (grifou-se).

Sobre a contratação de artistas, elucida Hely Lopes Meireles:

> [...] a lei, endossando a doutrina, que equipara os trabalhadores artísticos aos *serviços técnicos profissionais especializados*, prescreve a inexigibilidade de licitação para a contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de seu empresário. O essencial para legitimar a dispensa do procedimento licitatório é que o artista seja consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública (*Direito administrativo brasileiro*. 37. ed. São Paulo:Malheiros, 2011, p. 304).

Não há discussão quanto a inexigibilidade de licitação para a contratação do renomado cantor lírico Andrea Bocelli, pessoa já consagrada pela crítica especializada e pela opinião pública – conforme exigência do dispositivo legal retrotranscrito.

A *vexata quaestio* encontra-se, assim, na contratação direta da empresa Beyondpar – pessoa jurídica detentora de contrato de exclusividade com Andrea Bocelli – para execução do show do cantor.

In casu, contudo, a acusação não logrou comprovar que a contratação da citada empresa pelo Município de Florianópolis, por intermédio de termo assinado pelo Secretário do Turismo e de seu Secretário Adjunto, com amparo em parecer da Assessora Jurídica Daniela, estava fora das hipóteses de inexigibilidade de licitação.

A demonstrar o exposto, cumpre percorrer as provas carreadas aos autos.

Às fls. 909-925 consta o vernáculo do contrato de fls. 926-937, firmado, na data de 01 de julho de 2009, entre a empresa Pentagon (denominada no contrato como "os empresários e agentes do artista") e a empresa Beyondpar (lá especificada como "a Sociedade"), no qual constam, dentre outras determinações, as seguintes:

> C. A Sociedade contratou os serviços dos Empresários e Agentes do Artista para atuar **de forma exclusiva** em nome da Sociedade com finalidade de providenciar e negociar um contrato em nome da Sociedade para que Andrea Bocelli faça uma apresentação pública no Brasil em dezembro de 2009 ("o Projeto Bocelli").
>
> D. Este contrato registra o acordo entre a Sociedade e o Empresários e Agentes do Artista para atuarem como Empresários e Agentes do Artista para a Sociedade caso o Projeto Bocelli siga adiante.
>
> [...]
>
> 4.1 A Partir da Data de Início estabelecida no Item 2 do Apêndice, a Sociedade contratou os serviços dos Empresários e Agentes do Artista para atuar de forma exclusiva em nome da Sociedade com a finalidade de providenciar e negociar um contrato em nome da Sociedade para Andrea Bocelli fazer uma apresentação pública no Brasil em dezembro de 2009 e sujeito aos termos e condições estabelecidos neste Contrato.
>
> 4.2. Caso os Empresários e Agentes do Artista sejam bem-sucedidos em negociar um contrato em nome da sociedade para que Andrea Bocelli faça uma apresentação pública no Brasil em dezembro de 2009, a sociedade contrata os serviços dos Empresários e Agentes do Artista para o Projeto Bocelli, conforme especificado no Anexo A.

> 4.3. Exceto conforme estabelecido para cláusula 4.1, ao longo da Duração deste Contrato, os Empresários do Artista concordam em não celebrar qualquer contrato direta ou indiretamente para que Andrea Bocelli se apresente no Brasil no período definido no Item 3 do Apêndice.
>
> [...]
>
> APÊNDICE
>
> Item 1: Data do contrato: 01 de julho de 2009
>
> Item 2: Data de Início: 01 de julho de 2009
>
> Duração: até 31 de dezembro de 2009
>
> Item 3: Período pelo qual os empresários e Agentes do Artista não irão celebrar nenhum Contrato para que Andrea Bocelli se apresente no Brasil ou serão contratados por ou representarão outros produtores ou quaisquer terceiros para conseguir, negociar ou contratar Andrea Bocelli para se apresentar no Brasil: 01 de julho a 31 de dezembro de 2009 [...] (grifou-se).

Com efeito, verifica-se do aludido contrato firmado entre a empresa Pentagon e a empresa Beyondpar, que a primeira (empresária agenciadora do artista) efetivamente concedeu à segunda (sociedade local responsável pela execução do evento) contrato de exclusividade para a realização do show de Andrea Bocelli no Brasil no período de julho a dezembro de 2009.

Por sua vez, às fls. 943-969, encontra-se o vernáculo do contrato de fls. 970-983, firmado, em 1º de outubro de 2009, entre o artista Andrea Bocelli e a empresa Beyondpar, especificando que a referida empresa contratou os serviços do cantor, assumindo ela a responsabilidade de organizar e promover a apresentação do artista na cidade de Florianópolis.

Ora, dos referidos contratos firmados pela empresa exclusiva do artista e por ele próprio com a empresa Beyondpar, concedendo a esta última a exclusividade para promover a realização de sua apresentação no Brasil, não se vislumbra qualquer tipo de ilegalidade, tampouco de interferência ou direcionamento dos acusados.

É sabido que o artista tem o livre arbítrio para contratar os profissionais que consigo irão trabalhar, desde o seu empresário particular até a empresa, de sua confiança, executora do evento. Referida prerrogativa, se comprovada, inviabiliza que a administração realize certame para escolha de outros profissionais.

Portanto, firmada a exclusividade entre a empresa Pentagon (empresária exclusiva do artista) e a empresa Beyondpar (executora local do evento) para a realização do show do músico no Brasil, alternativa não havia se não a contratação direta da empresa.

Neste viés, o contrato com a empresa Beyondpar, com inexigibilidade de licitação, foi firmado pelo Município, na data de 31 de agosto de 2009 (fls. 580-589).

É bem verdade que estranhas coincidências circundam as tratativas realizadas entre as citadas empresas e a municipalidade, representada pelos acusados, mormente em razão da suspeita viagem realizada por Mário na companhia de Daniela para Londres, conquanto a acusação não logrou comprovar o engodo por trás do contrato de agenciamento.

A prova oral pouco auxiliou nesta descoberta, muito pelo contrário.

Colhidas as declarações do artista Andrea Bocelli, assim explicou ele:

> Sobre a suspensão do show.
>
> Por que o show de Florianópolis em 2009 não foi realizado?/
>
> R: Não sei porque não sou eu que organizo a parte burocrática das minhas apresentações, mas o meu agente me informou que o *promoter* local não estava em condições de manter os compromissos assumidos.
>
> DIREITOS DE REPRESENTAÇÃO DO ARTISTA./
>
> O SENHOR RECONHECE A *PENTAGON MUSIC MANAGEMENT* COMO SUA AGÊNCIA EXCLUSIVA?/

R: Sim./

2. SERIA POSSÍVEL QUE O MUNICÍPIO DE FLORIANÓPOLIS CONTRATASSE UM SHOW SEU SEM A INTERMEDIAÇÃO DA *PENTAGON MUSIC MANAGEMENT*?/

R: Não, porque todos os shows internacionais, conforme normas, passam pela *Pentagon Music Management*./

3. **AO CONTRATAR A *PENTAGON MUSIC MANAGEMENT* CONCEDE DIREITOS DE EXCLUSIVIDADE DO SHOW A UMA EMPRESA LOCAL?/**

R: **Sim, na qualidade de minha *booking agent* internacional./**

4. A *PENTAGON* RESPONSABILIZA-SE PELA INFRAESTRUTURA E ADMINISTRA TODO O PESSOAL DE APOIO, PRODUZINDO DIRETAMENTE OS SEUS EVENTOS?/

R: A *Pentagon* nunca é responsável pela infraestrutura necessária para os concertos porque isto cabe aos *promoters* locais que adquirem os meus serviços./ [...] (grifou-se, fls. 1909-1910).

Como se vê, o cantor, após reconhecer a exclusividade da empresa Pentagon para agenciar as suas apresentações, confirmou que a referida empresa nunca se responsabiliza pela execução do evento. Explicou ele que, para tanto, a Pentagon concede direitos de exclusividade a uma empresa local (no caso a Byondpar), esta que, por sua vez, fica responsável por toda a infraestrutura necessária para o concerto.

Neste cenário, não se vislumbra a possibilidade de realizar licitação para a contratação do artista, ainda que seja apenas para a execução de seu show.

E neste sentido, foi o parecer elaborado pela Assessora Jurídica Daniela Gomes:

RELATÓRIO

Florianópolis destaca-se no cenário nacional quando se transforma para comemorar mais um natal.

A cidade se adorna de luzes e das diferenciadas decorações próprias para a importante data, contribuindo, através da "magia", do brilho e das belezas naturais, para que cada cidadão se sinta participativo e emanado para comemorar junto aos seus familiares esta festa de encantamento e tradição.

É necessário que a municipalidade participe ativamente destes momentos, contribuindo substancialmente, com os preparativos e eventos programados para oferecer à população local e aos inúmeros turistas que visitam a cidade momentos de grande alegria, encantamento e confraternização.

Desta forma, a Prefeitura Municipal de Florianópolis promoverá o show internacional do Maestro Andrea Bocelli e Orquestra.

O evento ocorrerá na Avenida Beira-Mar Norte, em única apresentação no dia 28 de dezembro de 2009.

FUNDAMENTAÇÃO LEGAL

Na Lei 8.666/93, art. 25, III excepciona a necessidade de licitação para a contratação de artista de notório e consagrado reconhecimento pela opinião pública:

[...]

A proponente apresenta experiência de mais de 20 anos e na produção de eventos corporativos e artísticos.

Ademais, a empresa proponente detém exclusividade para a realização do espetáculo, razão que por si só inviabiliza a concorrência.

Assim é que o instituto da inexigibilidade de licitação encontra amparo no art. 25, da Lei 8.666/93 e foi criado para excepcionar a contratação em situações singulares e especiais como o presente projeto.

CONCLUSÃO

Face à proposta apresentada pela proponente e justificativas técnicas relatadas neste parecer, a Secretaria de Turismo, Cultura e Esporte, considera adequada a situação ao caso de inexigibilidade de licitação para a contratação em epígrafe, submetendo à apreciação e manifestação de vossas senhorias.

Por fim, as declarações dos acusados (outras testemunhas não foram arroladas) não se revelaram suficientes a modificar este cenário, ainda que, conforme já se disse, estranhas coincidências pairem sobre a sucessão de fatos ocorridos. Confira-se:

Aloysio Machado Filho (Secretário Adjunto de Turismo à época), questionado em juízo (CD de fl. 1941), negou a veracidade dos fatos e explicou, em suma, que assinou o contrato do show, com dispensa de licitação, por existir parecer jurídico firmado pela Dra. Daniela neste sentido, tal como por haver a concordância da Secretaria de Turismo. Mencionou que não duvidou do parecer firmado pela jurista, mormente por possuir ele formação superior em Educação Física. Afirmou que não participou dos contratos firmados com a empresa Pentagon e mencionou que a responsável pela promoção do evento foi a Diretoria de Eventos, ficando a negociação a cargo do Secretário Cavalazzi.

Daniela Gomes Silva Santos Secco (Assessora Jurídica da Secretaria de Turismo à época), ouvida em juízo (CD de fl.1941), negou as imputações a ela direcionadas. Explicou que a Beyondpar era a única empresa que se apresentou com capacidade para fazer o show. Mencionou que o artista Andrea Bocelli havia afirmado que naquele período a única responsável por contratar os seus serviços no Brasil era a empresa Beyondpar. No mais, declarou que o seu parecer era apenas encaminhado à Diretoria de Licitação, ou seja, não possuía efeito vinculativo. Mencionou, ao final, que o processo de inexigibilidade de licitação tramitava na Secretaria de Administração e não na Secretaria de Turismo.

Mário Roberto Cavalazzi (Secretário de Turismo à época dos fatos), também ouvido em juízo (CD de fl.1941), no mesmo caminho dos demais, negou as acusações que contra ele pesam. Explicou que foi incumbido de realizar os eventos de final de ano e, dentre eles, estava a vinda de Andrea Bocelli para cantar "ao pé" da árvore de Natal, razão pela qual começou a "fazer os movimentos" para que isso acontecesse. Afirmou que entrou no site do músico e lá constava que a empresa

Pentagon defendia (administrava) os interesses do artista e concedia a exclusividade a empresas locais, contudo, até aquele momento, não havia empresas locais contratadas. Declarou, no entanto, que no dia 6 de agosto a empresa Beyondpar apresentou-se na Prefeitura com o contrato de exclusividade firmado com o artista, com validade até o final do ano de 2009. Ponderou não saber quem orientou a aludida empresa a comparecer à Prefeitura. Afirmou que ao contactar com a empresa Pentagon esta confirmou o contrato de exclusividade firmado com a empresa Beyondpar. Esclareceu que sempre que havia shows a licitação era inexigível. Mencionou que a Assessoria Jurídica apenas fazia uma análise preliminar e encaminhava o processo para o departamento de licitação, sendo que o referido processo também passava pelo Conselho Gestor, em que participava o Procurador do Município, este que, no caso, também havia aprovado a inexigibilidade. No mais confirmou a viagem a Londres realizada na companhia da Assessora Daniela, justificando que lá apenas discutiram a programação que iria ocorrer no dia do evento.

E a prova oral encerra-se assim.

Pois bem. Da situação em análise verifica-se que o show do renomado artista Andrea Bocelli, por intermédio, necessariamente, de sua empresária exclusiva (Pentagon), tal como da *promoter* local (Beyondpar), esta contratada pela Pentagon com cláusula de exclusividade para realização do evento, enquadrava-se à hipótese de inexigibilidade de licitação, tal com definido pelo art. 25, III, da Lei de Licitação. Não há, portanto, ilegalidade comprovada.

Por outro vértice, não se descarta a possível existência de interferência dos gestores públicos para que a empresária do artista (Pentagon) firmasse contrato de exclusividade com a empresa local Beyondpar, de modo a frustrar o caráter competitivo da licitação (crime previsto no art. 90 da Lei 8.666/90). Conquanto, a denúncia não narrou tal fato, o processo não foi instruído para apurar referido ilícito e, por fim, o Órgão Acusatório, que sequer se desincumbiu do ônus de comprovar

o delito narrado na exordial, não postulou por provas que trouxessem a lume os fatos como realmente ocorreram.

No mais, como bem pontuou o togado *a quo*, não se está aqui a tratar do mérito administrativo na escolha do artista, da má gestão do dinheiro público, muito menos de ilícitos administrativos decorrentes da inexecução de contratos firmados pela administração.

O processo limita-se a apurar o ilícito penal de inexigibilidade de licitação fora das hipóteses previstas em Lei. Crime este que, como já mencionado, o *Parquet* não logrou comprovar a sua ocorrência.

Portanto, independentemente do dolo específico de lesar o erário, tal como da efetiva comprovação de dano à máquina pública – requisitos estes que este relator entende dispensável para configuração do crime em estudo, conforme já manifestado em outros precedentes –, o caso é que, na situação analisada, a acusação falhou em sua missão de comprovar que a contratação direta da empresa Byondpar pelo Município ocorreu fora das hipóteses permitidas pela Lei de Licitação.

Logo, de condenação não há falar.

Mutatis mutandis, assim já decidiu esta Corte:

> ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ATO DE IMPROBIDADE NÃO CARACTERIZADO. **INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. HIPÓTESE CONFIGURADA. ARTISTA RENOMADO. PRINCÍPIO DA IMPESSOALIDADE NÃO VULNERADO.** AUSÊNCIA DE JUSTIFICATIVA DE PREÇO. IRREGULARIDADE QUE NÃO CONTAMINA O CERTAME. ATIPICIDADE DA CONDUTA. RECURSO IMPROVIDO (Apelação Cível n. 2009.025978-9, de Joinville, rel. Des. Cesar Abreu, j. 22/09/2009 – grifou-se).
>
> AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE. **CONTRATAÇÃO DA BANDA "CHARLIE BROWN JUNIOR". INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO (LEI N. 8.666/1993, ART. 25, III). EMPRESA CONTRATADA DETENTORA**

> **DE CARTA DE EXCLUSIVIDADE.** LESÃO AO ERÁRIO. INOCORRÊNCIA. AUSÊNCIA, ADEMAIS, DE DOLO OU DE MÁ-FE. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. RECURSO DESPROVIDO (Apelação Cível n. 2010.058837-8, de Chapecó, rel. Des. Paulo Henrique Moritz Martins da Silva, j. 12/03/2013 – grifou-se).
>
> REEXAME NECESSÁRIO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - **INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO - POSSIBILIDADE - ARTISTAS DE RENOME NACIONAL - OUTORGA DE CARTA DE EXCLUSIVIDADE** - CONJUNTO PROBATÓRIO INAPTO A COMPROVAR O ENRIQUECIMENTO ILÍCITO DOS RÉUS NEM TAMPOUCO O PREJUÍZO AO ERÁRIO (ARTS. 9º E 10 DA LIA) - VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA (ART. 11 DA LIA) - NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DO ELEMENTO VOLITIVO - PRECEDENTES DO STJ - SENTENÇA MANTIDA - REMESSA IMPROVIDA. - "1. O comando normativo do art. 2, III, da Lei 8.666/93, cuja inviabilidade de competição não se esgota nas hipóteses dos incisos elencados, impõe contratação de artista por meio de empresário exclusivo. Contudo, conforme bem assinalou o aresto impugnado, essa inviabilidade não depende necessariamente da pré-existência de um contrato de exclusividade, podendo ocorrer de outras formas. (...)" (AgRg no Ag 1353772 / PE, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 16.12.2010) - O Superior Tribunal de Justiça vem entendendo que, "A despeito de não haver necessidade de comprovação de prejuízo ao erário, as condutas descritas no artigo 11 da LIA dependem da presença do elemento subjetivo na modalidade dolosa." (EREsp 875.163/RS, rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJ 30.06.10) (Reexame Necessário n. 2011.042798-7, de Chapecó, rel. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz, j. 02/08/2011 – grifou-se).

Neste contexto, frágil o conjunto probatório, a sentença absolutória merece prevalecer.

Do crime de prevaricação

Melhor sorte não teve a acusação quanto ao delito de prevaricação.

Verbera o art. 319 do Código Penal:

> Retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou **praticá-lo contra expressa disposição de lei, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal**:
>
> Pena - detenção, de seis meses a dois anos (grifou-se).

Por sua vez, o art. 65, II, *c*, da Lei de Licitações assim dispõe:

> Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:
>
> **II** - por acordo das partes:
>
> [...]
>
> c) quando necessária a modificação da forma de pagamento, por imposição de circunstâncias supervenientes, mantido o valor inicial atualizado, **vedada a antecipação do pagamento, com relação ao cronograma financeiro fixado, sem a correspondente contraprestação de fornecimento de bens ou execução de obra ou serviço;** (grifou-se).

Os verbos nucleares do tipo penal são "retardar", "deixar de praticar" ou "praticar". São três condutas puníveis.

O elemento normativo do tipo, *indevidamente*, significa "não permitido por lei, infringindo dever funcional" (NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 11 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 1166).

Ato de ofício, por sua vez, "é ato que o funcionário público *deve* praticar, segundo seus deveres funcionais. Exige, pois, estar o agente no exercício da função" (NUCCI, Guilherme de Souza. op. cit., p. 1167).

Trata-se de crime doloso, exigindo do agente a vontade de "satisfazer interesse" ou "sentimento pessoal", próprio, em que o sujeito ativo somente pode ser funcionário público, bem como de delito formal, não exigindo, para sua consumação, o resultado naturalístico, consistente na efetiva satisfação do interesse ou sentimento (NUCCI, Guilherme de Souza. op.cit., p. 1167).

Já o sentimento ou interesse pessoal "é aquele proveito, ganho ou vantagem auferido pelo agente, não necessariamente de natureza econômica" (NUCCI, Guilherme de Souza. op. cit., p. 1167).

Delineado o tipo penal, passa-se à análise da conduta praticada pelos acusados em paralelo com o delito imputado.

Pois bem.

Narra a exordial, neste ponto, conforme já antes mencionado, que os acusados Mário e Aloysio teriam incidido no crime de prevaricação, pois, na qualidade de Secretário de Turismo e Secretário Adjunto de Turismo, na data de 17 de setembro de 2009, anteciparam o pagamento da quantia de R$ 200.000,00 (duzentos mil reais) à empresa Beyondpar, em violação ao artigo 65, II, c, da Lei n. 8.666/1993, tal como a cláusula "4.1" do contrato, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal.

Quanto à materialidade delitiva, como já dito, muito não se pode exigir, pois, tratando-se de crime formal, este se aperfeiçoa com a simples incursão do agente no verbo nuclear do tipo, independentemente de resultado naturalístico, contudo, ainda assim, restou esta demonstrada pelo contrato de fls. 182-187, que especificou que o pagamento ocorreria da seguinte forma: "R$ 1.000.000,00 até 20 de setembro de 2009; R$ 1.500.000,00 até 30 de outubro de 2009 e R$ 500.000,00 no dia da apresentação do show. Parágrafo único – O desembolso da primeira parcela vincula-se, imprescindivelmente, à apresentação do contrato formalizado entre a CONTRATADA e o Maestro Andrea Bocelli.", bem como pelas notas de empenho de fls. 225 e 281, ambas firmadas pelo acusado Aloysio Machado, e pelas notas fiscais de fls. 276 e 284, emitidas pela Empresa Beyondpar nas datas de 18/09/2009 e 01/10/2009, no valores respectivos de R$ 200.000,00 e R$ 800.000,00.

Incontroversa, outrossim, a qualidade de funcionário público dos sujeitos ativos, estes, Secretário de Turismo e Secretário Adjunto de Turismo à época dos fatos.

A discussão cinge-se, assim, na efetiva caracterização do tipo penal imputado, bem como no dolo dos agentes.

Com efeito, ainda que comprovada a liberação antecipada do dinheiro, quanto a isso não há controvérsia, primeiramente, não há provas que demonstrem que o pagamento da pecúnia foi autorizado por ambos os acusados, Mário e Aloysio.

Com efeito, os documentos de fls. 225 e 281, que autorizaram o desembolso antecipado dos valores, apenas foram firmados por Aloysio Machado (conforme carimbo) em conjunto com outros servidores municipais não integrantes da presente lide. Ademais, também não há provas de que a liberação antecipada dos valores ocorreu para satisfação de interesse ou sentimento pessoal dos acusados.

Ouvido o artista Andrea Bocelli, asseverou ele nada saber acerca da forma de pagamento realizado a empresa contratada para a realização do evento. Veja-se:

> PAGAMENTOS E VALORES./
>
> COMO SÃO FEITOS NORMALMENTE OS SEUS PAGAMENTOS: O ARTISTA RECEBE DEPOIS OU ANTES DO SHOW?/
>
> R: Não sou eu que cuido desta parte; o meu *booking agente* é o responsável por isto./ (fl. 1910).

Sobre o fato, Aloysio Machado Filho (Secretário Adjunto), interrogado em juízo (CD de fl. 1941), afirmou que praticamente não acompanhou a negociação e articulação do evento. Mencionou que apenas assinou a inexigibilidade de licitação com amparo no parecer da Assessora Jurídica Daniela. Contudo, não discordou da assinatura por ele lançada da nota de empenho que autorizou a liberação antecipada dos valores.

Mário, por sua vez, mencionou que não participou do desembolso (empenho) do dinheiro. Enfatizou que nenhum dos documentos menciona o seu nome e pondera que a assinatura constante no documento de

liberação do valor de R$ 200.000,00 não é sua, mas de Aloysio. Afirmou que os pagamentos também foram assinados pelo Prefeito (CD de fl. 1941).

Por fim, Daniela, apenas asseverou que os documentos referentes à liberação antecipada do dinheiro não passaram por suas mãos (CD de fl. 1941).

Não existem outras provas que comprovam a autoria do ilícito (no tocante ao acusado Mário), tampouco que revelam o dolo específico dos acusados em se favorecer com a antecipação dos valores.

Ora, repita-se, não se está aqui a tratar de ilícitos civis decorrentes da má gestão pública, tal como da inexecução de contratos administrativos. O presente processo objetiva apurar o ilícito criminal de prevaricação e, neste viés, inexistindo provas seguras da autoria e do especial fim de agir "para satisfazer interesse ou sentimento pessoal" (dolo específico), a absolvição faz-se necessária.

Aliás, interesse pessoal, diga-se, que sequer restou especificado na exordial, tampouco esclarecido nos autos, pois, pelo que se apurou, o ato ilegal de antecipar os valores contrariando o contrato firmado somente beneficiaria a empresa Byondopar e, quiçá, o artista contratado.

Cumpre repisar que a conduta somente é punida a título de dolo.

Neste sentido, leciona Celso Delmanto:

> Tipo subjetivo: O dolo, ou seja a vontade livre e consciente de praticar as condutas indicadas, e o elemento subjetivo do tipo expresso pela finalidade de agir ("para satisfazer interesse ou sentimento pessoal"). Na doutrina é o "dolo específico". **Não há punição a título de culpa** (*Código penal comentado*: acompanhado de comentários, jurisprudência, súmulas em matéria penal e legislação complementar. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 913 – grifou-se).

No crime de prevaricação, é indispensável o elemento moral, isto é, ter sido o ato praticado para satisfazer interesse ou sentimento pessoal.

A prática de ato de ofício, por erro ou negligência, sem intenção direta poderia constituir falta de exação no cumprimento do dever funcional, acarretando responsabilidade civil ou sanção de outra natureza.

Portanto, ausentes provas suficientes à condenação também por este crime, a manutenção da absolvição, à luz do princípio *in dubio pro reo*, é medida que se impõe.

Neste sentido, já decidiu esta Câmara:

> APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. PREVARICAÇÃO (ART. 319 DO CP). SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. RECURSO MINISTERIAL ALMEJANDO A CONDENAÇÃO. DELEGADO DE POLÍCIA QUE DEIXA DE LAVRAR AUTO DE PRISÃO EM FLAGRANTE, DETERMINANDO INSTAURAÇÃO DE INQUÉRITO POLICIAL. MATERIALIDADE E AUTORIA FARTAMENTE COMPROVADAS. **AUSÊNCIA, CONTUDO, DE ELEMENTOS DE CONVICÇÃO CONCERNENTES AO DOLO ESPECÍFICO NA CONDUTA DO AGENTE.** VERSÃO ACUSATÓRIA, DE QUE O RÉU DEIXOU DE PRATICAR ATO DE OFÍCIO POR COMODISMO, NÃO SUPORTADA PELAS PROVAS DOS AUTOS. **INTUITO DE SATISFAZER INTERESSE OU SENTIMENTO PESSOAL NÃO EVIDENCIADO. CONDENAÇÃO IMPOSSÍVEL.** RECURSO MINISTERIAL DESPROVIDO (Apelação Criminal n. 2013.070361-8, de Curitibanos, rel. Des. Alexandre d'Ivanenko, j. 18/02/2014 – grifou-se).

> APELAÇÃO CRIMINAL - CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - **CONCUSSÃO E PREVARICAÇÃO** - COORDENADOR REGIONAL DA FATMA QUE, EM TESE, CONDICIONA À EMISSÃO DE LICENÇA AMBIENTAL O PAGAMENTO DE VALOR INDEVIDO - **SENTENÇA ABSOLUTÓRIA - INSURGÊNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO - CONJUNTO PROBATÓRIO INSUFICIENTE A COMPROVAR A EXIGÊNCIA DE VANTAGEM INDEVIDA - INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DO *IN DUBIO PRO REO* - ABSOLVIÇÃO MANTIDA** - RECURSO NÃO PROVIDO (Apelação Criminal n. 2011.006752-3, de Joaçaba, rel. Des. Moacyr de Moraes Lima Filho, j. 14/06/2011 - grifou-se).

> INQUÉRITO - DENÚNCIA OFERECIDA CONTRA MAGISTRADO - EXORDIAL QUE IMPUTA AO DENUNCIADO A PRÁTICA DOS CRIMES DE ABUSO DE AUTORIDADE E **PREVARICAÇÃO** - RITO PROCESSUAL ESTABELECIDO PELA LEI N. 8.038/90 QUE INDICA EM SEU ART. 6º A POSSIBILIDADE DE SE INCURSIONAR NESTA FASE O EXAME DO MÉRITO. [...] **PREVARICAÇÃO - CONDUTAS ATRIBUÍDAS AO DENUNCIADO QUE NÃO DEMONSTRAM A EXISTÊNCIA DO DOLO ESPECÍFICO, NECESSÁRIO À CONFIGURAÇÃO DO DELITO - DENÚNCIA REJEITADA EM RELAÇÃO A ESTE. O mero retardamento de ato de ofício, por erro ou negligência, sem propósito deliberado, sem intervenção direta, poderia constituir falta de exação no cumprimento do dever funcional, acarretando responsabilidade civil ou sanção de outra natureza. Jamais o crime em causa, por falta do elemento subjetivo indispensável** (Inquérito Judicial n. 2003.018719-7, de Tubarão, rel. Des. Torres Marques, j. 16/06/2004 – grifou-se).

Por todo o exposto, falhando a acusação em comprovar os fatos articulados na vestibular, supostamente caracterizadores dos crimes previstos no arts. 89 da Lei de Licitações e 319 do Código Penal, a manutenção da sentença absolutória, com fundamento no art. 386, VII, do CPP, é medida de rigor.

Ora, "no processo criminal, máxime para a condenação, tudo deve ser claro como a luz, certo como a evidência, positivo como qualquer expressão algébrica. Condenação exige certeza absoluta, fundada em dados objetivos indiscutíveis, de caráter geral, que evidenciem o delito e a autoria, não bastando a alta probabilidade na consciência do julgador, sob pena de transformar-se o princípio do livre convencimento em arbítrio" (Apelação Criminal n. 29.991, da Capital, rel. Juiz Nilton Macedo Machado).

Logo, forçosa a aplicação, no caso, do princípio *in dubio pro reo*, assim explicitado pelo mestre Nelson Hungria:

> A dúvida é sinônimo de ausência de prova. [...] a condenação criminal somente poderá surgir diante de uma certeza quanto à existência do fato

> punível, da autoria e da culpabilidade do acusado. Uma prova deficiente, incompleta ou contraditória, gera a dúvida e com ela a obrigatoriedade da absolvição, pois milita em favor do acionado criminalmente uma presunção relativa de inocência (*Da Prova no Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 1983. p. 46).

Nessa esteira, colaciona-se aresto desta Corte:

> Não logrando a acusação fazer prova convincente acerca da autoria e revelando o conjunto probatório mais dúvida do que certeza, a única solução possível é a absolvição.
>
> O direito penal não anda de mãos dadas com a dúvida, muito pelo contrário. A dubiedade, que *in casu* impera neste processo, tamanha a sua importância, foi elevada à qualidade de princípio (*in dubio pro reo*), princípio este, que no dizer de Bettiol, citado por Fernando da Costa Tourinho Filho é a 'base de toda a legislação processual penal de um Estado, inspirado na sua vida política e no seu ordenamento jurídico por um critério superior de liberdade' (*in* Processo Penal, V. 1, ed. Saraiva, p. 73)" (Apelação Criminal n. 2006.0439429, de Itapiranga, rel. Des. Tulio Pinheiro, j. 12/12/2006).

E mais:

> Havendo um mínimo de incerteza, prevalece o princípio do *in dubio pro reo*, tornando-se preferível absolver mil culpados do que condenar um inocente. Ademais, no processo criminal não há incertezas; ou demonstra-se cabalmente a autoria e a materialidade do delito ou absolve-se, pois a dúvida é sinônimo de ausência de provas (Apelação Criminal n. 2004.013105-4, de Tubarão, rel. Des. Solon d'Eça Neves, j. 22/3/2005).

Dúvida equivale à falta de provas.

Portanto, de condenação não há falar.

Do prequestionamento

Requer o Ministério Público, nas razões de apelo, o prequestionamento da matéria afeta ao dolo específico para a caracterização do crime previsto no art. 89, *caput*, da Lei 8.666/1993.

No entanto, o requisito do prequestionamento, para fins de interposição de recurso nos Tribunais Superiores, é satisfeito com a apreciação da matéria ventilada no recurso [o que foi devidamente realizado *in casu*].

A propósito, colaciona-se da jurisprudência do colendo Superior Tribunal de Justiça:

> **ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. SERVIDOR PÚBLICO. DEMISSÃO. SENTENÇA PENAL ABSOLUTÓRIA SEM REPERCUSSÃO NA ESFERA ADMINISTRATIVA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO. PREQUESTIONAMENTO** DA MATÉRIA CONSTITUCIONAL. MENÇÃO EXPRESSA AOS DISPOSITIVOS. DESNECESSIDADE. PRECEDENTES. REJEIÇÃO. [...] 2. **Para fins de prequestionamento** da matéria constitucional, hábil a possibilitar a interposição de recurso extraordinário, orienta-se a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, há longa data, pela desnecessidade de que haja expressa menção, no acórdão recorrido, aos dispositivos constitucionais que a parte entende como violados. 3. Embargos de declaração rejeitados (EDcl no Resp 794100/PR, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 05/12/2006, grifou-se). [...] **Não configura omissão do julgado a falta de menção expressa a dispositivos constitucionais e infraconstitucionais suscitados pela parte, se a decisão restou suficientemente fundamentada.** Embargos de declaração rejeitados (STJ - EDcl no AgRg no REsp 1108360/RS, rel. Min. Felix Fischer, j. 6/10/2009, grifou-se).

Assim, sem maiores delongas desnecessárias, rejeita-se o pedido de prequestionamento.

Em decorrência, vota-se pelo conhecimento e não provimento do recurso.

É o voto.

Apelação Criminal n. 2014.005665-3, de Presidente Getúlio

Relator: Des. Leopoldo Augusto Brüggemann

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A VIDA. HOMICÍDIO CULPOSO CIRCUNSTANCIADO (ART. 121, §§ 3º E 4º, DO CÓDIGO PENAL). NEGLIGÊNCIA MÉDICA DIANTE DE PARTURIENTE QUE RESULTOU EM SOFRIMENTO FETAL E CONSEQUENTE MORTE DO RECÉM-NASCIDO. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. RECURSO DEFENSIVO.

PLEITO PELA ATIPICIDADE DA CONDUTA. VIDA INTRAUTERINA QUE CONFIGURARIA ABORTO. AFASTAMENTO. DOUTRINA MAJORITÁRIA E JURISPRUDÊNCIA PACÍFICA NO SENTIDO DE QUE SE CONFIGURA O DELITO DE HOMICÍDIO A PARTIR DO INÍCIO DO PARTO. PRECEDENTES. ADEQUAÇÃO DA CONDUTA AO TIPO PENAL DESCRITO PELO ART. 121, §§ 3º E 4º, DO CÓDIGO PENAL. MATERIALIDADE DO FATO E AUTORIA DO CRIME DELINEADAS. NEGLIGÊNCIA CONFIGURADA. ACUSADA MÉDICA QUE NÃO EXAMINOU PACIENTE EM TRABALHO DE PARTO. GENITORA DA VÍTIMA QUE AFIRMOU EM JUÍZO QUE NUNCA VIU A MÉDICA. ENFERMEIRA QUE RELATA NA FASE POLICIAL QUE A RÉ APENAS LHE ORIENTOU, NÃO CHEGANDO A EXAMINAR PESSOALMENTE A PACIENTE EM TRABALHO DE PARTO. INOBSERVÂNCIA DE REGRA TÉCNICA DA PROFISSÃO. CONJUNTO DE PROVAS ROBUSTO. VERSÃO DEFENSIVA ANÊMICA. ÉDITO CONDENATÓRIO MANTIDO. SENTENÇA IRREPARÁVEL.

DOSIMETRIA. CIRCUNSTÂNCIAS E CONSEQUÊNCIAS QUE NÃO MERECEM REPAROS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. MANUTENÇÃO DA FRAÇÃO ADOTADA. NÃO ACOLHIMENTO DA MINORAÇÃO DO VALOR UNITÁRIO DO DIA-MULTA. SITUAÇÃO ECONÔMICA DA MÉDICA QUE PERMITE O AUMENTO. CAUSA DE AUMENTO DE PENA TAMBÉM MANTIDA EM RAZÃO DA NEGLIGÊNCIA RESULTAR DA INOBSERVÂNCIA DE REGRA TÉCNICA DA PROFISSÃO. TESES RECHAÇADAS.

RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 2014.005665-3, da comarca de Presidente Getúlio (Vara Única), em que é apelante Marone Brazil, e apelado Ministério Público do Estado de Santa Catarina:

A Terceira Câmara Criminal decidiu, por votação unânime, conhecer do recurso e negar provimento e, de ofício, corrigir erro material na sentença. Custas legais.

O julgamento, realizado no dia 31 de março de 2015, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Rui Fortes, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. Moacyr de Moraes Lima Filho. Funcionou pela douta Procuradoria Geral de Justiça a Exma. Sra. Dra. Heloísa Crescenti Abdalla Freire.

Florianópolis, 9 de abril de 2015.

Leopoldo Augusto Brüggemann
RELATOR

RELATÓRIO

Na comarca de Presidente Getúlio, o Ministério Público do Estado de Santa Catarina ofereceu denúncia contra Marone Brazil, dando-a como incursa nas sanções do art. 121, §§ 3º e 4º, do Código Penal, pela prática da conduta assim descrita na preambular acusatória:

> Extrai-se dos elementos que integram a peça investigatória anexa que, no dia 21 de junho de 2006, às 3h50min, Silvia Gonçalves Eusébio, que se encontrava no estágio final de gravidez deu entrada no Hospital e Maternidade Maria Auxiliadora, situado na rua Padre Adalberto Orthamann, 197, nesta cidade, com rompimento de bolsa, entrando em trabalho de parto. A denunciada, que se encontrava de plantão no nosocômio, em momento algum atendeu a parturiente, delegando negligentemente tal responsabilidade à enfermeira plantonista.

> Consta, ainda, que o estado do nascituro foi se agravando gradualmente e até às 7h, horário em que se encerrou o plantão da denunciada, esta não verificou pessoalmente o estado de Silva, apesar de alertada pela enfermeira. Ao fim do plantão, a denunciada sequer informou ao substituto o quadro clínico da paciente sob sua responsabilidade, mais uma vez demonstrando sua incúria.
>
> Desta forma, por volta das 9h, tendo o enfermeiro e o médico que sucedeu a denunciada verificado a gravidade do estado da paciente, bem como a anormalidade dos batimentos cardíacos do feto, e diante da necessidade de realizar uma cesariana de emergência, providenciaram a imediata transferência de Silvia Gonçalves Eusébio ao Hospital Miguel Couto, de Ibirama. Lá chegando, aproximadamente às 10h, a paciente foi prontamente submetida à cirurgia de cesariana, tendo a criança nascido sem vida, em razão de sofrimento fetal intra-útero (Laudo de fl. 29).
>
> Portanto, a morte do feto decorreu da postergação, pela denunciada, da cirurgia de cesariana, que agiu com imperícia e negligência, deixando a parturiente Silvia Gonçalves Eusébio por conta da enfermagem, sem tratamento e acompanhamento médico necessários, não a examinando por todo o período de internação (fls. I-II).

Concluída a instrução do feito, a denúncia foi julgada procedente para condenar a acusada às penas de 2 (dois) anos, 3 (três) meses e 20 (vinte) dias de detenção, em regime inicial aberto, e ao pagamento de 21 (vinte e um) dias-multa, no valor de 1/2 (meio) salário mínimo vigente na época dos fatos, por infração ao disposto no art. 121, §§ 3º e 4º, do Código Penal. A pena privativa de liberdade foi substituída por duas restritivas de direitos, a saber, prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária. Foi-lhe concedido o direito de apelar em liberdade (fls. 304-323).

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação, no qual pugnou pela absolvição da acusada, ante a atipicidade da conduta por ela perpetrada, ao argumento de que o nascituro não pode ser sujeito passivo do homicídio, pois seria necessário que fosse praticado contra humano com vida extrauterina, e neste caso trata-se de morte intrauterina, em que

se aplica apenas o delito de aborto, porém como não existe esse crime na modalidade culposa a conduta da acusada seria atípica. Na dosimetria, requereu o afastamento das circunstâncias e das consequências do delito, uma vez que são inerentes ao tipo penal. Pugnou ainda pelo ajuste da pena de multa. Não sendo esse o entendimento, pleiteou a redução de cada circunstância negativa de 4 (quatro) meses para 3 (três) meses com fundamento nos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade e, ainda, o afastamento da agravante prevista no art. 121, § 4º, do Código Penal, por violação ao princípio do *non bis in idem*, pois a inobservância da regra técnica foi o núcleo da culpa do delito, não podendo figurar como causa especial de aumento da pena. Por fim, requereu a extinção da punibilidade pela prescrição retroativa, no caso de ser acolhida alguma das teses anteriores que tornem a pena inferior a 2 (dois) anos (fls. 326-333).

Juntadas as contrarrazões (fls. 337-349), ascenderam os autos a esta instância, e a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Exmo. Sr. Dr. Raul Schaefer Filho, opinou pelo conhecimento e provimento do recurso, para absolver-se a acusada (fls. 356-361).

É o relatório.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação contra decisão que julgou procedente a denúncia e condenou Marone Brazil às sanções previstas pelo art. 121, § 3º e § 4º, do Código Penal.

O apelo é de ser conhecido, porquanto presentes os requisitos objetivos e subjetivos de admissibilidade.

Cinge-se a irresignação defensiva à condenação de sua defendida, ao argumento de que deve ela ser absolvida, ante a atipicidade da conduta por ela perpetrada, ao argumento de que o nascituro não pode ser sujeito

passivo do homicídio, pois seria necessário que fosse praticado contra humano com vida extrauterina, e neste caso trata-se de morte intrauterina, em que se aplica apenas o delito de aborto, porém como não existe esse crime na modalidade culposa a conduta da acusada seria atípica.

Em que pesem os argumentos bem lançados pelo ilustre defensor, a análise detida dos autos revela que a decisão objurgada não merece reparos.

Pois bem.

Alega a defesa que o feto jamais pode ser vítima do crime de homicídio, sendo o sujeito passivo o ser humano com vida independente, isto é, vida extrauterina. Argumentou que as provas reunidas não autorizam a conclusão de que o feto nasceu com vida e que a negligência da apelante tenha provocado ferimentos que lhe causaram a morte. Assim, não demonstrado nos autos que o feto teve vida extrauterina independente, inexiste elementar objetiva que caracteriza o crime de homicídio.

Não merece acolhida, todavia, a argumentação.

A doutrina pátria é unânime no sentido de rechaçar essa tese.

Colacionam-se as lições de Guilherme de Souza Nucci:

> Vida extrauterina: como mencionamos, a vida é igualmente protegida pelo ordenamento jurídico desde o instante da concepção. Enquanto está em fase intra-uterina, trata-se de aborto matar o ser humano em gestação. Quando a vida fora do útero materno principia, é natural tratar-se de homicídio ou infanticídio, conforme a situação. Entretanto, há polêmica acerca do início da vida extra-uterina para efeito de diferenciar o homicídio (ou infanticídio) do aborto. [...] Portanto, o sujeito passivo do homicídio (ou infanticídio) seria o ser humano que já respira por conta própria, como regra. Mas não nos parece ser esta a melhor solução, pois é muito tarde para considerar o ser em fase de expulsão do útero materno um simples *feto*, protegido pelas penas bem menores do aborto (arts. 124

> a 126, CP), além do que o tipo penal do infanticídio está a demonstrar que já não se fala de aborto quando o filho é morto pela mãe durante o parto (art. 123, CP). **Por isso, unindo o conceito dado pelo art. 123 às lições de medicina legal, vislumbramos que o início da vida extrauterina, para o fim de aplicação dos arts. 121 e 123 do Código Penal, é o início do parto, que, segundo Almeida Júnior e Costa Júnior, começa com a ruptura da bolsa (parte das membranas do ovo em correspondência com o orifício uterino), pois "desde então o feto se torna acessível às ações violentas, quer praticadas com a mão, quer com instrumentos".** [...] No mesmo prisma, encontra-se o ensinamento de Odon Ramos Maranhão, mencionando que a morte do *feto nascente*, isto é, durante o processo de parturição, já é possível de ser considerada um infanticídio (*Curso básico de medicina legal*, p. 174). (*Código Penal Comentado*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 655-656).

Para Cezar Roberto Bitencourt, "a velha concepção segundo a qual 'não ter respirado é não ter vivido' está completamente superada". E continua:

> Inegavelmente, a respiração é a prova por excelência da existência de vida, mas não é a única prova de sua existência, nem é imprescindível que tenha havido respiração para que haja existido vida. Na verdade, mesmo que não tenha havido respiração, a vida pode ter-se manifestado por meio de outros sentidos, tais como movimentos circulatórios, pulsações de coração etc. A vida começa com o início do parto, com o rompimento do saco amniótico; é suficiente a vida, sendo indiferente a capacidade de viver. Antes do início do parto, o crime será de aborto. Assim, a simples destruição de vida biológica de feto, no início do parto, já constitui o crime de homicídio (*Tratado de Direito Penal*, vol. 2, parte especial, 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 48).

Nesse mesmo sentido, Rogério Greco explana:

> Bem juridicamente protegido é a vida e, num sentido mais amplo, a pessoa, haja vista que o delito de homicídio encontra-se inserido no capítulo correspondente aos crimes contra a vida, no Título I do Código Penal, que prevê os crimes contra a pessoa. [...] Independentemente das exceções que têm por finalidade justificar a regra, a proteção da vida,

> por intermédio do art. 121 do Código Penal, **começa a partir do início do parto, encerrando-se com a morte da vítima. Isso quer dizer que, uma vez iniciado o trabalho de parto, com a dilatação do colo do útero ou com o rompimento da membrana amniótica, sendo o parto normal, ou a partir das incisões das camadas abdominais, no parto cesariana, até a morte do ser humano que ocorre com a morte encefálica, nos termos art. 3º da Lei nº 9.434/97, mesmo que haja vida intrauterina, poderá ocorrer o delito em estudo.** A prova da vida, portanto, é indispensável à caracterização do homicídio. Hungria afirma: [...] Como se pode perceber pelas lições de Hungria, iniciado o parto (normal ou cesárea), comprovada a vitaliciedade do nascente, ou seja, aquele que está nascendo, ou do neonato, isto é, o que acabou de nascer, já podemos pensar, em termos de crimes contra a vida, no delito de homicídio, ou, caso tenha sido praticado pela gestante, sob influência do estado puerperal, no crime de infanticídio (*Curso de Direito Penal*: parte especial, vol. II, 8. ed., Rio de Janeiro: Impetus, 2011, p. 134-135).

E a jurisprudência da Colenda Corte não destoa:

> HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO PREVISTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO. 1. NÃO CABIMENTO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL. RESTRIÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. MEDIDA IMPRESCINDÍVEL À SUA OTIMIZAÇÃO. EFETIVA PROTEÇÃO AO DIREITO DE IR, VIR E FICAR. 2. ALTERAÇÃO JURISPRUDENCIAL POSTERIOR À IMPETRAÇÃO DO PRESENTE WRIT. EXAME QUE VISA PRIVILEGIAR A AMPLA DEFESA E O DEVIDO PROCESSO LEGAL. 3. HOMICÍDIO CULPOSO POR INOBSERVÂNCIA DE REGRA TÉCNICA. 4. INICIADO O TRABALHO DE PARTO NÃO HÁ FALAR MAIS EM ABORTO. 5. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. MEDIDA EXCECIONAL. 6. ORDEM NÃO CONHECIDA.
>
> [...] 3. Os fatos descritos na denúncia são claros e determinados, podendo
>
> caracterizar, em tese, o crime de homicídio culposo por inobservância de regra técnica, não prosperando a alegação de ocorrência de "aborto culposo provocado por terceiro" ou de crime impossível em razão do bebê ter sido retirado do ventre materno sem vida, pois consta dos autos que

> a mãe já havia entrado em trabalho de parto há mais de oito horas e os batimentos cardíacos foram monitorados por todo esse período até não mais serem escutados.
>
> 4. **Iniciado o trabalho de parto, não há falar mais em aborto, mas em homicídio ou infanticídio, conforme o caso, pois não se mostra necessário que o nascituro tenha respirado para configurar o crime de homicídio, notadamente quando existem nos autos outros elementos para demonstrar a vida do ser nascente, razão pela qual não se vislumbra a existência do alegado constrangimento ilegal que justifique o encerramento prematuro da persecução penal.** [...] (HC 228998/MG, rel. Min. Marco Auréio Bellizze, j. 23/10/2012).

Ao contrário do que sustentou a defesa, iniciado o trabalho do parto, afasta-se a tipificação do delito de aborto, e passa-se a configurar a conduta como homicídio, a qual restou amplamente comprovada pelo conjunto de provas amealhado nos autos.

A materialidade do fato encontra-se assentada pelo boletim de ocorrência (fl. 03), certidão de natimorto (fl. 19) e documentos de fls. 20-29.

No que tange à autoria e à responsabilidade da apelante, mister se faz o confronto das assertivas inseridas na peça acusatória com a prova produzida, e as conclusões que dela se pode extrair.

O genitor do bebê, Gilberto Eusébio, relatou na Delegacia que em 26/06/06, por volta das 03h50min, sua esposa, que estava em prazo final de gravidez, com contrações, começou a perder água da bolsa e a levou imediatamente ao Hospital e Maternidade Maria Auxiliadora. Afirmou que sua esposa foi atendida por uma enfermeira, que mediu a pressão e os batimentos cardíacos e disse que estava tudo normal. Por volta das 5h a enfermeira ligou para Dra. Iara, médica que acompanhava o pré-natal de sua esposa, que informou para enfermeira que o procedimento era normal e que a criança ia nascer em 6 a 8 horas e que não poderia fazer nada porque o Hospital não tinha anestesia. Nesse horário sua esposa já

apresentava sinais de dores. Ainda contou que foi para sua casa e quando voltou deparou-se com uma freira cuidando de sua esposa de "maneira estúpida", colocando uma mangueira em seu nariz e mandando, "aos gritos", que respirasse, caso contrário a criança iria morrer. Nessas alturas sua esposa estava perdendo água misturada com sangue, e a freira tentando ouvir o coração da criança, com um "caneco". De repente, ela saiu do quarto sem dar satisfações, e em seguida ficou sabendo que sua esposa seria transferida para Ibirama. Esclareceu, por fim, que "só chegou a ver o médico no Hospital Maria Auxiliadora em Presidente Getúlio no momento em que sua esposa foi transferida para Ibirama" (fls. 04-05).

No mesmo sentido, a genitora do bebê, Sílvia Eusébio, narrou na fase policial que ao chegar ao hospital, foi atendida por uma enfermeira, que lhe mediu a pressão e os batimentos cardíacos, dizendo que estava tudo normal, conduzindo a declarante até a sala de pré-parto, anotando que iria telefonar para a Dra. Iara, médica que acompanhava o pré-natal da declarante, a qual disse que o procedimento era normal e que a criança ia nascer em 6 a 8 horas. Contou que em seguida chegou o enfermeiro Reginaldo o qual mediu novamente a pressão da declarante e lhe informou que os batimentos da criança estavam diminuindo, em seguida chegou a freira, que fez o toque e disse que a criança estava deitada e que havia tocado a cabeça da criança. Esclarece que quando foi feito o toque, por volta das 8h, não sentia mais a criança mexendo, e suas pernas estavam adormecidas, e sentia bastante dores. Disse que pediu à freira que fizesse uma ultrassonografia, ao que ela respondeu não ser possível. Logo em seguida voltaram com uma cadeira de rodas e a levaram para ambulância, e foi transferida para o Hospital de Ibirama (fls. 06-07).

Em juízo, confirmaram a versão anterior (fls. 216 e 217).

A enfermeira Rosa Spredmann, na fase policial, afirmou que no dia dos fatos a Dra. Marone Brazil estava de plantão e encontrava-se no Hospital e Maternidade Maria Auxiliadora, sendo que a respeito

do atendimento, "a Dra. Marone Brazil apenas lhe passou orientações de como deveria ser procedido mediante o caso não verificando pessoalmente a paciente", ressaltando que "em nenhum momento a Dra. Marone Brazil chegou a conversar com a paciente Sílvia Gonçalves Eusébio" (fl. 102).

Perante o magistrado, diversamente, relatou:

> [...] que a Silvia deu entrada era 3:30h, 3:40h da manhã; que recebeu e fez a ficha do plantão; que fez todos procedimentos recomendados, viu os sinais vitais e foi comunicado a Dra. Marone sobre a paciente, e ela avaliou; que em seu parecer não havia nenhuma irregularidade; que foi orientada pela médica para estar verificando os batimentos do bebê; que a paciente estava com contrações, mas estava sem nenhuma anormalidade; que os batimentos até quando entregou o plantão estavam se mantendo até 144 batimentos por minuto; que toda vez que verificava anotava na ficha; que ligaram para a médica que acompanhou o pré-natal e ela orientou o mesmo procedimento; que a Dra. Marone atendeu a paciente duas vezes; que uma foi no começo, quando a Silvia chegou e depois no decorrer da entrada dela no hospital (CD de fl. 260).

Referida testemunha faltou com a verdade na fase judicial, conforme se verá a seguir, como ainda pelo teor de suas declarações na fase policial.

O enfermeiro Reginaldo Santos, que sucedeu a técnica de enfermagem Rosa no plantão, apresentou alguns desacertos na narrativa. Inicialmente, relatou na fase policial que ao entrar no plantão às 7h, "foi-lhe repassado a paciente de nome Silvia Gonçalves Eusébio, a qual havia sido internada por volta das 3:50h em trabalho de parto", após verificar os batimentos cardíacos da criança constatou que estavam abaixo do normal, e ante a reclamação de dores das contrações, rompimento da bolsa e corrimento de água, comunicou o médico de plantão, Dr. Sérgio, que no mesmo instante foi ao quarto da paciente e optou por transferi-la para Ibirama (fls. 10-11).

Em juízo, afirmou que "não recebeu informações de que Silvia estaria em trabalho de parto", e "foi passar a visita nos pacientes e viu que a paciente estava lá", verificou os batimentos cardíacos do feto e da paciente, e viu que estava irregular, entrou em contato com a Dra. Iara, e ela disse "o médico plantonista que veja isso", aí falou para o Dr. Sérgio, que disse que não estava sabendo do caso da Silvia (fl. 183).

O médico Sérgio Boechat na fase policial disse que "às 09:15h tomou conhecimento pelo enfermeiro Reginaldo de que estava internada a paciente Sílvia Gonçalves Eusébio em trabalho de parto e que estava apresentando quedas nos batimentos cardíacos fetais (BCF) e que não havia condições de controle e imediatamente entrou em contato com o Hospital de Ibirama e solicitou a transferência (fl. 16).

Sob o crivo do contraditório, confirmou sua fala e ainda afirmou que "quando chegou, perguntou para a colega (ré) se estava tudo certo, e ela disse que não havia nenhum problema", não tinha conhecimento de ninguém na sala de parto, "ninguém me transferiu nenhuma urgência, nada crítico, para tomar uma decisão técnica". Posteriormente, "por volta das 9:10h da manhã, me chega o enfermeiro Reginaldo, profundamente angustiado, e me diz que tem uma gestante na sala de parto que não está bem, e uma criança com sofrimento fetal", foi então até a sala e examinou a paciente e viu que a situação era crítica, e acompanhou a paciente até Ibirama (fls. 185-186).

A médica ginecologista Iara Michels de Assis Magalhães, na fase policial, confirmou ter recebido ligação telefônica tanto pela técnica em enfermagem Rosa como pelo enfermeiro Reginaldo, entretanto, não obstante tivesse passado orientações afirmou que repassou aos profissionais que deveriam comunicar ao médico de plantão, e que se houvesse necessidade, que efetuassem a transferência da paciente para o Hospital de Ibirama, uma vez que o Hospital da cidade não contava com anestesia naquele momento (fls. 14-15).

Em juízo, disse:

> [...] que faz uns 4 anos, que fui informada por uma auxiliar de enfermagem chamada Rosa que tinha uma gestante no Hospital, com dor, mediante chamado em minha casa; que **a Rosa tinha pouca experiência**; que a orientou, mas tinha um médico de plantão no hospital; que orientou a enfermeira como deveria agir na parte dela; que depois que desligou o telefone, não participou mais do fato [...]; **que lhe ligaram 'umas 500 vezes', mas cabe ao médico definir o tratamento; que somente no outro dia, o enfermeiro Reginaldo ligou-me, não sei se eram 8 ou 9 da manha, mas ele fez o registro da ligação com horário, dizendo que tinha uma gestante (não necessariamente a mesma gestante) que tinha uns batimentos no feto (em 100), que pode ser um problema cardíaco ou contração;** que o avisou que era melhor ela ser transferida para Ibirama, porque o anestesista teria Plantão em Pomerode às 7 horas da manhã (fl. 187).

Da fala da referida testemunha, *venia* a entendimento contrário, os inúmeros telefonemas recebidos sinalizavam, sim, que a paciente Silvia apresentava quadro clínico adverso e que exigia pronta intervenção de um profissional, que, no caso, era de responsabilidade da apelante, já que plantonista no dia do fato descrito na denúncia.

Marlene Selbmann, enfermeira do Hospital Miguel Couto de Ibirama, afirmou que atendeu Sílvia naquele Hospital, em que a "paciente reclamava de dores do parto e a declarante, de imediato, procedeu a verificação do BCF (batimentos cardio fetais) e percebeu que os mesmos estavam ausentes, alertando os demais membros da equipe" (fl. 41).

Roger Chaves Duarte, médico pediatra, disse que foi chamado para atender numa sala de parto uma cesariana a qual muito provavelmente se tratava de um feto morto intra-útero, já que desde a chegada no hospital Miguel Couto da parturiente não foi possível auscultar os batimentos cárdio fetais; que realizada a cesariana, **confirmou a morte e pelas características do feto estava morto há cerca de quatro a cinco horas** […] (fl. 72 - grifou-se).

O médico anestesiologista, Oscar Manuel Montoya y Gomez, afirmou na fase policial que "por volta de 09:50 horas, fez-se o procedimento anestésico consistindo num bloqueio subaracnoideio, sem particularidades, não tendo havido hipotensão, nem outra intercorrência, tendo-se retirado um feto (aproximadamente às 10:00 horas) morto com 2.420 gramas e uma circular de cordão, **apresentando o feto já maceração do corpo"** […] (fl. 73).

Como sói acontecer, a acusada negou a acusação que contra si pesa. Na fase policial, alegou:

> […] que quando dos fatos, a declarante encontrava-se de plantão no Hospital Maria Auxiliadora de Presidente Getulio, quando às 3:50 horas da manhã foi comunicada pela enfermagem que havia uma gestante de nove meses, sentindo dores, a qual fazia pré-natal com a Dra. Iara; que a declarante orientou a técnica de enfermagem a verificar os sinais vitais, batimentos cardíacos fetais de hora em hora, posicionar a paciente em decúbito lateral esquerdo e comunicar a Dra. Iara; que até as 7:00 horas da manhã quando trocou o plantão não houve intercorrências, isto é, o plantão transcorreu dentro da normalidade; que entendo que todos os procedimentos até o término do plantão foram corretos […] (fl. 44).

Em seu interrogatório judicial, afirmou que atendeu a vítima, examinou-a quando da chegada ao Hospital às 3h50min e depois ao deixar o plantão, às 7h. Disse que os batimentos estavam dentro da normalidade. Disse que ao deixar o Hospital, passou o prontuário de Silvia para seu colega (fls. 189-191).

Ora, como se vê, o que ficou comprovado ao longo da marcha processual foi que a médica Marone Brazil, de fato, não atendeu pessoalmente a gestante em trabalho de parto, mesmo estando de plantão. E isso não só ficou provado pela fala da enfermeira Rosa Kniess Spredemann na fase policial (fl. 102) – embora esta tenha apresentado outra versão em juízo (CD de fl. 260) – como a própria Silvia asseverou perante o magistrado que **"não conhece a ré e nunca a viu anteriormente"** (fl. 216). Ainda pela fala da acusada na fase policial

entende-se que não examinou pessoalmente a gestante em trabalho de parto. Sua fala é vaga, imprecisa, genérica, não taxativa.

A corroborar, a enfermeira Rosa disse na Delegacia que no dia dos fatos a Dra. Marone Brazil estava de plantão e encontrava-se no Hospital e Maternidade Maria Auxiliadora, sendo que a respeito do atendimento, "a Dra. Marone Brazil apenas lhe passou orientações de como deveria ser procedido mediante o caso não verificando pessoalmente a paciente", ressaltando que "em nenhum momento a Dra. Marone Brazil chegou a conversar com a paciente Sílvia Gonçalves Eusébio" (fl. 102).

Não há se questionar a veracidade dos relatos dos genitores da vítima que narraram com minúcias o fato, o que se coaduna com os relatos do enfermeiro Reginaldo, o médico Sérgio, a versão da técnica em enfermagem Rosa, na fase policial, além da médica ginecologista Iara e todas as testemunhas de acusação.

Isso posto, configurada está a culpa da acusada, na modalidade negligência, que constitui "a inação, a modalidade negativa de culpa (*in omitendo*), consistente na omissão em relação à conduta que se devia praticar. **Negligenciar é, pois, omitir ação cuidadosa que as circunstâncias exigem.** Ocorre previamente ao início da conduta" (MASSON, Cleber. *Código Penal comentado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 135 – grifou-se).

Não é demais ressaltar que "em casos dessa natureza, para que o médico responda por homicídio culposo, além da comprovação da materialidade e da autoria do delito, **é preciso que ele tenha praticado uma conduta (ação ou omissão) violando o seu dever de cuidado e que dessa violação tenha advindo a morte da vítima, ou seja, deve estar efetivamente demonstrado o nexo de causalidade entre o atendimento prestado pelo agente e o resultado fatal, não se admitindo presunções** [...] (Apelação Criminal n. 2010.046959-7, de Imaruí, rela. Desa. Marli Mosimann Vargas, j. 02/08/2011).

Esta Corte já se manifestou em casos semelhantes:

> APELAÇÃO CRIMINAL. DOS CRIMES CONTRA A PESSOA. HOMICÍDIO CULPOSO QUALIFICADO (CP, ART. 121, §§ 3.º E 4.º). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA. [...] MÉRITO PLEITO ABSOLUTÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. OMISSÃO NO ATENDIMENTO MÉDICO A PARTURIENTE, CIRCUNSTÂNCIA QUE RESULTOU EM SOFRIMENTO FETAL AGUDO E A CONSEQUENTE MORTE DA RECÉM-NASCIDA. AUSÊNCIA DE DEVERES OBJETIVOS (CAUTELA), ATRIBUÍDOS AO PROFISSIONAL QUE SE ENCONTRA NO EXERCÍCIO DE SUAS FUNÇÕES. IRRELEVANTE DISCUSSÃO À RESPEITO DA RESPONSABILIDADE PELO PLANTÃO, PORQUANTO O RÉU ERA O ÚNICO MÉDICO PRESENTE NO MOMENTO DOS FATOS. PRECARIEDADE NA ESTRUTURA CIRÚRGICA DO HOSPITAL. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA (CPP, ART. 156). CARÊNCIA DE JUSTIFICATIVA PLAUSÍVEL. DECISÃO CONDENATÓRIA MANTIDA.
>
> "Há culpa, se o erro de diagnóstico e terapia foi provocado pela omissão de procedimentos recomendados ante os sintomas exibidos" (TJ/RS, RT 710/334). RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO (Apelação Criminal n. 2009.004717-7, de São Miguel do Oeste, rel. Des. Roberto Lucas Pacheco, j. 20/04/2010).
>
> APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A VIDA. HOMICÍDIO CULPOSO CIRCUNSTANCIADO (ART. 121, §§ 3º E 4º, DO CÓDIGO PENAL). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA. IMPOSSIBILIDADE DE ABSOLVIÇÃO. IMPERÍCIA E NEGLIGÊNCIA MÉDICA. OMISSÃO NO ATENDIMENTO A PARTURIENTE E INOBSERVÂNCIA DOS PROCEDIMENTOS RECOMENDÁVEIS AO QUADRO CLÍNICO QUE REDUNDAM NA MORTE DE RECÉM-NASCIDO. PROVAS DOS AUTOS AUTORIZAM O DECRETO CONDENATÓRIO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. VALORAÇÃO NEGATIVA DA CULPABILIDADE. MOTIVAÇÃO QUANTO À MAIOR REPROVABILIDADE NA CONDUTA DO RÉU QUE TAMBÉM CONSTITUI CAUSA DE AUMENTO. BIS IN IDEM. AJUSTE NECESSÁRIO. TERCEIRA

> FASE DOSIMÉTRICA. EVIDENTE FALTA DE OBSERVÂNCIA DE REGRA TÉCNICA DE PROFISSÃO. INCIDÊNCIA DA MAJORANTE DO § 4º, DO ART. 121 DO CÓDIGO PENAL. INCREMENTO DA SANÇÃO EM 1/3 QUE SE IMPÕE. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO (Apelação Criminal n. 2012.072827-7, de Lebon Régis, rela. Desa. Cinthia Beatriz da Silva Bittencourt Schaefer, j. 06/03/2014).

Ante a comprovação da materialidade do fato, respectiva autoria e da ausência de cautela necessária para exercer a sua profissão, mantém-se a decisão ora combatida.

Da dosimetria

Em relação à dosimetria da pena, a defesa requereu o afastamento das circunstâncias e das consequências do delito, uma vez que são inerentes ao tipo penal.

Não assiste razão ao defensor.

As circunstâncias do delito foram consideradas negativamente porque "a negligência da médica ré ultrapassou os limites do tipo penal, não apenas em razão do óbito do nascituro, mas porque ciente da situação da genitora da vítima, em trabalho de parto e prestes a dar à luz e mesmo instada diversas vezes pela técnica de enfermagem que lhe assessorou no plantão, pela religiosa que foi ajudar no atendimento da mãe do bebê – Sílvia – e também pelas orientações repassadas pela médica ginecologista, Iara Magalhães, de que fosse caso de uma intervenção cirúrgica haveria necessidade de transferir a parturiente, diante da ausência de médico anestesista no Hospital Miguel Couto; nada fez, além de não ter repassado ao seu sucessor, o médico Sergio Boichadt o que ocorria com a paciente Sílvia" (fl. 318).

Realmente, a culpa da ré ultrapassou e muito o esperado dever de cuidado de médica, fugindo ao âmbito da negligência – foi uma sucessão de erros e omissões –, que gerou um sofrimento físico e emocional

exacerbado à genitora da vítima, tornando as circunstâncias do delito peculiarmente graves, aptas a majorar a primeira fase da dosimetria.

Outrossim, as consequências do delito foram consideradas "gravíssimas", "visto que a atitude adotada, ou melhor, a falta dela, levaram a óbito o primeiro filho do casal Sílvia e Gilberto Eusébio. O sofrimento infligido a genitora, que ficou hospitalizada e em trabalho de parto por mais de 5 horas extrapola as consequências do tipo penal, mormente porque a perda de um filho, como dito, primogênito, eternamente permanecerá na lembrança, não havendo contraprestação que amenize a dor da perda, justificando-se a majoração neste particular" (fl. 381), o que se revela idôneo e completamente fundamentado, apto a ensejar o aumento da pena-base.

Da redução da pena.

A redução de cada circunstância negativa de 4 (quatro) meses para 3 (três) meses com fundamento nos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, não é possível, porque fundamentada de forma adequada, própria, mesmo acima da fração de 1/6 (um sexto), conforme se lê à fl. 320.

Ora, é certo que não há parâmetro rígido para se majorar a pena base. O *quantum* de aumento fica a critério da discricionariedade motivada do magistrado, notadamente pelo princípio da individualização da pena e também porque o legislador não estabeleceu valor correspondente para cada circunstância judicial desfavorável.

A pena de multa não merece ajuste, porque fundamentada a fixação do valor unitário, uma vez que "a acusada exerce a profissão de médica, inclusive exercendo a medicina no Hospital de Maternidade desta cidade, na de Ibirama (Miguel Couto) e outras da região, além do Hospital Regional do Alto Vale do Rio do Sul, como assegurou em seu interrogatório (fl. 189), justo que não teve seu cassado o seu registro médico – CRM, presume-se que suas condições econômico-financeiras

suplantam em muito a média da maioria da classe econômica, justificando-se, assim, a fixação do dia-multa acima do mínimo legal" (fl. 320).

Do afastamento da majorante prevista no art. 121, § 4º, do Código Penal, por violação ao princípio do *non bis in idem*, pois a inobservância da regra técnica foi o núcleo da culpa do delito, não podendo figurar como causa especial de aumento da pena.

Sem razão, também.

A causa de aumento de pena prevista no § 4º do art. 121 é aquela que resulta de inobservância de regra técnica de profissão, e por isso deve ser considerada. A negligência é o dever de cuidado, não necessariamente advindo de regra técnica de profissão.

Para Fernando Capez:

> A inobservância de regra técnica ocorre quando o sujeito tem conhecimento dela, pois é um profissional, mas a desconsidera. Não se confunde inobservância de regra técnica com imperícia. No caso do aumento de pena, o agente conhece a regra técnica, porém deixa de observá-la; enquanto na imperícia, que pressupõe inabilidade ou insuficiência profissional, ele não a conhece, não domina conhecimentos técnicos (*Curso de Direito Penal*, parte especial 2, 12. ed., São Paulo: Saraiva, p. 101).

Rogério Greco explica: "esse substancial aumento se deve ao fato de que o agente, mesmo tendo os conhecimentos das técnicas exigidas ao exercício de sua profissão, arte ou ofício, não os utiliza por leviandade, **sendo maior, portanto, o juízo de reprovação que deve recair sobre o seu comportamento"** (*Curso de Direito Penal* - Parte Especial II, 7. ed., Niterói: Impetus, 2010. p. 168).

Por fim, prejudicado o pleito sucessivo de extinção da punibilidade pela prescrição retroativa, porque não acolhidas as teses anteriores que tornassem a pena inferior a 2 (dois) anos.

Corrige-se erro material na sentença decorrente da aplicação da causa de aumento ditada pelo § 4º, do art. 121 do CP, na fração de 1/3 (um terço) sobre a pena base, o que resulta, sim, em 2 (dois) anos, 2 (dois) meses e 20 (vinte) dias e não 2 (dois) anos, 3 (três) meses e 20 (vinte) dias de detenção.

Ainda, por vislumbrar-se, em tese, o cometimento do crime de falso testemunho por parte de Rosa Spredmann, determina-se a extração de cópia desta deliberação colegiada, das peças de fls. 08-09, fl. 102, reprodução do CD de fls. 260, das fls. 14-15 e a de fl. 187, que deverão ser encaminhadas ao Ministério Público para os fins de direito.

Em decorrência, vota-se pelo conhecimento e não provimento do recurso.

A comarca de origem deverá promover a comunicação aos genitores da vítima, em observância ao art. 201, § 2º, do Código de Processo Penal.

É o voto.

Declaração de voto vencedor do Exmo. Sr. Des. Moacyr de Moraes Lima Filho

Trata-se de apelação criminal, interposta por Marone Brazil, contra a sentença que a condenou à pena de 2 (dois) anos, 3 (três) meses e 20 (vinte) dias de detenção, em regime aberto, substituída por duas medidas restritivas de direitos, consistentes em prestação pecuniária e prestação de serviços à comunidade, por infração ao art. 121, §§ 3º e 4º, do Código Penal.

Sem discordar da pertinência dos argumentos expendidos pelo Relator, que deixou de reconhecer a atipicidade da conduta, ante a suscitada impropriedade do objeto material do delito, acrescento fundamentos para que se alcance a mesma conclusão.

Vale dizer, inicialmente, que o sujeito passivo do crime de homicídio culposo é qualquer pessoa viva, nascida de mulher, a despeito de sua condição de vida, saúde, raça, religião, etc.

A singeleza dessa enunciação ganha contornos diversos, não mais harmônicos na doutrina, quando é debatido o início da condição de "nascido", a fim de aquilatar a subsunção da conduta que afronta à vida entre os delitos de aborto e homicídio.

Por muito tempo, o objeto material do crime de homicídio esteve restrito ao nascido com vida, assim entendido o ser humano que já respirava por conta própria. Sendo assim, socorrendo-se da medicina legal, os operadores jurídicos dependiam da realização de perícia que fosse capaz de atestar tal condição.

Os exames buscavam avaliar se o feto morreu antes, durante ou depois do parto e, principalmente, diagnosticar se houve nascimento com vida, caracterizado pela respiração autônoma. Para tanto, foram desenvolvidos diversos métodos de estudo, mormente dos pulmões, como a Docimásia Hidrostática Pulmonar de Galeno, Docimásia Diafragmática de Ploquet, Docimásia Óptica ou Visual de Bouchut e Docimásia Radiológica De Bordas (Disponível em <http://www.estudodirecionado.com/2013/01/docimasias-pulmonares.html >, acessado em 25/3/2015).

Ocorre que, com o desenvolvimento da medicina legal e da própria teoria do direito, associada ao desejado aprimoramento da proteção à vida, passou-se a adotar o entendimento de que a respiração autônoma não é imprescindível, tampouco constitui a única evidência induvidosa de que houve vida.

Como bem salienta Cezar Roberto Bitencourt, já secundado pelo Relator, *"[...] a vida pode ter-se manifestado por meio de outros sentidos, tais como movimentos circulatórios, pulsações de coração etc"*. (*Tratado de direito penal*. v. 2., 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 48).

Com essa nova concepção, o início da vida extrauterina, limiar entre os crimes de aborto e homicídio, foi antecipado para o começo do trabalho de parto, seja com a ruptura do saco amniótico, dilatação do colo do útero ou deslocamento da placenta, no parto normal, seja com as incisões das camadas abdominais, na cesariana.

Como reforço argumentativo, Fernando Capez orienta que se analise o delito de infanticídio, *"[...] que é uma forma especializada de homicídio para se verificar que se for praticado 'durante o parto', já é considerado o delito do art. 123, e não o delito de aborto"* (*Curso de direito penal*: parte especial. v. 2. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 31).

Nelson Hungria já adotava esse entendimento:

> Para a configuração objetiva do homicídio, é indiferente a idade da vítima: tanto é homicídio a ocisão do feto *intra partum* quanto a do macróbio. Deve notar-se, entretanto, que a eliminação do feto ou recém-nascido pela própria mãe, 'sob influência do estado puerperal, durante o parto ou logo após', constitui um *homicidium privilegiatum*, sob o título especial de infanticídio (art. 123).
>
> [...]
>
> O novo Código compreende *sob o nomem juris* de homicídio (ressalvada a hipótese especial do infanticídio) até mesmo a destruição do feto durante o parto, isto é, antes mesmo de verificar-se a possibilidade de vida extra-uterina.
>
> [...]
>
> O neonato apnéico ou asfíxico não deixa de estar vivo pelo fato de não respirar. Mesmo sem a respiração, a vida pode manifestar-se por outros sinais, como sejam o movimento circulatório, as pulsações do coração, etc. É de notar-se, além disso, a própria destruição da vida biológica do feto, no início do parto (com o rompimento do saco amniótico), já constitui homicídio, embora eventualmente assuma o título de infanticídio. (*Comentários ao Código Penal*, v. 5, 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 36).

O Professor E. Magalhães Noronha não destoa:

> Particularmente, é o indivíduo o ser vivo, nascido de mulher ou que está nascendo. Com efeito, se a destruição do feto ou do embrião no útero materno é abortamento, é homicídio a destruição do feto durante o parto. É a conclusão inelutável a que se chega, pelo confronto do art. 121 com o 123, pois este, definindo o infanticídio – crime privilegiado – fixa o momento da ação – durante o parto ou logo após – e consequentemente quem não se achar nas condições do privilégio praticará homicídio se destruir o ente antes mesmo que haja vida autônoma, isto é, destruir o ser nascente.
>
> [...]
>
> O parto inicia-se com o período de dilatação, apresentando-se as dores características e dilatando-se completamente o colo do útero; segue-se a fase de expulsão, que começa precisamente depois que a dilação se completou, sendo, então, a pessoa impelida para o exterior; esvaziado o útero, a placenta se destaca e também é expulsa: é a terceira fase. Está, então, o parto terminado: [...] sendo necessário estabelecer-se fundamentalmente que o parto cessa após a expulsão das secundinas. Esse é o instante exato, pois, em que o infante nasceu, mesmo que não tenha sido cortado o cordão umbilical.
>
> A morte do ente humano, em qualquer desses períodos, será homicídio ou infanticídio, pois como assinala Impallomeni, a vida intra-uterina terminou, sem que se haja iniciado a extra-uterina, mas a criança, não obstante achar-se num estado de transição, é um ser humano, com vida que não é mais uterina, e matá-la é homicídio [...] É um homem que se mata no limiar da vida social. (*Direito Penal*, atualizada por Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha, São Paulo: Saraiva, 1995. p. 15 e 43/44)

Diante do tema, o Superior Tribunal de Justiça decidiu que, *"iniciado o trabalho de parto, não há falar mais em aborto, mas em homicídio ou infanticídio, conforme o caso, pois não se mostra necessário que o nascituro tenha respirado para configurar o crime de homicídio, notadamente quando existem nos autos outros elementos para demonstrar a vida do ser nascente, razão pela qual não se vislumbra a existência do alegado constrangimento ilegal que justifique o encerramento prematuro da persecução penal"* (HC n. 228.998/MG, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. em 23/10/2012).

Fixadas essas premissas, as provas coligidas demonstram que não houve aborto culposo, cuja atipicidade conduziria à absolvição, senão homicídio culposo, pois a gestante Silvia Gonçalves Eusébio deu entrada no nosocômio em trabalho de parto, com o rompimento da bolsa, e até a transferência para outro hospital teve contrações e acompanhou as verificações dos batimentos cardíacos do bebê (fls. 4/17, 183/191 e mídia eletrônica à fl. 260). Logo, em razão da negligência da ré, bem analisada pelo Relator, a morte ocorreu depois de principiado o parto, tendo, por conseguinte, recaído sobre pessoa viva, objeto material do crime previsto no art. 121 do Código Penal.

Ante o exposto, com esses fundamentos, acompanha-se o voto do Relator.

Florianópolis, 10 de abril de 2015.

Moacyr de Moraes Lima Filho
DESEMBARGADOR

Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2014.069283-7, de São Francisco do Sul

Relator: Des. Rui Fortes

APELAÇÃO CRIMINAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO PELO MOTIVO FÚTIL E RECURSO QUE IMPOSSIBILITOU A DEFESA DA VÍTIMA. CONDENAÇÃO PELO TRIBUNAL DO JÚRI. RECURSO DA DEFESA.

ALEGADA NULIDADE DO JULGAMENTO POR QUEBRA DA INCOMUNICABILIDADE DOS JURADOS DURANTE O INTERVALO PARA O ALMOÇO. AUSÊNCIA DE PROVA NESSE SENTIDO. CERTIDÃO DOS OFICIAIS DE JUSTIÇA QUE ATESTA A PRESERVAÇÃO DA INCOMUNICABILIDADE DOS JURADOS. PRESUNÇÃO DE VERACIDADE NÃO DERRUÍDA. DEFESA, ADEMAIS, QUE NADA ARGUIU NO MOMENTO EM QUE O JULGAMENTO FOI RETOMADO. NULIDADE AFASTADA.

PLEITO DE NULIDADE DO JULGAMENTO POR OFENSA AO CONTRADITÓRIO E À AMPLA DEFESA, EM RAZÃO DA APRESENTAÇÃO, PELA ACUSAÇÃO EM PLENÁRIO, DE 3 PROJÉTEIS DE ARMA DE FOGO ENCONTRADOS NO CORPO DA VÍTIMA. INOCORRÊNCIA. HIPÓTESE DE NULIDADE RELATIVA. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO PELA DEFESA. SÚMULA 155 DO STF. ALEGAÇÃO, ADEMAIS, INOPORTUNA. SUPOSTA IRREGULARIDADE QUE OCORREU DURANTE O JULGAMENTO EM PLENÁRIO E NÃO FOI SUSCITADA EM PLENÁRIO, LOGO APÓS A SUA OCORRÊNCIA (ART. 571, VIII, DO CPP). PRECLUSÃO. NULIDADE RECHAÇADA.

AVENTADA NULIDADE DO JULGAMENTO, AO ARGUMENTO DE A DECISÃO DOS JURADOS SER MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS. INOCORRÊNCIA. MATERIALIDADE DO CRIME E AUTORIA DEVIDAMENTE COMPROVADAS. DEPOIMENTOS DAS TESTEMUNHAS EM CONSONÂNCIA COM OS DEMAIS ELEMENTOS PROBATÓRIOS. REGISTROS DE ERB'S E POSIÇÃO AZIMUTAL

DO APARELHO CELULAR DO RÉU, DEMONSTRANDO QUE, NA DATA DO FATO, ESTEVE NO LOCAL EM QUE O CORPO DA VÍTIMA FOI ENCONTRADO. *ANIMUS NECANDI* DEVIDAMENTE DEMONSTRADO. CONSELHO DE SENTENÇA QUE OPTOU POR UMA DAS VERSÕES SUSTENTADAS EM PLENÁRIO. PRINCÍPIO DA SOBERANIA DOS VEREDICTOS (ART. 5º, XXXVIII, C, DA CRFB/1988). PRECEDENTES.

DOSIMETRIA. ALMEJADA REDUÇÃO DA PENA-BASE, COM A EXCLUSÃO DA CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DA "CULPABILIDADE". IMPOSSIBILIDADE. MAGISTRADO QUE UTILIZOU UMA DAS QUALIFICADORAS DO HOMICÍDIO PARA MAJORAR A PENA-BASE NA PRIMEIRA ETAPA DOSIMÉTRICA. PLEITO DE AFASTAMENTO DE UMA DAS AGRAVANTES PREVISTAS NO ART. 61, II, *"E"* E *"F"*, DO CÓDIGO PENAL, AO ARGUMENTO DE HAVER *BIS IN IDEM*. INVIABILIDADE. POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO CONJUNTA. ESCOPOS DE PROTEÇÃO DIVERSOS. INCOMPATIBILIDADE QUE NÃO SE VERIFICA. PRECEDENTES. CONDENAÇÃO MANTIDA.

ALMEJADA DETRAÇÃO DO PERÍODO EM QUE O RÉU PERMANECEU PRESO CAUTELARMENTE. MATÉRIA AFETA AO JUÍZO DA EXECUÇÃO PENAL. APELO NÃO CONHECIDO NO PONTO.

PREQUESTIONAMENTO DE DISPOSITIVOS LEGAIS CORRESPONDENTES A MATÉRIAS QUE SEQUER FORAM VENTILADAS NO APELO. INVIABILIDADE. RECURSO DESPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2014.069283-7, da comarca de São Francisco do Sul (Vara Criminal), em que é apelante Joachim Becker, e apelado o Ministério Público do Estado de Santa Catarina:

A Terceira Câmara Criminal decidiu, por votação unânime, conhecer parcialmente do recurso, afastar as preliminares e, no mérito, negar-lhe provimento. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado no dia 19 de maio de 2015, os Exmos. Srs. Des. Ernani Guetten de Almeida e Leopoldo Augusto Brüggemann.

Funcionou como representante da douta Procuradoria-Geral de Justiça, a Exma. Sra. Dra. Cristiane Rosália Maestri Böell.

Florianópolis, 19 de maio de 2015.

Rui Fortes
PRESIDENTE E RELATOR

RELATÓRIO

O representante do Ministério Público, no uso de suas atribuições legais e com base em inquérito policial, ofereceu denúncia contra Joachim Becker, dando-o como incurso nas sanções do art. 121, § 2º, I e IV, do Código Penal (homicídio qualificado pelo motivo torpe e recurso que impossibilitou a defesa da vítima), em razão dos fatos assim descritos, *in verbis*:

> Durante o mês de julho de 2012, em horário a ser esclarecido durante a instrução, nas proximidades da Trilha do Casqueiro, local ermo e de difícil acesso, na Praia Grande, município de São Francisco do Sul/SC, o denunciado **JOACHIM BECKER** efetuou disparos de arma de fogo contra a vítima Walburga Cacilia Christina Becker, sua esposa, notadamente na cabeça, *2 (dois) disparos atingiram a região parieto occiptal esquerda e 1 (um) disparo a região frontal medial,* que foram a causa eficiente da morte desta. (fls. 27/28).
>
> Saliente-se que o denunciado **JOACHIM BECKER**, agindo de forma premeditada, conduziu a vítima até o local de difícil acesso, despovoado, justamente para afastar qualquer possibilidade de auxílio à vítima, e, inclusive, dois disparos foram realizados contra Walburga Cacilia Christina Becker pelas costas, atingindo-lhe a região parieto occipital esquerda, utilizando-se de recursos que tornaram impossível a defesa da vítima.

> Também, o denunciado **JOACHIM BECKER** provocou a morte da vítima Walburga Cacilia Christina Becker, sua esposa, visando retirá-la de sua vida para, assim, assumir o relacionamento extraconjugal que mantinha com a brasileira Maria Goretto da Silva, há 5 anos, demonstrando a torpeza em sua motivação (fls. II a IV – grifo no original)

Suplantada a fase da instrução preliminar, sobreveio a decisão que acolheu a denúncia e pronunciou o acusado para julgamento perante o Tribunal do Júri, como incurso nas sanções do art. 121, § 2º, II e IV, do Código Penal (fls. 465 a 474).

Intimadas as partes nos termos do art. 422 do CPP, a acusação apresentou rol de testemunha para ser ouvida em Plenário e, ainda, a juntada de relatório circunstanciado pela unidade prisional em que o acusado estava recolhido, acerca das visitas recebidas, em especial, de Maria Goreti Rosa da Silva (fls. 620 a 622). Por sua vez, a defesa requereu a certificação dos antecedentes criminais do réu na Alemanha; que fosse oficiado à administração da unidade prisional em que se encontra recolhido acerca do exercício de atividade laboral, bem como a disponibilização de intérprete (fls. 668 e 669).

Realizado o julgamento na data aprazada, com os debates e demais trâmites de estilo (termo de verificação de cédulas – fl. 765, certidão de apregoamento das partes – fl. 766, termo de compromisso do Conselho de Sentença – fls. 767 e 768, termo de votação de quesitos – fls. 769 e 770, certidão de incomunicabilidade de jurados – fl. 771, ata de reunião do Tribunal do Júri – fls. 772 a 775), o MM. Juiz-Presidente prolatou a r. sentença (fl. 770), pelo que fez constar na parte dispositiva, *in verbis*:

> Ante o exposto, o Conselho de Sentença votou por maioria por condenar o acusado Joachim Becker como incurso nas sanções do art. 121, § 2º, incisos II e IV, c/c o art. 61. II, letra 'e', 'f' e 'h', c/c o art. 65, I, todos do CP, à pena de 18 anos de reclusão, em regime inicial fechado, reconhecendo a natureza de crime hediondo para fins de execução de pena.
>
> Inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ou sursis, uma vez que o crime foi cometido mediante violência e a pena supera o limite legal.

> Deixo de analisar a detração da pena em decorrência da prisão cautelar, pois o lapso temporal cumprido é insuficiente para mudar o regime prisional ou ensejar eventual progressão de regime.

Inconformado, o réu interpôs recurso de apelação, objetivando, em síntese, a nulidade da decisão do Júri, por quebra da incomunicabilidade dos jurados. Pugnou, também, o reconhecimento de nulidade por violação ao princípio da ampla defesa e do contraditório, pois não teve acesso aos projéteis de arma de fogo apresentados durante a Sessão pela acusação. Almeja, ainda, nulidade da decisão dos jurados por ter sido manifestamente contrária à prova dos autos. Alternativamente, requereu a diminuição da reprimenda quanto às circunstâncias do art. 59 do CP, em razão de sua idade avançada, e também asseverou a ocorrência de *bis in idem* em relação as agravantes do art. 61, II 'e' e 'f', do CP. Por fim, almejou o prequestionamento dos arts. 5º, XXXVIII, 'b', e LV, da CF/1988 (fls. 802 a 823).

Apresentadas as contrarrazões (fls. 829 a 837), a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Paulo Roberto Speck, opinou pelo desprovimento do apelo (fls. 846 a 862).

VOTO

O recurso não merece provimento.

Inicialmente, não merece abrigo o pleito de nulidade da decisão do Júri por quebra da incomunicabilidade dos jurados.

Isso porque, verifica-se da certidão de fl. 771, lavrada pelos Oficiais de Justiça, que *"desde o sorteio e durante todo o decorrer da Sessão do Tribunal do Júri, houve por parte dos jurados a mais rigorosa incomunicabilidade entre si ou com qualquer outra pessoa"*. Além do mais, a presunção de veracidade da referida certidão em momento algum foi derruída pela defesa, ônus que lhe cabia, *ex vi* do art. 156 do CPP.

Sobre o tema, são os ensinamentos de Guilherme de Souza Nucci:

> Incomunicabilidade dos jurados: significa que os jurados não podem conversar entre si, durante os trabalhos, nem nos intervalos, a respeito de qualquer aspecto da causa posta em julgamento, especialmente deixando transparecer a sua opinião. [...] A principal autoridade a controlar a manifestação dos jurados é o juiz presidente. Entretanto, vale-se dos oficiais de justiça presentes para auxiliá-lo. Por exemplo, na sala especial, quando estiverem reunidos em intervalos, o juiz pode não estar presente, razão pela qual o oficial incumbe-se de fiscalizar a incomunicabilidade. (Código de Processo Penal comentado. São Paulo: RT, 2011, p. 844-846 – grifou-se).

Nesse sentido, esta Câmara Criminal já se posicionou:

> ARGUIDA A NULIDADE DO JULGAMENTO POR QUEBRA DA INCOMUNICABILIDADE DOS JURADOS, COM PROTESTO PELA OITIVA DE TESTEMUNHAS. PRESERVAÇÃO DA INCOMUNICABILIDADE CERTIFICADA PELOS OFICIAIS DE JUSTIÇA. PRESUNÇÃO DE VERACIDADE NÃO DERRUÍDA PELA DEFESA, QUE NADA MANIFESTOU NEM REQUEREU PERANTE O JUÍZO DE ORIGEM. NULIDADE REPELIDA. (Apelação Criminal n. 2013.058634-2, de Palhoça, rel. Des. Leopoldo Augusto Brüggemann, j. 28.3.2014).

Se não bastasse, impende destacar que não há nada consignado sobre a matéria na respectiva ata de julgamento (fls. 772 a 775), o que, por certo, deveria a defesa tê-lo feito assim que os trabalhos foram retomados após o almoço, e não agora, em sede recursal.

Desse modo, afasta-se a aventada nulidade.

Igualmente, sem razão o recorrente quanto à alegada nulidade do julgamento por suposta violação aos princípios da ampla defesa e do contraditório, por não ter tido acesso aos projéteis de arma de fogo apresentados durante a Sessão pela acusação. Para tanto, valho-me dos precisos argumentos do ilustre Procurador de Justiça, Dr. Paulo Roberto Speck, *in verbis*:

[...] Isso porque tal matéria se encontra preclusa, porquanto a partir da ata de sessão de julgamento (fls. 772/4) verifica-se que o referido vício não foi alegado no momento oportuno, ou seja, logo após a ocorrência da suposta nulidade, em conformidade com o art. 571, inciso VIII, do Código de Processo Penal.

Bem a propósito, o a. Supremo Tribunal Federal há muito decidiu que *"a ausência de reclamação ou de protesto torna preclusa a faculdade de a parte arguir qualquer nulidade eventualmente ocorrida. O silêncio da parte - que se mostra pleno de expressão semiológica - tem efeito convalidador dos vícios acaso verificados durante o julgamento, ressalvados os defeitos e irregularidades, que, por sua seriedade e gravidade, hajam induzido os jurados a erro, dúvida, incerteza ou perplexidade sobre o fato objeto de sua apreciação decisória. Precedentes. -* ***Os protestos das partes, quaisquer que sejam, não se presumem. Hão de ser consignados na ata de julgamento (CPP, arts. 494 e 495), que traduz o registro fiel de todas as ocorrências havidas no curso do julgamento perante o plenário do Tribunal do Júri. A falta de protesto em tempo oportuno, resultante da inércia de qualquer dos sujeitos da relação processual penal, opera a preclusão de sua faculdade jurídica de reclamar contra eventuais erros ou defeitos ocorridos ao longo do julgamento"*** (HC nº 80.808/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJe de 13/2/2009 – grifei).

Nesse contexto, importante destacar a lição de Guilherme de Souza Nucci no sentido de se tratar a hipótese de uma nulidade relativa: *"A apresentação de objeto ou a leitura de documento, sem a prévia juntada aos autos, se não for imediatamente coibida pelo juiz presidente, gera um vício, pois desatende ao preceituado no art. 479, caput. Porém,* ***para que seja proclamada a nulidade, depende de prova do prejuízo pela parte interessada. Não se trata, pois, de nulidade absoluta. Na jurisprudência: TJSE: 'A inobservância do disposto no artigo 475 [atual 479] do CPP, em sua antiga redação, é causa de nulidade relativa, que depende de comprovação do prejuízo, o que não ocorreu no caso dos autos'*** *(APC 0020/2006-SE, CC., rel Edson Ulisses de Melo, 16.11.2009, v.u.)"* (NUCCI, Guilherme de Souza. Código de processo penal comentado. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 871 – destaquei).

Portanto, rejeita-se a preliminar suscitada.

No tocante à nulidade por ter sido a decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos, razão também não assiste à defesa.

Como é cediço, a Constituição Federal de 1988 consagra em seu art. 5º, XXXVIII, alínea *"c"*, a "soberania dos veredictos" como um dos princípios fundamentais do Tribunal do Júri, cujas decisões não podem ser afetadas ou modificadas por outro órgão jurisdicional, salvo em situações excepcionalíssimas, explicitadas no art. 593, III, alíneas *"a"*, *"b"*, *"c"*, e *"d"*, do CPP. E a repetição do julgamento somente se opera na hipótese prevista na alínea d do referido dispositivo legal.

Júlio Fabbrini Mirabete disserta sobre o assunto:

> O art. 593, III, *"d"*, prevê a apelação para a decisão do Tribunal do Júri quando a decisão dos jurados for manifestamente contrária à prova dos autos. Trata-se de hipótese em que se fere justamente o mérito da causa, em que o *error in judicando* é reconhecido somente quando a decisão é arbitrária, pois se dissocia integralmente da prova dos autos determinando-se novo julgamento. Não se viola, assim, a regra constitucional da soberania dos veredictos. Não é qualquer dissonância entre o veredicto e os elementos de convicção colhidos na instrução que autorizam a cassação do julgamento. Unicamente, a decisão dos jurados que nenhum apoio encontra na prova dos autos é que pode ser invalidada. É lícito ao Júri, portanto, optar por uma das versões verossímeis dos autos, ainda que não seja eventualmente essa a melhor decisão (Código de Processo Penal interpretado. 11. ed., São Paulo: Atlas, 2003, p. 1487 e 1488).

Enfim, para se proclamar a nulidade de um julgamento pelo Tribunal do Júri, com fulcro na hipótese da alínea *"d"* do inciso III do art. 593 do CPP, o veredicto deve estar totalmente divorciado do conjunto probatório, a ponto de inviabilizar a interpretação do que fora deliberado pelo Conselho de Sentença, o que não é a hipótese em apreço.

Na espécie, a **materialidade** do delito está comprovada pelo boletim de ocorrência – fls. 5 e 6; fotos – fls. 11 a 25; laudo pericial de

exame cadavérico – fls. 95 a 98; laudo pericial odontolegal – fls. 99 a 101; laudo de exame em munição – fls. 102 a 106; laudo de exame em local de morte – fls. 139 a 147, todos do apenso; auto circunstanciado de busca – fls. 87 a 98; detalhamento de ERB's – fls. 133 a 141; relatório de fls. 175 a 195; laudo de perícia criminal federal de documentoscopia – fls. 196 a 208; laudo de perícia criminal federal de identificação odontolegal – 209 a 218; laudo de perícia criminal federal de exame de local – fls. 219 a 226 e 257 a 266; laudo de perícia criminal federal de informática – fls. 267 a 272; laudo de exame em munição – fls. 299 a 303 todos dos autos principais.

A **autoria**, por sua vez, exsurge do conjunto probatório colhido durante a instrução processual.

O recorrente Joachim Becker, tanto na fase policial como em Juízo, negou a prática delitiva, destacando, em síntese:

> que no dia 14 estava em Bertioga-SP, juntamente com Walburga, onde ficaram por 7 dias, sendo que a partir desse dia sempre esteve com seu celular, inclusive recebeu várias ligações e nunca o emprestou a ninguém; que já a partir do dia 26 de junho esteve em Enseada, onde permaneceu por cerca de 5 a 6 dias; que no dia 29 estava em Blumenau, data em que sua esposa disse que iria para a cidade e que eles poderiam se encontrar novamente às 13:00 horas no Supermercado Angeloni; que após, efetivamente, se encontraram no Supermercado e seguiram para o Auto Posto Santa Rosa para tomar banho. No Posto, Walburga disse a Joachim para tomar banho primeiro. Então, ao retornar do banho não encontrou mais Walburga, além de ter notado que seus pertences pessoais também não estavam mais no carro, fato que achou estranho e passou a pedir por Walburga no Posto, mas ninguém a tinha visto. Diante disso, o depoente começou a suspeitar que Walburga teria fugido com outro homem de um carro branco, automóvel que viu quando estiveram em Bertioga e também em Itajaí. Walburga levou escovas de dentes, sabonetes, o que indicava que não tinha sido sequestrada. Nesse mesmo dia 29, foi para Joinville e no dia 30 foi para Enseada a fim de procurar Walburga em dois hotéis. Afirma que é impossível Walburga ter enviado e-mail aos filhos

> no dia 30, dizendo que estava em Enseada na companhia de Joachim, pois não estava com Walburga. Além disso, sustenta que não estava junto com a vítima no dia 4 de julho, conforme ela teria dito no e-mail enviado neste dia. Defendeu que sabe que seu Motor-Home é um carro bastante conhecido, mas afirma que não estava com a vítima em Enseada no dia 4 de julho. Aduziu que nunca foi assassino e nunca teve uma arma. Explicou que não comunicou a polícia acerca do desaparecimento de Walburga porque ela já havia sumido outras 2 vezes. Ainda, informou que nos dias 4, 5 e 6 estava em Blumenau com sua "amiga" Goreti (mídia de fl. 228).

Por sua vez, em Juízo, o Delegado da Polícia Federal da Superintendência Regional de Florianópolis, Gustavo Emílio Trevizan Mochi, responsável pelas investigações, afirmou:

> que a Polícia Federal do Brasil foi procurada pela Polícia Alemã em função do sumiço de Walburga, fato que havia sido noticiado pelos filhos desta. Diante disso, procurou o acusado Joachim para saber da vítima, o qual informou que Walburga havia sumido ainda no dia 29 de junho e que havia comunicado o Consulado Alemão de seu sumiço. Além disso, Joachim disse que suspeitava que a vítima teria fugido com outro homem quando pararam para tomar banho no Posto Santa Rosa. Após ter sido perguntado sobre quem teria dado a notícia da morte da vítima ao acusado, a testemunha esclareceu que eles deram a notícia, que o acusado não se mostrou surpreso e que ele era uma pessoa bem fria e que em momento algum se abalou com a notícia. Um fato que foi crucial para a suspeita de que ele tenha sido o autor do homicídio, é que ele disse que ela desapareceu no dia 29/06, sendo que no dia 03/07, ela mandou um e-mail para os filhos de uma Lan House em São Francisco do Sul dizendo que estava com ele e que estava tudo bem, sendo que o Joachim não sabia da existência desse e-mail, pois ela estava sozinha, sendo essa data provavelmente anterior ao dia da morte da vítima, sendo que o corpo foi encontrado no local 30 dias depois do crime e levado para o IML, sem identificação; que somente foi localizado pela Polícia Federal no IML, após outros 90 dias; que não foi encontrado nenhum tipo de arma no local. A conversa com Maria Goreti foi confusa, pois ela não esclareceu o dia em que esteve com ele, não colocando o que havia acontecido, porém

> esclareceu que esteve com ele no dia do aniversário do filho dela que foi no dia em que ele voltou para Blumenau. Dentre os objetos encontrados no carro do acusado, havia um calendário onde ele anotava todos os lugares por onde passava, pois viajava muito, nos cinco dias em que esteve com ela em São Francisco do Sul, ele rasurou, sendo que o documento está preso nos autos, mas não foi possível ver o que estava escrito. A vítima possuía um diário que ficava no carro dele enquanto eles viajavam, ele arrancou as páginas que ela havia escrito enquanto estavam na cidade de São Francisco do Sul, e assim ele continuou a escrever tentando forjar a letra dela relatando possíveis brigas entre eles, sendo que no depoimento ele confessou que escreveu. Iniciadas as buscas, descobriram que em São Francisco do Sul, cidade onde o acusado havia passado, existia um corpo de uma mulher que não havia sido identificado. Nesse momento, com ajuda da Alemanha, receberam informações acerca da arcada dentária de Walburga. O acusado, obteve conhecimento das consequências de entregar o celular, ainda assim o permitiu. Com a quebra do sigilo telefônico, conseguiram as antenas com horários e o número de ligações feitas por ele, e justamente em São Francisco do Sul foram feitas cerca de seis ou sete ligações, salvo engano, no dia 03 de julho, sendo uma delas feita exatamente no local onde o corpo foi encontrado, sendo que o local é numa praia, sendo necessário passar por uma trilha até chegar na Praia Grande, local deserto e com cerca de 700 ou 800 metros, sendo esse o motivo chave para a prisão dele. Os peritos do Brasil, através de laudo pericial, conseguiram identificar que o corpo encontrado em São Francisco do Sul se tratava do corpo da Sra. Walburga. Por tais razões, foi instaurado inquérito e pedida a prisão de Joachim. Disse que a vítima foi morta com dois tiros na cabeça, aparentemente com um revólver de calibre 22. As suspeitas que começaram a recair sobre ele, ocorreram em razão do depoimento ser contraditório e conter diversos detalhes, exceto nos dias em que ela foi morta, ele só disse que naqueles dias, como ela desapareceu, ele perdeu a cabeça, ficou muito confuso e somente teria voltado para Blumenau no dia 6 de julho, data posterior à morte de Walburga, dizendo que não se lembra de nada, e somente depois da morte dela, Joachim e sua amante Maria assumiram o relacionamento e começaram a ser vistos juntos (mídia de fl. 419 – grifou-se).

No mesmo sentido, Arthur Emílio Preluittz, policial federal que fez parte das investigações, asseverou na fase judicial:

Foi ele o responsável em cumprir as diligências e em localizar o acusado Joachim. Em síntese, alegou ter encontrado o acusado em Blumenau e o intimou a ir até Florianópolis para prestar declarações. Alegou que o depoimento do acusado foi colhido na presença de intérprete e que foi gravado, tendo o acusado concordado e aceitado a gravação. Que o acusado disponibilizou o motor-home para que fossem realizadas buscas. No motor-home foi encontrado um caderno de abastecimento onde ele fazia anotações dos lugares onde abastecia, e no dia 29, ele colocou que abasteceu em São Francisco do Sul e como era detalhista, colocou a quantidade de litros e o quanto pagou, a testemunha conseguiu localizar o posto em que foi feito o abastecimento e confirmou a data, a quantidade de litros e o preço como constava no cartão de abastecimento do acusado, porém o acusado nega que esteve em Enseada. Sobre os documentos assinados pelo acusado, autorizando que fossem utilizados dados de aparelho de celular e computador, tais concessões foram gravadas em vídeo, na presença da tradutora. Que o acusado domina bem o português e a tradutora foi apenas para dirimir dúvidas. Que o acusado disse que o celular estava sempre com ele e que nunca foi emprestado. Que o acusado não soube explicar o que ele fez a partir do dia 29. Que o depoente foi atrás da lan house e lá chegando o atendente reconheceu a foto da vítima, pois se recordava dela pelo fato de ela não dominar muito bem o português e que ela não estava conseguindo abrir o e-mail, ele teve que ajudá-la e que era um gmail e que a vítima foi nesse dia e retornou dois ou três dias depois. Após buscas pela Enseada, buscando locais onde eles poderiam ter sido vistos, teve conhecimento de que eles estiveram no terminal da Petrobrás, onde ela cita em um dos e-mails que estaria em um canto. A testemunha foi até o local e encontrou um professor que sempre estaria naquele local e que o local era público, como um parque ou pracinha, e que esse professor reconheceu as fotos e disse que viu o casal e que lembrava do motor-home. A pessoa que os viu na praça lembra ainda que o casal pediu informações sobre um local onde poderiam tomar banho. Sobre a ligação efetuada do celular do acusado, feita do local onde foi encontrado o corpo da vítima, pelo celular se conseguia constar o deslocamento dele, nos dias em que esteve em São Francisco do Sul. Foi possível verificar que o celular esteve o tempo todo ligado e inclusive o ponto que é determinante para a testemunha é o fato de que ele fez a ligação e que a ERB vai exatamente no local onde foi encontrado

> o corpo da vítima e fecha exatamente com o horário que os peritos deram como possível horário para a morte da vítima, e que a ligação foi para o celular de Maria Goreti. Que Maria Goreti estava com o acusado quando foi encontrado no motor-home em Blumenau. Que Maria Goreti é uma pessoa muito instável. Que havia rasuras nas anotações feitas pela vítima sobre a viagem, exatamente nas datas a partir do dia em que ela sumiu. Que, quando falou com Maria Goreti, ela falou sobre o relacionamento que tinha com o réu, há cerca de um ano. Que quando o acusado foi preso pelo depoente, o qual detinha o mandado de prisão, aquele ficou muito vermelho e falou "eu sou muito burro, eu não fui embora, quando vi você eu não fui embora", repetindo a frase por diversas vezes, dizendo que deveria ter fugido. Que, para o depoente, o momento em que o acusado passou a ser suspeito foi quando em seu depoimento não soube dizer o que tinha feito a partir do dia 29, dia da morte da vítima. O depoente afirmou diversas vezes que o acusado domina bem o português e que no dia em que o acusado prestou depoimento, este foi feito espontaneamente, livre, sendo que o acusado respondia a tudo com muita tranquilidade, até que chegou o momento de falar sobre o dia 29, quando o acusado começou a ficar quieto e estranho. Que o depoente achou muito estranho o fato de o acusado, ciente do desaparecimento de sua esposa, não ter procurado a polícia nem o consulado. Que quem fez o acusado ir até o consulado foi Yohan, um amigo do acusado de Blumenau. Que quando começaram a falar sobre o desaparecimento da vítima, o acusado se calou e não deu mais nenhuma informação (mídia de fl. 420 – grifou-se).

A testemunha Vandré José Furtado, frentista do Posto Rondan em São Francisco do Sul/SC, durante as investigações, declarou:

> QUE na data de 29.06.2012 se encontrava de serviço no período da tarde; QUE reconhece a fotografia do Motor Home placa K AW 5886; QUE fez o abastecimento de óleo diesel em quantidade que não sabe precisar, mas que pode ter sido a quantidade de 83,6 litros; QUE lembra de ter conversado com o motorista, que era loiro, forte, de idade aproximada de 65 anos e extrovertido; QUE lembra do forte sotaque do motorista e que identificou como sendo de origem alemã; QUE reconhece a fotografia de JOACHIM BECKER como sendo a deste motorista; QUE lembra que Joachim estava com a esposa no veículo; QUE a esposa permaneceu dentro do veículo, mas que era loira e também de certa idade, sendo que

> pode ser a pessoa de Walburga Becker, conforme apresentada; [...] QUE lembra ter visto o veículo sair do posto e seguir sentido praias (Ubatuba/Enseada) (fl. 106 – grifou-se).

Acerca dos fatos, Paulo Roberto Anselmo afirmou ter visto o réu na companhia da vítima na ponta da Enseada no estacionamento para motor-home, no final de junho e início de julho (mídia de fl. 381). Tal situação é confirmada pela ERB's e posição AZIMUTAL em razão de o réu ter efetuado ligações do seu telefone celular (47) 9644-2899, em data de 2.7.2012 (fl. 133). Convém destacar, neste ponto, que o referido estacionamento fica nas proximidades do local onde o corpo de Walburga foi encontrado, diga-se de passagem, em lugar ermo e de difícil localização.

Corroborando, Amarildo Dimas Fernandes afirmou ter falado com Joachim no período em que a vítima estava morta, embora este tenha afirmado não ter estado na cidade por ocasião dos fatos. A testemunha acrescentou, ainda, que o acusado compareceu junto ao Quartel do Corpo de Bombeiros no início de julho, perguntando acerca da possibilidade de pernoitar com seu *motor-home* no estacionamento da Petrobrás, localizado no final da enseada (mídia de fl. 402).

Outrossim, o laudo pericial de exame cadavérico atestou: *"[...] Ao exame do crânio notamos orifícios de entrada de projétil de arma de fogo na região frontal medial e região parieto occiptal esquerda. Colhemos três projéteis na cavidade craniana"*. E mais adiante destacou a morte causada por *"2. Lesão perfuro contusa crânio-encefálica por projétil de arma de fogo. 3. Energia de ordem mecânica. Instrumento pérfuro contuso"* (fl. 28).

Se não bastasse, importante destacar que o laudo acostado às fls. 133 à 141 identificou, através de registros de ERB's e posição AZIMUTAL, que o réu efetuou várias ligações do celular (47) 9644-2899 (de sua propriedade) no dia 6.7.2012, na localidade de Enseada/SC, sendo que um dos registros, em específico, no horário das 14:41 horas, evidencia

que o acusado esteve no mesmo local onde foi encontrado o corpo da vítima Walburga Becker.

Ademais, ao responderem à quesitação, com base nas provas amealhadas aos autos, os Jurados concluíram, por maioria de votos, que: *"Joachim Becker foi o autor dos disparos que vitimou Walburga Cacilia Christina Becker"*, e que *"O crime foi cometido por motivo fútil, uma vez que o acusado pretendia assumir nova relação conjugal com terceira sem o óbice do casamento que detinha com a vítima"* e, ainda, *"cometido com emprego de recurso que dificultou a defesa da falecida, uma vez que levou a vítima para local desabitado e se utilizou de disparos de arma de fogo na cabeça"* (fls. 769 e 770).

Como se vê, ao contrário do alegado pela defesa, há nos autos provas que, ligadas umas às outras, vinculam o réu ao homicídio em questão, e, a par dessas considerações, tem-se que a decisão dos jurados – que optaram pela tese acusatória – está em perfeita sintonia com a prova existente no processo, razão pela qual não há falar em decisão manifestamente contrária à prova dos autos.

Assim segue o entendimento deste Sodalício:

> [...]HOMICÍDIO QUALIFICADO PELO MOTIVO FÚTIL (ART. 121, § 2º, INC. II, DO CP) E OCULTAÇÃO DE CADÁVER (ART. 211 DO CP). TRIBUNAL DO JÚRI. SENTENÇA CONDENATÓRIA. ALEGADA DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS. ELEMENTOS PROBATÓRIOS QUE NÃO SÃO AVESSOS AO DECISUM. MATERIALIDADE DOS FATOS DEMONSTRADA MEDIANTE RELATOS TESTEMUNHAIS, SUPORTADOS PELA PROVA TÉCNICA. JURADOS QUE ACOLHERAM A VERSÃO ACUSATÓRIA. CONTRARIEDADE NÃO VERIFICADA. SOBERANIA DO JÚRI POPULAR. CONDENAÇÃO MANTIDA (Apelação Criminal n. 2013.078480-7, de Concórdia, rel. Des. Alexandre d'Ivanenko, j. 21.3.2014 – grifou-se).

Também:

> APELAÇÃO CRIMINAL - TRIBUNAL DO JÚRI - TENTATIVA DE HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO (ART. 121, § 2º, INCS. II E IV, DO CÓDIGO PENAL) - DESCLASSIFICAÇÃO DO DELITO PARA LESÃO CORPORAL SIMPLES PELO CONSELHO DE SENTENÇA (ART. 129, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL) - RECURSO DA ACUSAÇÃO SOB O FUNDAMENTO DE QUE A DECISÃO SERIA MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS - INOCORRÊNCIA - EXISTÊNCIA DE ELEMENTOS CAPAZES DE SUSTENTAR A VERSÃO ACOLHIDA PELOS JURADOS - PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA SOBERANIA DOS VEREDICTOS A SER OBSERVADO. (Apelação Criminal n. 2014.018473-2, de Jaguaruna, rel. Des. Rodrigo Collaço, j. 25.7.2014 – grifou-se).

No tocante ao pleito de minoração da reprimenda, de igual forma razão não socorre ao recorrente.

Na espécie, o Magistrado elevou a pena-base em 2 (dois) anos acima do mínimo legal, em razão da "culpabilidade", pois, conforme consignado na sentença, uma das qualificadoras (recurso que dificultou a defesa da vítima) foi utilizada para majorar a pena-base na primeira fase da dosimetria.

Na segunda fase dosimérica, presentes as circunstâncias agravantes previstas no art. 61, II, *'e'*, *'f'* e *'h'*, do CP ('contra cônjuge', 'relações de coabitação' e 'maior de 60 anos', respectivamente), majorou-se a pena para 20 (vinte) anos de reclusão, cada qual dentro da fração de orientação deste Tribunal, qual seja, 2 (dois) anos para cada uma. Por sua vez, presente a atenuante do art. 65, I, do CP, em razão de o agente ser maior de 70 anos na data da sentença, razão pela qual minorou-se a reprimenda em 2 (dois) anos, restando fixada nesta fase em 18 (dezoito) anos.

Nesse ponto, impende destacar que razão não assiste à defesa quanto ao afastamento das agravantes do art. 61, II, *"e"* e *"f"*, do CP ('contra cônjuge' e 'relações de coabitação'), ao argumento de que elas são incompatíveis entre si. Como é cediço, a incidência de uma não

exclui a outra, pois a agravante prevista na alínea *'e'* protege a pessoa do cônjuge, enquanto que àquela da alíena *'f'* visa à proteção das pessoas que convivam sob o mesmo teto (coabitação). Assim, diversa a finalidade de cada uma delas, razão pela qual merecem ser mantidas.

Sobre a *quaestio*, o Superior Tribunal de Justiça já se manifestou:

> CRIMINAL. RESP. TENTATIVA DE HOMICÍDIO. DOSIMETRIA. REDUÇÃO DA PENA PELA TENTATIVA. REEXAME DA DECISÃO. IMPOSSIBILIDADE. REVOLVIMENTO DO CONTEXTO-FÁTICO PROBATÓRIO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 07/STJ. NÃO CONHECIMENTO. AGRAVANTES. CONTRA CÔNJUGE E RELAÇÃO DE COABITAÇÃO. BIS IN IDEM. INOCORRÊNCIA. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E DESPROVIDO.
>
> [...]
>
> II – Incabível a alegação de bis in idem na consideração das agravantes de relação de coabitação e contra cônjuge, pois, não sendo incompatíveis entre si, a incidência de uma não prejudica ou exclui a outra.
>
> III – Recurso parcialmente conhecido e desprovido (REsp n. 623.530/RS, rel. Min. Gilson Dipp, DJ 16.11.2004 – grifou-se).

E, deste Tribunal:

> [...] PRETENDIDO AFASTAMENTO DE UMA DAS AGRAVANTES INSCULPIDAS NO ART. 61, II, "E" E "F", DO CÓDIGO PENAL, AO ARGUMENTO DE QUE A APLICAÇÃO CONJUNTA INCORRERIA EM *"BIS IN IDEM"*. ESCOPOS DE PROTEÇÃO DIVERSOS. INCOMPATIBILIDADE QUE NÃO SE VERIFICA. ENTENDIMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. (Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2010.062193-9, de Herval D'oeste, rel. Des. Irineu João da Silva, j. 9.11.2010 – grifou-se)

Na terceira e última fase, ausentes causas especiais de aumento e/ou diminuição de pena, a reprimenda ficou consolidada em 18 (dezoito) anos de reclusão, no regime inicialmente fechado, em razão do *quantum* e da hediondez do crime.

Registre-se, ainda, que eventual detração do período em que o acusado manteve-se preso deve ser submetida à análise do Juízo da Execução.

Por fim, requereu a defesa o prequestionamento do art. 5º, XXXVIII, *'b'*, e LV, da CF/1988, o qual já foi implicitamente abordado no voto.

Ademais, é cediço que o julgador não é obrigado a tecer considerações acerca de cada um dos dispositivos indicados pelo recorrente como violados, bastando que estejam demonstradas as razões de seu convencimento, como na hipótese *sub judice*.

A propósito, *mutatis mutandis*:

> APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. ART. 2º, II, DA LEI 8.137/90, EM CONTINUIDADE DELITIVA (5 VEZES PELA APELANTE E 2 VEZES PELO APELANTE). NÃO RECOLHIMENTO DE ICMS. SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA. [...]
>
> PREQUESTIONAMENTO. DISPOSITIVOS QUE TRATAM DE MATÉRIA DEVIDAMENTE ANALISADA E FUNDAMENTADA. DESNECESSIDADE DE EXPRESSA MENÇÃO AOS ARTIGOS QUE A DEFESA ENTENDE COMO VIOLADOS. [...] RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO, CORRIGINDO-SE, DE OFÍCIO, ERRO MATERIAL.(Apelação Criminal n. 2014.059629-8, de Joinville, rel. Des. Ernani Guetten de Almeida, j. 7.4.2015 – grifou-se).

Ante o exposto, voto no sentido de conhecer parcialmente do recurso, rejeitar as preliminares, e, no mérito, negar-lhe provimento.

Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2015.018830-0, de Abelardo Luz

Relator: Des. Moacyr de Moraes Lima Filho

APELAÇÃO CRIMINAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL PRATICADO POR DOIS TIOS DA VÍTIMA, POR QUATRO E TRÊS VEZES. RÉUS INDÍGENAS. CULTURA SILVÍCOLA QUE NÃO IMPEDE A CONFIGURAÇÃO DO DELITO. LEI N. 6.001/73. INAPLICABILIDADE. NORMA RESTRITA AOS ÍNDIOS NÃO INTEGRADOS À SOCIEDADE. PRESCINDIBILIDADE DE REALIZAÇÃO DE ESTUDOS APROFUNDADOS.

1 "É de natureza civil, e não criminal [...], a tutela que a Carta Federal, no *caput* do art. 231, cometeu à União, ao reconhecer 'aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições [...]', não podendo ser ela confundida com o dever que tem o Estado de proteger a vida e a integridade física dos índios, dever não restrito a estes, estendendo-se, ao revés, a todas as demais pessoas" (STF, HC n. 79530/PA, j. em 16/12/1999).

2 Diante da existência de elementos concretos, o reconhecimento da integração do indígena à sociedade prescinde da realização de estudos aprofundados.

MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. DEPOIMENTOS DA OFENDIDA CORROBORADOS PELOS DEMAIS ELEMENTOS PROBATÓRIOS. CONDENAÇÃO MANTIDA.

É inegável que nos crimes sexuais, não raro perpetrados na clandestinidade, as declarações da vítima têm importância fundamental no que tange à respectiva comprovação, desde que seus esclarecimentos sejam harmônicos e coerentes, não exsurgindo do contexto probante qualquer indicativo a pôr em dúvida seus relatos.

DOSIMETRIA. PLEITO DE APLICAÇÃO DA ATENUANTE DO ART. 56 DO ESTATUTO DO ÍNDIO. IMPOSSIBILIDADE. APLICABILIDADE DO DIPLOMA LEGAL AFASTADA. RECURSOS NÃO PROVIDOS.

A norma invocada – Estatuto do Índio – é aplicada, tão somente, aos indígenas que não estiverem integrados à sociedade.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2015.018830-0, da comarca de Abelardo Luz (Vara Única), em que são apelantes L. R. e outro e apelado Ministério Público do Estado de Santa Catarina:

A Terceira Câmara Criminal decidiu, por votação unânime, negar provimento aos recursos. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Excelentíssimo Sr. Des. Rui Fortes, e dele participaram os Excelentíssimos Srs. Des. Ernani Guetten de Almeida e Des. Leopoldo Augusto Brüggemann. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Excelentíssimo Dr. Ivens José Thives de Carvalho.

Florianópolis, 23 de junho de 2015.

Moacyr de Moraes Lima Filho
RELATOR

RELATÓRIO

Na comarca de Abelardo Luz, o órgão do Ministério Público ofereceu denúncia em face de L. R. e J. R., imputando-lhes a prática do delito capitulado no art. 217-A, c/c os arts. 226, II, e 71, todos do Código Penal, por quatro e três vezes, respectivamente, pois, segundo consta na inicial:

> Em data e horários que serão melhor esclarecidos durante a instrução, mas por aproximadamente quatro vezes, o denunciado L. R., em sua residência, no interior do município de Ipuaçu/SC, com a intenção de satisfazer sua lascívia, praticou conjunção carnal com sua sobrinha R. R. P., nascida em 14 de outubro de 1998, conforme comprova a Carteira de Identidade de fl. 13.
>
> Segundo apurado, em todas as oportunidades, o denunciado L. se deitava junto com a vítima, aproveitando que a adolescente dormia no mesmo quarto do casal, e, após tirar as roupas da adolescente, mantinha relações

> sexuais sem o uso de preservativo, mediante grave ameaça, pois afirmava que a adolescente deveria se manter calada, do contrário ela apanharia. Tal comportamento não deixa dúvidas de que o denunciado se aproveitou do vínculo de parentesco e do sentimento de autoridade que a vítima nutria pelo denunciado.
>
> Não bastasse a conduta do tio L., em datas e horários que serão melhores esclarecidos durante a instrução, mas por aproximadamente três vezes, na residência do denunciado J. R., no interior do município de Ipuaçu, o denunciado J., também tio da vítima, com a intenção de satisfazer sua lascívia, manteve conjunção carnal com a sobrinha R. R. P., nascida em 14 de outubro de 1998, conforme comprova a Carteira de Identidade de fl. 13.
>
> Conforme narrado durante a instrução do inquérito policial, o denunciado J., aproveitando-se que a adolescente era responsável por limpar sua residência e do fato de a companheira do denunciado não estar em casa, passou a beijar e abraçar a sobrinha, levando-a para o quarto, oportunidade em que manteve relações sexuais, sem o uso de preservativo.
>
> Destaca-se que os abusos sexuais praticados pelos denunciados desencadearam a gravidez da adolescente, cujo nascimento da criança ocorreu no dia 4/3/2013, conforme certidão de nascimento de fl. 56. (fls. II/IIv)

Finda a instrução, o Magistrado *a quo* julgou procedente o pedido formulado na denúncia, para condenar o réu L. R. ao cumprimento da pena privativa de liberdade de 23 (vinte e três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e J. R. ao cumprimento da pena privativa de liberdade de 16 (dezesseis) anos, 9 (nove) meses e 18 (dezoito) dias de reclusão, em regime inicial fechado, ambos por infração ao art. 217-A, por quatro e três vezes, respectivamente, c/c os arts. 226, II, e 71, todos do Código Penal (fls. 260/276).

Inconformados com o *decisum*, os acusados interpõem apelação criminal.

L. R. postula a absolvição, com base no art. 386, III, VI e VII, do Código de Processo Penal. Argui que a conduta seria materialmente atípica, haja vista a influência da cultura indígena a excluir o dolo do agente. Alega, também, erro sobre a ilicitude do fato e que *"para chegar à conclusão de que todos os indígenas da reserva são integrados é necessário um estudo aprofundado"* (fl. 300). Subsidiariamente, busca a readequação da pena, por não haver provas da prática do ato sexual por quatro vezes, e, sim, uma vez, bem como pela incidência da atenuante prevista no art. 56 do Estatuto do Índio (fls. 296/302).

J. R. manifesta, essencialmente, as mesmas insurgências, acrescentando o pleito de aplicação do princípio *in dubio pro reo* em decorrência de inconsistências no depoimento da vítima (fls. 304/311).

Contrarrazões ofertadas (fls. 313/331), os autos ascenderam a esta Corte e a douta Procuradoria-Geral de Justiça, por intermédio do Dr. Ivens José Thives de Carvalho, manifesta-se pelo conhecimento e não provimento dos reclamos (fls. 336/344).

VOTO

Os recursos preenchem os requisitos objetivos e subjetivos de admissibilidade, razão pela qual devem ser conhecidos.

1 Inicialmente, deve-se resolver a questão a respeito da influência da cultura indígena no caso *sub examine*.

Os apelantes alegam atipicidade material da conduta, porquanto no meio em que estão inseridos o relacionamento sexual com menores de idade é tolerado. Tal circunstância retiraria o dolo da conduta e também atrairia a figura do erro sobre a ilicitude do fato.

No entanto, conforme já decidiu o Supremo Tribunal Federal, *"é de natureza civil, e não criminal [...], a tutela que a Carta Federal, no caput do art. 231, cometeu à União, ao reconhecer 'aos índios sua organização social,*

costumes, línguas, crenças e tradições [...]', não podendo ser ela confundida com o dever que tem o Estado de proteger a vida e a integridade física dos índios, dever não restrito a estes, estendendo-se, ao revés, a todas as demais pessoas" (Habeas Corpus n. 79530/PA, rel. Min. Ilmar Galvão, j. em 16/12/1999).

Além disso, os réus são considerados indígenas integrados, nos termos do art. 4º, III, da Lei n. 6.001/73, uma vez que *"incorporados à comunhão nacional e reconhecidos no pleno exercício dos direitos civis, ainda que conservem usos, costumes e tradições característicos da sua cultura"*.

Nesse viés, ao decidir (fl. 268), o Magistrado *a quo* consignou que:

> Não se olvida que os acusados, apesar de serem silvícolas, estão integrados à sociedade civil, como todos os demais indígenas desta Comarca. Os réus são alfabetizados (extrai-se das assinaturas do termo de interrogatório) e conforme se apurou durante a instrução ambos são agricultores. É de conhecimento dos que residem na Comarca que todos os indígenas da Reserva de Ipuaçu/SC estão integrados à sociedade civil [...]. A realidade vivenciada nesta Comarca é que não há indígenas aculturados ou em fase de aculturação, mas todos já integrados à comunidade civil em que convivem, apenas com domicílio nas terras consideradas indígenas, mas com acesso aos serviços essenciais prestados pelo Estado, a eventos abertos para todos os integrantes da comunidade, à educação, a trabalho remunerado e outros serviços/atividades que permitem concluir pela integração social.
>
> Dessa forma, não se pode afastar o efetivo conhecimento da ilicitude do fato praticado.
>
> Aliás, as relações sexuais, conforme apurado, foram forçadas e praticadas mediante uso da força física e graves ameaças. Ainda que se admita que de fato existe o costume mencionado pela defesa (casamento com 12 anos de idade), primeiro o costume não afasta a incidência da lei e, segundo, o costume certamente não abrange relações sexuais forçadas, praticadas sem o consentimento da adolescente, que na época contava com apenas 13 anos de idade, como ocorreu no caso em tela.

> Anoto, também, que J. e L. já foram condenados pela prática do crime de estupro [fls. 236 e 233, respectivamente], do que se denota, portanto, que está presente sim a real e potencial consciência da ilicitude dos fatos praticados neste processo, não incidindo, pois, a figura do erro sobre a ilicitude do fato.

Somem-se a esses argumentos que os réus possuem plena capacidade de comunicação na língua portuguesa – como se observa dos depoimentos prestados em Juízo (mídia eletrônica à fl. 191) – e são, inclusive, portadores de documentos de identificação pessoal que os habilitam ao exercício de direitos civis (relação ao final da fl. 06 e cópia à fl. 53).

Assim, diante da existência de elementos concretos, o reconhecimento da integração do indígena à sociedade prescinde da realização de *"estudos aprofundados"*, ao contrário do que alegam os recorrentes (fls. 300 e 308). Vide: TJSC, Apelação Criminal n. 2010.026965-0, de Ibirama, deste Relator, j. em 3/5/2011; e Apelação Criminal n. 2012.075145-8, de Timbó, rel. Des. Jorge Schaefer Martins, j. em 13/2/2014.

Da mesma forma, no caso concreto, a origem indígena não exclui o dolo dos agentes.

Conforme escólio de Cezar Roberto Bitencourt:

> [...] o dolo é constituído por dois elementos: um *cognitivo*, que é o conhecimento ou consciência do fato constitutivo da ação típica; e um *volitivo*, que é a vontade de realizá-la. [...]. Mas a *consciência do dolo* abrange somente a representação dos elementos integrados do tipo penal, ficando de fora dela a *consciência da ilicitude*, que hoje, como elemento normativo, está deslocada para o interior da culpabilidade. Sintetizando, [...], *dolo é a vontade de realizar o tipo objetivo, orientado pelo conhecimento de suas elementares no caso concreto*.
>
> A doutrina finalista deslocou, repetindo, o *elemento normativo*, que se situava no dolo – a consciência da ilicitude – para a culpabilidade, como elemento indispensável ao juízo de reprovação. (*Tratado de direito*

> *penal*: parte geral. 15 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 313/314, grifos do autor)

De mais a mais, o fato de ambos já terem sido condenados (fls. 233 e 236) anteriormente em razão de delito da mesma espécie evidencia a sua consciência sobre a ilicitude das práticas perpetradas.

Passa-se, portanto, à análise da prova.

2 É inegável que nos crimes sexuais, não raro perpetrados na clandestinidade, as declarações da vítima têm importância fundamental no que tange à respectiva comprovação, desde que seus esclarecimentos sejam harmônicos e coerentes, não exsurgindo do contexto probante qualquer indicativo a pôr em dúvida seus relatos.

Esse é o caso dos autos, no qual a palavra inicial da ofendida encontra eco em outros elementos de convicção colhidos sob o crivo do contraditório.

Na hipótese, a materialidade está comprovada pelo boletim de ocorrência (fl. 3), laudo pericial (fl. 5), documento de identidade da vítima (fl. 13), laudo psicológico (fls. 116/118), pela certidão de nascimento da prole resultante do estupro (fl. 56), pelo exame de DNA – reconhecendo o réu L. R. como pai (fls. 172/173, com a retificação de fl. 197), bem como pela prova oral colhida tanto na fase inquisitória quanto em Juízo.

Da mesma forma, a autoria é irrefutável.

Na primeira vez em que foi na delegacia, a vítima R. R. P. relatou apenas os abusos praticados pelo seu tio L. R (fls. 15/16). Na ocasião, disse que:

> [...] em dias que não se recorda, a declarante foi dormir na casa de sua avó A. M. M., que fica perto da sua; junto com a sua avó residia também seu tio L. R. e a esposa dele [...]; para dormir, sua avó dormia em um quarto e no outro a declarante dormia em uma cama de solteiro; no chão em frente sua cama dormia seu tio L. e a esposa; assim que sua esposa

> dormiu, **L. passou na sua cama e falou à depoente [que] se gritasse ou contasse para alguém iria lhe bater, foi retirando suas vestes [da] parte de baixo; como a declarante estava deitada de lado, L. após retirar suas vestes manteve relação sexual por trás, penetrando seu pênis em sua vagina**; após se realizar na relação sexual, L. voltou a dormir com sua mulher; **após esta relação sexual, L. manteve mais três vezes relação sexual com a declarante**, sempre à noite, e que o mesmo brigava com sua mulher, esta saía de casa e ele dormia com a declarante e, na noite, ele mantinha relação sexual; após a declarante manter relações sexuais pela primeira vez, demorou três dias para ter a segunda e alguns dias ele mandou a mulher dele embora [e] manteve as outras duas vezes; que, das relações sexuais, L. não usava preservativos [em razão do] que a declarante ficou grávida [...]; **L. sempre ameaçava surrar a declarante se contasse para alguém e somente contou para sua mãe quando soube que estava grávida**. (grifou-se)

Posteriormente, perante a autoridade policial (fl. 55), repetiu idêntica descrição dos fatos praticados por L. R.

Quanto às atitudes do seu tio J. R., a ofendida, na fase administrativa (fl. 48/49), registrou que:

> [...] já prestou declarações nesta Delegacia de Polícia, contando em parte os fatos; em dias que não se recorda, foi até a casa de seu tio J. R. para fazer os trabalhos domésticos; quando a declarante estava na residência do mesmo, fazendo os trabalhos domésticos, pois a esposa dele havia ido embora, **J. começou a lhe abraçar, lhe beijar, levando para cama dele, retirando suas vestes como também as vestes dele, onde tiveram o ato sexual; após aquele dia, a declarante teve mais duas vezes relações sexuais com seu tio J. e das três vezes que tiveram relação não foi usado preservativo; na época a declarante possuía apenas treze anos de idade, e foi pela primeira vez que teve relação sexual**; outras vezes, J. tentou a declarante na casa de sua mãe, pois mandou seus irmãos mais novos comprarem sorvete e tentou agarrar a declarante, mas não conseguiu manter relação; sempre das relações que teve com J., a declarante dizia que iria contar para sua mãe e ele dizia que "pode contar", pois iria dizer que era a declarante que quis ter relação com ele; **passado algum tempo, a declarante foi na casa de sua avó como também de seu tio L. [e então]**

> **é que teve relações sexuais com L., conforme já prestou declarações** [...]; a declarante ficou grávida e não pode precisar quem é o pai, se foi o seu tio J. R. ou L. R., pois quando teve relações sexuais com eles, nenhum deles usou preservativos; [...] somente teve relações sexuais com J. e L., não teve relações sexuais com outros parceiros [...]. (grifou-se)

Em Juízo (mídia eletrônica à fl. 151), a vítima ratificou todas suas declarações e afirmou que:

> [...] **o tio J. foi quem primeiro manteve relação sexual com a depoente** [0'30"]; não se recorda da data [0'38"]; na época tinha 14 anos de idade e estudava na 6º série [1'05" a 1'21"]; foi reprovada na escola antes de ter relação sexual [1'22"]; **J. manteve relação sexual com a depoente por quatro vezes** [1'33"]; não queria manter relação sexual com ele, que falava que se a depoente contasse a alguém ele falaria para a genitora da declarante que a depoente que gostava [1'49" a 2'11" e 12'16" a 12'37"]; entre as relações sexuais se passaram três ou quatro dias [2'29"]; ficou com medo de contar o fato para a genitora porque era o tio da depoente [3'22" a 3'38"]; as ameaças foram apenas com palavras [3'41" e 4'05"]; **não sabe a data que manteve relação com L.** [4'50"]; **não queria manter relação** [4'56"]; **tinha medo de apanhar dele se contasse para a mãe** [5'12"]; **ele prometeu de surrar a depoente se contasse o fato à genitora** [5'35"]; a depoente dormia na casa da avó onde aconteciam as relações sexuais [5'49"]; L. expulsava a mulher dele para ficar sozinho com a depoente [6'04"]; ele ia para a cama da depoente e mantinham relação [6'23" a 6'33"]; da primeira relação para a segunda passaram três dias e as outras não se lembra [6'56"]; **passaram uns 15 dias entre a terceira relação com J. e a primeira com L.** [7'50" a 8'03"]; **foram quatro relações com L. e, após, uma última com J.** [8'04"]; as relações com L. sempre foram na casa da avó [16'44"]; não teve relação com outros rapazes [16'49" a 17'04"]; tinha medo da mãe brigar se descobrisse as relações com os dois tios, razão pela qual contou apenas em relação a um dos abusadores [11'44" e 17'50"]; tinha medo de apanhar dos tios se contasse a alguém; limpava a casa para J. porque estava separado [8'25"]; na casa ficava a depoente e J. apenas [8'45"]; ele mandava a depoente tirar a roupa e praticava relação sexual [8'54"]; antes da relação J. abraçava a depoente [9'17"]; esclarece que manteve relações com J. quando ia completar 14

> anos [10'10"]; a última relação com J. e todas as relações sexuais com L. já tinha completado 14 anos [10'21"]; contou para a tia apenas sobre o abuso de L. [11'35"]; L. que tirava a roupa da depoente [14'09"]; pedia para L. parar mas ele não atendia [14'18" e 14'27"]; J. também tirava a roupa da declarante, que tentava segurar, mas ele continuava [14'38" a 14'55"]; teve vontade de ter relação sexual com J., mas apenas manteve depois que ele a ameaçou [19'04" a 19'17"]. (excerto da sentença, fls. 263/264, com inserções do tempo em que o trecho ocorreu, conforme § 7º do art. 297 do Código de Normas da Corregedoria-Geral da Justiça de Santa Catarina – CNCGJSC, grifou-se)

Conforme pontuou o Magistrado *a quo*, *"a vítima se confunde no que toca à idade quando manteve as relações. Relatou que apenas a primeira relação com J. contava com 13 anos, quando na verdade, [...], as três primeiras relações mantidas com J. e as quatro seguintes, com L., em todas elas tinha 13 anos de idade"* (fl. 264).

Isto porque ficou comprovado nos autos, através de exame de DNA (fls. 172/173, com a retificação de fl. 197), que a criança concebida em decorrência dos crimes sexuais é filha do réu L. R. e veio à luz em 4/3/2013 (fl. 56). A vítima, por sua vez, nasceu em 14/10/1998 (fl. 13), de modo que só completaria 14 (catorze) anos em 14/10/2012. Assim, considerando os nove meses necessários para a gestação, a inexistência de indícios de que o bebê nasceu prematuro, bem como os relatos dando conta que L. R. praticou os estupros depois dos primeiros atos de J. R. e com poucos dias de intervalo, resta evidente que todos as relações foram mantidas quando R. R. P. ainda possuía 13 (treze) anos de idade. Presente, pois, a elementar do art. 217-A, *caput*, do Código Penal.

Corroborando, tem-se o laudo pericial (fl. 5), produzido em 18/6/2012, que detectou a ocorrência de conjunção carnal e que a ruptura do hímen não era recente.

Destaca-se, ainda, que as pequenas inexatidões apontadas pela defesa não têm o condão de derruir a prova amealhada. Como se sabe,

"eventuais contradições [...] que se refiram a pormenores não podem ser suficientes para macular a acusação, ainda mais quando esta se encontra embasada em outras circunstâncias que comprovam a materialidade e a autoria do crime" (TJSC, Apelação criminal n. 2008.063835-3, de Porto Belo, rel. Des. Cláudio Valdyr Helfenstein, j. em 9/12/2008).

O mesmo diga-se quanto às divergências sobre o número de atos constantes do exame de corpo de delito (fl. 5) e parecer psicológico (fls. 116/118), porquanto ambos registram os relatos da vítima, a qual, conforme este último documento, apresenta *"uma personalidade introspectiva"* e *"muitas dificuldades em falar sobre o caso"* (fl. 117). Não obstante, o depoimento judicial da vítima é harmônico com suas declarações iniciais.

Se há falta de provas e dúvida, é quanto a uma quarta relação sexual mantida com J., a qual só foi relatada em Juízo e pela qual sequer o réu foi denunciado. Além disso, a circunstância de a ofendida prestar, ou não, serviços doméstico na casa de J. não influi na configuração do delito, uma vez que a avó da vítima confirma que ela visitava o réu, conforme se verá.

Pelo contrário, confirmando os termos da acusação e a palavra da ofendida, tem-se o depoimento da testemunha protegida (fl. 162), a qual respondeu:

> 1 – Se chegou ao conhecimento da testemunha a notícia da prática de estupro de vulnerável contra R. R. P.?
>
> Sim, que ouviu da vítima que durante a noite o acusado L. R. lhe tapava a boca e mantinha relação sexual com ela, ameaçando-lhe, caso contasse o ocorrido para alguém; além disso, também lhe foi noticiado pela vítima que o acusado J. R. também manteve relações sexuais consigo, tanto que ao engravidar não sabia dizer quem era o genitor.
>
> 2 – Qual idade tinha a vítima quando teriam ocorridos os fatos acima relatados?
>
> Aproximadamente 13 anos, tendo dado a luz com 14 anos.

A tia I. R., ratificando suas primeiras declarações (fl. 17), ouvida como informante em Juízo (mídia eletrônica à fl. 151), relatou que:

> R. foi até a residência da depoente contar que estava grávida [1'07"]; ela falou que achava que o filho era de L. [1'35"]; foi procurada por R. no dia 28 de outubro de 2012 [2'51" e 7'48"]; ela já tinha completado 14 anos de idade, mas já estava grávida [3'05"]; às vezes ela dormia na casa da mãe da depoente [3'34"]; L. também dormia na casa da mãe da depoente [3'57"]; a vítima contou para a depoente que depois repassou os fatos para a mãe de R. [6'05"]; [...]; quando contou da gravidez ela disse que achava que o pai era o tio L. [10'00" a 10'38"]. (excerto da sentença, fls. 264/265, com inserções do tempo em que o trecho ocorreu, conforme § 7º do art. 297 do CNCGJSC)

Tal testigo coincide com o depoimento prestado durante a investigação (fl. 14) por N. R., mãe da vítima, a qual na fase judicial (mídia eletrônica à fl. 151) informou que:

> [...] os dois abusadores são irmãos da depoente [1'07"]; a vítima nasceu em 14 de outubro de 1998 [3'47"]; a primeira vez que prestou depoimento falou sobre o L. [4'07"]; R. contou que estava grávida do L. [4'45"]; ela tinha medo porque L. ameaçava surrar ela se contasse [5'00" e 5'45"]; ela falou que manteve quatro relações com L. [5'11" e 5'35"]; a vítima disse que J. foi o primeiro a manter relação [7'03"]; na Delegacia ela falou que J. também mantinha relação sexual com ela quando ia limpar a casa dele [8'07"]; ela conta que ficava sozinha na casa com J. [8'37"]; soube que J. também ameaçava surrar ela se contasse alguma coisa [11'07" e 11'26"]; ficou sabendo que R. não teve relação com outros homens [11'51"]. (excerto da sentença, fl. 265, com inserções do tempo em que o trecho ocorreu, conforme § 7º do art. 297 do CNCGJSC)

Igualmente, a avó da vítima, A. M. M., confirmando sua primeira oitiva (fl. 18), perante o Magistrado (mídia eletrônica à fl. 151), declarou que:

> [...] no ano de 2012 a neta dormia na casa da depoente [1'10"]; L. também dormia com a mulher na casa [1'20"]; a esposa de L. tinha 16 anos e eles não brigavam [1'45"]; com 11 ou 12 anos a neta já dormia

> na casa da depoente [3'48"]; R. ia passear durante o dia na casa de J. [4'47"]; ela não fazia faxina na casa de J. e a esposa dele também não saia de casa [5'13" a 5'29"]; a neta nunca falou nada para a depoente [6'36"]. (excerto da sentença, fls. 265/266, com inserções do tempo em que o trecho ocorreu, conforme § 7º do art. 297 do CNCGJSC)

Em Juízo (mídia eletrônica à fl. 191), J. R. negou os fatos (1'21''), afirmando que nunca teve relações sexuais com R. (3'41''). Nos mesmos termos do seu interrogatório policial (fl. 51), J. alegou que só foi acusado porque a mãe da vítima achou que ele estava ajudando L. R., o qual já era investigado pelos delitos (2'50'' e 3'28'').

L. R., por sua vez, quando ouvido na fase inquisitiva (fl. 78), aduziu que *"acredita que sua imputação seja por motivos políticos dentro da Aldeia [...], pois segundo o interrogado há uma intriga entre ele e sua irmã N. R. [genitora da ofendida]"*. Em Juízo, optou por permanecer silente (mídia eletrônica à fl. 191).

No entanto, nenhum dos réus produziu qualquer prova de que as acusações tenham decorrido de intrigas comunitárias ou familiares, não tendo, portanto, se desincumbido do ônus que lhes cabia nos termos do art. 156 do Código de Processo Penal.

Frise-se que *"sempre que não houver razões de ódio ou de oportunidade, a inspirar a informação da ofendida, ela pode preponderar no convencimento jurisdicional, sobretudo se o crime tiver como elementar a violência ficta ou real"* (TJSC, Apelação Criminal n. 1999.005530-2, de Itajaí, rel. Des. Nilton Macedo Machado, j. em 25/5/1999).

Assim, diante da palavra firme da vítima em ambas as fases – no sentido de que manteve relações sexuais com J. R. por pelo menos três vezes e com L. R. em quatro oportunidades –, corroborada pelos demais elementos de prova, a manutenção da condenação é medida que se impõe.

3 No que tange à dosimetria, a pena não merece reparos, haja vista que fixada com atenção às operadoras alinhadas no art. 59 do Código

Penal e aos demais parâmetros legais, que garantem a sua individualização e contribuem para a efetivação dos objetivos da reprimenda, quais sejam: retribuição, prevenção e ressocialização do apenado.

Ressalta-se que não encontra guarida a pretensão dos apelantes de ver aplicada a atenuante do art. 56 da Lei n. 6.001/73.

Na hipótese, a norma invocada – Estatuto do Índio – é aplicada, tão somente, aos indígenas que não estiverem integrados à sociedade, o que não é o caso dos autos, consoante já explanado no item 1 deste voto.

A propósito:

> RECURSO ESPECIAL. [...]. INDÍGENAS. PERÍCIA ANTROPOLÓGICA OU SOCIOLÓGICA. INTEGRAÇÃO À SOCIEDADE CIVIL. AFERIÇÃO POR OUTROS ELEMENTOS. EXAME. DESNECESSIDADE. PROVAS. INSUFICIÊNCIA. AUSÊNCIA DE NEXO DE CAUSALIDADE. VERIFICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. ART. 56 DA LEI N. 6.001/1973. APLICAÇÃO. SILVÍCOLA INTEGRADO À SOCIEDADE. DESCABIMENTO. [...].
>
> 4. É dispensável a realização de exame pericial antropológico ou sociológico quando, por outros elementos, constata-se que o indígena está integrado à sociedade civil e tem conhecimento dos costumes a ela inerentes. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal.
>
> 5. O Tribunal de origem, fundamentado em elementos probatórios constantes dos autos, concluiu que os recorrentes tinham boa compreensão das regras da sociedade não indígena, inclusive sabendo ler e escrever e possuindo identificação civil.
>
> 6. Hipótese em que não houve nulidade pela falta de realização do exame pericial antropológico ou sociológico. Além disso, para rever a conclusão do acórdão recorrido, seria necessária a revisão de provas, providência descabida em recurso especial, por força da Súmula 7/STJ. [...].
>
> 8. A atenuante prevista no art. 56 da Lei n. 6.001/1973 tem sua aplicação limitada aos indígenas em fase de aculturação, não sendo cabível sua

> incidência a silvícolas adaptados à sociedade civil. Precedentes desta Corte. [...].
>
> 11. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, improvido. [...] (STJ, REsp n. 1.129.637 / SC, rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. em 25/2/2014, publicado no DJUe em 10/3/2014)

E, deste Sodalício:

> REVISÃO CRIMINAL. [...]. INAPLICABILIDADE DO ART. 56 DA LEI N. 6.001/73. NORMA RESTRITA AOS ÍNDIOS NÃO INTEGRADOS À SOCIEDADE. SENTENÇA QUE JÁ REVELAVA A CONDIÇÃO, DO REVISANDO, DE INDÍGENA INTEGRADO À SOCIEDADE. [...]. REVISÃO INDEFERIDA" (TJSC, Revisão Criminal n. 2008.008080-6, de Timbó, rel. Des. Alexandre d'Ivanenko, j. em 1/8/2008).

Nesse sentido, ainda: Apelação Criminal n. 2010.026965-0, de Ibirama, deste Relator, j. em 3/5/2011; e, Apelação Criminal n. 2013.007736-2, de Abelardo Luz, rel. Des. Carlos Alberto Civinski, j. em 24/6/2014.

Ante o exposto, o voto é no sentido de conhecer dos recursos e negar-lhes provimento.

Ao Sr. Secretário para que proceda às anotações no Cadastro Nacional de Condenados por Ato de Improbidade Administrativa e por Ato que Implique Inelegibilidade, nos termos da Resolução n. 44/07, com as alterações das Resoluções ns. 50/08 e 172/13, todas do Conselho Nacional de Justiça, do Provimento n. 29/13 da Corregedoria Nacional de Justiça e do art. 87, § 5º, do Regimento Interno desta Corte, que foi acrescentado pelo Ato Regimental n. 126/13.

QUARTA CÂMARA CRIMINAL

Apelação Criminal n. 2014.066327-6, de Xanxerê

Relator: Des. Jorge Schaefer Martins

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME DE TRÂNSITO. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. ARTIGO 306 DA LEI N. 9.503/97. SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DEFENSIVO.

PRELIMINAR. NULIDADE DO AUTO DE CONSTATAÇÃO DE EMBRIAGUEZ. ALEGADA INOBSERVÂNCIA AO ARTIGO 159, § 1º DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. DISPENSABILIDADE DE PERÍCIA. ARTIGO 277 DA LEI N. 9.503/97. CRIME PRATICADO SOB A ÉGIDE DA LEI 12.706/12. ESTADO ETÍLICO DO CONDUTOR QUE PODE SER CONSTATADO POR SINAIS DE ALTERAÇÃO DA CAPACIDADE PSICOMOTORA. ARTIGOS 306, § 1º, II e § 2º DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO E ARTIGO 5º, II DA RESOLUÇÃO 432/2013 DO CONSELHO NACIONAL DE TRÂNSITO - CONTRAN. PRELIMINAR RECHAÇADA.

A partir do advento da Lei n. 12.760/2012, houve alteração substancial da forma admitida para a aferição da embriaguez ao volante.

De acordo com a atual redação do artigo 306, § 2º, da Lei n. 9.503/1997, a verificação do estado etílico "poderá ser obtida mediante teste de alcoolemia, exame clínico, perícia, vídeo, prova testemunhal ou outros meios de prova em direito admitidos, observado o direito à contraprova".

Assim, quando os Policiais Militares subscreverem o Auto de Constatação de sinais de embriaguez do condutor, o referido documento aliado a outras provas produzidas são capazes que comprovar a materialidade delitiva.

Com o advento da Lei 12.760/2012, o combate à embriaguez ao volante tornou-se ainda mais rígido, tendo o legislador previsto a possibilidade de comprovação do crime por diversos meios de prova, conforme se infere da redação do § 2º incluído no artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro.

No caso dos autos, o crime imputado à recorrente ocorreu em 14.09.2013, quando já vigorava o § 2º do artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro, com a redação dada pela Lei 12.760/2012, de modo que, diante da sua recusa em se submeter ao teste do bafômetro, admite-se a prova da embriaguez por meio de testemunhos, circunstância que evidencia a dispensabilidade do exame pretendido na insurgência. Recurso desprovido. (RHC 51.528/PE, rel. Min. Jorge Mussi, Quinta Turma, j. em 6-11-2014).

PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. MANUTENÇÃO DA CONDENAÇÃO.

REGIME INICIAL DE RESGATE DE PENA. PRETENDIDA A ALTERAÇÃO PARA O ABERTO. POSSIBILIDADE. RÉU QUE OSTENTA REINCIDÊNCIA POR CRIME DE BAIXO POTENCIAL LESIVO E ABSOLUTAMENTE DIVERSO DO PRATICADO NOS AUTOS. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS TOTALMENTE FAVORÁVEIS. INTELIGÊNCIA DO § 3º DO ARTIGO 33 DO CÓDIGO PENAL. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Segundo o § 3º do artigo 33 do Código Penal, a determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no artigo 59 do mesmo diploma. Quando a reincidência do agente é oriunda de crime sem gravidade e absolutamente diverso do apurado nos autos, além de todas as circunstâncias judiciais o favorecerem, mostra-se possível, excepcionalmente, a adoção do regime aberto para o resgate da reprimenda.

ANÁLISE DE OFÍCIO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. RÉU QUE PREENCHE OS REQUISITOS DO ARTIGO 44 DO CÓDIGO PENAL. REINCIDÊNCIA NÃO ESPECÍFICA. MEDIDA QUE SE MOSTRA RECOMENDÁVEL. APLICAÇÃO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE. BENEFÍCIO CONCEDIDO. Preenchidos os requisitos previstos no art. 44 do Código Penal, viabiliza-se a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 2014.066327-6, da comarca de Xanxerê (Vara Criminal), em que é

apelante Moriarti Bortolini e apelado o Ministério Público do Estado de Santa Catarina:

A Quarta Câmara Criminal decidiu, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso para alterar o regime de resgate de pena para o aberto e, de ofício, substituir a pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, consistente na prestação de serviços à comunidade, à razão de uma hora de tarefa por dia de condenação, em entidade a ser designada pelo Juízo da Execução, mantidas as demais disposições da sentença. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado em 5 de março de 2015, os Excelentíssimos Desembargadores Roberto Lucas Pacheco e Rodrigo Collaço. Emitiu parecer pela Procuradoria-Geral de Justiça o Dr. Norival Acácio Engel. Compareceu à sessão de julgamento como representante do Ministério Público o Dr. Luiz Ricardo Pereira Cavalcanti.

Florianópolis, 20 de março de 2015.

Jorge Schaefer Martins
PRESIDENTE E RELATOR

RELATÓRIO

O Ministério Público, por seu representante em exercício na comarca de Xanxerê, ofereceu denúncia contra Moriarti Bortolini, dando-o como incurso nas sanções do artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro, pela prática do seguinte fato delituoso:

> No dia 5 de março de 2013, por volta das 3h 50min, na Rua Coronel Passos Maia, a Polícia Militar através do COPOM, recebeu informações de que um masculino teria ingerido bebidas no Bar "Vitrô" e não teria dinheiro para pagar a conta. No local foi verificado que o indivíduo tratava-se de Moriarti Bortolini e que este conduzia o veículo GM Corsa, placas MBB 503, com a capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool, realizando, neste momento sua abordagem.

> Submetido a Auto de Constatação de Embriaguez Alcoólica o denunciado apresentou sinais indicativos de alteração de sua capacidade automotora, quais sejam, olhos vermelhos, desordem nas vestes, odor de álcool no hálito, arrogância, ironia e falante (vide Auto de constatação de Sinais de Embriaguez de fl. 4) na forma da Resolução n. 206 do Contran.

Homologada a prisão em flagrante, foi concedida a liberdade provisória mediante pagamento de fiança (fl. 15/30).

Recebida a denúncia em 4 de abril de 2013 (fl. 40), o acusado foi intimado (fl. 42) e apresentou resposta à acusação (fls. 45- 46).

Durante a instrução do feito, foi ouvida 1 (uma) testemunha e foi realizado o interrogatório do réu.

Apresentadas alegações finais pelas partes às fls. 63-66 e 68-77, a Autoridade *a quo*, ao sentenciar o feito, acolheu a pretensão condenatória nos seguintes termos:

> Ante os fatos e fundamentos expostos, julgo procedente a pretensão punitiva estatal para o fim de condenar o réu Moriarti Bortolini, qualificado, à pena de 6 (seis) meses de detenção, em regime semiaberto, e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa, no valor individual de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos e à suspensão da permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor pelo prazo de 2 (dois) meses, dando-o como incurso nas sanções do art. 306 da Lei n. 9.503/97.

Irresignado, o réu interpôs recurso de apelação onde aventou preliminarmente a nulidade do auto de constatação de embriaguez, com a consequente absolvição por insuficiência de provas. Por fim, pugnou pela alteração do regime inicial de cumprimento de pena do semiaberto para o aberto (fls. 96-108).

Com as contrarrazões, os autos ascenderam esta Corte (fls. 111-115).

Instada, a Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Norival Acácio Engel, opinou pelo desprovimento do recurso.

VOTO

Inicialmente, a preliminar de nulidade do Auto de Constatação de Embriaguez de fl. 4 não merece prosperar.

Isso porque, os vigores do Código de Processo Penal são dispensáveis no caso concreto, visto que a Lei n. 12.760/2012, trouxe alterações substanciais nas formas de aferição da embriaguez do condutor, uma vez que a identificação do estado etílico atualmente pode ser obtida por meio de sinais que indiquem alteração da capacidade psicomotora, na forma disciplinada pelo Contran, especificamente no inciso II do artigo 5º da Resolução n. 432/2013 do Conselho Nacional de Trânsito.

Sobre o assunto, os artigos 277 e 306, § 2º, do Código de Trânsito Brasileiro esclarecem que a constatação da embriaguez pode ser obtida por outros meios de prova em direito admitidos além do teste de alcoolemia, como é o caso do exame clínico, da perícia, da filmagem de vídeo e da prova testemunhal.

No sentido, dispõe a lei:

> DOS SINAIS DE ALTERAÇÃO DA CAPACIDADE PSICOMOTORA
>
> Art. 5º. Os sinais de alteração da capacidade psicomotora poderão ser verificados por:
>
> I - exame clínico com laudo conclusivo e firmado por médico perito; ou
>
> **II - constatação, pelo agente da Autoridade de Trânsito, dos sinais de alteração da capacidade psicomotora nos termos do Anexo II.**
>
> § 1º Para confirmação da alteração da capacidade psicomotora pelo agente da Autoridade de Trânsito, deverá ser considerado não somente um sinal, mas um conjunto de sinais que comprovem a situação do condutor.
>
> **§ 2º Os sinais de alteração da capacidade psicomotora de que trata o inciso II deverão ser descritos no auto de infração ou em termo específico que contenha as informações mínimas indicadas no Anexo II, o qual deverá acompanhar o auto de infração.**

Extrai-se do Anexo II da Resolução n. 432/2013, o qual regulamenta os sinais a serem observados pelos agentes fiscalizadores:

> a. Quanto à aparência, se o condutor apresenta:
>
> i. Sonolência;
>
> **ii. Olhos vermelhos;**
>
> iii. Vômito;
>
> iv. Soluços;
>
> **v. Desordem nas vestes;**
>
> **vi. Odor de álcool no hálito.**
>
> b. Quanto à atitude, se o condutor apresenta:
>
> i. Agressividade;
>
> **ii. Arrogância;**
>
> iii. Exaltação;
>
> **iv. Ironia;**
>
> **v. Falante;**
>
> Dispersão.
>
> c. Quanto à orientação, se o condutor:
>
> i. sabe onde está;
>
> ii. sabe a data e a hora.
>
> d. Quanto à memória, se o condutor:
>
> i. sabe seu endereço;
>
> ii. lembra dos atos cometidos;
>
> e. Quanto à capacidade motora e verbal, se o condutor apresenta:
>
> **i. Dificuldade no equilíbrio;**
>
> **ii. Fala alterada;**
>
> [...]

Extrai-se dos dispositivos da Lei n. 9.503/1997.

Art. 277. O condutor de veículo automotor envolvido em acidente de trânsito ou que for alvo de fiscalização de trânsito **poderá ser submetido a teste, exame clínico, perícia ou outro procedimento que, por meios técnicos ou científicos, na forma disciplinada pelo Contran, permita certificar influência de álcool ou outra substância psicoativa que determine dependência**. (Redação dada pela Lei nº 12.760, de 2012)

[...]

Art. 306. Conduzir veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência: (Redação dada pela Lei nº 12.760, de 2012)

Penas - detenção, de seis meses a três anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.

Parágrafo único. O Poder Executivo federal estipulará a equivalência entre distintos testes de alcoolemia, para efeito de caracterização do crime tipificado neste artigo. (Incluído pela Lei nº 11.705, de 2008)

§ 1º As condutas previstas no caput serão constatadas por: (Incluído pela Lei nº 12.760, de 2012)

I - concentração igual ou superior a 6 decigramas de álcool por litro de sangue ou igual ou superior a 0,3 miligrama de álcool por litro de ar alveolar; ou (Incluído pela Lei nº 12.760, de 2012)

II - sinais que indiquem, na forma disciplinada pelo Contran, alteração da capacidade psicomotora. (Incluído pela Lei nº 12.760, de 2012)

§ 2º A verificação do disposto neste artigo poderá ser obtida mediante teste de alcoolemia, exame clínico, perícia, vídeo, prova testemunhal ou outros meios de prova em direito admitidos, observado o direito à contraprova. (Incluído pela Lei nº 12.760, de 2012)

§ 3º O Contran disporá sobre a equivalência entre os distintos testes de alcoolemia para efeito de caracterização do crime tipificado neste artigo. (Incluído pela Lei nº 12.760, de 2012)

§ 2º A verificação do disposto neste artigo poderá ser obtida mediante teste de alcoolemia ou toxicológico, exame clínico, perícia, vídeo, prova testemunhal

> *ou outros meios de prova em direito admitidos, observado o direito à contraprova. (Redação dada pela Lei nº 12.971, de 2014).*
>
> *§ 3º O Contran disporá sobre a equivalência entre os distintos testes de alcoolemia ou toxicológicos para efeito de caracterização do crime tipificado neste artigo. (Redação dada pela Lei nº 12.971, de 2014) (Vigência)*

Sobre o inconformismo defensivo, este Tribunal de Justiça já se posicionou no sentido de que essa espécie de prova "embriaguez" não pode se sujeitar aos rigores do Código de Processo Penal. Nessa seara, retiram-se dos seguintes julgados:

> APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME DE TRÂNSITO. **ALEGAÇÃO DE NULIDADE DO EXAME DE TEOR ALCÓOLICO, POR NÃO RESPEITAR O ART. 159, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. PLEITO REJEITADO, POIS REFERIDO teste dispensa os requisitos impostos aos exames periciais, na forma do art. 277, da Lei nº 9.503/97.** EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. CRIME COMETIDO ANTES DA EDIÇÃO DA LEI Nº 11.705/08. PERIGO CONCRETO DEMONSTRADO PELA EMBRIAGUEZ. PEDIDO DE REDUÇÃO DO QUANTUM FIXADO A TÍTULO DE PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA, EM RAZÃO DA AUSÊNCIA DE INDICATIVOS NOS AUTOS SOBRE A CAPACIDADE ECONÔMICA DO APELANTE. INSTITUTO DE NATUREZA DIVERSA DA PENA DE MULTA DO ART. 49 DO CÓDIGO PENAL. MANUTENÇÃO DO VALOR ESTABELECIDO NA SENTENÇA. PLEITO ALTERNATIVO FINAL DE COMPENSAÇÃO DO VALOR PAGO A TÍTULO DE FIANÇA COM A PENA PECUNIÁRIA. PEDIDO INDEFERIDO, EIS QUE CONTRÁRIO AO DISPOSTO NO ART. 336, CAPUT, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. RECURSO DESPROVIDO. (TJSC, Apelação Criminal n. 2011.008209-9, de Abelardo Luz, rel. Des. José Everaldo Silva, j. 18-08-2011).

> APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME DE TRÂNSITO. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE (ART. 306 DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO - LEI N. 9.503/97, COM REDAÇÃO ANTERIOR À LEI N. 12.760/2012). RECURSO DEFENSIVO. PLEITO

> ABSOLUTÓRIO. **ALEGAÇÃO DE IMPRESTABILIDADE DO RESULTADO DO TESTE DE ALCOOLEMIA COMO MEIO DE PROVA.** SUSTENTADA A NECESSIDADE DE ASSINATURA DE DUAS TESTEMUNHAS. NÃO ACOLHIMENTO. DOCUMENTO SUBSCRITO PELO OPERADOR DO INSTRUMENTO (POLICIAL RODOVIÁRIO FEDERAL), POR UMA TESTEMUNHA (TAMBÉM AGENTE POLICIAL) E PELO PRÓPRIO ACUSADO. INEXISTÊNCIA DE IRREGULARIDADE. EXAME DE ALCOOLEMIA QUE APONTOU QUANTIDADE DE ÁLCOOL POR LITRO DE AR ALVEOLAR SUPERIOR ÀQUELA PERMITIDA NA LEI. ABSOLVIÇÃO INVIÁVEL. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. "A comprovação acerca da nulidade do exame de alcoolemia em virtude de irregularidades no preenchimento do teste e no aparelho de medição (bafômetro) é ônus processual da defesa, ante o disposto no art. 156 do Código de Processo Penal. **De mais a mais, a esta espécie de prova não se impõem os rigores do art. 159 do CPP, tratando-se de procedimento técnico próprio de abordagem policial apto a constatar a embriaguez"** (TJSC - Apelação Criminal n. 2010.015674-8, de Itajaí, Rela. Desa. Salete Silva Sommariva, j. em 04/05/2010). (TJSC, Apelação Criminal n. 2014.042541-8, de Itapema, rel. Des. Paulo Roberto Sartorato, j. 29-07-2014).

Diante de tudo, em razão de o crime ter ocorrido sob a égide da Lei n. 12.760/2012, que ampliou os meios para se auferir o estado de embriaguez do condutor, não há falar em nulidade do auto de constatação realizado pelos agentes estatais.

Portanto, afasta-se a preliminar aventada pela defesa.

Quanto ao mérito, a postulada absolvição por insuficiência de provas igualmente não pode prevalecer.

Isso porque, a materialidade do delito restou devidamente comprovada por meio do Boletim de Ocorrência (fl. 3), Auto de Constatação de Embriaguez (fl. 4), bem como pelos depoimentos colhidos na fase investigativa e judicial.

A autoria, da mesma maneira, restou demonstrada, muito embora o réu tenha se recusado a fazer o teste de bafômetro e, ainda, de assinar o Auto de Constatação de embriaguez, ele confessou, sob o crivo do contraditório, ter ingerido 2 (duas) latas de cerveja (mídia de fl. 62).

Acerca dos fatos supra, afirmou o Policial Militar Rogério Felix Ferreira, na etapa administrativa e judicial, que o réu foi abordado primeiramente na rodoviária, uma vez que ingeriu 12 latas de cerveja e se recusava a pagar, ocorre que entrou em acordo com o dono do bar, ocasião em que foi orientado a não dirigir, pois estava completamente embriagado.

Após alguns instantes, o depoente recebeu um comunicado de que o réu havia saído da rodoviária dirigindo, e, sabendo estar o réu alcoolizado, foi realizada a abordagem. Na oportunidade, foi constatado que o réu estava dirigindo sem habilitação, com evidentes sinais de embriaguez, tais como: olhos vermelhos, odor etílico, se apresentava alterado, irônico, arrogante, com as vestes em desordem, dificuldade de equilíbrio e com a fala arrastada (fls. 8 e mídia de fl. 144 – o CD apresentou falhas em alguns trechos). Por fim, referiram que o réu se recusou a realizar o teste de embriaguez com etilômetro.

Na mesma toada, asseverou o Policial Militar Rodrigo Massoni, nas duas etapas da persecução penal, ter atendido uma ocorrência no bar da rodoviária em razão de o réu ter ingerido bebida alcoólica e ter deixado de pagar, ocorre que, na ocasião, foi informado pelo dono do bar que o réu havia deixado alguns documentos "penhorados", pois voltaria para pagar.

Momentos depois, sustentou que o réu foi surpreendido conduzindo seu veículo, oportunidade em que foi abordado e, diante da recusa em realizar o teste de bafômetro, o depoente lavrou o auto de constatação, pois era evidente os sinais de embriaguez (mídia de fl. 62).

Dessa forma, os depoimentos dos agentes estatais se revelaram harmônicos ao concluírem pelos evidentes sinais de embriaguez

apresentados pelo réu na direção de veículo automotor, segundo os vetores determinantes previstos na Resolução n. 432/2013 do Contran.

Frente a todos esses argumentos, conclui-se que restou caracterizada a materialidade e autoria delitiva, vez que os fatos ocorreram na data de 5-3-2013, sob a égide da Lei n. 12.760/2012, quando já se encontrava em vigor o § 2º do artigo 306 do Código de Trânsito, que admite a comprovação da embriaguez por outros meios de provas em direito admitidos, o que impede falar em falta de provas.

Destarte, acerca da permissão e amplificação legislativa das formas de se auferir a embriaguez, já se pronunciou Superior Tribunal de Justiça, *verbis*:

> RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE (ARTIGO 306 DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO). APONTADA AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA MATERIALIDADE DELITIVA. ACUSADA QUE SE RECUSOU A SE SUBMETER AO TESTE DO BAFÔMETRO. CRIME PRATICADO NA VIGÊNCIA DA LEI 12.760/2012. POSSIBILIDADE DE AFERIÇÃO DA EMBRIAGUEZ POR OUTROS MEIOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO. DESPROVIMENTO DO RECLAMO.
>
> **1. Com o advento da Lei 12.760/2012, o combate à embriaguez ao volante tornou-se ainda mais rígido, tendo o legislador previsto a possibilidade de comprovação do crime por diversos meios de prova, conforme se infere da redação do § 2º incluído no artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro.**
>
> **2. No caso dos autos, o crime imputado à recorrente ocorreu em 14.09.2013, quando já vigorava o § 2º do artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro, com a redação dada pela Lei 12.760/2012, de modo que, diante da sua recusa em se submeter ao teste do bafômetro, admite-se a prova da embriaguez por meio de testemunhos, circunstância que evidencia a dispensabilidade do exame pretendido na insurgência.**

3. Recurso desprovido (RHC 51.528/PE, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 06/11/2014, DJe 13/11/2014).

PENAL. HABEAS CORPUS. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. ART. 306 DA LEI N.º 9.503/97. (1) WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. INVIABILIDADE. VIA INADEQUADA. (2) DOSAGEM ALCÓOLICA. AFERIÇÃO. LEI N.º 11.705/08. (3) FATO ANTERIOR À ALTERAÇÃO NORMATIVA CRISTALIZADA NA LEI N.º 12.760/12. (4) SUJEIÇÃO AO BAFÔMETRO. AUSÊNCIA. EXAME DE SANGUE. INEXISTÊNCIA. ÍNDICE APURADO DIANTE DOS SINAIS CLÍNICOS E MANIFESTAÇÕES FÍSICAS E PSÍQUICAS DO AVALIADO. IMPOSSIBILIDADE. TIPICIDADE. INOCORRÊNCIA. (5) RESP N.º 1.111.566/DF. PRECEDENTE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. RECONHECIMENTO. (6) HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do habeas corpus, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional e em louvor à lógica do sistema recursal. In casu, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso ordinário.

2. Com a redação conferida ao artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro pela Lei n.º 11.705/08, tornou-se imperioso, para o reconhecimento de tipicidade do comportamento de embriaguez ao volante, a aferição da concentração de álcool no sangue.

3. A Lei n.º n.º 12.760/12 modificou a norma mencionada, a fim de dispor ser despicienda a avaliação realizada para atestar a gradação alcóolica, acrescentando ser viável a verificação da embriaguez mediante vídeo, prova testemunhal ou outros meios de prova em direito admitidos, observado o direito à contraprova, de modo a corroborar a alteração da capacidade psicomotora.

4. Contudo, no caso em apreço, praticado o delito com a redação primeva da legislação e ausente a sujeição a etilômetro ou a exame sangüíneo, torna-se inviável a responsabilização criminal, visto a impossibilidade de se aferir a existência da concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas por uma análise na qual se atenha unicamente aos sinais clínicos e às manifestações físicas e psíquicas do avaliado.

> 5. Entendimento consolidado pela colenda Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, no seio do Resp n.º 1.111.566/DF, representativo de controvérsia, nos moldes do art. 543-C do Código de Processo Civil.
>
> 6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de reconhecer a ausência de justa causa e trancar o Processo n.º 0012098-92.2010.8.16, somente quanto ao artigo 306 do CTB (HC 230.486/PR, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 03/04/2014, DJe 22/05/2014) (grifei).

Sobre essa questão, citam-se julgados desta Corte:

> APELAÇÃO CRIMINAL. CRIMES DE TRÂNSITO E CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA (ARTS. 306 E 309 DA LEI 9.503/97 E 330 DO CÓDIGO PENAL). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DO ACUSADO. ISENÇÃO DE CUSTAS E DESPESAS. MATÉRIA AFETA AO JUÍZO DA CONDENAÇÃO. NÃO CONHECIMENTO. PRELIMINAR. PROVA ILÍCITA. FILMAGEM REALIZADA PELOS POLICIAIS SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL OU PRÉVIO CONSENTIMENTO DO INVESTIGADO NO ATO DA ABORDAGEM. PREVISÃO LEGAL DE VÍDEO PARA AFERIÇÃO DO ESTADO DE EBRIEDADE (ARTS. 306, § 2º, DO CTB E 3º, INC. IV, §§ 1º E 2º DA RESOLUÇÃO 432/13 DO DENATRAN). ELEMENTO MERAMENTE INFORMATIVO QUE NÃO MACULA O DEVIDO PROCESSO LEGAL. CONTEÚDO ORAL DA FILMAGEM, PORÉM, OBTIDO SEM A CIENTIFICAÇÃO AO ACUSADO DAS SUAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS, NOTADAMENTE DO SEU DIREITO AO SILÊNCIO E DE NÃO SER OBRIGADO A FAZER PROVA EM SEU DESFAVOR. ILICITUDE. PREFACIAL PARCIALMENTE ACOLHIDA. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. REDAÇÃO POSTERIOR À PROMOVIDA PELA LEI 12.760/12. MATERIALIDADE E AUTORIA DEVIDAMENTE EVIDENCIADAS. PRESCINDIBILIDADE DO EXAME DE ETILÔMETRO. **PROVA TESTEMUNHAL E AUTO DE CONSTATAÇÃO SUFICIENTES PARA A CONFIGURAÇÃO DO DELITO. EXEGESE DO ART. 306, § 2º, DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO E RESOLUÇÃO 432/13 DO CONTRAN. PALAVRAS DOS AGENTES PÚBLICOS UNÍSSONAS E**

COERENTES. CREDIBILIDADE DE SEUS DIZERES. AUSÊNCIA DE MÁ-FÉ OU DOLO. DIRIGIR VEÍCULO AUTOMOTOR, EM VIA PÚBLICA, SEM PERMISSÃO OU HABILITAÇÃO. ADMISSÃO DA CULPA. PERIGO DE DANO EVIDENCIADO NOS AUTOS. CONDUÇÃO EM ALTA VELOCIDADE, SEM RESPEITAR AS REGRAS DE TRÂNSITO, ENQUANTO ESTAVA EMBRIAGADO EM NOITE COM DENSA NEBLINA. CRIME DE DESOBEDIÊNCIA. ORDEM LEGAL EMANADA ENQUANTO APELANTE DIRIGIA SOB INFLUÊNCIA DE ÁLCOOL E SEM A DEVIDA HABILITAÇÃO. TENTATIVA DE MANUTENÇÃO DO STATUS LIBERTATIS. AUSÊNCIA DE DOLO. ATIPICIDADE DA CONDUTA. ABSOLVIÇÃO DEVIDA, AINDA QUE SOB FUNDAMENTO DIVERSO DO ARRAZOADO. ALTERAÇÃO DO REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA DO SEMIABERTO PARA O ABERTO. INVIABILIDADE. RECORRENTE RECALCITRANTE E PORTADOR DE MAUS ANTECEDENTES. INTELIGÊNCIA DO ART. 33, § 2º, "C", DO ESTATUTO REPRESSIVO. PLEITO DE SURSIS PROCESSUAL. IMPOSSIBILIDADE. REINCIDÊNCIA QUE OBSTA A CONCESSÃO. RECURSO CONHECIDO EM PARTE E PARCIALMENTE PROVIDO. (TJSC, Apelação Criminal n. 2014.028536-4, de Anchieta, rel. Des. Sérgio Rizelo, j. 11-11-2014) (grifei).

APELAÇÃO CRIMINAL. **EMBRIAGUEZ AO VOLANTE (ART. 306 DA LEI N. 9.503/97).** PLEITO ABSOLUTÓRIO. INVIABILIDADE. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. **CRIME DE PERIGO ABSTRATO. ALTERAÇÃO DA CAPACIDADE PSICOMOTORA EVIDENCIADA. CONDENAÇÃO MANTIDA.** RECURSO NÃO PROVIDO. O art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro, a partir da Lei n. 11.705/08, passou a ser crime de perigo abstrato, que prescinde da demonstração de dano potencial à incolumidade de outrem. "De acordo com as alterações provocadas pela Lei n. 12.760/2012, a alteração da capacidade psicomotora caracteriza-se: a) pela presença de uma quantidade igual ou superior a 6 decigramas de álcool por litro de sangue ou a 0,3 miligramas por litro de ar expirado; ou b) por sinais exteriores que evidenciem a sua redução" (Fernando Capez, 2014). (TJSC, Apelação Criminal n. 2014.074611-6, de Catanduvas, rel. Des. Moacyr de Moraes Lima Filho, j. 02-12-2014) (grifei).

Deste Relator:

> AÇÃO PENAL. CRIME DE TRÂNSITO. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. ARTIGO 306, CAPUT, DA LEI N. 9.503/1997. HABEAS CORPUS. PRETENSÃO DE TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. **ESTADO ETÍLICO. MEIOS DE PROVA. ARTIGO 306, § 2º, DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO, COM REDAÇÃO POSTERIOR À VIGÊNCIA DA LEI N. 12.760/2012. POLICIAIS MILITARES. TESTEMUNHO. MATERIALIDADE. INDÍCIOS DE AUTORIA. EMBRIAGUEZ PRETENSAMENTE DEMONSTRADA.** ANÁLISE APROFUNDADA DA PROVA. INVIABILIDADE. RESOLUÇÕES DO CONSELHO NACIONAL DE TRÂNSITO - CONTRAN. SUPOSTO DESCUMPRIMENTO. QUESTÃO NÃO AFERIDA DE PLANO. INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA. AUSÊNCIA DE NOTIFICAÇÃO. IRRELEVÂNCIA. ESFERAS ADMINISTRATIVA E PENAL. INDEPENDÊNCIA. ORDEM DENEGADA. **A partir do advento da Lei n. 12.760/2012, houve alteração substancial da forma admitida para a aferição da embriaguez ao volante. De acordo com a atual redação do artigo 306, § 2º, da Lei n. 9.503/1997. a verificação do estado etílico "poderá ser obtida mediante teste de alcoolemia, exame clínico, perícia, vídeo, prova testemunhal ou outros meios de prova em direito admitidos, observado o direito à contraprova". Assim, quando os Policiais Militares, ao serem ouvidos na Delegacia, dizem terem percebido nítidos sinais de embriaguez, vale dizer, fala arrastada, incapacidade para soletrar o alfabeto, olhos vermelhos e hálito etílico, entende-se haver prova suficiente para a deflagração da ação penal. Se tais testemunhos, isoladamente, bastam para a condenação, trata-se de questão a ser solvida no decurso da ação penal, já que não se admite na via estreita do habeas corpus análise aprofundada da prova.** (TJSC, Habeas Corpus n. 2014.011363-0, de Porto Belo, rel. Des. Jorge Schaefer Martins, j. 03-04-2014) (grifei).

Assim, a manutenção da condenação pelo crime previsto no artigo 306 do CTB é medida impositiva.

De outro vértice, afigura-se viável o pleito que visa à alteração do regime inicial de resgate da reprimenda, pois, apesar da reincidência,

ela se operou em virtude da prática de delito de furto simples, crime absolutamente diverso do ora apurado e com baixo potencial lesivo, consoante demonstra a certidão de antecedentes criminais (fl. 28).

Vale dizer que este é o único fato desabonador que pesa contra o réu, uma vez que todas as circunstâncias judiciais o favorecem, conforme se extrai da sentença da lavra Dr. José Antonio Varaschin Chedid, *verbis*:

> I – Circunstâncias judiciais
>
> Embora censurável, a conduta do réu não possui alto grau de reprovabilidade. O réu não é portador de maus antecedentes, assim entendidos – em face do princípio constitucional da presunção de inocência – como condenações criminais transitadas em julgado antes dos fatos e que não constituam reincidência (fl. 25-26). Inexistem fatos que desabonem a conduta social do réu. Inexiste estudo técnico nos autos que permita avaliar a personalidade do réu. Os motivos do crime são inerentes à espécie delitiva. As circunstâncias e as consequências do delito não justificam a elevação da pena base. Não há que se falar em comportamento da vítima no delito em comento. Deste modo, na análise das operadoras do artigo 59 do Código Penal, com base na necessidade e suficiência para a prevenção e reprovação do delito, fixo a pena no mínimo legal, quantificando-a, nos termos do art. 306 da Lei n. 9.503/97, em 6 (seis) meses de detenção e 10 (dez) dias-multa, no valor individual de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos, considerando, para tanto, as condições financeiras do réu.
>
> II – Circunstâncias legais
>
> Presente a atenuante da confissão espontânea, prevista no art. 65,
>
> inc. III, "d", do Código Penal, bem como a agravante da reincidência, com previsão no art. 61, inc. I, do Código Penal, pois a certidão de fl. 28 informa que o acusado foi condenado irrecorrivelmente conforme extrai-se dos autos n. 081.06.000726-6, cuja decisão transitou em julgado em 20/4/2009. Havendo concurso entre a agravante da reincidência e a atenuante
>
> da confissão espontânea, deve ser determinada a compensação, com supedâneo na recente orientação do colendo Superior Tribunal de Justiça:

> [...]
>
> Dito isso, efetuada a compensação, é de ser mantida a pena fixada na fase anterior. Mantenho a pena de multa fixada na fase anterior, porquanto as circunstâncias legais não influem em sua quantificação.
>
> III – Causas de aumento e diminuição de pena.
>
> Inexistem causas de aumento ou diminuição de pena a serem consideradas, razão pela qual fixo a pena definitiva em 6 (seis) meses de detenção e 10 (dez) dias-multa, no valor individual de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos.
>
> Ante a previsão do preceito secundário da norma penal
>
> incriminadora, determino, em relação ao réu, a suspensão da permissão ou habilitação para dirigir veículo automotor pelo prazo de 02 (dois) meses, nos termos do art. 293 da Lei n. 9.503/97, observadas as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP (fls. 78-86).

Por isso, excepcionalmente, atentando-se para o § 3º do artigo 33 do Código penal, impõe-se a adoção de regime mais brando, razão pela qual modifica-se-o para o aberto.

Nesse contexto, verifica-se viável a conversão da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos, ainda que de ofício, porquanto presentes os requisitos estampados no artigo 44 do Código Penal.

As circunstâncias judiciais são favoráveis, e a reincidência não se operou em virtude da prática do mesmo delito, e sim de outro de reduzido potencial, consoante demonstra a certidão de antecedentes criminais (fl. 28), mostrando-se a concessão do benefício suficiente e adequada ao caso concreto.

Por isso, converte-se a pena corporal em restritiva de direitos, consistente na prestação de serviços à comunidade, à razão de uma hora de tarefa por dia de condenação, em entidade a ser designada pelo Juízo da Execução.

A propósito, nesse mesmo sentido já se manifestou este Relator:

> APELAÇÃO CRIMINAL. **CRIME DE TRÂNSITO. ART. 306, CAPUT, DA LEI N. 9.503/97. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE.** RECURSO DEFENSIVO. ALEGADA AUSÊNCIA DE MATERIALIDADE. INVALIDADE DO EXAME DE ALCOOLEMIA DIANTE DA AUSÊNCIA DE ASSINATURA DE UMA TESTEMUNHA. IRRELEVÂNCIA. MERA IRREGULARIDADE. TESTE, ALIÁS, SUBSCRITO PELO PRÓPRIO RÉU. ALEGADA FALTA DE IDENTIFICAÇÃO DO APARELHO DE BAFÔMETRO. ARGUMENTO INÓCUO. DEFESA QUE, DURANTE A INSTRUÇÃO, NÃO REQUEREU QUALQUER DILIGÊNCIA COM VISTAS A COMPROVAR A SUA IMPRESTABILIDADE. INFORMAÇÃO QUE NÃO REVELA UTILIDADE PARA O CASO CONCRETO. INSTRUMENTO DE MEDIÇÃO QUE CUMPRE OS REQUISITOS ESTABELECIDOS NA RESOLUÇÃO N. 206 DO CONSELHO NACIONAL DE TRÂNSITO - CONTRAN. INUTILIDADE DO APARELHO NÃO VERIFICADA. ÔNUS QUE INCUMBIA À DEFESA. INTELIGÊNCIA DO ART. 156 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. PRECEDENTES. PROVA SUFICIENTE PARA A CONDENAÇÃO. O etilômetro é instrumento hábil a comprovar a materialidade do delito previsto no art. 306, caput, da Lei n. 9.503/97, quando cumpre os requisitos determinados na Resolução n. 206 do Conselho Nacional de Trânsito - CONTRAN. Nesses casos, cabe, pois, à defesa a prova de que o aparelho de medição não se presta ao seu desiderato, consoante dicção do art. 156 do Código de Processo Penal. **REGIME INICIAL DE RESGATE DE PENA. PRETENDIDA A ALTERAÇÃO PARA O ABERTO. POSSIBILIDADE. RÉU QUE OSTENTA REINCIDÊNCIA POR CRIME SEM GRAVIDADE E ABSOLUTAMENTE DIVERSO DO PRATICADO NOS AUTOS. ADEMAIS, TODAS AS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS O FAVORECEM. INTELIGÊNCIA DO § 3º DO ART. 33 DO CÓDIGO PENAL. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. Segundo o § 3º do art. 33 do Código Penal, a determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 do mesmo diploma. Quando a reincidência do agente é oriunda de crime sem gravidade e absolutamente diverso do apurado**

nos autos, além de todas as circunstâncias judiciais o favorecerem, mostra-se possível, excepcionalmente, a adoção do regime aberto para o resgate da reprimenda.

ANÁLISES EX OFFICIO. SUSPENSÃO OU PROIBIÇÃO DE SE OBTER A PERMISSÃO OU A HABILITAÇÃO PARA DIRIGIR VEÍCULO AUTOMOTOR. PENA QUE DEVE GUARDAR PROPORCIONALIDADE COM A PRIVATIVA DE LIBERDADE. MITIGAÇÃO QUE SE PROMOVE. A penalidade de suspensão ou de proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor, tem a duração de dois meses a cinco anos, devendo ser estipulada proporcionalmente à reprimenda privativa de liberdade.

PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVA DE DIREITOS. VIABILIDADE. RÉU QUE PREENCHE OS REQUISITOS DO ART. 44 DO CÓDIGO PENAL. REINCIDÊNCIA NÃO ESPECÍFICA. MEDIDA QUE SE MOSTRA RECOMENDÁVEL. APLICAÇÃO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE. BENEFÍCIO CONCEDIDO. Preenchidos os requisitos previstos no art. 44 do Código Penal, viabiliza-se a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. (TJSC, Apelação Criminal n. 2011.095659-8, de Criciúma, rel. Deste relator, j. 30-08-2012).

À vista do exposto, dá-se parcial provimento ao recurso apenas para alterar o regime de resgate de pena para o aberto e, de ofício, substitui-se a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, consistente na prestação de serviços à comunidade, à razão de uma hora de tarefa por dia de condenação, em entidade a ser designada pelo Juízo da Execução.

Apelação Criminal n. 2014.000843-2, de Lages

Relator: Des. Newton Varella Júnior

APELAÇÃO CRIMINAL. ESTATUTO DO IDOSO. CRIMES DE OMISSÃO DE SOCORRO E MAUS-TRATOS A IDOSO COM RESULTADO MORTE (ART. 97, PARÁGRAFO ÚNICO, PARTE FINAL, E ART. 99, § 2º, AMBOS LEI N. 10.741/2003). SENTENÇA CONDENATÓRIA. INSURGÊNCIA DA DEFESA. PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO INVIÁVEL. CONJUNTO PROBATÓRIO QUE DEMONSTRA A PRÁTICA DE AMBOS OS DELITOS. IDOSO SUBMETIDO PELA CÔNJUGE E ENTEADAS A CONDIÇÕES DEGRADANTES E DESUMANAS. DOLO EVIDENCIADO. RESULTADO MORTE RELACIONADO À CONDUTA CRIMINOSA DAS APELANTES. CONDENAÇÕES MANTIDAS.

DOSIMETRIA. AFASTAMENTO DA CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DE PENA DO CRIME DE OMISSÃO DE SOCORRO ANTE A OCORRÊNCIA DE *BIS IN IDEM* COM A FORMA QUALIFICADA DO DELITO DE MAUS-TRATOS. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE. READEQUAÇÃO DAS REPRIMENDAS QUE SE IMPÕE.

RECURSOS CONHECIDOS E PARCIALMENTE PROVIDOS.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 2014.000843-2, da comarca de Lages (1ª Vara Criminal), em que são apelantes Elaine Moraes, Heloisa Moraes e Maria Gorete Moraes, e apelado Ministério Público do Estado de Santa Catarina:

A Quarta Câmara Criminal decidiu, por votação unânime, conhecer dos recursos, dando-lhes parcial provimento, apenas para afastar a causa de aumento de pena prevista na parte final do parágrafo único do art. 97 da Lei n. 10.741/2003, readequando-se a reprimenda das apelantes. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Jorge Schaefer Martins, sem voto, e dele participaram os Exmos. Srs. Des. Roberto Lucas Pacheco e Des. Rodrigo Collaço. Funcionou pela douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Humberto Francisco Scharf Vieira.

Florianópolis, 16 de abril de 2015.

Newton Varella Júnior
RELATOR

RELATÓRIO

O MM. Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Lages, nos autos da Ação Penal n. 0001781-14.2011.8.24.0039, condenou Maria Gorete Moraes à pena privativa de liberdade de 6 (seis) anos e 2 (dois) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e ao pagamento de 30 (trinta) dias-multa, no valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos; Elaine Moraes à pena privativa de liberdade de 5 (cinco) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e ao pagamento de 30 (trinta) dias-multa, no valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos; e Heloísa Moraes à pena privativa de liberdade de 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e ao pagamento de 30 (trinta) dias-multa, no valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos, todas pela prática dos crimes previstos no art. 97, parágrafo único, parte final, e art. 99, § 2º, ambos da Lei n. 10.741/2003.

Inconformadas, Maria Gorete Moraes, Elaine Moraes e Heloísa Moraes interpuseram apelação criminal (fls. 302-304), requerendo, em suas razões recursais (fls. 308-318), a absolvição em ambos os delitos, ante a inexistência de materialidade, uma vez que as apelantes não foram

negligentes ou omissas no trato dado à vítima, ou seja, mesmo sem conhecimento específico em enfermagem, se dedicaram e cuidaram com afinco e zelo de Oziel Batista de Arruda. Mantendo-se as condenações, pleiteiam pelo o afastamento da causa especial de aumento de pena prevista na parte final do parágrafo único do art. 97, assim como a qualificadora do § 2º do art. 99, pois as provas não demonstram vínculo entre o óbito da vítima com a conduta das apelantes.

Contra-arrazoado os apelos (fls. 319-325), os autos ascenderam a esta Superior Instância, tendo a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Exmo. Sr. Dr. Norival Acácio Engel, opinado pelo conhecimento e parcial provimento dos recursos, apenas para excluir o aumento provocado nas penas pela parte final do parágrafo único do art. 97 da Lei n. 10.741/2003.

VOTO

Os recursos devem ser conhecidos, por serem próprios e tempestivos, bem como por preencherem os demais pressupostos de admissibilidade.

Sobre as condutas criminosas imputadas às apelantes, nas quais restaram condenadas, destaca-se a narrativa da exordial acusatória (fls. II-VII):

> Entre meados do mês de junho do ano de 2008 e o dia 10 de abril de 2009, na Rua José Luis Cavalcanti nº 1122, no Bairro Santa Helena, neste Município e Comarca, as denunciadas MARIA GORETE MORAES, ELAINE MORAES e HELOÍSA MORAES se responsabilizaram em assistir à vítima OZIEL BATISTA DE ARRUDA, de 71 anos de idade, em vista de seu peculiar estado de saúde.
>
> Ocorre, porém, que as denunciadas MARIA GORETE MORAES, ELAINE MORAES e HELOÍSA MORAES não dispensaram os cuidados necessários à vítima OZIEL BATISTA DE ARRUDA, pessoa idosa e senil, deixando de prestar assistência médica, medicamentosa e

fisoterapêutica, assim como o privaram de alimentos, água e cuidados com a higiene pessoal, tudo contribuindo para seu falecimento em 10/4/2009 (Certidão de óbito de fl. 111 – a numerar).

Cumpre registrar que, após o acompanhamento do caso pela equipe de saúde do município, verificou-se que o idoso não estava recebendo os cuidados necessários para controle de sua enfermidade, posto que as denunciadas MARIA GORETE MORAES, ELAINE MORAES e HELOÍSA MORAES não acatavam as sugestões repassadas pelos agentes de saúde, tais como a necessidade de movimentações do idoso, atenção às úlceras de pressão, utilização dos medicamentos prescritos, troca adequada dos curativos e das fraldas (conforme consta nos depoimentos de fls. 118/120, 130, 145/146 e 152 – a numerar).

Segundo consta no processado, as denunciadas MARIA GORETE MORAES, ELAINE MORAES e HELOÍSA MORAES também não adquiriram os medicamentos, fraldas, placas para escaras, entre outros, que o idoso necessitava, inclusive, aqueles que eram fornecidos gratuitamente pelo SUS, bem como deixaram de levá-lo à fisioterapia, mesmo nas ocasiões em que era disponibilizado ambulância para efetuar o trajeto (conforme consta nos depoimentos de fls. 118 e 152 – a numerar).

Por ocasião das visitas domiciliares, constatava-se que OZIEL BATISTA DE ARRUDA encontrava-se em visível estado de abandono afetivo, sem tomar banho, com ausência de mobilidade de membros, desnutrição, desidratação e confusão mental, além de ter sido encontrado com sacolas plásticas amarradas em suas pernas, com fezes no rosto e muitas úlceras de pressão – escaras (conforme consta nos depoimentos de fls. 118/120, 130 e 145/146 – a numerar).

Consta, também, que as agentes delituais MARIA GORETE MORAES, ELAINE MORAES e HELOÍSA MORAES, contra às orientações médicas e sem a supervisão de um profissional da saúde, utilizaram no ofendido, por várias vezes, um coletor urinário amarrado ao pênis do idoso com fita adesiva, o que gerou diversas lesões penianas, associadas à infecção urinária (cfe. Depoimento de fls. 119 e 145/146 – a numerar).

[...]

Apurou-se, enfim, que as denunciadas MARIA GORETE MORAES, ELAINE MORAES e HELOÍSA MORAES deixaram de prestar

> assistência ao idoso OZIEL BATISTA DE ARRUDA, de 71 anos de idade, em situação de iminente perigo, ao recusarem, retardarem e dificultarem sua assistência à saúde, na maneira acima descrita, sem justa causa, o que contribuiu para seu falecimento na data antes mencionada.
>
> Da mesma forma, mediante a prática reiterada dos fatos acima noticiados, as denunciadas MARIA GORETE MORAES, ELAINE MORAES e HELOÍSA MORAES expuseram a perigo a integridade e a saúde física do ofendido, submetendo-o a condições desumanas e degradantes, na maneira narrada alhures, privando-o de alimentos e de cuidados indispensáveis, de forma que tal situação contribuiu para o falecimento do idoso na data já referida, conforme Certidão de óbito de fl. 111 – a numerar. [...].

Registra-se que Maria Gorete Moraes é esposa da vítima, e Elaine Moraes e Heloísa Moraes são enteadas, sendo que todas se insurgem contra as condenações ao argumento de que os crimes de omissão de socorro e maus-tratos a idoso não se configuraram.

Destacam-se os fundamentos das apelantes:

1) Oziel Batista de Arruda tinha problema neurológico, razão pela qual era agitado e agressivo e, "apesar das constantes trocas de fraldas e banhos, o mesmo tinha por hábito manusear as próprias fezes constantemente, o que explica eventuais sinais de fezes no corpo e na cama do idoso" (fl. 310);

2) em razão da dificuldade de engolir sólido ou liquido, era difícil alimentar e dar medicação para Oziel, eis que, na maioria das vezes, pelo fato de alguns remédios serem ministrados via oral, ele sequer os engolia (fl. 311);

3) em relação às escaras de decúbito, argumentam que "trocavam todos os curativos com frequência, passando óleo específico para prevenção das feridas, sempre tomando o cuidado de não machucar ou causar sofrimento" à vítima; contudo, estas não ocorriam em razão da falta de cuidados, mas sim pelo próprio estado de acamado de Oziel,

onde "as úlceras de pressão acabam surgindo mesmo em pacientes internados em hospitais", pois "a longa permanência na cama, mais cedo ou mais tarde, irá dar origem a tais lesões, independente do nível de cuidado ministrado ao idoso" (fl. 311).

No mais, a defesa criticou a péssima qualidade do serviço público na área da saúde e mencionou que as apelantes, apesar de suas limitações na área de enfermagem, sempre cuidaram da vítima.

Em segundo plano, caso sejam mantidas as condenações, requerem o afastamento da causa de aumento de pena prevista na parte final do parágrafo único do art. 97, e da qualificadora do § 2º do art. 99, ambos da Lei n. 10.741/2003. Argumentam, para tanto, que não existe vínculo entre a causa da morte com a possível falta de cuidado das rés para com a vítima (fls. 314-316).

Como se vê, as apelantes não negam a responsabilidade que possuíam sobre a vítima, aduzindo apenas que não cometeram crime de omissão de socorro e maus-tratos a idoso, pois a todo tempo buscaram cuidar e fornecer o melhor tratamento para Oziel, relacionando o péssimo estado de saúde, na época do óbito, à própria condição da vítima, pois acamado e debilitado, sendo inevitável, mesmo se internado em hospital, o surgimento das lesões constatadas e a manutenção de sua higiene, já que o idoso costumava mexer nas próprias fezes.

Ocorre que, não obstante os argumentos defensivos, os elementos probatórios demonstram, sem qualquer dúvida, a consumação dos delitos imputados às rés, os quais estão assim previstos no Estatuto do Idoso:

> Art. 97. Deixar de prestar assistência ao idoso, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, em situação de iminente perigo, ou recusar, retardar ou dificultar sua assistência à saúde, sem justa causa, ou não pedir, nesses casos, o socorro de autoridade pública:
>
> Pena – detenção de 6 (seis) meses a 1 (um) ano e multa.
>
> Parágrafo único. A pena é aumentada de metade, se da omissão resulta lesão corporal de natureza grave, e triplicada, se resulta a morte.

> Art. 99. Expor a perigo a integridade e a saúde, física ou psíquica, do idoso, submetendo-o a condições desumanas ou degradantes ou privando-o de alimentos e cuidados indispensáveis, quando obrigado a fazê-lo, ou sujeitando-o a trabalho excessivo ou inadequado:
>
> Pena – detenção de 2 (dois) meses a 1 (um) ano e multa.
>
> [...]
>
> § 2º. Se resulta a morte:
>
> Pena – reclusão de 4 (quatro) a 12 (doze) anos.

Nesse passo, a materialidade dos delitos estão demonstradas pelo relatório de atendimento psicossocial ao idoso (fls. 05-06), pela informação do serviço social (fls.07-09), pelas declarações detalhadas dos atendimentos (fls. 22-73), pela avaliação fisioterapêutica (fl. 74), pelo registro de atendimento e evolução do paciente (fls.75-91), pelo relatório médico (fl. 98), pela certidão de óbito da vítima (fl. 108) e pelos depoimentos testemunhais colhidos no decorrer da ação penal.

Colhe-se de trecho do relatório de atendimento psicossocial ao idoso, datado de 17 de novembro de 2008 e assinado pela assistente social Cláudia de Souza Geremia e pela psicóloga Tacyane Barbosa Zocche:

> A partir das visitas realizadas, neste ínterim, pela equipe técnica percebeu-se a dificuldade de Gorete e da família em prestar os cuidados adequados ao Sr. Oziel, principalmente em função de seu quadro clínico delicado, porém, como as visitas são periódicas/mensais, não se tinha a exata dimensão do risco em que se encontrava o idoso. A partir do contato com a Unidade de Saúde do referido bairro, representado pela médica responsável Dra. Cristiane, fomos informados de que realmente a situação psicossocial de Sr. Oziel é insustentável e de alto risco com relação à negligência. Dra. Cristiane relata que Gorete não administra corretamente a medicação prescrita e realiza procedimentos não condizentes com os direitos do idoso, como colocar sonda uretal forçadamente e por conta própria, proíbe que o idoso defeque, amarrando-lhe as pernas ou deixando-o defecado, dificultando inclusive o trabalho das técnicas de enfermagem, que fazem os curativos. Não compram fraldas geriátricas e não dão banho. (fls. 05-06).

Já pelas declarações detalhadas dos atendimentos por parte da Secretaria Municipal de Saúde, é possível constatar que, entre o período do mês de abril à novembro de 2008, a equipe de saúde compareceu diversas vezes na residência da vítima, onde foi constatado vários indícios de omissão de socorro e maus-tratos. Destaca-se, para tanto, que no dia 18.06.2008 foi verificado o seguinte:

> Visita domiciliar. PA 150/90mmHG má aderência (os medicamentos não foram requisitados pela cuidadora junto a SMS, segundo informações da própria cuidadora). Más condições de higiene (neste dia o paciente encontrava-se com fezes por todo corpo, inclusive nos lábios, usando sacolas plásticas amarradas em sua pelve para conter as fezes, muito agitado, confuso e agressivo). Obs.: O odor do paciente era inaceitável.
>
> O Paciente estava gemente e emitia gritos de dor. Bastante confuso. Apresentava sinais de atrofia de membros superiores e inferiores e inicio de escaras (causadas pela restrição ao leito – não estava sendo realizada qualquer mobilização do paciente). (fl. 23).

No decorrer dos atendimentos, é possível observar que, mesmo sendo orientadas pela equipe de saúde como proceder nos cuidados com a vítima, as apelantes continuaram sendo omissas, porquanto era constatado a má higiene no local e no corpo de Oziel, presença de novas escaras sem que os curativos fossem trocados, dentre outras circunstâncias que demonstram, não só a omissão de socorro, como a configuração de maus-tratos. (fls, 21-33).

Impressiona, inclusive, a visita domiciliar do dia 21.11.2008, veja-se:

> O ambiente encontrava-se limpo (ao contrário das visitas anteriores), colchão novo, cortina, cheiro forte de aromatizador spray. Várias escaras (que chegavam a ter até 15cm). Os curativos não haviam sido trocados. Melhora do nível de consciência. Emagrecido, com atrofia severa de todo o corpo, referindo dor intensa a movimentação (o que deixa evidente sua restrição ao leito). Os familiares tornaram esta visita bastante difícil, pois realizaram várias ameaças indiretamente. (fl. 33).

Ao final, conforme também descrito na denúncia (fl. V), foi verificado as seguintes situações que demonstram, sem dúvidas, a configuração dos crimes:

> Cuidados higiênicos inadequados; possível oferta alimentar insuficiente; uso de sacolas plásticas para conter as fezes do paciente; agressão verbal; oferta de medicamentos inadequada; isolamento social e intrafamiliar; os familiares não realizavam os curativos recomendados; realização de procedimentos sem prescrição médica e de forma inadequada (uso de coletor urinário - o que pode ter causado lesões penianas e infecções de trato urinário), mesmo estando cientes das possíveis complicações; os familiares ao deixar de realizar as recomendações realizadas pelos profissionais da saúde tornaram-se responsáveis pela atrofia dos membros do paciente (o que resultou na imobilidade quase que completa do paciente) pela formação de escaras, pelas alterações do nível de consciência. (fl. 35).

As provas constantes nos referidos documentos foram reproduzidas perante o Juízo, oportunidade em que a médica Cristiane Farias Heizen foi ouvida como testemunha e declarou que acompanhou a vítima por aproximadamente um ano; que prescrevia medicamentos e sessões de fisioterapia para o idoso, porém, quando realizava o retorno ao domicílio, constatava que os medicamentos não haviam sido adquiridos. Além disso, as condições de higiene da vítima eram críticas e os curativos feitos para as escaras estavam em péssimas condições, inexistindo, também, o material para realizar a troca. Quanto à fisioterapia, esclareceu que possuíam uma equipe com assistente social, psicólogo e fisioterapeuta, sendo que a vítima não era encaminhada para as sessões, tendo a família alegado, a princípio, que não tinha condições para transportar Oziel. Contudo, a médica esclareceu que a vítima era leve e não demandava dificuldades para movê-la, assim como existia à disposição da família um veículo e, mesmo assim, não era utilizado (CD audiovisual à fl. 229, até 4'48").

Dentre as falas da médica, importante transcrever os seguintes trechos:

> A partir dos 4'49", questionada se a vítima tinha quadro de desnutrição, desidratação e confusão mental? Respondeu: "ele evoluiu, nos primeiros momentos a gente fazia um teste chamado 'minimenta', que ele tinha

> uma pontuação adequada para a idade dele, e ele foi diminuindo a classificação; na última avaliação minha, que eu lembro, ele não era considerado demente ainda, ele não tinha uma demência, mas ele teve uma perda importante no decorrer desse período de aproximadamente um ano".
>
> A partir dos 5'21", questionada se a demência decorreu em razão da falta de cuidados ou apenas da evolução natural? Respondeu: "eu acredito que se tivesse feito imobilização dele adequada, se ele não tivesse passado por um processo, ele teve vários processos infecciosos, ele talvez não tivesse tido essa evolução dessa forma".
>
> A partir de 8'25", disse: "uma das principais responsabilidades da equipe da saúde é qualificar um cuidador, então nós fizemos o máximo de esforço pra qualificar esse cuidador, então ela recebeu orientação, os cuidadores receberam orientação da médica, enfermeira, agente comunitário de saúde, de assistente social, assim, eu não acredito que eles não sabiam que não poderia ser usada a sonda, teria que ser dado banho todo o dia, que o curativo teria que ser trocado todos os dias, que ele deveria ser mobilizado a cada duas horas".

Explorando ainda o depoimento da médica, relatou um episódio em que a vítima foi hospitalizada e colocado uma sonda uretral nela, a qual facilitava bastante, pois não se fazia a troca tão frequente das fraldas, assim como não teria o incômodo de urinar na cama. Porém, quando a vítima retornou do hospital, foi orientado que o cateter não poderia ser utilizado com frequência, sendo necessário utilizar fraldas, caso contrário, poderia ocorrer infecção urinária com mais facilidade. Em que pese as orientações, os familiares persistiram com o uso do cateter, ocasionando infecção na vítima, razão pela qual insistiram, novamente, para não utilizar. Diante desse quadro, a médica explica que foi substituído o cateter pelo "condor", que se trata de um preservativo e uma sonda para coletar a urina da vítima, o qual também não é adequado, inclusive várias vezes orientaram que esse método não poderia ser utilizado, porque poderia lesionar a pele do idoso; no entanto, em vários retornos da equipe de saúde, constataram que a família continuava utilizando este método para coletar a urina da vítima (a partir de 5'45").

Corroborando com a fala da médica, o pneumologista Edson Malinverni relatou, em Juízo, que se lembra muito bem do caso da vítima, a qual era totalmente dependente e não conseguia fazer nada; relatou que a vítima chegou muito mal no hospital, cheio de escaras, explicando que são feridas em razão da ausência de sangue em partes do corpo de pessoas que ficam muito tempo sem se movimentar; questionado se a vítima, diante das informações do relatório, estava sendo bem cuidada, respondeu que é comum ver pessoas chegar com escaras no hospital, porém a vítima estava com muitas escaras, tendo o enfermeiro técnico falado em tom de brincadeira "Dr., tem que tirar uma fotografia disso aqui, depois vão dizer que foi a gente"; na sequência, o médico disse que a vítima poderia ter sido melhor cuidada em casa, pois estava muito debilitada, tendo falecido em razão disso (a partir de 6'05"). Questionado se a causa morte apontada na certidão de óbito pode ocorrer com pessoas que possuem demência e estão sendo bem cuidadas, respondeu que sim e explicou que pode ocorrer até com pessoas normais, mas que não era o caso da vítima, pois tudo depende do paciente; disse que lembra como a vítima chegou no hospital, pois estava muito mal, fato que foi marcante para o declarante e demais pessoas da equipe médica, inclusive o idoso cheirava a tecido morto (CD audiovisual à fl. 229).

Tem-se, ainda, o depoimento judicial da assistente social Cláudia Souza Geremia, onde salientou que colocaram o veículo à disposição para que a vítima fosse levada para fisioterapia, sendo que em certa vez, mesmo com o veículo na frente da residência de Oziel, ele não foi encaminhado pela família para proceder o tratamento; salientou que, em vinte e cinco anos de profissão, este foi o caso mais degradante que já viu, pois tinha todo o aparato de recursos públicos que poderiam beneficiar o caso do idoso, mas as apelantes não se comprometeram (CD audiovisual à fl. 229).

As apelantes negaram que teriam submetido a vítima a maus-tratos ou sido omissas aos cuidados com seu tratamento, porém, diante de

todo o contexto probatório existente no processo, outra certeza não há se não a configuração dos crimes de omissão de socorro e maus-tratos. Também restou evidenciado o dolo na conduta das apelantes, porquanto tinham conhecimento de como tratar o idoso, receberam diversas orientações e advertências de profissionais da área da saúde, tinham à disposição diversos tipos de ajuda, como medicamentos e transporte, mas escolheram por não agir conforme deveriam e deixar de usufruir dos medicamentos e demais suportes oferecidos pelos setores públicos.

Em relação a causa de aumento de pena prevista na parte final do parágrafo único do art. 97 e a qualificadora prevista no § 2º do art. 99 da Lei n. 10.741/03, também restou provado que o resultado morte ocorreu em razão da prática, pelas apelantes, das condutas previstas no *caput* destes tipos penais.

Na certidão de óbito acostada à fl. 108 e assinada pelo médico Edson Malinverne, consta como causa morte "Insuficiência Respiratória-Pneumonia Aspirativa – Sequela de TCE". Diante disso, correto é a fundamentação do Magistrado *a quo* sobre o vínculo do causa morte com a prática dos delitos por parte das apelantes, veja-se:

> Como demonstrado, a vítima Oziel sofreu, há oito anos, um traumatismo cranio encefálico, que reduziu sua capacidade deambular, que se agravou pela omissão das rés nos cuidados de mobilização e de sua recusa ao tratamento fisioterápico.
>
> Ante a apontada negligência, a capacidade de locomoção da vítima, que já era precária, piorou, confinando-a ao espaço de seu leito, fator decisivo ao aparecimento de escaras dolorosas, fétidas e infecciosas, que concorreram, certamente, para agravamento de seu estado de saúde, bem como no desenvolvimento anormal de uma pneumonia aspirativa (causa de sua morte).
>
> Logo, entendo, que além da configuração das condutas de maus-tratos e de omissão de socorro atribuídos às rés, a prova técnica acostada às fls. 108, certifica que a morte da vítima teve como causa determinante insuficiência respiratória, resultante de um quadro infeccioso de

> pneumonia aspirativa, podendo se estabelecer, conclusivamente, uma relação de causa e efeito entre as imputadas condutas (omissão de socorro de idoso e maus-tratos) e a morte da vítima. (fl. 286).

A fundamentação está amparada pelo testemunho da médica Cristiane Farias Heizen, ao relacionar o tratamento dado à vítima por parte das apelantes com o resultado morte. Destaca-se trecho de seu depoimento, ao ser questionada se a causa morte apontada na certidão de óbito tem relação com os maus-tratos:

> "a pneumonia aspirativa, se você não fizer os devidos cuidados no acamado, se você fornecer alimentos de forma inadequada, se você não fizer mobilização de forma adequada, a falta desses cuidados para um acamado pode causar pneumonia aspirativa, e isso pode evoluir com complicações a até levar ao óbito; a pneumonia aspirativa pode estar relacionada ao fato dele estar acamado e não receber os devidos cuidados, sendo a insuficiência respiratória uma consequência da pneumonia aspirativa". (CD audiovisual à fl. 229, a partir de 9'40").

Dessa forma, verificado a presença da causa de aumento de pena do art. 97 e a qualificadora do art. 99, ambos da Lei n. 10.741/2003, correto está o entendimento trazido pelo Exmo. Procurador de Justiça Norival Acácio Engel, no sentido de que a manutenção das duas figuras majorantes acarreta *bis in idem*, devendo ser aplicado ao caso o princípio da subsidiariedade, a fim de que prevaleça a qualificadora do crime de maus-tratos, afastando-se a causa de aumento de pena do delito de omissão de socorro e, por fim, corrigindo-se a pena deste.

Senão vejamos os fundamentos trazidos pelo membro do *Parquet*:

> A espécie traduz hipótese de conflito aparente de normas e deve ser solucionada pelo princípio da subsidiariedade.
>
> Sobre o assunto ensina Heleno Fragoso que "A norma principal exclui a aplicação da subsidiária. *Lex primaria derogat legi subsidiarie*. Há subsidiariedade quando uma norma que define crime menos grave está abrangida pela norma que define crime mais grave, nas circunstâncias concretas em que o fato ocorreu. A relação de subsidiariedade se determina

> com critérios de valoração jurídica. Cumpre identificar na violação da norma principal uma ofensa que esgota o desvalor jurídico do fato."
>
> Nesse diapasão, não há dúvidas que o delito previsto no art. 99, § 2º, da Lei n. 10.741/07, seja por prever tanto modalidades comissivas quanto omissivas, seja por possuir pena mais grave, deve prevalecer frente ao parágrafo único do art. 97 do mesmo diploma legal. (fls. 336-337).

Portanto, deve ser suprimido das reprimendas das apelantes o montante majorado em razão da causa de aumento de pena prevista na parte final do parágrafo único do art. 97 da Lei n. 10.741/2003, restando a pena de Maria Gorete Morais, para este crime, aplicada em 8 (oito) meses de reclusão e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa (fl. 289); a pena de Elaine Moraes resulta em 6 (seis) meses de reclusão e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa (fl. 291); e a pena de Heloisa Morais em 7 (sete) meses de reclusão e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa (fl. 293).

Considerando o concurso material de crimes, nos termos do art. 69 do Código Penal, devem as penas do crime de omissão de socorro serem somadas com as do crime de maus-tratos.

Assim, a reprimenda final da apelante Maria Gorete Morais resulta em 4 (quatro) anos e 10 (dez) meses de reclusão e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa; a da apelante Elaine Moraes em 4 (quatro) anos e 6 (seis) meses de reclusão e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa; e da apelante Heloisa Moraes em 4 (quatro) anos e 8 (oito) meses de reclusão e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa.

Ante o exposto, voto no sentido de conhecer dos recursos, dando-lhes parcial provimento, apenas para afastar a causa de aumento de pena prevista na parte final do parágrafo único do art. 97 da Lei n. 10.741/2003, readequando-se a reprimenda das apelantes.

Apelação Criminal n. 2014.036588-2, de Blumenau

Relatora: Desa. Substituta Cinthia Beatriz da Silva Bittencourt Schaefer

> APELAÇÃO CRIMINAL. CRIMES CONTRA A VIDA. TRIBUNAL DO JÚRI. HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO [ART. 121, §2º, INCS. III E IV DO CP]. SENTENÇA CONDENATÓRIA. INSURGÊNCIA DA DEFESA. ALEGADA NULIDADE POR OFENSA AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. MINISTÉRIO PÚBLICO QUE ALTERA EM PLENÁRIO A DATA EM QUE O CRIME OCORREU. ERRO NA DENÚNCIA QUE TERIA COMPROMETIDO A DEFESA EM RAZÃO DO ÁLIBI ALEGADO. NÃO OCORRÊNCIA. MERO ERRO MATERIAL. MATERIALIDADE DEVIDAMENTE COMPROVADA NOS AUTOS. AUTORIA TAMBÉM DEMONSTRADA PELAS PROVAS COLIGIDAS AO LONGO DA INSTRUÇÃO. DATA QUE CONSTA NA DENÚNCIA QUE NÃO PASSA DE MERO ERRO MATERIAL. EXORDIAL QUE PREENCHE TODOS OS REQUISITOS DO ARTIGO 41 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. ÁLIBI, ADEMAIS, NÃO COMPROVADO SATISFATORIAMENTE. PRELIMINAR AFASTADA. MÉRITO QUE SE CONFUNDE COM A PRELIMINAR. PRINCÍPIO DA SOBERANIA DOS VEREDICTOS POPULARES. CONFISSÃO EXTRAJUDICIAL AMPARADA NO LAUDO PERICIAL NECROSCÓPICO E EM DEPOIMENTOS COLHIDOS EM JUÍZO. ÁLIBI DE QUE ESTARIA EM OUTRO LUGAR NÃO COMPROVADO. PROVAS QUE APONTAM QUE A VÍTIMA FALECEU EM VIRTUDE DE INÚMERAS FACADAS NA CABEÇA DESFERIDAS PELA RÉ. DISCUSSÃO SOBRE DIA E HORA EXATOS QUE FICA EM SEGUNDO PLANO. CONDENAÇÃO PELO CONSELHO DE SENTENÇA QUE ENCONTRA LASTRO NAS PROVAS JUDICIALIZADAS. DECISÃO MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 2014.036588-2, da comarca de Blumenau (1ª Vara Criminal), em que é apelante Roselinda de Aparecida de Camargo, e apelado Ministério Público do Estado de Santa Catarina:

A Quarta Câmara Criminal decidiu, por votação unânime, conhecer do recurso e negar-lhe provimento. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, o Exmo. Sr. Desembargador Jorge Schaefer Martins (Presidente) e o Exmo Sr. Desembargador Roberto Lucas Pacheco.

O conteúdo do presente acórdão, nos termos do § 2º, do artigo 201, do Código de Processo Penal, deverá ser comunicado pelo juízo de origem.

Florianópolis, 11 de junho de 2015.

Cinthia Beatriz da Silva Bittencourt Schaefer
RELATORA

RELATÓRIO

O Ministério Público do Estado de Santa Catarina ofertou denúncia contra Roselinda de Aparecida de Camargo, pelo cometimento, em tese, dos delitos previstos no artigo 121, § 2º, incisos III, IV e V, do Código Penal, conforme os seguintes fatos narrados na peça acusatória:

> "A denunciada e a vítima Pedro de Carvalho mantinham uma sociedade conjugal, na constância da qual o último praticou atos libidinosos diversos da conjunção carnal com M. C. de C., de apenas oito anos de idade, tudo com a aquiescência de Roselinda que, inclusive, participou do abuso com seu então companheiro, sempre sem nada lhe obstar, razão pela qual ambos estão sendo processados nos autos do processo nº 008.06.011874-9 que tramita perante a 2º Vara Criminal desta Comarca.
>
> Em decorrência de tal fato a denunciada e Pedro foram presos tendo este, quando colocado em liberdade, dito que confirmaria em juízo a participação da denunciada no crime de atentado violento ao pudor.
>
> Por tal motivo, unicamente para assegurar sua impunidade evitando consequente responsabilização no processo crime acima do aludido, que apura a prática de atentado violento ao pudor atribuído a Roselinda e Pedro Carvalho, a denunciada planejou matar a vítima.

> Com tal desiderato, na madrugada do dia 19 de outubro de 2006, por volta das 3 horas, a denunciada preparou uma muda de roupa limpas, bem como se armou com uma faca de aproximadamente 20 cm de lâmina, faca do tipo açougueiro, e foi até um chalé, situado na Rua Alpina, s/nº, no bairro Glória, nesta cidade, onde sabia que a vítima Pedro Carvalho estava pernoitando.
>
> Ao chegar no local onde encontraria a vítima, ainda durante a madrugada, agindo conforme já havia previamente planejado. Roselina subiu até o andar do chalé em construção, por uma escada improvisada, quando encontrou Pedro Carvalho ainda dormindo, o qual não tinha qualquer motivo para esperar ser agredido pela denunciada, até por que já havia em duas datas próximas com esta pernoitado amigavelmente.
>
> Com tal animus necandi, sem acordar a vítima e sem possibilitar-lhe qualquer defesa prévia, a denunciada sacou a faca que trazia consigo e de surpresa cortou impiedosamente, com emprego de grande força física, a região posterior do pescoço de Pedro, causando-lhe uma lesão que seccionou grandes vasos sanguíneos e a musculatura cervical.
>
> Na sequência de tal conduta homicida a denunciada, com a finalidade cruel de causar grande sofrimento físico, promoveu diversos outros cortes profundos na cabeça e rosto da vítima, consoante demonstram as fotografias inclusas, após o que Roselinda abandonou seu ex-companheiro, ainda no local onde dormia, para que sangrasse até a morte.
>
> A sanha assassina da denunciada resultou em um total de 11 (onze) ferimentos corto-contusos, consoante descritos no Laudo Necroscópio, incluso, o quê veio a causar a morte de Pedro de Carvalho por choque hipovolêmico."

No decorrer da instrução processual, a acusada foi pronunciada (fls. 283/291), para que fosse submetida a julgamento pelo Tribunal do Júri, pela prática dos delitos previstos no artigo 121, § 2º, incisos III, IV e V, do Código Penal.

Realizada a Sessão do Tribunal do Júri, foi proferida sentença (fls. 662/664), com o seguinte dispositivo:

> "JULGO PROCEDENTE A DENÚNCIA e PRONÚNCIA para CONDENAR Roselinda de Aparecida de Camargo, devidamente

> qualificada, à pena de 16 (dezesseis) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, por infração ao disposto no artigo 121, §2º, incs. III e IV, c/c art. 61, II, alínea "c", todos do Código Penal. Condeno a ré, ainda, ao pagamento das custas processuais."

Inconformada, a ré Roselinda apresentou recurso de apelação (fls. 687/698), pugnando, preliminarmente, pela nulidade da decisão proferida, em virtude da alteração, pelo Ministério Público, da data dos fatos, durante o julgamento pelo Tribunal do Júri. Aduziu ainda, que a referida decisão baseou-se somente em provas colhidas na fase policial, que além da nulidade apontada, é também contrária à prova dos autos.

Com as contrarrazões (fls. 702/710), ascenderam os autos a este Tribunal de Justiça.

Lavrou parecer pela douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Odil José Cota, que opinou, pelo conhecimento e desprovimento do apelo (fls. 715/720).

Este é o relatório.

VOTO

O recurso merece ser conhecido, porquanto presentes os requisitos de admissibilidade.

Pretende a defesa a anulação do julgamento realizado pelo Tribunal do Júri, amparando sua pretensão no artigo 593, inciso III, alínea "d', do Código de Processo Penal. O apelante trabalha em duas frentes, a primeira é a de que o Ministério Público inovou ao se manifestar em plenário pela modificação da data do crime, fato que contraria os princípios do contraditório e da ampla defesa. A segunda, por sua vez, é a de que o julgamento foi baseado exclusivamente na prova extrajudicial em afronta a dispositivo legal.

Pois bem, o mérito e as preliminares se confundem e serão tratadas todas no mesmo contexto.

Antes de qualquer coisa, antecipo que, no meu sentir, o recurso não comporta provimento.

Em primeiro lugar há de se mencionar que a valoração da prova em processos relacionados a crimes dolosos contra a vida, de competência do Tribunal do Júri, cabe de forma exclusiva aos integrantes do Conselho de Sentença.

Somente a eles compete avaliar a veracidade das teses e argumentos apresentados nos autos, podendo se valer de todo e qualquer elemento que estiver contido nesse para decidir, tendo a prerrogativa, inclusive, de fazê-lo pela convicção íntima, sem estarem presos a critérios técnicos.

Há a possibilidade de se anular o julgamento pelo Tribunal de Justiça para que outro seja realizado somente se a decisão do Conselho de Sentença for inteiramente dissociada das provas apresentadas aos autos, ou seja, se a prova indicar resultado totalmente diverso do julgamento feito pelos Jurados.

Assim, se a tese não se apresenta comprovada de forma plena e indiscutível, e, usando da autonomia que lhe é peculiar, os Jurados optaram pela interpretação que entenderam mais verossímil nos autos, esta deve prevalecer, em cumprimento ao princípio da soberania da decisão do Tribunal do Júri.

Este é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

> HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. HOMICÍDIO. CONDENAÇÃO PELO TRIBUNAL DO JÚRI. APELAÇÃO DA DEFESA. DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS. INOCORRÊNCIA. OPÇÃO DOS JURADOS PELA TESE ACUSATÓRIA QUE ENCONTRA AMPARO NO CONJUNTO PROBATÓRIO. SOBERANIA DOS VEREDICTOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL INEXISTENTE. PENA-BASE. FUNDAMENTAÇÃO. ART. 59 DO CP. INOCORRÊNCIA DE ILEGALIDADE. 1. Não há falar em decisão contrária à prova dos autos quando, diante de duas versões que se contrapõem, os jurados optam por

> uma delas, desde que a tese eleita esteja amparada em provas carreadas nos autos. 2. No caso, os jurados se convenceram da tese aventada pela acusação, que, por sua vez, possuía fundamento nas provas colhidas ao longo de toda a instrução processual, de forma que, entender pela nulidade da referida decisão plenária, consistiria em inegável afronta à soberania dos veredictos proferidos pelo Tribunal do Júri. 3. [...] 6. Ordem denegada. (HC 99.202/MS, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 28/02/2012, DJe 12/03/2012).

No caso dos autos, a defesa discorre primeiro sobre uma possível afronta aos princípios do contraditório e da ampla defesa, pois a principal tese defensiva era a de que a acusada estaria em outro lugar na data em que a denúncia discorre que o crime aconteceu.

Entretanto, razão não lhe socorre.

Inicialmente, consigna-se que a materialidade delitiva exsurge estreme de dúvidas através do laudo necroscópico (fls. 39/43) e pelo laudo pericial em local do delito e fotografias (fls. 65/78), que comprovam que a vítima faleceu após ser atacada e levar várias facadas na cabeça.

O álibi invocado pela apelante é o de que estaria em outro lugar no momento dos fatos descritos na denúncia, porém não há provas irrefutáveis desta alegação nos autos.

Neste diapasão, convém destacar que na fase de pronúncia a ré indicou que as testemunhas que podiam atestar que ela não estava no local no momento do crime seriam Deise e Leandro, os quais não foram ouvidos ao longo da instrução processual.

Já em plenário, a apelante indicou como testemunha para comprovar seu álibi, o senhor Pedro Tavares Nunes, seu namorado da época e com quem estaria dormindo no momento em que o Ministério Público disse na denúncia que o crime ocorreu.

Apesar do esforço defensivo em comprovar o suposto álibi, as contradições no relato do referido testigo são tão grandes que impedem a anulação do julgamento como pretende a apelante.

Com efeito, o Sr. Pedro Tavares Nunes disse em plenário (CD fl. 660), que na madrugada do dia 18.10.2006 para o dia 19.10.2006 a acusada estava com ele, pois dormiam juntos. Mais ainda, afirmou ter certeza de que no momento do crime a ré estava com ele, posto que no outro dia viu na televisão uma entrevista dela assumindo a autoria do crime e pensou: "mas como, se ontem ela estava comigo?".

De início, chama a atenção a testemunha lembrar exatamente o que convém para a ré e se esquecer de demais detalhes importantes. Além do mais, é de causar estranheza que não tenha protegido sua amada ao deixar que ela assumisse um crime tão grave, tendo a certeza de sua inocência.

É que o crime aconteceu em outubro de 2006 e a entrevista mencionada pela testemunha é do mesmo período, ou seja, desde sempre ele sabia da inocência da ré, mas apenas relatou isso às autoridades em 25.08.2010 quando o feito estava na fase de pronúncia.

Vejamos (fl. 228):

> "[...] que no dia 18 de outubro dormiu com a acusada na casa de Simone, ex-cunhada do depoente; que no dia seguinte por volta do meio-dia viu a acusada na televisão e ficou surpreso e assustado; [...]".

Não bastasse isso, a própria ré disse em depoimento na fase extrajudicial à Secretaria do Ministério Público, que quatro dias antes dos fatos tentou uma reaproximação com o acusado, sendo que, inclusive, dormiram juntos na noite do dia 14 para o dia 15 de outubro de 2006. Mais especificamente sobre a madrugada dos fatos, relatou que foi dormir em sua casa com Simone e que por volta das 03:00 horas, saiu sem que a amiga percebesse e se dirigiu para o local que sabia que encontraria a vítima dormindo, oportunidade em que desferiu vários golpes de faca.

Logo, percebe-se que a própria ré na fase extrajudicial admitiu que estava dormindo sozinha no dia dos fatos e sem que ninguém percebesse, saiu no meio da madrugada para colocar em prática seu intento criminoso.

Outrossim, é bem verdade que a referida confissão é retratada pela acusada em juízo, eis que alega ter sido forçada a confessar o crime, porém os detalhes fornecidos por ela encontram correspondência com o resultado do laudo necroscópico.

Isso porque, a ré alega que a vítima tentou se defender das investidas, levantando os braços e rebatendo os golpes com a mão, ao passo que consta no aludido laudo que: "[...] Presença de 3 feridas corto-contusas de região dorsal da mão e porção proximal de antebraço d. medindo em média 5,5 cm (lesões de defesa). Presença de feridas corto-contusas de dorso na mão e. e porção proximal do antebraço e. medindo 6,5 cm e 7,5 cm respectivamente (lesões de defesa)". (fl. 41).

Ora, se ela tivesse sido forçada a confessar, uma confissão simples bastaria, no entanto, o fornecimento de detalhes tão ricos só são possíveis por quem presenciou ou participou do ato em si. E, no caso, o laudo pericial necroscópico confere com os detalhes fornecidos pela ré em depoimento extrajudicial.

Fornecendo ainda mais credibilidade ao depoimento prestado no Ministério Público, há o depoimento judicial da testemunha Luíza Nascimento Kobs, que em juízo declarou (fls. 205/206):

> "[...] que Pedro depois de solto desejava alugar uma casa e voltar a ter uma família com a ré e os filhos; que a informante nunca viu Pedro ameaçar incriminar Roselinda no crime de abuso sexual; que em uma terça-feira a vítima esteve na casa da informante, de onde ligou três vezes para Roselinda, e combinaram um encontro; que Pedro saiu da casa da informante levando uma sacola plástica com roupas; que Pedro disse que tinha dinheiro para alugar uma casa; que na quinta-feira a filha da informante e Leonardo encontraram o corpo; que a informante não sabia que Pedro estava no chalé onde seu corpo foi encontrado; que depois que Leonardo encontrou o corpo a polícia foi chamada; que na delegacia depois do ocorrido a informante perguntou para a ré onde seria o enterro, e a acusada falou que não interessava, poderiam fazer 'guizadinho' da vítima".

Com isso, ressalta-se haver provas judicializada e documental aptas a conferir maior credibilidade à confissão extrajudicial da ré em detrimento à retratação em juízo que, diga-se de passagem, está desacompanhada de qualquer prova convincente.

Desta forma, o interrogatório judicial da acusada perde força e credibilidade, assim como o álibi arguido, uma vez que, além de frágil, padece de comprovação satisfatória nos autos.

Ademais disso, ninguém morre duas vezes, ou seja, pouco importa a data efetiva em que o crime ocorreu, visto que a divergência apontada é de um dia para outro, apenas vinte e quatro horas, e a prova dos autos permite a conclusão de que a vítima foi morta por golpes de faca desferidos pela ré.

Neste diapasão, havendo provas materiais do óbito da vítima e provas contundentes da autoria da acusada, a discussão sobre a data exata dos acontecimentos ficam em segundo plano, até mesmo porque, a defesa não logrou êxito em comprovar o álibi alegado.

Portanto, malgrado os argumentos defensivos, nenhuma das nulidades comportam provimento, eis que, a discussão sobre a data exata do crime não passa de mero erro material da denúncia e a decisão dos jurados encontra respaldo nas provas judicializadas.

Sobre o erro material contido na denúncia, extrai-se da jurisprudência desta egrégia Quarta Câmara de Direito Criminal:

> RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. HOMICÍDIO. TENTATIVA. CÓDIGO PENAL, ART. 121, CAPUT, C/C ART. 14, II. PRONÚNCIA. RECURSO DEFENSIVO. PRELIMINARES. NULIDADE PROCESSUAL. INÉPCIA DA DENÚNCIA. INDICAÇÃO ERRÔNEA DA DATA DOS FATOS. INVERSÃO DA ORDEM DURANTE A INSTRUÇÃO CRIMINAL. NULIDADE DO DECISUM POR FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO. NÃO ACOLHIMENTO. EQUÍVOCO NA DATA DOS FATOS. ERRO MATERIAL QUE NÃO AFETOU O EXERCÍCIO DO

> CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. TESTEMUNHA DE ACUSAÇÃO OUVIDA POR ÚLTIMO POR NÃO TER SIDO LOCALIZADA ANTES. INEXISTÊNCIA DE INSURGÊNCIA DA DEFESA. RATIFICAÇÃO DO INTERROGATÓRIO AO FINAL DA INSTRUÇÃO. DECISÃO QUE CONTÉM INDICAÇÃO DAS PROVAS DA MATERIALIDADE E DOS INDÍCIOS DE AUTORIA. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. EIVAS AFASTADAS. 1. A indicação equivocada da data dos fatos na denúncia, in casu, não acarretou prejuízo ao exercício do contraditório e da ampla defesa, visto que trouxe todos os elementos e circunstâncias acerca da conduta atribuída ao acusado, estando preenchidos os requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal. [...] (TJSC, Recurso Criminal n. 2012.065973-8, de Urussanga, rel. Des. Roberto Lucas Pacheco, j. 19-09-2013) - grifei.

E sobre a hipótese de julgamento manifestamente contrário à prova dos autos, colhe-se o seguinte precedente deste egrégio Tribunal:

> PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A VIDA. TRIBUNAL DO JÚRI. HOMICÍDIO QUALIFICADO E OCULTAÇÃO DE CADÁVER (ART. 121, § 2º, I, II, III, IV E V, E ART. 211, TODOS DO CÓDIGO PENAL). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA RÉ. PRELIMINARES. PLEITO DE DESENTRANHAMENTO DE PROVA ILÍCITA. NÃO CONHECIMENTO. REITERAÇÃO DE PEDIDO DE NULIDADE. REQUERIMENTO DE DILIGÊNCIAS. PEDIDOS NÃO FORMULADOS NO MOMENTO OPORTUNO (ART. 422 DO CPP). PRECLUSÃO OPERADA. OFENSA AO ART. 478, I, DO CPP. NÃO CONFIGURAÇÃO. REFERÊNCIA À DECISÃO DE PRONÚNCIA EM PLENÁRIO PELA ACUSAÇÃO. IRREGULARIDADE NÃO DEMONSTRADA. ANULAÇÃO DO JULGAMENTO POR SER A DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS (ART. 593, III, "D", DO CPP). TESE DE NEGATIVA DE AUTORIA. NÃO OCORRÊNCIA. CONSELHO DE SENTENÇA QUE OPTOU POR UMA DAS VERSÕES EXISTENTES NOS AUTOS. [...] - O Tribunal de Justiça não possui competência para analisar se o Conselho de Sentença valorou de forma adequada as provas, mas apenas verificar se a decisão é arbitrária e dissociada do conjunto fático-probatório, conforme art. 593, III, "d",

> do Código de Processo Penal. [...] (TJSC, Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2014.002176-0, de Blumenau, rel. Des. Carlos Alberto Civinski, j. 21-10-2014) - grifei.

Assim e por tudo que nos autos consta, o recurso da defesa deve ser conhecido e desprovido, mantendo-se incólume, em homenagem ao princípio da soberania dos veredictos populares, a decisão do Conselho de Sentença.

Ante o exposto, o voto é para conhecer e desprover o apelo.

Considerando que o caso presente se amolda ao rol do art. 1º, I, "e", da LC 64/90, proceda-se à inclusão dos dados do presente feito no CNCIAI.

Este é o voto.

PRIMEIRO GRAU

SENTENÇAS

Autos n. 0008514-05.2011.8.24.0036

Comarca de Jaraguá do Sul
Juizado Especial Cível e Criminal
Ação Penal - Procedimento Sumaríssimo
Autor: Ministério Público do Estado de Santa Catarina
Acusados: Dorval Henrique Ferrari e Maurício José Souto-Maior
Assistente de Acusação: Seguradora Líder dos Consórcios do Seguro DPVAT S/A

Vistos para sentença.

Dispensado o relatório (art. 81, § 3º, da Lei nº 9.099/95).

I – Fundamentação

Cuida-se de **AÇÃO PENAL** deflagrada pelo **REPRESENTANTE DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA em face de DORVAL HENRIQUE FERRARI e MAURÍCIO JOSÉ SOUTO-MAIOR,** já qualificados nos autos, atribuindo-lhes a suposta prática delituosa prevista no art. 66, caput, do Código de Defesa do Consumidor – CDC combinado com o art. 29 do Código Penal – CP, por 13 (treze) vezes, aplicando à hipótese o disposto no art. 71 do Estatuto Criminal (crime continuado).

Preliminarmente, cumpre destacar que o feito se encontra apto para julgamento, não havendo nenhuma proemial e/ou nulidade a ser sopesada.

Do Seguro Obrigatório de Danos Pessoais Causados por Veículos Automotores de Via Terrestre – DPVAT

Antes de adentrar no *meritum causae* da presente demanda, urge fazer uma análise acerca do Seguro Obrigatório de Danos Pessoais Causados por Veículos Automotores de Via Terrestre – DPVAT, instituído pela Lei nº 6.194, de 19 de dezembro de 1974.

A instituição de um seguro obrigatório para garantir uma indenização mínima às vítimas de acidentes com veículos automotores decorreu dos riscos gerados pela circulação destes veículos, da ineficiência estatal para dar o tratamento adequado às vítimas de acidentes e da falta de amparo em que ficavam os familiares destas, mormente quando se tratava de acidente com vítima fatal e o veículo não era identificado.

Vê-se claramente o cunho social do referido seguro, porquanto o segurado é indeterminado, só se tornando conhecido quando da ocorrência do sinistro, e o proprietário do veículo, diferentemente do que ocorre no seguro de responsabilidade civil, não é o segurado, mas sim estipulante em favor de terceiro. Ademais, corroborando a função social do DPVAT, extrai-se do referido diploma legal que o pagamento da indenização será efetuado mediante simples prova do acidente e do dano dele decorrente, independentemente da existência de culpa, haja ou não resseguro, sendo incabível a cobrança de qualquer franquia de responsabilidade do segurado (art. 5º, *caput*).

Estabelece a aludida lei indenização para cobertura dos danos pessoais em três hipóteses: morte, invalidez permanente, total ou parcial, e despesas de assistência médica e suplementares.

No caso em tela, questiona-se o modo pelo qual foi requerido o reembolso das despesas de assistência médica e suplementares, previsto no art. 3º, III, da Lei nº 6.194/74.

Consta do mencionado diploma legal que o reembolso é assegurado até o valor de R$ 2.700,00 (dois mil e setecentos reais) para despesas médico-hospitalares, desde que devidamente comprovadas, efetuadas pela rede credenciada junto ao Sistema Único de Saúde – SUS,

quando em caráter privado, vedada a cessão de direitos (§ 2º do art. 3º). Dispõe, outrossim, que estas despesas *"em nenhuma hipótese poderão ser reembolsadas quando o atendimento for realizado pelo SUS, sob pena de descredenciamento do estabelecimento de saúde do SUS, sem prejuízo das demais penalidades previstas em lei"* (§ 3º do art. 3º).

Isso porque, conforme estabelece a Lei nº 8.212/91, em seu art. 27, parágrafo único, *"As companhias seguradoras que mantêm o seguro obrigatório de danos pessoais causados por veículos automotores de vias terrestres, de que trata a Lei nº 6.194, de dezembro de 1974, deverão repassar à Seguridade Social 50% (cinquenta por cento) do valor total do prêmio recolhido e destinado ao Sistema Único de Saúde – SUS, para custeio da assistência médico-hospitalar dos segurados vitimados em acidentes de trânsito"*.

É nítido, pois, que a Lei nº 6.194/74 possui o propósito de desafogar o SUS, diminuindo seus gastos no tocante às despesas médico-hospitalares decorrentes de acidentes automobilísticos, mediante ação conjunta das seguradoras de todo o país, organizadas em consórcio.

Ademais, havendo destinação de metade do valor total do prêmio recolhido com o DPVAT para o SUS, com o escopo de custear assistência médico-hospitalar às vítimas de acidente de trânsito, e podendo o acidentado se utilizar do valor a que alude o art. 3º, III, da Lei nº 6.194/74 para reembolso de gastos farmacológicos, fisioterápicos e outros que venham a ser necessários após a alta hospitalar, forçoso concluir que a opção entre o atendimento médico-hospitalar particular, pelo SUS ou pelo DPVAT, deve ser oferecida às vítimas de acidente automobilístico, consumidor destes serviços, de forma clara, sem condicionamentos ou omissão de informações relevantes.

Por fim, dessume-se da Lei nº 6.194/74 que a violação à vedação de cessão do direito ao reembolso configura apenas ilícito civil; não há na legislação pátria a tipificação da conduta de infringir o disposto na parte final do § 2º do art. 3º da referida lei.

Da Denúncia

A peça acusatória, acostada às fls. II/XVII, noticia que os acusados, na condição de representantes legais do Hospital e Maternidade São José e da Central de Assessoria de Seguros, através de interpostas pessoas, *"em várias oportunidades, mediante mais de uma ação, em condições de tempo, lugar, maneira de execução semelhantes, (...) omitiram aos consumidores (todos vítimas de acidente de trânsito que buscaram atendimento no Hospital) informações relevantes sobre a natureza, característica, qualidade, e desempenho do serviço oferecido pelo Hospital São José, sendo induzidos para utilização do seguro obrigatório – DPVAT, tudo isso para se beneficiarem por uma cessão de direitos não permitida pela Lei nº 6.794/1974 e para que o Hospital auferisse maiores lucros em detrimento dos recursos advindos do Sistema Único de Saúde – SUS"* (*sic*), dando como incursos no art. 66, *caput*, do CDC combinado com o art. 29 do CP, por 13 (treze) vezes, aplicando à hipótese o disposto no art. 71 do CP (crime continuado).

Dos 13 (treze) fatos descritos na denúncia, 09 (nove) – Fatos 1 a 9 – foram alcançados pela prescrição da pretensão punitiva, com fulcro nos arts. 107, IV, e 109, VI, ambos do CP, combinado com o art. 61 do Código de Processo Penal – CPP, cuja Sentença (fls. 439-441) transitou em julgado em 17/09/2013 (fl. 461).

Remanesceram os Fatos 10 a 13, relativos, respectivamente, às vítimas de acidente automobilístico Wilbersonn Felipe Bastos (autos nº 0008482-97.2011.8.24.0036), Jadete Buccio Bueno (autos nº 0008514-05.2011.8.24.0036), Klecio de Sá Nascimento (autos nº 0008456-02.2011.8.24.0036) e Charles da Cunha (autos nº 0008460-39.2011.8.24.0036) e é no tocante a estes fatos que ficará adstrito o presente *decisum*.

Pois bem. A improcedência da denúncia é medida que se impõe, senão vejamos.

a) Da materialidade e da autoria

Analisando os autos, infere-se que restou comprovado que as vítimas de acidentes automobilísticos mencionadas na peça acusatória foram atendidas pelo Hospital e Maternidade São José, cujo segundo réu é seu administrador, em caráter particular, não tendo sido utilizados recursos do SUS para o pagamento das despesas médico-hospitalares decorrentes deste atendimento, consoante se infere dos documentos acostados às fls. 94-100, dos autos nº 0008456-02.2011.8.24.0036, permitindo a solicitação do reembolso previsto no art. 3º, III, da Lei nº 6.194/74. Os valores constantes das respectivas notas fiscais de prestação de serviço hospitalar se mostram razoáveis; além disso, não há nos autos qualquer impugnação a estes valores por parte da Seguradora Líder dos Consórcios do Seguro DPVAT S/A, ora assistente de acusação.

Outrossim, demonstrado nos autos que todos os pedidos de reembolso foram formulados através da Central Assessoria de Seguros, cujo primeiro réu é seu representante legal, e assinados pelas vítimas dos acidentes, as quais informaram contas bancárias pessoais onde deveriam ser efetuados os depósitos (fls. 45-74 e 76-79, dos autos nº 0008482-97.2011.8.24.0036; fls. 21-60 e 62-67, dos autos nº 0008514-05.2011.8.24.0036; fls. 46-59 e 61-64, dos autos nº 0008456-02.2011.8.24.0036; e, fls. 29-63 e 65-70, dos autos nº 0008460-39.2011.8.24.0036).

Essa intermediação foi possível face à existência de um escritório da Central Assessoria de Seguros nas dependências do Hospital e Maternidade São José, por força de Contrato de Prestação de Serviços de Assessoria (fls. 386-389), no qual aquela tinha por objetivo prestar serviços de *"orientação e viabilização do recebimento do **Seguro Obrigatório – DPVAT**, para ressarcimento das despesas havidas com as vítimas de acidentes causados por veículos automotores de vias terrestres - **DAMS à CONTRATANTE**, visando a obtenção de reembolso, assim entendido o efetivo recebimento de despesas efetuadas com atendimentos ambulatoriais ou hospitalares a pessoas que tenham cobertura do Seguro DPVAT"* (Cláusula

Primeira). Prevê o referido contrato que não haverá remuneração da contratada pelos serviços prestados; todavia, esta terá o direito ao ressarcimento das despesas cartoriais por ela pagas para elaboração do processo administrativo de DAMS, bem como acesso ao banco de dados das vítimas de acidentes automobilísticos atendidas no nosocômio para averiguar quais *"porventura tenham perfil para o encaminhamento dos processos de Invalidez Parcial Permanente"* (Cláusula Quarta), casos em que aufere comissão pelos serviços prestados, desvinculada dos serviços contratados pelo hospital.

Não há nos autos, além disso, prova da alegada cessão de direitos; embora conste na Declaração de Reembolso da vítima Charles da Cunha (fls. 65-70, dos autos nº 0008460-39.2011.8.24.0036) que este outorgou procuração à Central de Assessoria de Seguros, o aludido instrumento não foi juntado ao caderno indiciário. Ainda que houvesse a comprovação da cessão de direitos, indiscutível que a violação ao disposto na parte final do § 2º do art. 3º da Lei nº 6.194/74 caracteriza, tão somente, ilícito civil, o qual inclusive foi objeto de Termos de Compromisso de Ajustamento de Conduta firmados pelos acusados no Inquérito Civil Público nº 06.2012.00005650-8 (fls. 599-603 e 604-608).

Demais disso, embora comprovado que o primeiro réu, na condição de gestor do escritório da Central de Assessoria de Seguros, afixou no estabelecimento cartazes indicando aos consumidores, vítimas de acidente de trânsito e seus familiares, que a utilização do DPVAT para reembolso das despesas médico-hospitalares é facultativa e que há a possibilidade de encaminhamento do pedido diretamente nos bancos e nas seguradoras (fls. 137-139, dos autos nº 0008482-97.2011.8.24.0036), a suposta omissão de informações relevantes sobre os serviços prestados pelo Hospital e Maternidade São José ocorria logo após os primeiros atendimentos prestados à vítima no pronto-socorro e antes da sua internação hospitalar.

Assim, para a configuração do delito narrado na exordial acusatória, necessária a comprovação desta omissão no primeiro contato feito

com a vítima ou seus familiares, dependendo do estado de saúde em que aquela aportava no nosocômio. Isto porque, depois de realizados todos os procedimentos médico-hospitalares necessários e a vítima já ter permanecido internada em quarto privativo ou semiprivativo, incabível a cobrança dos serviços pelo SUS, sendo inócuo apurar se foram omitidas informações no momento em que a vítima preencheu e/ou assinou o formulário para solicitação de reembolso destas despesas, o que acontecia, normalmente, após a alta hospitalar.

Em seus interrogatórios (fls. 525 e 540 – Dorval Henrique Ferrari – e 558 e 561 – Maurício José Souto-Maior), os acusados negam a prática dos fatos narrados na denúncia, afirmando que a orientação dada aos seus funcionários era no sentido de ser necessário explicar aos pacientes e seus familiares que podiam optar pelo atendimento particular, pelo SUS ou pelo DPVAT, não havendo nenhum condicionamento ou obrigação para que fosse optado por este último. Outrossim, aduzem que seus funcionários eram orientados para informarem que o atendimento hospitalar era o mesmo, havendo diferença, apenas, no que concerne à internação hospitalar – enfermaria coletiva para atendimento do SUS e quarto privativo ou semiprivativo para atendimento particular ou DPVAT. O primeiro acusado sustentou, também, que outra orientação fornecida era que o pagamento, quando optado pelo DPVAT, poderia ser realizado de forma antecipada, com reembolso ao paciente posteriormente pela Seguradora Líder, ou a *posteriori*, quando do recebimento da indenização de que trata o art. 3º, III, da Lei nº 6.194/74, podendo o paciente pagar diretamente ao Hospital e Maternidade São José ou outorgar à Central Assessoria de Seguros procuração para realizar o saque dos valores e repassá-los ao nosocômio.

Corroboram os interrogatórios dos acusados os depoimentos das testemunhas de defesa Luciane de Conti e Luciana Maria de Souza, senão vejamos.

Quando inquirida perante este Juízo, Luciane de Conti declarou que:

"(...) ***Quando você atende, por exemplo, algum acidentado, como é feita toda a documentação dele? No local, na hora que ele chega? Depois do atendimento? No local, ou vai a cartório pra assinar?*** *O atendimento não é feito à princípio que o paciente chegava, porque primeiro ele tinha que ser atendido e aí, posteriormente a gente fazia a orientação do paciente, e aí, dependendo da opção dele, era feita a documentação.* ***Por uma questão de ordem, qual é a função da senhora?*** *Eu era atendente no escritório, na central de seguros.* ***Dentro do hospital, é isso?*** *Nós tínhamos uma unidade dentro do hospital e outra fora do hospital.* ***Aí respondendo a pergunta do doutor, o paciente chega, é tratado e depois é feito esse contato é isso?*** *Na verdade assim, ele chega, é atendido, é feito o atendimento dele no hospital, depois que ele já foi atendido e fez todos os exames, tudo certinho, aí nós fazíamos a orientação dele, e aí nesse momento que ele optava ser atendido pelo SUS ou particular pelo seguro, aí era feita a documentação, se ele fizesse essa opção, só era feita a documentação, posteriormente ainda depois que ele saía do hospital, que ele tinha alta hospitalar, depois de alguns dias ele assinava a documentação em cartório, por autenticidade até, a gente exigia que fosse né.* ***Dona Luciane, a senhora trabalha a quanto tempo nessa empresa Central de Seguros?*** *Data bem certa eu não me recordo, mais ou menos uns 5 anos eu acredito. (...)* ***A senhora abordava apenas os pacientes, ou os familiares dos pacientes?*** *Praticamente sempre os familiares.* ***Claro presumindo que a pessoa estava no atendimento, atende o familiar. Então, quando a senhora atendia o familiar, o paciente foi mandado na maca, o familiar tá ali, ligaram pra ele ou ele tava junto no acidente, acabou de chegar ali, era um momento de desespero da família? A pessoa tava preocupada com o seu ente querido, quando chegava pra falar com a senhora?*** *Geralmente não, porque nesse momento em que ela estava fazendo o atendimento, a gente nem quer conversar né, porque quando a gente leva algum ente nosso para o hospital a gente praticamente nem quer conversar com ninguém, a gente só quer saber do atendimento do nosso ente, fica ali no aguardo pra tentar falar com a enfermagem ou com algum médico, no aguardo de alguma notícia, então nesse momento a gente não achou viável conversar com eles nesse momento, até por a gente poder falar alguma coisa e eles nem entender nesse momento do que está se tratando. (...)* ***Se a escolha do reembolso era apenas futura, a escolha se vai ser quarto coletivo ou individual, se o paciente já tinha saído do quarto, como que era feito?*** *Não, antes da*

internação, geralmente, eles já tinham feito essa opção. (...) ***A senhora era subordinada à quem naquela época? Ao Sr. Dorval? Ele era seu patrão?*** *Sim.* ***Em algum momento ele falou pra senhora se havia alguma diferença entre o atendimento prestado via SUS ou no prestado particular?*** *Não, porque eu trabalhava lá dentro e tive um treinamento, e mesmo quando eu comecei a trabalhar, eu mesmo, por si só, vi como o atendimento era igual.* ***A senhora falava isso pras pessoas que chegavam lá? Que o atendimento era igual?*** *Sim. Até porque o atendimento, se você for ver, até hoje é o mesmo, o que você pode fazer é optar por ser atendido particular, ou pelo plano de saúde né. A gente sabe que existe diferença no quarto de alguém que vai estar por plano de saúde, vai ter diferença no quarto. (...)* ***Em algum momento, a senhora informava os pacientes ou pros seus familiares, que esses valores que eles tinham direito podiam ser usados fora do hospital, em tratamentos, etc.?*** *Sim, sempre informei, até porque grande parte deles tinham interesse justamente nisso.* ***Em qual, dentro ou fora?*** *Os dois, interesse nos dois, alguns tinham interesse em usar só pra medicamentos, outros só pra internação, depende do caso de cada pessoa, justamente por isso que a gente sempre orientou, pra pessoa estar ciente do que estava sendo feito.* ***Que tipo de serviços vocês encaminhavam por ali?*** *O nosso escritório, a nossa empresa, encaminha todos os tipos de indenizações.* ***Quais seriam essas, poderia falar pra nós por favor?*** *Nós encaminhávamos, estou falando no passado porque não é mais feito assim, mas no passado nós encaminhávamos as despesas que a pessoa tinha, que é a DAMS e a indenização, a nossa empresa encaminha isso, mas nós encaminhávamos isso em outro escritório. Nós tínhamos dois escritórios né.* ***Ah, era a mesma empresa que fazia, mas em escalas diferentes. O que era falado pros pacientes ou familiares, sobre quem ficaria responsável pelo pagamento das despesas? A pessoa chegava lá e em determinado momento era oferecido pra ela se queria ser atendido pelo DPVAT ou SUS, quando a pessoa recebia essa proposta, a senhora informava pra ela quem pagaria o hospital?*** *O que eu orientava era que, ninguém estaria pagando naquele momento a conta, ela ficaria em aberto e no momento que houvesse o pagamento, seria repassado para o hospital.* ***Qual pagamento? Pra deixar claro.*** *Pagamento das despesas que o paciente optou por fazer particular.* ***As despesas do hospital existiram, o paciente não pagava nada, ou seja, ele não era cobrado pelo hospital, e assinava um documento com a empresa pedindo***

reembolso dessas despesas que ela nunca pagou. *Isso, porque ela não tinha aquele valor pra desembolsar. (...)* ***O paciente recebeu a alta, ele ou o familiar iam no escritório, a senhora nos disse que esse dinheiro era pago direto do DPVAT para o hospital.*** *Quando fosse pago, seria repassado ao hospital, só que eles tinham que ter uma conta pra depois repassar para o hospital.* ***O paciente tinha que abrir uma conta, o DPVAT pagaria 100% do valor ao paciente e depois ele tinha que pagar o hospital?*** *Por vezes sim. (...)* ***Então vocês, com essa documentação que era preenchida pelo paciente, pelo familiar, vocês endereçavam à seguradora Líder para o pagamento dessas despesas hospitalares, que obviamente, junto com essa documentação, iam os documentos emitidos pelo hospital.*** *Sim.* ***Junto com essa documentação que era encaminhada ao DPVAT, era indicada a conta corrente do paciente para que fosse depositado integralmente? Ou esse dinheiro não entrava a conta do paciente e era depositada direto para o hospital? O valor da despesa hospitalar.*** *Não, o DPVAT exige que seja na conta do paciente, sempre exigiu, desde que eu lembre. (...)* ***A senhora sabe se é ilegal esse dinheiro não entrar 100% na conta do paciente?*** *Não, o dinheiro tinha que ter entrado 100%, porque era uma exigência da seguradora, eles nem pagavam se não fosse 100% na conta deles, não tinha como, eu não consigo nem visualizar isso que o doutor tá falando. (...)* ***Vocês faziam uma ponte entre o paciente e o DPVAT, é isso?*** *É, porque eles diziam sempre que não tinham informação, a gente passava a informação e encaminhava, a gente prestava uma assessoria pra eles né, e também nesse escritório nós encaminhávamos as indenizações né, aquelas indenizações por invalidez, e era por esse serviço que a gente cobrava, pra encaminhar, essas outras despesas a gente nem cobrava pra encaminhar, era um serviço que a gente prestava mas nem cobrava nada, porque o nosso interesse mesmo era de encaminhar as indenizações, nem havia esse interesse mesmo de encaminhar as despesas, porque não era o foco da nossa empresa.* ***Quais eram os percentuais cobrados por cada serviço?*** *O único serviço que nós cobrávamos era esse de indenização, era de 20%. (...)* ***A procuração que a senhora fornecia aos pacientes, ela continha que poderes?*** *Agora assim de cabeça eu não vou saber.* ***Havia poderes para abrir conta bancária em nome do paciente?*** *A procuração que a gente faz de indenização a gente faz uma procuração pra abrir conta bancária, quando eles não tem acesso a estar abrindo, e a gente também dá essa opção de eles estar abrindo ou se querem que e a gente abra, mas tem muitos que preferem*

que a gente abra, porque eles já procuram o nosso escritório porque eles sabem que é uma burocracia enorme pra estar encaminhando isso, eles já procuram um escritório porque querem menos burocracia pra estar encaminhando, então já procuram a gente nesse sentido" (*sic*) (fls. 524 e 540).

No mesmo norte foram as palavras de Luciana Maria de Souza, *in verbis*:

"(...) ***Você trabalhava na Central de Seguros?*** *Sim.* ***E qual seria sua função lá na Central de Seguros?*** *Eu era escriturária no momento dessa acusação, tinha duas funcionárias, uma ficava na nossa sala que seria fora do hospital, e uma na sala que seria dentro do hospital, mas abaixo do pronto-socorro, então nesse momento eu que abordava os clientes, eu explicava pro cliente qual o direito dele. (...)* ***Como que era estabelecido um relacionamento inicial com os pacientes acidentados, eles procuravam o hospital e então, o que acontecia?*** *O acidentado chegava no hospital, ia pra emergência né, tava quebrado, então o que acontecia, o hospital passava informação pro paciente do que ele teria direito, de usar o SUS ou DPVAT, se o paciente ou familiar optava pelo DPVAT, ele procurava nossa sala, em nenhum momento nós ficava abordando cliente lá no pronto- socorro.* ***Certo, e lá no departamento do DPVAT no hospital, era repassado as informações todas para o cliente, como que era isso?*** *Sim, nós informávamos o cliente de que ele poderia usar o DPVAT até um valor de R$ 2.700,00, ou ele podia optar pelo SUS, se ele optasse pelo SUS ele ficaria num quarto de enfermaria, e pelo DPVAT ficaria num quarto melhor.* ***E tinha algum cartaz, alguma coisa que dizia que se o cliente...por exemplo, se ele não quisesse utilizar o serviço da Central, tinha algum...*** *Ele era informado que poderia optar em pagar particular ou procurar outra seguradora que fizesse serviço, mas acho que não teria outra que faz o mesmo serviço que a gente nessa parte de atender pelo hospital, mas ele é informado que ele poderia procurar qualquer outra empresa para encaminhar.* ***Como que o cliente sabia dos valores que ele teria direito em relação à cobertura do DPVAT?*** *Nós explicávamos pra família, sempre era mais a família, porque o quebrado nunca vinha até nós, então o familiar ia lá, nós explicávamos que ele teria o direito de usar o DPVAT até o valor de R$ 2.700,00, a maioria dos casos eram graves e não batia os R$ 2.700,00, ficava pelo SUS, a gente sempre deixou bem claro que o paciente podia optar pelo DPVAT ou pelo SUS, ninguém obrigava ele a fazer pelo DPVAT.* ***O***

paciente era informado do limite de valor pelo DPVAT? *Sim, nós informávamos, porque em muitos casos graves eles nos procuravam, mas R$ 2.700,00 era um valor muito baixo e a gente dizia que não teria como.* ***Por exemplo, se o paciente realizasse alguma despesa fora do hospital, e perguntasse pra empresa, como ele faria pra recuperar?*** *Essa informação nós passávamos todas para o cliente, que ele teria direito de usar o hospital, no caso, quando tivesse alta, teria direito a comprar medicamentos, fisioterapia, muleta, trazesse as notinhas que a gente pedia o reembolso, tudo era bem explicado porque eu que explicava pro cliente.* ***A Central teria, por exemplo, que tipo de remuneração em relação a danos?*** *Nenhuma, nós fazíamos o serviço de graça pro hospital, conforme eu já disse que nós tínhamos o contrato, e o que a gente ganhava, se o cliente tivesse invalidez a gente informava que ele podia encaminhar em qualquer outra seguradora sem ser cobrado nada, mas que ele teria que correr atrás de tudo, e nós cobrávamos uma porcentagem mas fazíamos todo o processo que a Líder exige.* ***No caso da internação, da estada do paciente no hospital, a Central informava a diferença no atendimento SUS e DPVAT?*** *Informava, porque a realidade é essa, SUS é uma coisa e DPVAT era outra, quando o paciente sofria uma fratura que não era tão grave, ele entrava na fila do SUS, e se fosse pelo DPVAT ele fazia de imediato, porque o SUS tem uma fila de espera.* ***A senhora afirma que essas eram explicações que eram dadas aos pacientes? Sim, com certeza, com certeza. A Central permaneceu lá nessa época, e depois, que fim teve esse relacionamento da Central com o hospital?*** *Depois que a Líder exigiu que o paciente tivesse R$ 2.700,00 quando ele sofre o acidente pra poder pagar o hospital e depois pedir o reembolso, nós não temos mais contrato com o hospital, no caso o hospital é atendido pelo SUS hoje e se ele tiver R$ 2.700,00 no bolso ele paga e depois pede pra Líder.* ***E como que funciona, por exemplo, uma pessoa que precisa do DPVAT, e quer entrar no hospital pelo DPVAT, ela pode entrar e pagar no final dos atendimentos, ou como que faz?*** *A família no caso vai ter que acertar o valor né, como se fosse particular.* ***Certo, mas se o hospital exige que o paciente pague, como que ele fica nessa situação?*** *Se ele não tem condição de pagar, ele fica pelo SUS.* ***Mas o DPVAT precisa cobrir com as despesas.*** *Mas ele tem que pagar primeiro pra poder pedir pelo DPVAT hoje, não tem como, o hospital não vai esperar ele pedir o reembolso, até porque não pode né.* ***E era explicado isso pro paciente?*** *Na época sim. (...)* ***O paciente recebia todo tipo de informação?*** *Sim, eu*

ficava à disposição, se ele não entendesse alguma coisa, ele me procurasse que eu explicava novamente. ***E sobre alguma dúvida posterior, como que fazia, ele recebia algum telefone, podia voltar lá?*** *Sim, ele podia voltar no escritório, sempre ficava no escritório esperando um cliente.* ***Ficava um funcionário lá sempre?*** *Sim, eu trabalhava de segunda a sábado no hospital. (...)* ***Hoje, se o paciente opta por pagar o hospital, pra buscar o reembolso, como ele procede pra buscar o reembolso?*** *Hoje, ele teria que procurar os Correios ou qualquer seguradora que não seja a HDI, ou Liberty, seguradoras assim, ele teria que apresentar todas as notas que ele gastou, receita médica e coisas assim, e pedir o reembolso pra Líder.* ***A documentação exigida é simples, ou qualquer cliente mesmo os clientes que poderiam ser atingidos pelo DPVAT, poderiam tê-los rapidamente?*** *Não, eles falam na propaganda da TV que em 30 dias a vítima de acidente de trânsito pode procurar seus direitos, mas não é assim que funciona, hoje a gente tem vários clientes que nos procuram pra encaminhar o reembolso porque foram nos Correios, como diz na TV e não tiveram êxito, aí eles procuram nós pra ajudar. (...)* ***Antes de 2009 era operada a cessão de direitos diretamente entre o paciente e o hospital?*** *Até a Líder, no caso, parar, sim. Parou em 2008 né? Não, quando foi parar, de 2008 pra frente nós usávamos no caso a conta do cliente com a procuração.* ***Certo, isso foi até a alteração legislativa de 2008-2009?*** *Exatamente. (...)* ***A senhora preparava o processo de sinistro, ou era o próprio paciente?*** *Não, o paciente trazia a documentação que a seguradora Líder exigia, e eu preparava a documentação e mandava até a matriz, a matriz tinha uma pessoa responsável por organizar e encaminhar para a seguradora Líder.* ***As notas de serviço, notas fiscais, recibos de pagamento, eram entregues à senhora pela direção do hospital, por funcionários do hospital?*** *Sim, o hospital fazia o faturamento e me entregava, pra eu poder encaminhar.* ***A senhora sabe dizer se isso também era entregue aos pacientes?*** *Só entregava as notas dos pacientes quando a Líder pagava, e daí depois a gente emitia, no caso pro cliente... assim, vamos supor que nós fazíamos a documentação e mandava para a Líder, quando a Líder fazia o pagamento pro hospital, o hospital emitia um recibo que realmente ele recebeu da Líder (...)* ***E esses recibos eram entregues pela direção do hospital à Central Assessoria sem intermédio, sem passar pelo paciente, a pergunta é essa?*** *Sim, sim, elas faziam toda a documentação era para nós, o cliente era ciente disso.* ***A senhora informava os pacientes da necessidade de prévio desembolso de valores pra fazer jus ao***

> ***DAMS?*** *Como assim?* ***Que era necessário pagar primeiro? A senhora disse que essa orientação só mudou, quando exatamente mudou?*** *Que no caso o cliente tinha que pagar para depois pedir o reembolso?* ***Isso.*** *Depois de 2009 pra cá foi assim. Porque daí no caso nós fazíamos a documentação, o cliente trazia uma conta dele pra nós, nós mandávamos para a Seguradora Líder com o valor total que ele gastou no hospital.* ***E atualmente, a Central Assessoria não faz o intermédio do pedido de DAMS?*** *Não, hoje não.* ***Ou exclusivamente em Jaraguá do Sul não opera mais?*** *Nós temos nosso escritório fora do hospital, sem contato nenhum com o hospital, se um cliente nos procura a gente encaminha sem custo nenhum.* ***Isso em Jaraguá do Sul?*** *Em Jaraguá do Sul.* ***Qual a porcentagem cobrada nos casos de invalidez?*** *É 20%.* ***E morte?*** *Também, varia de 15 a 10%"* (*sic*) (fls. 577-578).

No tocante à prova testemunhal postulada pela acusação, será apreciada aquela constante dos autos em relação a cada fato descrito na denúncia, separadamente.

a.1) Fato 10 – Vítima: Wilbersonn Felipe Bastos

Compulsando os autos nº 0008482-97.2011.8.24.0036, extrai-se da Declaração – Reembolso de Despesas Médicas, acostada às fls. 76-79, que a vítima perdeu a memória, não se recordando do que aconteceu no dia do acidente. Este fato foi, inclusive, confirmado em seu depoimento prestado perante o Juízo, senão vejamos:

> *"(...)* ***Sofresse algum acidente de trânsito no ano de 2010?*** *Sofri!* ***Como é que foi esse acidente, conta pra nós, por favor?*** *Fui testar uma moto, daí entrei numa rua sem saída, um Ford Ka cortou a minha frente, e tive fratura de joelho, fratura exposta no acidente, me envolvi com o carro, ai fui encaminhado para o hospital! (...)* ***Tu te lembras como é que foi feito teu atendimento lá no local do acidente?*** *Não, eu tive só alguns flashs, eu bati a cabeça dai eu abri o olho tava já o pessoal da ambulância, então, depois eu acordei de volta dentro da ambulância, cheguei no hospital, cirurgia, pós, coisas assim!* ***Tá, dentro desses flashs que tu tens ai do atendimento pré-hospitalar, tu te lembras se quem te atendeu era bombeiro voluntário, se era SAMU?*** *Foi SAMU!* ***Ah foi SAMU, tu te lembras pra onde foste levado?*** *São José!* ***Hospital São José?*** *Isso!* ***Quando tu chegastes no hospital, estava consciente ou inconsciente, ou semiconsciente?*** *Tipo*

assim, eu abri o olho, mal e mal, sabe quando tu tá muito variado da cabeça, tu não tem noção do que tá acontecendo ainda, quando eu cheguei, eu reconheci que eu tava no hospital, por causa das pessoas, mas até então só tinha falado que eu tinha batido a moto e isso! ***Tu estavas de capacete?*** *Tava, sorte, o capacete tava preso!* ***E só cortou o queixo dai?*** *Abri a boca, perdi três dentes, traumatismo, perda óssea, ligamento! (...)* ***Tá, tu te lembras quem é que te abordou no primeiro momento?*** *Foi uma policial, a primeira pessoa que vi dentro foi uma policial, dentro do hospital!* ***Dentro do hospital, tá, sobre o que que tu conversaste com a policial, tu lembras?*** *Não, acho que era parte do Boletim de Ocorrência né, do acidente, só isso que eu tenho noção, depois dali pra frente eu abri o olho no meio da cirurgia já, dali só fui ter presente no quarto com a cirurgia já!* ***Pós cirurgia, tá, tu te lembras, se em algum momento, da tua permanência no hospital, ou algum tempo depois do teu acidente, se alguém te procurou pra falar sobre as despesas do teu atendimento?*** *Me procuraram!* ***Quem te procurou, em primeiro lugar, tu lembras?*** *Não, ai não, devido pela batida que tive na cabeça, não consegui ter a memória boa dali pra frente sabe, mas eu lembro que eu fui muitas vezes no hospital, em cartório, andei bastante em relação a esse acidente, e quem cuidou mais de praticamente tudo, foi mais a minha mãe!* ***Sua mãe?*** *Isso!* ***Quem é sua mãe?*** *Andrea!* ***Dona Andrea!*** *Ela trabalha no hospital Jaraguá!* ***Na época trabalhava no hospital Jaraguá?*** *Trabalha ainda!* ***Trabalha hoje, você falou que uma pessoa te procurou, tá vamos ver se eu to certo, tu entraste no hospital, terias tido esse contato com a policial, e depois tu acordaste já na sala de cirurgia, foi isso, no quarto depois?*** *É, tipo assim, na hora que eu pude falar com alguém eu já estava no quarto!* ***No quarto, já tinha feito a cirurgia então?*** *Já!* ***Este quarto que tu ficaste, era quarto coletivo ou individual?*** *Era eu e mais um!* ***Tu e mais um?*** *Isso!* ***Certo, depois que tu fizeste a cirurgia, que tu te restabeleceste, pudesse ter conversa com as pessoas, alguém do hospital veio falar contigo sobre as despesas?*** *Não, ali nesse momento não!* ***Certo, alguém do hospital te encaminhou pra falar com alguém pra ver essas questão do custeio das despesas?*** *Foi a minha mãe que cuidou dessa parte! (...)* ***Era uma sala que trabalhava com DPVAT então, não era um setor de cobrança do hospital, algum caixa, etc.?*** *Não, não, pela memória que eu tenho não era isso, era específico do DPVAT!* ***Essas pessoas se apresentaram pra ti como sendo o que?*** *Não!* ***Tu não lembras?*** *Não!* ***Tá, sobre que assunto tu tratasse com elas,***

tu tratasse por acaso, do recebimento de alguma indenização pelo acidente? *Sim!* ***E o que elas falaram sobre isso, essas pessoas, tu tinha direito a receber alguma coisa?*** *Tinha direito a receber um valor né, dai foi estabelecido lá o valor, e depois de tantos dias iria receber, e eu recebi!* ***Tu lembras quanto é que foi esse valor?*** *Dois mil e alguma coisa, dai descontou o gasto do hospital, sobrando mil e alguma coisinha pra mim, ai eu tive agora, esse ano em Blumenau, outra audiência que eu tive lá, que recebi mais uma parte, que eles entraram com processo do DPVAT! (...)* ***Desses dois mil e pouco pros mil e pouco que tu recebeu?*** *Foi pra pagar o hospital, foi feito bastante exame da cabeça, tomografia, essas coisas e a minha mãe por conhecimento, sabe que é um valor que entrou pra cobrir né!* ***Tu sabes se a tua família chegou a custear alguma coisa em dinheiro e depois recebeu?*** *Que eu lembre não! (...)* ***Tem uma sala ali, tu sabes se estas pessoas que estavam no Edifício Menegotti eram as mesmas que te atenderam lá no hospital, tu lembras?*** *Não, não lembro! (...)* ***Em algum momento, desde que houve teu acidente até a hora em que tu recebeste o valor, alguém te falou se existe diferença entre o atendimento prestado pelo SUS e o atendimento médico particular custeado indenizado depois com recursos do DPVAT?*** *Não!* ***Tu sabes se existe diferença entre um atendimento médico, não to falando em quarto, se o quarto vai ficar uma pessoa ou duas, não conhece nenhuma diferença?*** *Não! (...)* ***Mas uma nota do serviço que foi realizado o senhor recebeu então?*** *Ai que tá, eu tenho muita coisa e não tenho como confirmar aqui pra vocês sem eu reavaliar lá os documentos, então não sei porque quem cuidou bem dessa parte foi a minha mãe!* ***Então nota fiscal ou um recibo pelos serviços prestados?*** *Não vou saber, infelizmente dessa parte não vou ser útil pra esclarecer porque né!* ***Assinou alguma procuração?*** *Assinei muitos documentos, ai que tá, assinei mais de vinte vezes um papel lá!* ***O senhor tem ciência dos documentos que assinou ou não foi esclarecido o conteúdo?*** *Não foi esclarecido, só sabia que tinha que assinar, porque era efeito de estar internado, tudo isso, acidente, DPVAT, Boletim de Ocorrência, tudo ali né, e até falei lá fora, que eu lembro que assinei um, tinha onze folhas, que tive que assinar, era um documento do hospital ai pra levar pro hospital, tinha que reconhecer assinatura no cartório, tive que fazer muita coisa que até então na minha vida que não sabia que precisava em relação a esse acidente!* ***O senhor tem plano de saúde privado?*** *Não!* ***O senhor ouviu alguma referência a convênio DPVAT nesse escritório que o***

senhor foi ao hospital? *Não!* ***Não tem certeza, foi informado da possibilidade de usar esses valores de reembolso e pedido de indenização fora das dependências do hospital, como numa farmácia, numa fisioterapia, foi esclarecido que o senhor tinha essa opção?*** *Até então, o que eu entendi, quando fui conversar com as pessoas, eu tinha essa, o dinheiro que eu fosse receber de reembolso seria pra caso! (...)* ***Não entendeu, vou tentar reformular, foi informado ao senhor, neste escritório, que o senhor relacionou como escritório DPVAT, no hospital, que o senhor podia usar os valores DPVAT pra gastar em farmácia, fisioterapia, em outros lugares assim, foi dito assim?*** *Acredito que foi!* ***Acredita que foi?*** *Eu não tenho muito, faz três anos, foi bem, eu não vou saber te responder, posso agora falar que sim ou que não, mas na cabeça, pra mim não te!* ***Ele ficou internado quantos dias?*** *Quatro!* ***Quatro dias?*** *Isso!* ***Você fez uma cirurgia?*** *Fiz duas cirurgias!* ***Quanto que o senhor pagou por essas cirurgias?*** *Não, saiu do DPVAT ali né, fiz a primeira ali quando entrei no acidente, e depois pra retirar, foi colocado ferro no meu joelho no lugar da patela, dai eu fui só fazer a retirada!* ***O valor que você disse que recebeu, mil e oitocentos e alguns quebrados, ele foi na época do acidente, ou depois do acidente?*** *É foi praticamente no mesmo ano do acidente!* ***Mesmo ano?*** *É, mesmo ano!* ***Quando você recebeu mil e oitocentos e alguns quebrados, você sabia que era pela lesão que você ficou ou você achou que era por causa de despesa e mandaram você ir pagar no hospital?*** *Eu sabia que foi pela lesão, nesse momento eu sabia!* ***Depois disso você recebeu um outro valor?*** *É, foi agora esse ano, faz quatro meses que eu recebi! (...)* ***Você recebeu limpo quanto, somando seis mais um mil e oitocentos, daria uns oito mil mais ou menos, seis e duzentos mais um e oitocentos?*** *Isso!* ***E você usou esse dinheiro pra pagar o hospital? Não! Você sabia que esse dinheiro era em razão da lesão que você ficou ou em condição do gasto com o hospital?*** *Na minha cabeça, eu tenho que foi a lesão, até então eu não tinha dívida no hospital! (...)* ***O senhor sabe como funciona o seguro obrigatório DPVAT?*** *Na minha cabeça eu tenho que é quando a pessoa se acidenta, o seguro vem pra cobrir gastos! (...)* ***Não, não, eu digo o pessoal do DPVAT mesmo, nem conhece, pessoal da Lider, já ouviu falar em seguradora Lider?*** *Não, eu lembro que uma vez eu trabalhava e veio um homem lá, com seu documento, que era a respeito disso, do acidente!* ***Mas sabe em nome de quem que ele falava?*** *Não!* ***Ele não tava perguntando tudo pra você, tudo, como foi, pedindo pra você***

> ***assinar depois?*** *Isso!* ***Então era um auditor que foi conferir se você tinha tido o acidente?*** *Isso, isso mesmo, eu lembro que veio um tempinho depois, eu tava trabalhando, fui lá em casa, fui buscar ele, dai fui mostrando tudo os negocinhos, ele perguntou! (...)* ***Foste cobrado pelo hospital São José para fazer algum pagamento?*** *Diretamente a mim não! (...)* ***você se sente prejudicado pelo atendimento recebido pelo hospital São José?*** *Não, não tenho do que reclamar do atendimento, em relação a minha cirurgia, tudo, cara, não tenho que reclamar do médico, de ninguém lá! (...)"* (*sic*) (grifei) (fls. 523 e 540, dos autos nº 0008514-05.2011.8.24.0036).

Do referido documento se infere, igualmente, que a pessoa que manteve contato com os funcionários da Central Assessoria de Seguros e do Hospital e Maternidade São José foi a genitora da vítima, Andréa Regina Felipe Bastos, que também, consoante análise dos autos nº 0008482-97.2011.8.24.0036, assinou como responsável pelo paciente a Ficha de Consulta – Emergência (fl. 63) e a Ficha de Internação Hospitalar (fl. 68).

Vê-se, pois, que o primeiro contato, no qual poderiam os acusados, por interpostas pessoas, ter induzido na utilização do benefício do seguro obrigatório para o custeio das despesas médico-hospitalares em detrimento do SUS, omitindo, assim, informações relevantes sobre a natureza, característica, qualidade e desempenho do serviço oferecido pelo Hospital e Maternidade São José, foi realizado com a genitora da vítima, e não com esta.

Embora a genitora da vítima tenha sido ouvida na fase indiciária (fls. 84-85, dos autos nº 0008482-97.2011.8.24.0036), seu depoimento não foi confirmado em Juízo, o que impede sua utilização para embasar eventual decreto condenatório.

a.2) Fato 11 – Vítima: Jadete Buccio Bueno

Da mesma forma, a vítima Jadete Buccio Bueno sofreu traumatismo cranioencefálico grave, chegando inconsciente ao Hospital e Maternidade São José. O primeiro contato foi realizado com o familiar Osvaldo Bueno, que, consoante análise dos autos nº 0008514-05.2011.8.24.0036, assinou

como responsável pela paciente a Ficha de Consulta – Emergência (fl. 36) e a Ficha de Internação Hospitalar (fl. 40).

Da análise dos mencionados autos, verifica-se que o aludido familiar não foi ouvido no Termo Circunstanciado, nem durante a instrução criminal. Não há como se verificar, pois, se no primeiro contato, realizado com este familiar, no qual poderiam os acusados, por interpostas pessoas, ter induzido na utilização do benefício do seguro obrigatório para o custeio das despesas médico-hospitalares em detrimento do SUS, houve omissão de informações relevantes sobre a natureza, característica, qualidade e desempenho do serviço oferecido pelo Hospital e Maternidade São José.

Ademais, em que pese ter sido colhido o depoimento da vítima na fase inquisitorial, este não foi confirmado na fase judicial, porquanto desistido de sua ouvida (fls. 519-521, dos autos nº 0008514-05.2011.8.24.0036), não podendo aquele fundamentar eventual sentença condenatória.

a.3) Fato 12 – Vítima: Klecio de Sá Nascimento

No que concerne à vítima Klecio de Sá Nascimento, extrai-se dos autos nº 0008456-02.2011.8.24.0036, que sofreu ferimentos de média complexidade e que estava consciente quando de seu atendimento perante o Hospital e Maternidade São José. Ocorre que, conquanto tenha sido colhido seu depoimento no Termo Circunstanciado, Klecio não foi ouvido perante este Juízo, eis que desistido da sua oitiva (fls. 519-521, dos autos nº 0008514-05.2011.8.24.0036) não se afigurando possível a utilização desta prova indiciária para basear eventual condenação.

a.4) Fato 13 – Vítima: Charles da Cunha

Por derradeiro, com relação à vítima Charles da Cunha, constata-se dos autos nº 0008460-39.2011.8.24.0036, que sofreu ferimentos de média complexidade, aportando no Hospital e Maternidade São José consciente. O primeiro contato foi realizado com a genitora da vítima, Neide Petri da

Cunha, que assinou como responsável pelo paciente a Ficha de Consulta – Emergência (fl. 46) e a Ficha de Internação Hospitalar (fl. 50).

Dos aludidos autos, verifica-se que não foi tomado o depoimento do aludido familiar na fase indiciária, nem na judicial. Não há, assim, como se averiguar se no primeiro contato, realizado com a genitora da vítima, no qual poderiam os acusados, por interpostas pessoas, ter induzido na utilização do benefício do seguro obrigatório para o custeio das despesas médico-hospitalares em detrimento do SUS, houve omissão de informações relevantes sobre a natureza, característica, qualidade e desempenho do serviço oferecido pelo Hospital e Maternidade São José.

Demais disso, ainda que tenha sido realizada a oitiva da vítima na fase inquisitória, não foi tomado seu depoimento judicialmente, ante o pedido de desistência de sua oitiva (fls. 519-521, dos autos nº 0008514-05.2011.8.24.0036), o que impossibilita a utilização da prova indiciária para condenar os acusados como incurso no crime descrito na exordial acusatória.

Consoante já mencionado alhures, inadmissível a prolação de sentença condenatória com fundamento apenas em prova colhida na fase inquisitorial, não confirmada em Juízo sob o manto do contraditório e da ampla defesa, a teor do que dispõe o art. 155, *caput*, do CPP.

Acerca do tema, extrai-se da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

> **"(...) A Lei n.º 11.690/2008, ao introduzir na nova redação do art. 155 do Código de Processo Penal o advérbio 'exclusivamente', permite que elementos informativos da investigação possam servir de fundamento ao juízo sobre os fatos, desde que existam, também, provas produzidas em contraditório judicial. Noutras palavras: para chegar à conclusão sobre a veracidade ou falsidade de um fato afirmado, o juiz penal pode servir-se tanto de elementos de prova - produzidos em contraditório - como de informações trazidas pela investigação. Apenas não poderá se utilizar exclusivamente de dados informativos colhidos na investigação. (...)"** (HC nº 173.965-PE, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. em 01/03/2012).

No mesmo sentido é o entendimento do Egrégio TJSC:

> **"PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA PATRIMÔNIO. FURTO SIMPLES (CP, ART. 155, CAPUT). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA. PROVA ORAL. DÚVIDA QUANTO À CONDUTA DO AGENTE COM *ANIMUS FURANDI*. DEPOIMENTO TESTEMUNHAL COLHIDO NA FASE INQUISITORIAL NÃO CONFIRMADO EM JUÍZO. AUSÊNCIA DE PROVAS PARA EMBASAR O DECRETO CONDENATÓRIO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DO *IN DUBIO PRO REO*. ABSOLVIÇÃO QUE SE IMPÕE. PEDIDO DE CONVERSÃO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS EM PECÚNIA. MONTANTE ARBITRADO EM URVS. NECESSIDADE DE CONVERSÃO EM MOEDA CORRENTE. SENTENÇA REFORMADA. - Parecer da PGJ pelo conhecimento e provimento parcial do recurso. - Recurso conhecido e provido."** (Apel. Criminal nº 2014.046693-3, de Itapiranga, rel. Des. Guilherme Nunes Born, j. em 23/09/2014).

Dessarte, não havendo provas acerca da existência do fato, forçoso a aplicação do princípio do *in dubio pro reo*, com a consequente absolvição dos acusados, nos termos do art. 386, II e VII, do CPP.

Outrossim, ausente o dolo, consistente na vontade livre e consciente de omitir informação relevante sobre a natureza, característica, qualidade e desempenho do serviço oferecido pelo Hospital e Maternidade São José, porquanto ambos os acusados tomaram as providências necessárias para orientar seus funcionários. É o que se infere dos depoimentos das testemunhas de defesa Luciane de Conti e Luciana Maria de Souza, as quais informaram que receberam treinamento oferecido pela Central Assessoria de Seguros, administrada pelo primeiro réu, e prestavam às vítimas de acidentes automobilísticos todos os esclarecimentos necessários para que estas pudessem optar entre o atendimento particular, pelo SUS ou pelo DPVAT.

Ante o decreto absolutório, por ausência de provas suficientes para a condenação, despiciendo discorrer a respeito da alegação do acusado

Maurício José Souto-Maior de que não concorreu para a prática da infração penal, porquanto prejudicada sua análise.

Ademais, é sabido que **"(...) A parte não está limitada a defender uma única tese jurídica, gozando da prerrogativa de apontar todos os argumentos que, de boa-fé, possa considerar soluções plausíveis e desejáveis para o caso concreto. Por outro lado, não tem o magistrado o dever de responder, ponto a ponto, cada uma das teses imaginadas e defendidas pelas partes, bastando apontar os motivos por que firmou o seu convencimento e os fundamentos jurídicos da sua decisão. (...)"** (TJSC, Emb. Decl. Nº 2012.080559-3, de Videira, rel. Des. Sebastião César Evangelista, j. em 18/12/2014).

Por fim, pugna o acusado Dorval Henrique Ferrari pela reconsideração da decisão que deferiu a inclusão da Seguradora Líder dos Consórcios do Seguro DPVAT S/A como assistente de acusação. Não havendo modificação da situação fática constante dos autos, deve o referido *decisum* ser mantido por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Em arremate, inobstante já proferido o presente decreto absolutório, conveniente uma última reflexão. O caso dos autos trata de uma importante ferramenta para cobertura de acidentes, que tem o nobre intuito de indenizar casos de morte, invalidez permanente e reembolsar despesas comprovadas com atendimento médico-hospitalar. Todo proprietário de veículo contribui com o Seguro DPVAT. Contudo, é fato conhecido por todos, existe na prática grande dificuldade de acesso aos valores deste seguro. Como desburocratizar este mecanismo e facilitar o acesso aos recursos? Este questionamento deveria ser respondido pela Seguradora Líder dos Consórcios do Seguro DPVAT, que se fez presente nestes autos na condição de assistente da acusação almejando a condenação daqueles que, aparentemente, auxiliaram as vítimas de acidentes a alcançar justamente os fins a que se presta o Seguro DPVAT. Irônico? Contraditório? Não deveria a Seguradora Líder assumir o papel da Central Assessoria de Seguros? Será que a Central Assessoria

de Seguros foi criada por conta de um nicho de mercado originado nas deficiências do acesso ao Seguro DPVAT? Será que o interesse da Seguradora Líder com o presente feito é efetivamente apurar a prática de crime contra o consumidor – omitir informação relevante sobre a natureza, característica, qualidade e desempenho de serviço – ou será que o real objetivo da Seguradora Líder é coibir a "sangria" dos recursos de que dispõe? Fica-se a pensar.

Não há dúvidas de que a humanidade passa por um momento de sua história onde as transformações e inovações tecno-científicas tomaram uma proporção nunca antes vista. Em que pese todo o progresso e uma suposta condição de maior bem-estar à sociedade, os seres humanos têm sido vítimas constantes de tragédias – notadamente acidentes de trânsito –, que colocam em risco a sua própria existência. Os avanços sociais, econômicos, culturais, científicos, políticos e tecnológicos são incontestáveis; todavia, de forma um tanto quanto contraditória, é bastante perceptível a situação de miséria, de penúria, de exclusão, de desigualdade social, econômica e política, de retrocessos culturais, relegando parcela significativa da população mundial a uma condição de subdesenvolvimento, de desamparo e de indigência.

Vive-se na era dos paradoxos e dos absurdos. O caso dos autos parece sintomático das incongruências desta era em que se vive: quanto mais cidadãos, menor a qualidade da cidadania; quanto mais carros circulam, menor a mobilidade e maior o número de acidentes; quanto maior o acesso à Justiça, pior a qualidade da Justiça oferecida; quanto mais bens são oferecidos, mais consumistas os indivíduos se tornam; quanto mais direitos são reconhecidos aos cidadãos, mais burocracia torna difícil o alcance destes direitos.

Fica a reflexão.

II – Dispositivo

Ante o exposto

a) **MANTENHO** a decisão proferida às fls. 519-521, por seus próprios e jurídicos fundamentos; e

b) **JULGO IMPROCEDENTE** a exordial acusatória, e, em consequência, ABSOLVO **DORVAL HENRIQUE FERRARI** e **MAURÍCIO JOSÉ SOUTO-MAIOR**, o que faço com fulcro no art. 386, II e VII, do Código de Processo Penal.

Sem custas e honorários advocatícios.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Após o trânsito em julgado, certifique-se e arquive-se.

Jaraguá do Sul (SC), 21 de janeiro de 2015.

Rafael Maas dos Anjos
Juiz de Direito

Autos n. 0303728-21.2014.8.24.0008

Comarca de Blumenau
Vara de Direito Bancário
Ação: Procedimento Ordinário/PROC
Autor: Sandra Batista Kalbusch
Réu: BV Financeira S/A Crédito Financiamento e Investimento

Vistos.

Sandra Batista Kalbusch aforou o presente Procedimento Ordinário/PROC em face de BV Financeira S/A Crédito Financiamento e Investimento.

Intimada a emendar a inicial, com base no art. 284 do CPC, a parte autora restou inerte não cumprindo a determinação judicial, no que tange ao cumprimento do disposto no art. 285-B do CPC.

A petição inicial é o instrumento pelo qual o interessado provoca a atividade jurisdicional, fazendo surgir o processo.

Ao receber a petição inicial, o juiz irá examinar se ela atende a todos os requisitos da lei, e verificar se determinado documento não trazido com a exordial é indispensável ao próprio prosseguimento do feito. Se faltar qualquer um dos requisitos ou com a inicial faltar os documentos indispensáveis à propositura da ação, conforme o art. 283 do CPC, o juiz apontará a falta e dará o prazo de 10 dias para que o autor a emende ou complete (art. 284), sendo que quando não supridas, pode acarretar o indeferimento da inicial "in limine", a teor do art. 295 c/c o art. 267, inciso I, do mesmo Diploma Legal.

Colhe-se da jurisprudência, no mesmo sentido:

> *É desnecessária a intimação pessoal da parte quando se tratar de extinção do processo por indeferimento da petição inicial. A regra inserta no § 1º do art. 267, do CPC, não se aplica à hipótese do parágrafo único do art. 284 do CPC. (Resp 1074668/MG, Rel.ª Min.ª Eliana Calmon, 2ª Turma. J. em 06/11/2008).*

Assim, diante da inércia da autora frente a intimação para emendar a inicial, não há outro caminho senão o indeferimento da peça inicial.

Acerca da necessidade de observação do mencionado dispositivo legal em casos como o presente, ensina Nelson Nery Júnior:

> *É interessante notar que a previsão constante do artigo se aplica apenas a ações envolvendo obrigações decorrentes de empréstimo, financiamento ou alienação de bens. Mas por que isso se aplica apenas a esses casos? Ainda, pode ocorrer de o autor não ter condições de quantificar o valor que pretende discutir, bem como o valor incontroverso, já no momento da propositura da ação. A petição inicial deve, portanto, ser indeferida, em detrimento do acesso à Justiça? Neste último caso, nada impede que a discriminação cobrada por estes parágrafos seja feita quando da liquidação da sentença (cf. Cassio Scarpinella Bueno. Reflexões a partir do art. 285-B do cpc [RP 223/791], o que, aliás, deveria ser a regra: o consumidor deveria indicar apenas a obrigação controvertida, e o valor, que poderá estar sujeito a discussão ao longo da demanda, será firmado em liquidação, se o caso. Este é um exemplo de norma constante do CPC que disciplina questões não ligadas ao processo civil. Essa desorganização, se levada mais adiante, pode fazer com que tais exemplos se multipliquem, dificultando a sistematização e a lógica processuais. (Código de processo civil comentado e legislação extravagante. 14ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 691, destacou-se).*

Cabe salientar, ainda, que é certo que o consumidor que se sente prejudicado tem o livre acesso ao Judiciário para ver declaradas as nulidades do contrato ao qual aderiu. Todavia, a demanda revisional não se presta a mera consulta acerca de eventuais abusividades. A parte autora deve especificar quais são as disposições tidas por abusivas, o que não significa ter de indicar os itens contratuais, formulando pedidos certos acerca dos encargos que pretende ver aplicados.

Diante disso, imperioso é o atendimento do disposto no art. 285-B do CPC, cujo desatendimento implica, invariavelmente, no reconhecimento da inépcia da petição inicial.

Nesse sentido:

APELAÇÃO CÍVEL. NEGÓCIOS JURÍDICOS BANCÁRIOS. AÇÃO REVISIONAL. ART. 285-B DO CPC. ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. AFASTADA. DETERMINAÇÃO DE EMENDA À INICIAL DESATENDIDA. DECISÃO DE EXTINÇÃO DO FEITO MANTIDA. Arguição de inconstitucionalidade do art. 285-B do CPC afastada. A petição inicial das ações revisionais que têm por objeto contratos de empréstimo, financiamento ou arrendamento mercantil deverá discriminar as obrigações contratuais que pretende controverter, quantificando o valor incontroverso. O desatendimento à determinação de emenda à inicial para adequação da peça às exigências contidas no art. 285-B do CPC autoriza o indeferimento da petição e consequente extinção do feito. NEGARAM PROVIMENTO À APELAÇÃO. UNÂNIME. (Apelação Cível Nº 70058609538, Vigésima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Walda Maria Melo Pierro, Julgado em 30/04/2014).

E ainda:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. NEGÓCIOS JURÍDICOS BANCÁRIOS. AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO. DETERMINAÇÃO DE EMENDA DA PETIÇÃO INICIAL. ART. 285-B DO CPC. A parte-autora deve quantificar o valor incontroverso nas ações que tenham por objeto obrigações com repercussão econômica decorrentes de contrato de empréstimo, financiamento ou arrendamento mercantil. NEGADO SEGUIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO. (Agravo de Instrumento Nº 70058838608, Décima Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marco Antonio Angelo, Julgado em 26/03/2014).

Por fim:

APELAÇÃO. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. REVISIONAL. INÉPCIA DA PETIÇÃO INICIAL. ART.285-b DO CPC. DESATENDIMENTO. Impõe-se manter a extinção da demanda revisional de contrato de financiamento, acolhendo preliminar de inépcia da inicial. Situação em que o autor deixou de especificar os encargos que entende devidos, qual o montante controvertido e qual a parcela incontroversa. A demanda revisional não se presta a mera consulta acerca de eventuais abusividades. A parte autora deve especificar quais são as invocadas abusividades, formulando pedidos certos acerca dos encargos que pretende ver aplicados. Desatendimento ao disposto

no artigo 285-B do CPC. Apelo improvido (Apelação Cível 70060431269 da Comarca de Frederico Westphalen Rel. Des. Orlando Heemann Júnior).

Posto isso, com fundamento no art. 267, I, combinado com o art. 295, VI, do CPC, **INDEFIRO** a petição inicial.

Custas processuais pela autora.

Sem honorários, ante a ausência de triangularização processual.

Publique-se. Registre-se. Intime-se.

Transitada em julgado, cumpridas as formalidades legais, arquive-se.

Blumenau (SC), 06 de março de 2015.

Cíntia Gonçalves Costi
Juíza de Direito

Autos n. 0000774-81.2014.8.24.0006
Comarca de Barra Velha
2ª Vara
Ação Penal - Procedimento Ordinário/PROC
Acusado: Sandro Luiz Ceará da Costa

1. SENTENÇA

Vistos etc.

O Ministério Público do Estado de Santa Catarina ofereceu denúncia contra **S. L. C. da C.**, brasileiro, solteiro, natural de Joinville, filho de D. C. da C. e I. L. V., nascido em 19.8.1988, pelos fatos supostamente delituosos assim descritos na denúncia:

> *Segundo consta do Inquérito Policial anexo, o denunciado S. L. C. da C. convive maritalmente com R. B. L., por aproximadamente doze anos, com quem residia juntamente com seus três filhos C. R. B. (nascido em 17.11.2004), L. G. da C. (nascido em 16.12.2006) e J. M. da C. (nascido em 12.3.2011).*
>
> *Ocorre que, em dias e horários que serão esclarecidos no decorrer da instrução criminal, mas a partir do ano de 2012, o denunciado começou a infligir contra seus indefesos filhos verdadeiras torturas físicas e psicológicas, consistentes em espancamentos e múltiplas agressões com tapas, chineladas e queimaduras.*
>
> *Assim agindo, no dia 15 de março de 2014, rua (...), nesta cidade, o denunciado, agindo com veemente animus laedendi, imprimiu brutal violência aos seus filhos C. R. B. e L. G. da C., agredindo-os com um pedaço de mangueira.*
>
> *Instantes após a barbárie, o denunciado, ainda insatisfeito com o sofrimento que causara às indefesas vítimas e, aproveitando-se de sua autoridade, aplicou sal sobre as feridas por ele perpetradas, com o único fito de causar maior sofrimento.*
>
> *Percebe-se, deste modo, que o denunciado, com escopo único de causar mal injusto e sofrimento às vítimas, deliberou espancá-las violentamente, causando-as lesões físicas e psicológicas.*

> *Nota-se, assim, que o denunciado, submeteu, por reiteradas vezes, os infantes C. R. B. L. e L. G. da C., que estavam sob sua guarda e autoridade, mediante o emprego de violência e graves ameaças, a intenso sofrimento físico e mental, sempre objetivando aplicar castigo as pequenas vítimas, que nada podiam fazer em sua defesa.*

O Ministério Público pediu a condenação do denunciado nas penas do artigo 1°, inciso II, combinado com parágrafo 4°, inciso II, da Lei 9.455/97. Arrolou testemunhas com a peça incoativa.

A denúncia foi recebida em 3 de abril de 2014 (folha 111).

Citado (folhas 119/120), o acusado apresentou resposta à acusação, através de defensor nomeado (Dr. Rafael Henrique dos Santos – folha 121).

Houve regular instrução.

Às folhas 181 a 182, foi indeferido o pedido de revogação da prisão preventiva do acusado.

Às folhas 241 a 248, foi acostado o laudo de sanidade mental do acusado efetuado nos autos 0008876-92.2014.8.24.0006.

As partes apresentaram alegações finais.

É o relatório. Decido.

Trata-se de Ação Penal Pública, onde se imputa ao réu a prática de crime de tortura, previsto no artigo 1º, inciso II, cumulado com o parágrafo 4º, inciso II, da Lei 9.455/97, que assim dispõe:

> *Art. 1º Constitui crime de tortura:*
>
> *(...)*
>
> *II - submeter alguém, sob sua guarda, poder ou autoridade, com emprego de violência ou grave ameaça, a intenso sofrimento físico ou mental, como forma de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo.*
>
> *Pena - reclusão, de dois a oito anos.*

> *(...)*
>
> *§ 4º Aumenta-se a pena de um sexto até um terço:*
>
> *(...)*
>
> *II – Se o crime é cometido contra criança, gestante, portador de deficiência, adolescente ou maior de 60 anos;*

A materialidade está assentada por meio do boletim de ocorrência às folhas 6/7, auto de constatação às folhas 29/31, fotografias às folhas 34/57, termo de exibição e apreensão à folha 60, laudo pericial de lesões corporais das crianças às folhas 161/162, além da prova oral colhida.

A autoria também se encontra comprovada nos autos, diante da confissão qualificada do acusado, tentando justificar as agressões.

Quando ouvido na Delegacia de Polícia, o réu S. L. C. da C. declarou à folha 18:

> *(...) que convive maritalmente com R. B. há cerca de doze anos, com a qual possui três filhos, C. (9 anos), L. G. (7 anos) e J. (3 anos); que já tem diversas passagens policiais, inclusive pela agressão dos filhos;* ***que afirma ter agredido os filhos na data de hoje com uma mangueira, devido ao fato de não estarem se comportando na escola,*** *condição fundamental para manter a guarda dos mesmos; que atualmente está residindo juntamente com R. e os filhos, com a anuência da mesma, apesar de decisão judicial de medidas protetivas anteriormente requerida pela mesma.*

No seu interrogatório em Juízo, S. prestou o mesmo depoimento (mídia acostada à folha 167):

> *(...) isso aconteceu, mas não foi um espancamento Senhor, foi uma disciplina; a respeito do que eu fiz com ele lá, eu confesso que passei um pouco dos limites, mas não foi nada considerado na minha opinião como uma tortura; inclusive quando o policial que fez a abordagem estava aqui depondo, ele foi super simpático comigo no dia, porque realmente ele viu que eu estava muito triste com o que eu fiz com as crianças, aí ele junto com a Lúcia Terezinha, compareceram na minha casa, chamei eles pra entrar, as crianças não estavam no terreno, estavam dentro de casa; eu estava tratando os ferimentos*

delas quando ele chegou com a Lúcia Terezinha e a Dona Nilma da Casa de Passagem, convidei eles para entrar, eles entraram e quando ele viu as crianças machucadas, com os hematomas, ele efetuou a prisão e eu fui preso em flagrante; de nenhuma forma eu quis machucar ela de tão grave; na real era pra disciplinar eles, porque já fazia muito tempo que eu estava falando com eles e nada vinha acontecendo; eu tenho três filhos e é só com os dois maiores que estavam meio rebeldes em matéria de disciplina na escola, em casa, a harmonia entre os dois estava muito ruim, aí eu tinha brigado com a mãe deles, nós estávamos passando por uma fase muito difícil na nossa vida, aí eu acabei provocando esse transtorno pra nossa família; não é verídica a história de que colocou sal nos ferimentos, nem queimadura de cigarro; tem muita coisa ali que nunca aconteceu, principalmente espancamento anterior, isso nunca aconteceu; não tem outros hematomas neles, a não ser esses que foram provocados agora; aquela noite eu e a Rafaela discutimos, deixamos pra discutir depois que eles foram dormir; eu cheguei em casa na sexta- feira e a R. me cobrou uma atenção maior com eles, e eu não podia ter porque eu tinha que ir pra aula, já brigamos ali, daí eu fui pra aula e quando voltei retomamos a discussão e fui dormir muito tarde, daí eu tomei o remédio era umas 03:00 horas da manhã, porque eu não conseguia dormir e às 06:00hs da manhã a R. me acordou pra eu ter aquela conversa com eles, porque ela iria trabalhar e eu no sábado iria cuidar deles; aconteceu tudo isso quando eu me levantei, ela me acordou, me levantei meio sonolento, não me lembro o que eu conversei com ela, daí depois eu fui ter essa conversa com os guris, eles mentiram pra mim, tentaram me enrolar, daí eu acabei perdendo a cabeça e ***disciplinando eles de uma forma meio exagerada****; afirma que a foto de folha 39 foi a forma que usou para disciplinar o filho; o mais velho tem 10 anos e o do meio tem 7 anos; a única vez que eu bati, foi no do meio e com uma chinelada; teve uma vez que quando nós morávamos aqui próximo ao Fórum, a gente estava tudo bem e de repente apareceram os Oficiais de Justiça lá em casa, acompanhado das viaturas do Copom, eu tinha acabado de chegar do meu trabalho e disseram que tinham recebido denúncia de espancamento nas crianças, sendo que a gente morava em um cortiço e os vizinhos nunca reclamaram de nós, até, inclusive, nós éramos bem aceitos, até quando eles foram recolher, todos queriam saber porque tinha acontecido tudo aquilo; eu fiquei brabo com a Rafaela porque eu pensei que ela poderia ter feito alguma coisa, mas não aconteceu nada da parte dela pelo que ela me falou; quando nós chegamos aqui no Fórum, uns dias depois da audiência,*

eles constaram que eles chegaram na escola com hematomas e que dentro de casa eles sofriam espancamento e que foi jogada uma panela de pressão no mais velho e eu sou franco em dizer que isso é mentira, da minha parte isso não aconteceu e nem da parte da R. pelo que ela me contou; que logo antes do primeiro acolhimento delas eu fiz uma coisa que não devia fazer, mas logo voltei a tona; o que eu fiz foi colocar fogo no colchão; eu falei pra Juíza da 1ª Vara que eu não achava certo a atitude que ela tomou em tirar as crianças de nós, porque bem ou mal a gente se dava bem, a gente estava sempre lutando pra sobreviver e já fazia uns seis anos que a gente não estava conseguindo ter esse tipo de convívio porque a gente sempre sofreu perseguições pelo Conselho Tutelar (...)

A Conselheira Tutelar, Lúcia Teresinha Nesi, que atendeu a ocorrência, declarou o que presenciou ao chegar na residência do acusado (mídia acostada à folha 167):

(...) com relação a esta ocorrência, que foi em meados de março, eu estava de plantão e recebi uma ligação, provavelmente de algum vizinho, dando conta de que estas crianças estavam sendo agredidas fisicamente pelo pai e essa pessoa já teria ligado pra Polícia algumas vezes e a Polícia, até então, não tinha ido ao local e que se nós não tomássemos providências ele mesmo faria alguma coisa pra parar aquela agressão porque ele estava incomodado já com os gritos do desespero das crianças; imediatamente eu liguei pra Polícia e pedi uma viatura para acompanhar porque a gente tinha conhecimento da agressividade do Sandro e inclusive eu estava sozinha porque como era sábado de manhã minhas duas colegas fazem faculdade, daí entrei em contato com a Coordenadora do Abrigo, porque na época as crianças estavam sendo assistidas pela equipe técnica do abrigo, porque eles tinham acabado de serem restituídos à mãe; daí a Dona Nilma me acompanhou, mais dois policiais que agora não me recordo o nome e quando nós chegamos na casa, as crianças já não estavam mais sendo agredidas; o G., que é o do meio, estava deitado na cama, de barriga pra baixo, não dava pra ver porque a iluminação era bem precária, o quarto era bem escuro, inclusive ele estava sem roupa nenhuma, eu pedi pra que ele colocasse uma cuequinha e saísse pra fora e o R., que é o mais velho, estava em pé no quarto e o pequeno também; pedi pra que eles saíssem pra fora da casa, que o G. se vestisse e daí quando eu saí deu pra ver que o G. tinha várias lesões corporais nas costas, inclusive na face e nos braços, o R. inclusive, estava com lesões nas

costas e vários hematomas; aí a gente perguntou o que havia acontecido, eles disseram que tinham apanhado com uma mangueira, daí eu pedi ao Policial que fizesse procedimento corriqueiro, que era fazer a detenção do acusado, eles falaram que tinham sido agredidos pelo pai e aí que conduzisse ele até à Delegacia que a gente tomaria as providências pra registrar o Boletim de Ocorrência; a gente perguntou onde estava a R., que é a mãe, eles disseram que ela estava trabalhando; o S. se manifestou dizendo que ele tinha agredido as crianças porque o G. teria aprontado na escola e eles iam perder o segundo tempo; em função das desobediências do G. na escola, o G. ia ser expulso desse Mais Educação, mas ele não bateu só no G., ele bateu também no R. e esta não teria sido a primeira vez que ele agrediu o R.; já em 2011/2012 ele também agrediu fisicamente o R., também foi feito boletim de ocorrência, na época acho que foi a própria R. quem registrou Boletim de Ocorrência contra o S.; a gente já vem acompanhando essa família faz uns três anos, mais de três anos, mas mais corriqueiramente que culminaram com vários desabrigamentos, por negligência, por agressão física, por uso de droga do S.; antes das crianças serem agredidas, que foi devolvida as crianças para a R., foi com o compromisso de que o S. não ficasse mais na casa, só que as crianças relataram, quando a gente levou eles no abrigo, pra poder fazer todos os procedimentos na Delegacia e não levá-los imediatamente na Delegacia; eles relataram que assim que eles foram pra casa, que saíram do abrigo, o pai já passou a conviver com eles; que aquela não teria sido a primeira vez que eles tinham sido agredidos, inclusive não só pelo S., mas também pela R.; que essa mangueira que o S. usou naquele dia para agredi-los, teria sido preparada e deixada no local pela própria R., que ela usasse quando eles desobedecessem; inclusive, posteriormente eles terem sido agredidos com a mangueira pelo S., eles foram obrigados a entrar debaixo do chuveiro e molhar, o S. colocou sal nas costas, a gente perguntou o porque do sal e o R. imediatamente disse que era pra arder mais; naquele dia a mãe das crianças não estava em casa, mas pelo que o S. falou, ele só agrediu as crianças porque ela se queixou que eles iriam perder esse Mais Educação, devido ao mal comportamento do G. e ela pediu se ele não ia fazer nada pra dar um jeito nas crianças; essas foram as palavras do S. quando a gente perguntou o que que tinha acontecido e ele disse que tinha agredido as crianças pela desobediência do G., que a R. estava cobrando dele um postura, que ele não fazia nada; que não chegou a conversar com a R.; o filho mais novo estava no local presenciando as agressões; a mangueira foi encontrada; eles foram agredidos com a mangueira no rosto

também, ele foi desferindo vários golpes com essa mangueira, inclusive pelo que o G. e o R. relataram ele dobrou essa mangueira, e pelas lesões que eles apresentaram, até está as fotos nos autos, dava pra ver que eram riscos transversais em todos dorso das costas, braço, rosto, inclusive o G. tinha lesões nos braços também; a gente atendeu a primeira vez a R., que ela teria vindo do Rio Grande do Sul a procura do S., porque eles viviam no Rio Grande do Sul e o S. a teria abandonado e ela, inclusive, tinha na época só o R. e o G., e estava grávida, foi logo que eu entrei no Conselho, isso em 2009; aí o S. não aceitou mais ela no convívio com ele e ela não tinha como retornar e a gente manteve contato com o pai dela, ele mandou dinheiro pra passagem, que a Prefeitura na época não tinha verba, e ela acabou retornando, só que ela deixou, se não me engano, o G. com o pai, que daí nós só ficamos sabendo posteriormente; passado um tempo ela passou a viver com o S. aqui em Barra Velha, ela acabou perdendo esse filho que ela estava esperando na época e daí posteriormente ela engravidou do J.; de lá pra cá a gente tem diversas notícias de uso de drogas por parte do S., de agressões físicas, ele ateou fogo na casa com as crianças dentro, ele foi preso na época também, por causa disso; agrediu ela, a gente tem notícias de que ela tentou suicídio na frente das crianças, tomando medicação; ele foi preso inclusive pela agressão física e por ter ateado fogo na casa, até na época, depois desse episódio que não foi atendido por mim, eu fiz dois atendimentos só com a família que culminaram com os abrigamentos, foi no final de 2013, quando a R. deixou as crianças sozinhas e foi trabalhar à noite e esse que o Sandro agrediu, os outros abrigamentos não foram atendidos por mim; em uma dessas ocorrências, não sei porque motivo, o S. acabou achando que quem tinha intervido tinha sido eu, e fez ameaças, veio no Fórum, fez ameaças e o Ministério Público abriu um inquérito contra ele; que todos os atendimentos foram registrados (...)

Maria Angélica Goslar Nilze, Assistente Social do Município, que recebeu as crianças no abrigo, declarou em Juízo (mídia acostada à folha 167):

(...) atendeu a ocorrência quando as crianças vieram para o abrigo e ainda dava pra ver as marcas; que conversou com as crianças e elas lhe relataram que o pai ficou nervoso (realmente elas são crianças bem agitadas) porque um deles perdeu a vaga no Mais Educação e daí quando chegou em casa, contou pro pai, o pai ficou nervoso, pegou a mangueira e surrou eles, o R. e o G.; que o pai jogou sal depois e daí ardia, porque até no momento não

fui eu que atendi a ocorrência, mas isso eu escutei de relato de outras pessoas que atenderam, que além de ficarem as marcas no vivo, ele jogou sal; na cabeça dele talvez teria sido para cicatrizar, não sei o que passou na cabeça dele, mas na verdade o sal, em cima de uma ferida aberta é pra doer mais ainda; que várias vezes atendeu casos envolvendo as crianças; que das outras vezes o motivo também estava relacionado ao pai; que as agressões não tinham chegado a esse ponto, mas as crianças contavam que várias vezes o pai agredia, que apanhavam com tampa de panela, que o pai era bravo; sempre relatavam, os dois mais velhos; entre idas e vindas acredito que teve uns três acolhimentos; tiveram acolhimentos relacionados ao uso de drogas também do pai; o primeiro acolhimento foi em razão da casa deles, a Defesa Civil tinha feito uma vistoria no local e no local estava perigoso desabar e foi um dos primeiros acolhimentos; depois disso teve a dependência química do pai, sempre em função dele; a mãe acabava negligenciando porque sempre ficava do lado dele; ele teve problema com dependência química, ela problemas psicológicos, inclusive tentou suicídio (...)

A Coordenadora da Casa de Passagem, Nilma Salete de Melo Estrai, (mídia acostada à folha 167), sobre os fatos, declarou:

(...) eu era a Coordenadora da Casa de Passagem e no sábado a Conselheira Lúcia foi até a minha casa pediu que a acompanhasse até a casa do S., porque havia uma denúncia, pedido de socorro de alguns dos vizinhos, a respeito de uma surra que o pai estaria dando nas crianças; fomos acompanhadas da polícia e ao chegar lá, eu fui a primeira pessoa que entrei na casa e vi que os meninos estavam bastante machucados, os dois mais velhos, o mais novo estava lá fora brincando com um cachorrinho; ele tinha batido e estava lá; quando ele me viu eu também me assustei com a presença dele; ele me disse que estavam querendo expulsar as crianças do Mais Educação; eu fiquei chocada, porque uma pessoa que tinha batido do jeito que ele bateu e reagir assim como se nada tivesse acontecido, realmente me chocou, porque, até então, ele sempre apresentava uma preocupação muito grande com os filhos; ele disse pra mim que ele ficou ali tomando conta das crianças porque a mãe estava trabalhando e não tinha ninguém com quem deixar os filhos e ele ficou revoltado porque houve ali uma discussão com os meninos e eles falaram que iam ser expulsos do Projeto Mais Educação, daí ele perdeu a cabeça e bateu nas crianças; ele bateu usando uma mangueira; os meninos relataram que contaram pro pai que iam ser expulsos do Projeto mais Educação, mas uma

coisa que me chamou a atenção e no meu depoimento eu coloquei isso, é que as crianças estavam bastante machucadas, principalmente o L. G. e mesmo assim ele disse Tia não faz nada contra o meu pai!, Por favor, ajuda o meu pai!; eu pensei: Meu Deus, está sofrendo tanta dor na carne e ainda pedi pra eu ajudar o pai dele; quando eu cheguei o L. G. estava deitado em cima de uma cama e o mais velho estava passando uma toalha úmida, então eu não vi sal, foi o relato do menino que disse que o pai tinha jogado sal nos ferimentos do G., pra ele sentir mais o castigo; que foi o menino que apanhou mais que pediu pra ela não fazer nada contra o pai; eles apresentaram lesões no rosto também, mas mais eram os cortes com a mangueira, que era a mangueira dobrada, então fica aquela ponta; foi uma cena chocante pra mim; eu fico pensando: O que faz um pai, que sempre pelo menos aparentou preocupação com aqueles filhos, chegar a esse extremo!;eu fui Coordenadora por três meses, quando cheguei, naquela semana houve a soltura dos meninos, foram com a mãe, tinham feito um acerto aqui no Fórum e a mãe levou; os relatórios que tinham lá era o da última audiência que a mãe precisava ficar afastada do pai e que a mãe tinha que dar um jeito de dar subsistência aos filhos, é por isso que ela entrou no Projeto Mais Educação, porque ela podia trabalhar e eles estavam lá o dia todo na escola (...).

A vítima C. R. B. L., quando ouvido na Delegacia de Polícia, declarou à folha 16:

(...) que na data de hoje foi agredido por seu genitor S. L. C. da C., o qual dobrou um pedaço de mangueira e lhe deu um surra, bem como em seu irmão L. (7 anos) e diz que foi devido ao mau comportamento na escola e também por terem ficado na rua quando a mãe saiu para trabalhar e esta pediu para o pai recolhe-los para conversar; que as agressões por parte da mãe e do pai são frequentes, pois a mãe também faz o uso da mangueira para agredi-los e o chinelo para agredir J. (3 anos); que seu pai coloca sal nos hematomas e deixa em torno de meia hora para fazê-los sentir mais dor; que o pai é usuário de drogas e desde o dia em que saíram do abrigo e retornaram para casa o pai voltou para o convívio.

À folha 17, L. G. da C., declarou:

(...) que na data de hoje foi agredido por seu genitor S. L. C. da C., o qual dobrou um pedaço de mangueira e lhe deu um surra, e em seguida, em seu irmão C. (9 anos) e diz que foi devido ao mau comportamento na escola,

e que inclusive, teria apanhado no dia anterior também de mangueira por parte da mãe; que chegou a ficar tonto com as mangueiradas que levou na cabeça; que as agressões por parte da mãe e do pai são frequentes, pois a mãe também faz uso da mangueira para agredi-los, e o chinelo e vara para agredir J. (3 anos); que seu pai coloca sal nos hematomas e deixa arder; que o pai é usuário de drogas e fuma pedra; que desde o dia em que saíram do abrigo e retornaram para casa o pai voltou para o convívio; que as marcas das costas do irmão C., não sabe dizer a causa, apenas que foi a mãe quem "fez", e não deixa o mesmo contar como.

As crianças C. R. B. L. e L. G. da C., inquiridos pelo Juízo de Santa Rosa, Rio Grande do Sul, confirmaram as agressões no dia dos fatos, bem como o fato de o pai haver colocado sal nos ferimentos, vejamos (mídia acostada à folha 220):

C. R. B. L.:

(...) que a gente se dava bem; que ele não costumava bater, nem no L. G. e nem no J.; que só bateu com uma mangueira em mim e no G., por causa que o L. foi expulso do mais educação; que ele bateu de mangueira no meu irmão, daí na hora eu tinha me colocado no meio pra defender meu irmão; ele é menor que eu, tem 7 anos; que só às vezes me bateu, não chegou a me queimar; faz tempo que não vê o pai; que o pai não era bravo; que ele não bebe; que ele não ficava nervoso; que faziam bagunça só quando brincavam; que no dia que ele usou a mangueira ficou machucado e colocou sal; que ele disse que não era pra gente fazer mais isso; que o pai sempre morou com eles; que moravam em Santa Catarina e tudo aconteceu lá; que foi esse ano que vieram pra cidade de Santa Rosa; que já ficou em abrigo; que acha que ficou no abrigo duas vezes; que não lembra se a casa deles chegou a pegar fogo; que no dia da mangueira o L. também ficou machucado e ele colocou sal no L. também; a mãe não estava em casa, estava no trabalho; o pai fumava e o pai nunca encostou cigarro; que a marca não era queimado, era da mangueira; que teve outra vez, anos atrás, que ficou a marca; que a mãe não usava a mangueira quando ficava brava; que com o chinelo o pai batia às vezes; que o pai deixou o sal um pouquinho de tempo; que ele deixava mais de meia hora; que está com nove anos; que sabe o que é droga e o pai usava; que não sabe se o pai tinha usado droga no dia que bateu com a mangueira; que a mãe não conversa com o pai porque o pai está preso (...)

L. G. da C.:

> *(...) que a convivência com o pai em Santa Catarina era muito ruim porque ele nos batia, mas não sempre; que ele bateu esses dias aí porque eu estava pra ser expulso do colégio, daí ele me bateu com mangueira; ele colocava sal nos ferimentos porque ardia mais; que o pai bateu só essa vez com a mangueira; que o irmão C. estava junto e ele tentou defender; que o J. não foi agredido; que o pai era bravo; que ele também batia com chinelo e acontecia seguido quando faziam bagunça; que o pai fumava; ele não encostava o cigarro; que as marquinhas não eram de cigarro, mas não lembra muito bem do que eram; que ele também dava tapa quando ficava bravo; que o pai deu as mangueiradas nas costas, na cabeça também; que chegou a ficar tonto com as mangueiradas; que foi por causa dele que foram pro abrigo; que foi depois que voltaram do abrigo que ele bateu com a mangueira; que passou um tempo e depois ele bateu (...)*

A genitora, R. B. L., em seu depoimento prestado na Delegacia de Polícia, negou ter agredido os filhos e declarou que também era agredida pelo acusado (folha 59):

> *(...) que convive maritalmente com S. L. C. da C. há cerca de quatorze anos, com quem possui três filhos, sendo eles C. (9 anos), L. (7 anos) e J. (3 anos); que S. já lhe agrediu, o que ensejou o procedimento de Maria da Penha, onde o mesmo foi preso, e que inclusive já denunciou S. justamente por maus-tratos contra um dos filhos há um ano, sendo feita uma medida protetiva, a qual proibia que S. se aproximasse dos mesmos; que sobre o ocorrido no dia quinze do corrente mês e ano, afirma que S. havia voltado para o convívio familiar cerca de dez dias antes da prisão, sendo que este demonstrou ter mudado, pois estava trabalhando, estudando e teria parado de usar drogas, porém a mudança foi apenas nos primeiros dias, após uma semana, o mesmo chegou a agredi-la e fazer pressão psicológica dizendo que a mataria caso denunciasse pelas agressões; que desconfia que S. tenha batido nas crianças por vingança, pois a depoente estava tentando expulsá-lo de casa devido ao seu comportamento; que no momento dos fatos estava trabalhando e veio a saber do ocorrido somente no período da tarde, quando chegou do trabalho; que nega ter agredido os filhos e afirma que os mesmos estavam frequentando a escola regularmente.*

Em que pese a alegação do acusado, em ambas as fases, de que praticou o ato com o intuito de disciplinar os seus filhos, é de se ver que, na verdade, a ação do réu causou profundo sofrimento físico e psíquico às vítimas, crianças de pouca idade, mediante espancamento com mangueira e, depois, colocação de sal em cima dos ferimentos para que ardessem mais as lesões, o que se subsume ao tipo penal da tortura.

Conforme mencionou a Promotora de Justiça à folha 225, *as lesões ocasionadas nos infantes e retratadas nos Autos de Exame de Corpo de Delito realizados, quando analisadas com as imagens colacionadas às folhas 34/37, causam espanto e revolta por quem que as veja, sendo inconcebível que um pai haja com tamanha brutalidade contra os próprios filhos. Aceitar esse tipo de violência, (que deixaram marcas físicas até hoje - quiçá a vida inteira- além é claro, das marcas psicológicas), como disciplinadora, sem dúvida alguma é aceitar a tortura como forma de educação e imposição de limites.*

O que se vê nos autos, então, são atos de extrema violência e intenso sofrimento causado às vítimas, praticados como forma de castigo pessoal, sendo as vítimas submetidas a fortes mangueiradas nas costas e na cabeça, com posterior colocação de sal nos ferimento para doer mais.

Tamanha agressividade não demorou para que denúncias acabassem chegando ao Conselho Tutelar, o que culminou, na esfera cível, com representação para aplicação de medidas protetivas - autos nº 006.12.001220-6, bem como ação de destituição do poder familiar - autos nº 006.14.000831-0 - contra o acusado e R. B. L. (folhas 92/98). Além disso, o Ministério Público vinha acompanhando a situação há um certo tempo, que resultaram em três abrigamentos, idas e vindas das crianças na Casa de Passagem.

Vale destacar que o acusado praticou as condutas em um estado total de lucidez, conforme de extrai do laudo de sanidade mental acostado às folhas 241 a 248. Nele, em síntese, o perito concluiu que *o examinando, há época dos fatos narrados na denúncia encontrava-se totalmente capaz de*

entender o caráter criminoso do fato, assim como também se encontrava totalmente capaz de se determinar de acordo com esse entendimento.

A Lei 9.455/97 tipifica como sendo crime de tortura *qualquer ato pelo qual dores ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, são infligidos intencionalmente a uma pessoa a fim de obter, dela ou de uma terceira pessoa, informações ou confissões; de castigá-la por ato que ela ou uma terceira pessoa tenha cometido, ou seja, suspeita de ter cometido; de intimidar ou coagir esta pessoa ou outras pessoas; ou por qualquer motivo baseado em discriminações de qualquer natureza* (NUCCI, Guilherme de Souza, Leis Penais e Processuais Penais Comentadas, 2 edição, São Paulo, RT, 2007, p. 1003/1004).

Ademais, o acusado, na condição de pai, tinha sobre as vítimas total autoridade, e, nessa condição, as submeteu à intenso sofrimento físico e psicológico, nos termos da fundamentação. A conduta amolda-se perfeitamente àquela descrita no artigo 1º, inciso II, cumulada com a causa de aumento prevista no parágrafo 4º, inciso II, ambos da Lei 9.455/97.

Logo, a condenação é medida que se impõe.

Nesse sentido, leiam-se:

> *CRIME DE TORTURA. ARTIGO 1.º, INCISO II, E § 4.º, INCISO II, AMBOS DA LEI 9.455/97. SENTENÇA CONDENATÓRIA. PLEITO ABSOLUTÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. VIOLÊNCIA PSICOLÓGICA EXTREMA. VÍTIMAS CRIANÇAS DE CINCO ANOS À ÉPOCA DOS FATOS. INTENSO SOFRIMENTO CONFIGURADO. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. PROVA SUFICIENTE. CONDENAÇÃO MANTIDA.*
>
> *Configura o crime de tortura, a conduta do padrasto que, ao longo de anos, praticou, exaustivamente, verdadeira tortura psicológica contra as vítimas, crianças de tenra idade, expondo-as a intenso sofrimento, praticando atos de extrema crueldade como forma de castigo pessoal, submetendo-as às mais variadas espécies de humilhações, chamando-as de "pivetes", "marginais",*

"demônios", que "não seriam ninguém na vida", e que "não valiam o que comiam", sempre deixando claro que não gostava dos infantes, e que eles não eram bem-vindos em sua residência, pois não eram seus filhos biológicos. Além disso, expulsava-os frequentemente da casa pela madrugada, e pediu diversas vezes para que a mãe os abandonasse ou os entregasse para a adoção, além de proferir ameaças de morte e proibir as vítimas de fazer as refeições dentro de casa, ocasionando-lhes nefastas consequências psicológicas. REGIME INICIALMENTE FECHADO. CRIME EQUIPARADO A HEDIONDO. NOVA ORIENTAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE REGIME DIVERSO. ANÁLISE DO CASO CONCRETO QUE NÃO ADMITE ALTERAÇÃO.

(Tribunal de Justiça de Santa Catarina, Apelação Criminal n. 2013.006580-0, Relator Desembargador Jorge Schaefer Martins, julgado em 5-9-2013)

PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME DE TORTURA (ARTIGO 1º, INCISO II, E § 4º, INCISO II, DA LEI 9.455/1997). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA. PEDIDO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA O CRIME DE MAUS-TRATOS (CP, ART. 136) AFASTADO. AGENTE QUE PRATICOU O FATO TÍPICO COM O NÍTIDO PROPÓSITO DE, MEDIANTE EMPREGO DE VIOLÊNCIA, CAUSAR SOFRIMENTO FÍSICO À VÍTIMA COMO FORMA DE CASTIGO PESSOAL. REQUERIDA A SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. MEDIDA QUE EXIGE O CUMPRIMENTO DOS REQUISITOS OBJETIVOS E SUBJETIVOS PREVISTOS NO ART. 44 DO CP. CRIME COMETIDO COM VIOLÊNCIA À PESSOA. IMPOSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO, SOB PENA DE VULNERAÇÃO AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE (CP, ART. 44, II). SENTENÇA MANTIDA.

Pratica o crime de tortura (art. 1º, inciso II, da Lei 9.455/1997) o agente que emprega violência contra a vítima com o propósito de lhe causar intenso sofrimento físico como forma de castigo pessoal. Na hipótese, mostra-se inviável a desclassificação da conduta para o crime de maus-tratos (CP, art. 136), porquanto o agente nem sequer teve o propósito de exercer o seu direito correicional sobre a vítima. É indispensável o preenchimento simultâneo dos requisitos de natureza objetiva e subjetiva para que o réu faça jus à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Parecer

da PGJ pelo conhecimento do recurso e não provimento. Recurso conhecido e desprovido. (Tribunal de Justiça de Santa Catarina, Apelação Criminal n. 2012.010391-8, Relator Desembargador Carlos Alberto Civinski, julgado 9-7-2013)

DOSIMETRIA

O réu é imputável e possui consciência do ilícito. Exigia-se-lhe conduta diversa e não a finalizada para o crime. Não existe, contudo, especial censurabilidade em sua conduta a ponto de justificar o agravamento em sua reprimenda em atenção à culpabilidade. Desconsideram-se antecedentes criminais, pois, máxime a partir da Constituição Federal de 1988, devemos trabalhar, ordinariamente, com o *Direito Penal do Fato* e não com o *Direito Penal do Autor*. A conduta social não foi apurada. Sem elementos para se aferir com a técnica e segurança necessárias a personalidade do agente. O motivo do crime foi o desejo de infligir sofrimento às vítimas, contudo, tal já integra o tipo penal. As circunstâncias denotam a gravidade do delito, com **aplicação de sal em cima de ferimentos para doer ainda mais**. Inegáveis as consequências psicológicas nas vítimas, **agredidas em idade de plena formação da personalidade**. Por fim, o comportamento das vítimas, enquanto crianças, em nada contribuiu para a prática do delito.

Analisado os vetores do artigo 59 do Código Penal, reputo seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção de cada crime (haja vista que são duas as vítimas), a fixação da pena-base em 3 (três) anos de reclusão (para cada crime).

Inexistem agravantes e atenuantes a serem sopesadas.

Na terceira e última fase de aplicação da reprimenda, inexiste especial causa de diminuição da pena, incidindo, contudo, a causa especial de aumento prevista no artigo 1º, parágrafo 4º, inciso II, da Lei 9.455/97. Assim, majoro a reprimenda, para cada crime, em 1/6 (um sexto), fixando-a em 3 anos e 6 meses de reclusão (para cada crime).

Ademais, sendo duas as vítimas (C. e L. G.), tenho que os fatos se deram em continuidade delitiva. Assim, com fundamento no parágrafo único do artigo 71 do Código Penal, majoro a pena em 2/3, totalizando em **5 anos e 10 meses de reclusão**.

Fixo o **regime inicial fechado** para resgate da pena privativa de liberdade, diante da análise desfavorável das circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal, a teor do parágrafo 3º do artigo 33 do Código Penal.

Incabível a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, diante da quantidade da pena corporal aplicada e por haver violência contra a pessoa. Da mesma forma, incabível a suspensão condicional da pena.

Por fim, com fundamento no artigo 92, inciso II, do Código Penal, **decreto a incapacidade para o exercício do poder familiar** do condenado S. L. C., haja vista que torturou brutalmente os seus filhos, pequenas crianças, causando intenso sofrimento físico e psíquico, demonstrando, em vista disso, não possuir condições pessoais mínimas para tal mister, sendo a medida extrema, portanto, absolutamente necessária para salvaguardar os infantes (princípio da máxima proteção às crianças e da dignidade da pessoa humana), diante dos constantes sofrimentos, agressões e abrigamentos a que estiveram submetidos, conforme provas documentais e testemunhais encartadas aos autos.

DISPOSITIVO

ISSO POSTO, julgo **PROCEDENTE** a denúncia oferecida pelo Ministério Público e **CONDENO** o acusado **S. L. C.** pela prática do crime descrito nos artigos 1º, inciso II, parágrafo 4º, inciso II, da Lei 9.455/97 (duas vezes, na forma do artigo 71, parágrafo único, do Código Penal), ao cumprimento da pena privativa de liberdade de **5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão**, a ser cumprida no **regime inicialmente fechado**.

Nego ao acusado o direito de recorrer em liberdade, haja vista que respondeu preso ao processo, não havendo alteração na situação de fato que infirme a necessidade da medida.

Com fundamento no artigo 92, inciso II, do Código Penal, **decreto a incapacidade para o exercício do poder familiar** do condenado S. L. C., haja vista que torturou brutalmente os seus filhos, pequenas crianças, causando intenso sofrimento físico e psíquico, demonstrando, em vista disso, não possuir condições pessoais mínimas para tal mister, sendo a medida extrema, portanto, absolutamente necessária para salvaguardar os infantes (princípio da máxima proteção às crianças e da dignidade da pessoa humana), diante dos constantes sofrimentos, agressões e abrigamentos a que estiveram submetidos, conforme provas documentais e testemunhais encartadas aos autos

Expeça-se o PEC Provisório.

Custas na forma da lei.

Com o trânsito: a) lance-se o nome do réu no rol dos culpados; b) complemente-se o Processo de Execução Criminal; c) comunique-se à Corregedoria-Geral de Justiça; d) comunique-se à Justiça Eleitoral, para os fins do artigo 15 da Constituição Federal de 1988; e) preencha-se e encaminhe-se o Boletim Individual à Autoridade Policial; f) lance-se a conta de custas nos autos; g) certifique-se acerca de outros objetos apreendidos nos autos; h) oficie-se ao Cartório de Registro Civil, para averbação da incapacidade para o exercício do poder familiar, referente aos filhos do condenado.

Ao Dr. Rafael Henrique dos Santos, fixo R$ 5.000,00, nos termos do artigo 22 do EOAB, diante da inconstitucionalidade do sistema de Defensoria Dativa Catarinense e da inexistência de Defensor Público designado para esta Comarca. Dê-se ciência via email ao Defensor Público-Geral do Estado, para fins internos e orçamentários, contendo o número de inscrição do advogado na OAB e no CPF.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

2. Deixo de analisar o pedido de liberdade provisória efetuado às folhas 251 e 252, tendo em vista a sentença condenatória proferida acima, onde neguei ao réu o direito de recorrer em liberdade.

3. Oportunamente, arquivem-se.

Barra Velha (SC), 9 de março de 2015.

Iolmar Alves Baltazar
Juiz de Direito

Autos n. 0500520-38.2012.8.24.0033

Comarca de Itajaí
Vara da Fazenda Pública, Executivos Fiscais, Acidentes do Trabalho e Registros Públicos
Ação: Procedimento Ordinário
Requerente: Thiago Ruam da Silva Braz e outro
Requerido: Estado de Santa Catarina

Vistos etc.

Thiago Ruan da Silva Braz e Kayse Jacqueline da Silva ajuizaram a presente ação indenizatória por danos morais e materiais em face do **Estado de Santa Catarina**, atribuindo ao requerido a responsabilidade civil por suposto abuso de autoridade praticado por seu preposto, no exercício da função de policial militar.

Em síntese, narraram os autores que: a) no dia 13.02.2011 se encontravam em sua residência, onde participavam da festa de aniversário de seu colega Marco Aurélio Sabino, quando, por volta das 2h30min, uma guarnição da polícia militar compareceu ao local, ocasião em que foi solicitado aos participantes da festividade que diminuíssem o volume do som, tendo em vista a reclamação realizada por um vizinho; b) concluída a abordagem, a guarnição se deslocou do local, momento em que apareceu o vizinho que supostamente teria feito a reclamação policial, dando-se início a um desentendimento entre o mesmo e alguns participantes da festa, forçando a viatura a retornar ao local dos fatos; c) o despreparo psicológico e profissional dos policiais envolvidos acabou por inflamar ainda mais os ânimos dos envolvidos, dando azo a uma confusão que culminou em disparos de tiros de armas de fogo e de borracha contra o grupo de pessoas envolvidas na confusão; d) para encobrir os delitos decorrentes da abordagem policial (abuso de poder, lesão corporal e crimes contra honra), os prepostos do requerido,

com intuito intimidatório, efetuaram a prisão dos participantes da festa, atribuindo-lhes a autoria dos crimes de resistência e desacato; e) foram agredidos física e moralmente pelos policiais militares envolvidos; f) a prisão da autora, além da forma violenta, foi perpetrada perante inúmeros populares e sem motivo justo, pois não deu qualquer causa às agressões que sofreu durante a abordagem policial, que, inclusive, lhe rendeu "lesões corporais/escoriações físicas"; g) o autor, além das agressões de ordem moral, foi vítima de disparo de arma de borracha, que lhe sujeitou à realização de procedimento cirúrgico em razão da gravidade do ferimento, resultando incapacidades física e laboral.

Desse modo, invocaram a responsabilidade civil objetiva estatal por ação de seus prepostos e, nesses termos, requereram a condenação do requerido ao pagamento de indenização por danos morais e materiais, bem como das custas processuais e dos honorários advocatícios (fls. 02/09). Juntaram documentos às fls. 10/49 e 54-61.

Devidamente citado (fl. 64), o Estado de Santa Catarina apresentou resposta, em forma de contestação, postulando, preliminarmente, a) a conexão (art. 103 do CPC) com a ação de indenização n. 033.11.008087-7, que tem como autor Ricardo Alexandre Sabino, que também participou da festa de aniversário descrita na exordial; b) a denunciação da lide do policial Marcelo Rodrigues Sartori, envolvido na ocorrência policial, para ver assegurado seu direito de regresso. No mérito, resumidamente, alegou que seus prepostos agiram no estrito cumprimento do dever legal e em legítima defesa, uma vez que a atuação policial se deu dentro dos parâmetros legais de repressão policial e para a sua própria defesa. Aduziu acerca da inaplicabilidade da teoria do risco integral, sendo que as culpas exclusivas das vítimas seriam a causa de afastamento da responsabilidade objetiva. Sustentou a presunção de legitimidade dos atos praticados pelos agentes públicos. Nesses termos, pugnou pela improcedência dos pedidos, com a consequente condenação da parte autora ao pagamento dos consectários legais (fls. 65/96). Juntou documentos às fls. 97-422.

Os termos da contestação foram impugnados pelos autores às fls. 426-436, oportunidade em que rechaçaram os argumentos lançados na resposta e ratificaram aqueles da inicial.

À fl. 437, o Ministério Público, com base no Ato n. 103/MP/2004, que orienta acerca da racionalização da sua intervenção no processo civil, deixou de exarar parecer.

Em despacho saneador, às fls. 438-441, foram rejeitadas as prefaciais de conexão e de denunciação da lide, formuladas pelo Estado de Santa Catarina.

A colheita da prova testemunhal se desdobrou em quatro audiências de instrução e julgamento (fls. 478-493, 506-510, 533-536 e 555-556), ocasiões em que foram ouvidas quatro testemunhas arroladas pela parte autora e três testemunhas da parte requerida. Ademais, foram ouvidas duas testemunhas arroladas pelo requerido por carta precatória (fls. 524-528 e 530-532) e admitida a prova emprestada dos autos n. 033.11.008087-7.

Embora devidamente intimadas, apenas a parte requerida apresentou suas alegações finais (fls. 558-560).

Vieram os autos conclusos.

É o necessário relato.

II – FUNDAMENTAÇÃO:

Trata-se de ação indenizatória decorrente de danos morais e materiais formulada por **Thiago Ruan da Silva Braz e Kayse Jacqueline da Silva**, atribuindo ao requerido a responsabilidade civil pelas agressões físicas e morais perpetradas por seus prepostos, membros da Polícia Militar.

As preliminares suscitadas na peça de resposta de fls. 65-96 já foram afastadas pelo despacho saneador de fls. 438-441, que não foi

objeto de recurso. Ainda que não se cogite da hipótese de preclusão em relação ao juízo, vê-se que aquelas questões de natureza processual foram bem equacionadas pela percuciente decisão já mencionada, não sendo caso de ser reformada.

No presente feito houve dilação probatória, tendo sido produzida prova oral, conforme fls. 478-493, 506-510, 524-528, 530-532, 533-536 e 555-556 dos autos, fonte da qual se extraiu – assim como do restante da prova documental já presente – importantes subsídios para o julgamento da causa.

Antes de se adentrar no campo meritório, embora a causa de pedir e pedidos parcialmente se diferenciem entre si, cumpre gizar que a matéria fática narrada nos autos é a mesma relatada na ação de indenização n. 033.11.008087-7, que igualmente tramitou neste juízo, razão pela qual, por economia processual, repetir-se-ão aqui, em partes, subsídios fáticos e jurídicos argumentados naqueles autos.

Para que se possa estabelecer os elementos necessários para a caracterização da obrigação reparatória almejada, imprescindível, inicialmente, que se defina o sistema de responsabilidade civil que regulará o caso *sub judice*.

É cediço que o ordenamento jurídico pátrio albergou a responsabilização objetiva da Administração Pública, lastreada na teoria do risco administrativo, como denota, à evidência, o art. 37, § 6°, da Constituição Federal, *in verbis*:

> (...) 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.

Do dispositivo constitucional supramencionado, verifica-se que a responsabilidade pela conduta comissiva da Administração Pública é objetiva, enquanto a de seus agentes é subjetiva.

Sobre o tema, Celso Antônio Bandeira de Mello, em sua obra *Curso de Direito Administrativo*, leciona que:

> Responsabilidade objetiva é a obrigação de indenizar que incumbe a alguém em razão de um procedimento lícito ou ilícito que produziu uma lesão na esfera juridicamente protegida de outrem. Para configurá-la basta, pois, a mera relação causal entre o comportamento e o dano. (ob. cit.; 4ª ed. São Paulo, 1993; p. 441).

Assim, para que seja reconhecido o direito à indenização, é necessária a efetiva demonstração do ato, do nexo de causalidade entre este e o dano, sendo imprescindível a comprovação de que o postulante da indenização tenha sofrido prejuízo diretamente ocasionado pela conduta do agente.

Logo, como a teoria do risco administrativo dispensa a prova da culpa da Administração, esta somente será elidida caso se evidencie que houve culpa exclusiva da vítima, ato de terceiro ou existência de caso fortuito ou de força maior.

É de se lembrar que os policiais militares têm o dever de zelar pela segurança e tranquilidade social, assegurando o bem estar da população e adotando medidas para o resguardo da ordem pública, devendo agir nos estritos limites da lei e no cumprimento do dever legal. A responsabilidade civil só ocorrerá quando ficar demonstrado abuso de poder ou arbitrariedade no exercício da função.

Conforme ensinamento de Rui Stoco:

> O abuso de poder, desvio ou excesso de poder ocorre quando autoridade, embora competente para a prática do ato administrativo, ultrapassa ou transcende os limites de sua atribuição, desvirtua o próprio ato ou se desvia das finalidades estabelecidas pela Administração ou exigidas pelo interesse público". Assim, praticado "ato abusivo ou, com excesso de autoridade que cause dano ao patrimônio material ou subjetivo do cidadão, ao Estado caberá compor os danos, com direito de regresso contra o seu servidor. (*Tratado de Responsabilidade Civil – Doutrina e Jurisprudência*, 7ª Ed, São Paulo: RT, 2007, p. 1207-1208).

Ainda da doutrina de citado autor, colhe-se:

> Assim, se um policial, quando em serviço, usando arma da Corporação se excede nas funções que lhe foram cometidas e faz uso dela, responde o Estado pelos prejuízos que deste ato advenham. Aplica-se, na hipótese, a regra geral contida no art. 37, § 6º da Constituição Federal. A responsabilidade é objetiva, posto que as pessoas jurídicas ali definidas respondem pelos atos de seus prepostos (p. 844).

Feita a análise acerca da responsabilidade civil estatal por conduta comissiva de seus agentes, passa-se ao exame dos fatos ocorridos naquele fatídico dia.

Prima facie, a matéria controvertida cinge-se na suposta responsabilidade civil do Estado por ato comissivo, uma vez que os autores teriam sido vítimas de prisões arbitrárias, agressões morais e físicas, que, inclusive, culminaram na redução das capacidades física e laborativa do requerente Thiago Ruan da Silva Braz.

Compulsando-se o caderno processual, do boletim de ocorrência (fls. 133-134) se observa que a guarnição da Polícia Militar, composta pelos soldados João Vitor Baixo e Marcelo Rodrigues Sartori, foi acionada para atender uma ocorrência de perturbação do sossego na Rua Rosendo Claudino de Freitas n. 520, bairro São Judas, nesta cidade, imóvel onde os autores, na companhia de outros amigos, participavam de uma festa de aniversário, com o emprego de som (vozes e instrumentos musicais), por volta das 2h30min.

Destaque-se que a totalidade do contexto probatório existente denota ser incontroversa a caracterização da perturbação do sossego alheio no presente caso.

Chegando ao endereço dos fatos, por ocasião da abordagem, a guarnição policial foi atendida por Dayane Mariane Sabino, a quem foram repassadas as orientações pertinentes à perturbação do sossego e solicitada a diminuição do volume do som.

Concluída a abordagem, a guarnição se deslocou do local. Quando já distava alguns metros do imóvel, seus ocupantes perceberam uma aglomeração de pessoas defronte ao local dos fatos, o que forçou o retorno da viatura ao lugar.

Lá chegando, os prepostos do requerido se depararam com uma "grande movimentação e tumulto" (fl. 133), ocasião em que foram abordados por um indivíduo, que veio em direção da viatura, relatando que os participantes da festa o estariam ameaçando, pois desconfiavam ter sido ele o autor da reclamação da ocorrência policial.

É de citar que o início da discussão que originou a prisão e supostas agressões experimentadas pelos autores se deu por conta de uma desavença entre Dayane Mariane Sabino e um vizinho do imóvel narrado nos autos, suposto denunciante da ocorrência.

A dinâmica dos fatos revela, ainda, que Marco Aurélio Sabino ingressou na discussão iniciada por Dayane Mariane Sabino, sua irmã, tendo inclusive intentado investir contra a pessoa do vizinho, ocasião em que o autor Thiago Ruan da Silva Braz teria tentado detê-lo. É o que se infere do depoimento prestado no auto por Dayane Mariane Sabino, às fls. 489/491:

> (...) que a polícia chegou ao local por volta das 2 da manhã, segundo o policial acionados por vizinho que reclamava de som alto; que foi a depoente quem foi falar com os policiais que chegaram, ninguém a acompanhou mas havia umas 3 pessoas da festa na frente da casa; que o policial disse que havia reclamação de vizinho pelo som alto, chegou a perguntar qual vizinho havia reclamado e o policial disse que deveria ir ao COPOM saber; que não houve discussão com o policial e depois a viatura foi embora; que depois que a viatura saiu alguém comentou que ter visto um vizinho com celular na mão, tendo a declarante, depois também de ter visto aquele vizinho com o celular na mão, comentado "esses vizinhos não tem o que fazer e ficam chamando a polícia"; que depois de seu comentário o vizinho se dirigiu de forma áspera contra a declarante e na sequencia seu irmão Marco veio perguntar o que estava

> acontecendo e passou a bater boca com o vizinho; que quando a viatura voltou havia uma discussão Marco com o tal vizinho, sendo então que o policial saiu da viatura e apontou a arma para seu irmão Marco, " foi aí que o Thiago veio" quando então Thiago levou o tiro" (...)(*sic*).

Os próprios autores, Kayse e Thiago, embora não ouvidos na fase judicial (fls. 492-493), quando da instrução do Inquérito Policial Militar n. 150/PMSC/2011, respectivamente às fls. 202-204 e 209-211, relataram o episódio da seguinte forma:

> (...) que a viatura ao retornar ao local, foi abordado por este vizinho, o qual a testemunha desconhece o nome do mesmo, relatando aos policiais de que as pessoas que estavam na festa, o acusavam de ter efetuado a denuncia de som alto; que neste instante, irmão de Daiane, chegou em frente a residência e se dirigiu ao vizinho; que perguntado, respondeu que Marcos estava bastante nervoso; que perguntado, respondeu que durante a festa ocorreu a ingestão de bebida alcóolica pelos convidados; que no momento em que Marcos se dirigiu ao vizinho, o companheiro da testemunha, Thiago, procurou conter Marcos, tendo este se desvencilhado, tendo Thiago em seguida segurado Marcos pelos ombros, pedindo ao mesmo para ter calma; que a testemunha encontrava-se um pouco do local onde se encontrava Marcos, Thiago e o vizinho, não podendo precisar as palavras proferidas naquele momento; que a testemunha destaca também que até aquele momento, os policiais militares, "sendo dois", permaneceram dentro da viatura; que em seguida apenas um dos policiais, identificado como sendo o Sd Sartori, efetuou disparo de arma de fogo, não sabendo precisar o número de disparos efetuados; (...) que a testemunha informa que no momento dos disparos, a maior parte dos convidados que estavam na via pública correram para o interior do terreno da residência da irmã de Marcos;(...) (*sic*).
>
> (...) que um dos convidados, presenciando a discussão anteriormente mencionada, chamou Marcos, irmão de Dayane, tendo este se deslocado para a frente da residência; que a vítima, ao perceber que Marcos estaria se dirigindo para a via pública, a fim de verificar a situação que estava ocorrendo, envolvendo a sua irmã (Dayane), a vítima tentou conter o mesmo, segurando-o, contudo, num primeiro momento a vítima perdeu o equilíbrio em decorrência do trilho do portão, vindo a segurar Marcos

> já em via pública; que até aquele instante os dois policiais permaneciam no interior da viatura; que a vítima constatou que o policial militar Sartori já estava no interior da viatura; que a vítima constatou que o policial militar Sartori já estava do lado de fora da viatura, estava portanto uma espingarda calibre 12, apontado a arma em direção da vítima e de Marcos e efetuou um disparo com munição de borracha, atingindo a perna esquerda (coxa) da vítima; que diante do disparo efetuado, a vítima procurou deslocar para o interior da residência, a fim de buscar auxílio (...) (*sic*).

Corroborando o relato dos autores, infere-se dos autos que após o início da discussão, outros participantes da festa começaram a se dirigir dos fundos da casa para a rua, palco da confusão, indo ao encontro do vizinho, momento em que o policial Marcelo Rodrigues Sartori, portando uma espingarda calibre 12, com balas de borracha, interveio e mandou que a multidão se afastasse, a fim de conter a manifestação.

Ocorre que, a partir de então, em meio a um tumulto já estabelecido, a massa passou a se movimentar contra o próprio policial que tentava conter os ânimos. Inclusive, na investida contra o policial, participantes da contenda entraram em luta corporal com o militar, conseguindo êxito em tomar de sua mão a espingarda, o que forçou o soldado a então sacar a pistola e dar dois disparos contra o chão, no intuito de se defender, bem como para reaver o armamento já em posse dos contentores.

Nesse diapasão, não destoam os depoimentos dos policiais envolvidos na ocorrência, João Vitor Baixo e Marcelo Rodrigues Sartori, respectivamente às fls. 483-486 e 524:

> (...) que já saindo dali voltaram a perceber uma movimentação na rua na frente daquela casa, e por isso retornaram ao local; que quando retornaram um vizinho se aproximou se queixando que teria sido ameaçado porque as pessoas da festa o acusavam de ter acionado a PM; que então as pessoas começaram a sair da festa e vieram para a rua, e nesse momento inicial o depoente e Marcelo estavam dentro da viatura; que na sequencia um grupo de pessoas dessa festa passou em frente a viatura e foi ao encontro do vizinho, e nesse momento então Marcelo saiu da viatura

portando a espingarda com bala de borracha, verbalizando no sentido de que se afastassem, porque, repete, se aproximavam daquele vizinho; que algumas pessoas desse grupo que sairam da festa após a verbalização de Marcelo para que se afastassem passaram a investir contra ele, ou seja, ao invés de se aproximarem do vizinho passaram a se aproximar de Marcelo; que novamente Marcelo verbalizou no sentido de que aquelas pessoas se afastassem, mas não adiantou, tendo em então Marcelo efetuado um disparo com a arma de borracha para o chão; que nesse instante Marcelo estava praticamente ao lado da viatura na mesma posição desde quando saiu; que mesmo com o disparo aquelas pessoas continuaram investindo contra Marcelo, se aproximando dele, sendo que Marcelo começou a recuar, continuando a verbalizar no sentido de que se afastassem, apontando a espingarda dizendo que voltaria a atirar se não se afastassem; que ainda recuando Marcelo voltou a efetuar novo disparo, sendo que continuaram a avançar e posteriormente houve um terceiro disparo que teria então atingido a perna de um dos masculinos; que ainda assim aquele grupo continuou investindo contra Marcelo, que continuou recuando; que explica que quando houve o primeiro disparo contra Marcelo o depoente ainda estava dentro da viatura, sendo que então solicitou apoio pelo rádio da viatura, saindo da viatura levando aquele vizinho antes ameaçado para o interior de sua casa; que foi rápida a cena entre quando saiu da viatura e levou o vizinho para dentro de sua casa que ficava próxima, tendo o depoente retornado para a viatura manobrado-a em direção a Marcelo que estava recuando cada vez mais como acima descreveu; que enquanto manobrava a viatura com essa finalidade ouviu novos disparos com arma de fogo, dois tiros; que explica que quando do segundo e terceiro tiros com a arma de borracha, embora já tivesse saído da viatura e estivesse levando o vizinho para sua casa próxima, percebeu aquela cena do policial Marcelo recuando, verbalizando e disparando como acima descreveu; que havia muitas pessoas na rua, toda a festa saiu para fora, no mínimo umas 15 pessoas, explicando que algumas estavam alteradas, mas que era um pequeno grupo, em torno de 3 pessoas, que avançava e investia contra Marcelo; que neste grupo que investia contra Marcelo também estava o autor Ricardo presente nesta audiência; que em relação aos tiros com arma de fogo explica que estava manobrando a viatura com intenção de ir em direção a Marcelo; que quando desses disparos com arma de fogo Marcelo estava a uns 20 ou 30 metros da viatura, portanto foi por essa distância que recuou frente ao avanço daquele grupo de umas 3 pessoas

do qual fazia parte o autor Ricardo; (...) que explica que viu esse grupo avançar contra Marcelo, tendo Marcelo explicado depois que chegaram a tirar de sua posse a espingarda de bala de borracha; que enquanto fazia o retorno houve os disparos com arma de fogo, quando então voltou a sair da viatura e viu que havia um ferido com tiro no pé, explicando que nesse momento algumas aquelas pessoas começaram a voltar para o interior da casa; que só após os disparos com arma de fogo real é que cessou a investida daquele grupo de pessoas contra Marcelo; (...) que já no primeiro atendimento que fizeram era possível perceber que as pessoas daquela festa estavam embriagados; (...)(*sic*).

(...) paramos a viatura, desci, tentei conversar com eles para que se afastassem; pessoal já bastante alterado, já acho que de repente, final de festa (...), ingerido bastante bebida alcoólica (...); mandei que se afastassem tanto do solicitante como da guarnição policial; alguns desses participantes da festa não atacaram e começaram já a vir para cima; retornei à viatura, que estava próxima, peguei uma calibre 12, com munição de borracha, verbalizei que se afastassem (...), eles alterados, momento em que Thiago, acho que autor da ação, tentou pegar esta arma da minha mão; portava esta arma, ele tentou tirar; no primeiro momento eu consegui fazer com que ele soltasse a arma, fui afastando, verbalizando (...) teve uma disputa por este armamento (...) consegui retirar, continuei me afastando, verbalizando para que se afastassem; e aí já estava um tumulto generalizado, muitas pessoas, momento que mais dois participantes da festa, se não me engano Marco Aurélio e Ricardo, também investiram contra mim no intuito de tirar a minha arma; alguns segundo lutamos em razão da posse dessa arma; efetuei um disparo e em seguida efetuei mais dois disparos de munição de borracha em direção ao chão, membros inferiores, um deles até atingiu a perna do Thiago; daí em diante já estava cercado, fui atingido por algum objeto pelas costas também; já haviam mais pessoas tentando me agredir pelas costas e aí perdi a posse da arma (...); eles conseguiram tomar a arma; um deles até apontou algumas vezes para mim, tentou, talvez pelo desconhecimento do mecanismo, funcionamento do armamento, já que já havia efetuado algum disparo, não conseguindo também efetuar o disparo contra mim, momento em que eu saquei a pistola (...); efetuei dois disparos em direção ao chão, um deles atingiu o pé do Ricardo (...) e nesse momento começou a haver uma dispersada, foi onde eu consegui reaver a arma (....)

> que já estava no chão (...); o Ricardo e outras pessoas ali...Marco Aurélio, tentavam retomar essa arma; eu daí consegui pegar, consegui reaver este armamento; devido a esses disparos que eu fiz, o pessoal dispersou, consegui correr até a viatura, onde meu companheiro estava (...); guardei essa arma e pedi apoio a outras guarnições, para que auxiliassem no atendimento da ocorrência (...) (*sic*).

Inclusive, os próprios participantes da festa admitem a perda da posse do armamento pelo policial. Veja-se.

Dayane Mariane Sabino, às fl. 489-491, informa que:

> (...) que prestou depoimentos na delegacia e na PM e não foi coagida falou livremente; (...) que confirma suas assinaturas no depoimento de fls. 337/340, esclarecendo em razão de sua afirmação nesse depoimento de que seu irmão Marco procurou segurar a arma portada por Marcelo, o fez depois que Thiago e seu irmão Ricardo levaram o tiro; que ainda sobre esse depoimento afirma ser verdadeira a afirmação de que ao término da munição o policial teria soltado a espingarda permanecendo ela na posse de Marco, sendo também verdadeira a afirmação de que o policial apontou a arma em direção ao chão determinando que Ricardo se afastasse; (...) (*sic*).

Marco Aurélio Sabino, às fls. 478-480, admite que:

> (...) que o depoente foi avisado e quando saiu em direção à rua tropeçou no trilho do portão e o Thiago o segurou; que logo após esse momento o policial saiu da viatura e deu um tiro de bala de borracha que acertou na perna de Thiago; que o depoente indagou o policial sobre o que ele fez, ocasião na qual o policial de sobrenome Sartori engatilhou a arma e apontou para o depoente; que o depoente tentou segurar a arma e o policial continuava forçando em sua direção; que após o policial descarregar a arma de borracha, puxou a arma que estava em sua cintura e deu um tiro, em direção ao depoente que acertou no chão; que o depoente correu para dentro de casa enquanto que seu irmão veio em direção ao policial pedindo calma, ocasião na qual o policial atirou no pé do seu irmão" (...) (*sic*).

Não há dúvidas, portanto, de que a situação fugiu completamente do controle da guarnição. Por fim, ilustrando ainda a situação atípica

a qual o policial Marcelo Rodrigues Sartori se viu sujeito, extrai-se do depoimento de Ricardo Alexandre Sabino (fl. 534):

> (...) quando eu saí no portão e vi meu primo ali na frente e olhei um policial com a arma apontada assim, que é o Marcelo Sartori (...) ele estava com a arma de fogo apontada assim, em direção a eles, eu empurrei ele para trás e sai correndo e fiz assim "calma cara, isso aqui é uma festa de família", onde ele puxou a arma dele (...) e pegou e deu dois tiros (...) (*sic*).

Vê-se, portanto, que o tumulto somente começou a se dissolver após os disparos de pistola efetuados pelo policial, o que fez com que algumas pessoas corressem para o interior da residência e outras empreendessem fuga. Por fim, somente com a chegada de outras guarnições policiais, é que o atendimento pode ser concluído, culminando na prisão de onze pessoas, conforme se infere do boletim de ocorrência de fls.129-135.

Diante do exposto, conclui-se que as provas carreadas aos autos deixam claro, aos olhos deste juízo, que os tiros efetuados pelo preposto do requerido, embora à primeira vista pudessem configurar possível abuso de autoridade, foram disparados apenas no sentido de assegurar a própria defesa do policial e o restabelecimento da ordem, dadas as circunstâncias do caso.

O que se extrai dos depoimentos acima transcritos é que, na abordagem supramencionada, o policial militar agiu sob o manto das excludentes de responsabilidade do estrito cumprimento do dever legal e da legítima defesa. Sob esse aspecto, salienta-se que os tiros disparados aconteceram justamente para a sua própria proteção, restando comprovado que alguns dos participantes da festa estavam com os ânimos visivelmente alterados e possivelmente sob o efeito de álcool, fato este incontroverso no autos. Ademais, como agravante, tem-se o fato de alguns contentores terem tomado à força a espingarda das mãos do militar.

Aliado a isto, frise-se que o policial militar se encontrava, no início da abordagem, com apenas o outro companheiro da guarnição e muito

próximo de cerca de 15 a 20 pessoas. Destaca-se que foram identificados onze indivíduos diretamente envolvidos, proferindo-se, então, voz de prisão e posterior condução à Delegacia de Polícia, pela prática dos delitos de desobediência e desacato.

A única pessoa que teria plenas condições de auxiliar o militar Marcelo Rodrigues Sartori naquela situação seria o seu parceiro Sd. João Vitor Baixo, fato este que não ocorreu, uma vez que permaneceu grande parte do tempo no interior da viatura, bem como conduziu o vizinho envolvido nos fatos em segurança para o interior de sua residência. Nesses termos, percebe-se que o policial que efetuou os disparos permaneceu sozinho e cercado pelos populares, não tendo alternativa senão fazer uso dos meios necessários para conter a ação perpretada por aquele grupo contra a sua pessoa.

Portanto, diante do contexto probatório coligido, inarredável se faz reconhecer tenham todos os fatos sido deflagrados por culpa exclusiva da multidão envolvida, da qual participavam os autores, o que importa em causa excludente da obrigação de reparação civil por parte do Estado pelos atos de seu agente quando, em pleno exercício de seu dever legal, viu-se compelido a defender sua própria incolumidade pessoal, diante das agressões partidas dos autores e demais envolvidos.

Mirabete, em matéria de processo penal, leciona quanto à necessidade do uso moderado na reação para que não ocorra o excesso na defesa, caracterizando-se a descriminante da legítima defesa: *"O homem atua na defesa e nas circunstâncias que o rodeiam e envolvem o fato. Em situação extrema, até a utilização de arma de fogo e o resultado morte do agressor são admissíveis"* (Curso de Processo Penal Interpretado, 7 ed. São Paulo, Atlas, 2000, p. 230/231).

Ressalta-se que o policial autor dos disparos, devido aos acontecimentos, respondeu ao Inquérito Policial Militar n. 150/PMSC/2011, o qual teve como resultado sua absolvição consubstanciada

na legítima defesa própria, conforme os documentos acostados às fls. 275-290, extraindo-se os seguintes dizeres:

> Ante o exposto e que dos autos consta, verifica-se que o policial militar, ora indiciado, agiu dentro da legalidade, no estrito cumprimento do dever legal, inexistindo dúvidas quanto à legitimidade da ação policial pautada e consubstanciada na legítima defesa própria, uma vez que, diante da situação vivenciada pelo mesmo, não vislumbrou alternativa, senão agir daquela maneira, ou seja, efetuando disparos de munição menos letal e, posteriormente com munição letal, a fim de coibir a investida de populares contra a sua pessoa.

É cediço que a atividade policial, em determinadas situações, exige medidas que por vezes geram algum desconforto no indivíduo que é submetido à averiguação. Contudo, tem-se que a principal função da Polícia Militar reside em manter a ordem e segurança pública, pelo que algumas atitudes se mostram necessárias ao exercício desse mister.

Nesta esteira, tem-se que a conduta do policial militar foi condizente com a situação enfrentada, porquanto do conjunto probatório colhe-se que houve visível conduta ameaçadora do autor e demais, o que conduziu para o deslinde fático dos acontecimentos.

Como é sabido, quando o agente da pessoa jurídica de direito público age no exercício regular de seu direito ou em legítima defesa, não se cogita de indenização por danos materiais e/ou morais (art. 188, inciso I, do Código Civil).

Acerca da excludente de legítima defesa, Silvio de Salvo Venosa discorre:

> A legítima defesa constitui justificativa para a conduta. O conceito é o mesmo do Direito Penal. A sociedade organizada não admite a justiça de mão própria, mas reconhece situações nas quais o indivíduo pode usar dos meios necessários para repelir agressão injusta, atual ou iminente, contra si ou contra as pessoas ou seus bens (Direito Civil. São Paulo: Atlas, 2006, p. 50).

Sobre a culpa exclusiva da vítima, leciona Carlos Roberto Gonçalves:

> Quando o evento danoso acontece por culpa exclusiva da vítima, desaparece a responsabilidade do agente. Nesse caso, deixa de existir a relação de causa e efeito entre o seu ato e o prejuízo experimentado pela vítima. Pode-se afirmar que, no caso de culpa exclusiva da vítima, o causador do dano não passa de mero instrumento do acidente. Não há liame de causalidade entre o seu ato e o prejuízo da vítima (Direito civil brasileiro, volume IV: responsabilidade civil, 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 439).

A propósito, da jurisprudência do Tribunal de Justiça de Santa Catarina se referem os seguintes precedentes:

> APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS, MORAIS E ESTÉTICOS. ABORDAGEM POLICIAL. REVISTA PESSOAL. ESTRITO CUMPRIMENTO DO DEVER LEGAL. RESISTÊNCIA INJUSTIFICADA DA PARTE AUTORA. TUMULTO E VIOLÊNCIA GENERALIZADA ENTRE OS ENVOLVIDOS. AUSÊNCIA DE NEXO DE CAUSALIDADE. CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO AFASTADA. SENTENÇA REFORMADA. RECURSO E REEXAME CONHECIDOS E PROVIDOS.
>
> (TJSC, Apelação Cível n. 2011.061839-9, Quarta Câmara de Direito Público, rel. Des. Rodrigo Cunha, j. 20-11-2014).
>
> APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS, MORAIS E ESTÉTICOS. AGRESSÃO FÍSICA PERPETRADA POR POLICIAL MILITAR. ALEGADO ABUSO DE AUTORIDADE. INEXISTÊNCIA. EXERCÍCIO REGULAR DE UM DIREITO. ATUAÇÃO POLICIAL HÍGIDA. AGENTE PÚBLICO QUE AGE COM PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE EXCESSOS OU ABUSO DE PODER. ENCARGO PROBATÓRIO NÃO CUMPRIDO. EXEGESE DO ART. 333, I, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL RECHAÇADA. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO. Não há responsabilidade civil do Estado, por ato praticado por agente público em procedimento

de ocorrência policial (briga envolvendo terceiros), quando verificado que o policial procedeu com razoabilidade, dentro dos parâmetros normalmente esperados, isto é, a partir de uma atitude agressiva e desmedida do autor, realizou a sua contenção, ainda que tenha precisado utilizar a força para tanto, culminando com lesão física.

(TJSC, Apelação Cível n. 2014.032442-2, Terceira Câmara de Direito Público, rel. Des. Stanley da Silva Braga, j. 12-08-2014).

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS - ESTADO DEMANDADO PELA AÇÃO DE POLICIAIS MILITARES CHAMADOS PARA ATENDER OCORRÊNCIA - AGRESSÃO FÍSICA AOS AGENTES E TENTATIVA DE FUGA DO SUSPEITO - PROJÉTIL DISPARADO DE ARMA DE FOGO - MORTE DE FILHO DURANTE DILIGÊNCIA POLICIAL - RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO - ATUAÇÃO DA VÍTIMA QUE INFLUENCIOU DE FORMA DECISIVA PARA OS DANOS SUPORTADOS - UTILIZAÇÃO DE MEIO E FORÇAS ADEQUADAS - EXCLUDENTES DE RESPONSABILIDADE - LEGÍTIMA DEFESA E ESTRITO CUMPRIMENTO DO DEVER LEGAL-ARQUIVAMENTO DO INQUÉRITO POLICIAL NO JUÍZO PENAL - INDENIZAÇÃO INDEVIDA - RESPONSABILIDADE NÃO CONFIGURADA - IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO - SENTENÇA MANTIDA - RECURSO DESPROVIDO.

(TJSC, Apelação Cível n. 2010.001211-6, Quarta Câmara de Direito Público, rel. Des. José Volpato de Souza, j. 28-07-2011).

Apelação Cível. Ação de indenização por danos morais. Agressão praticada por policial militar no momento da prisão. Legítima defesa e estrito cumprimento do dever legal. Resistência da vítima, que agrediu o agente e portava uma foice. Responsabilidade Civil do Estado não configurada. Desprovimento do recurso.

O Estado não está obrigado a indenizar qualquer caso em razão da responsabilidade objetiva. A adoção de tal teoria somente desobriga a vítima da prova de culpa do agente da Administração, sendo atribuição desta provar a culpa do lesado no evento danoso, para que fique livre do dever de indenizar.

"Os policiais, civis ou militares, como agentes do Estado que são, têm o dever de zelar pela segurança pública, visando a tranqüilidade social. Devem assegurar o bem-estar da população, adotar medidas coercitivas para o resguardo da ordem pública, agir somente nos estritos limites da lei e no estrito cumprimento do seu dever legal. A responsabilidade civil estatal só ocorrerá quando ficar demonstrado abuso de poder ou arbitrariedade no exercício da função, fato esse que não restou demonstrado nos autos" (Ap. Cív. 2003.023534-5, de Tijucas. Rel. Des. Rui Fortes).

(TJSC, Apelação Cível n. 2008.001197-3, Terceira Câmara de Direito Público, rel. Des. Pedro Manoel Abreu, j. 21-10-2008).

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO - PRISÃO EM FLAGRANTE - PRIVAÇÃO DE LIBERDADE EFETIVADA DENTRO DOS REQUISITOS LEGAIS.

Tendo a prisão cautelar (flagrante) preenchido as formalidades legais para a privação da liberdade do demandante, indevida a composição dos alegados prejuízos.

INDENIZATÓRIA - PREJUÍZOS MATERIAIS, MORAIS E ESTÉTICOS - AÇÃO POLICIAL - ABORDAGEM - TIROS QUE ATINGEM O INDICIADO - ESTRITO CUMPRIMENTO DO DEVER LEGAL - LEGÍTIMA DEFESA - CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA QUE PORTAVA ARMA DE FOGO E DISPAROU CONTRA OS POLICIAIS MILITARES - EXCLUDENTE DE RESPONSABILIDADE.

Tendo a ação policial pautado-se nos limites legais, haja vista terem agido em legítima defesa e no estrito cumprimento do dever legal ao deterem o autor desta demanda, que havia praticado infração penal, inexiste responsabilidade pelo evento que autorize o ressarcimento dos danos pretendidos.

REPARAÇÃO DE DANOS - DEMANDA PENAL - SENTENÇA ABSOLUTÓRIA - PEÇA ACUSATÓRIA EFETIVADA DENTRO DOS REQUISITOS LEGAIS - INDÍCIOS DA AUTORIA E PROVA DA MATERIALIDADE DELITIVA - JUSTA CAUSA - PERSECUTIO CRIMINIS - DEVER DE PUNIR DO ESTADO - AUSÊNCIA DE DOLO, ABUSO DE AUTORIDADE, ERRO JUDICIÁRIO OU EXCESSO DE PRAZO NA PRISÃO - ATOS JUDICIÁRIOS REVESTIDOS DE LEGALIDADE - COMPENSAÇÃO INDEVIDA.

> O Estado, para a manutenção do bem estar social e da ordem jurídica, tem o dever de perseguir e aplicar sanções ao infrator da norma penal incriminadora. O Poder Público só deve ser responsabilizado pela persecução penal, quando os seus agentes, em uma das fases administrativa (inquérito policial) ou judicial (ação penal), por exemplo, agirem com dolo, abuso de autoridade ou nas hipóteses de erro judiciário e excesso de prazo na prisão, o que não restou demonstrado no caso em análise. Não se nega a responsabilidade do Poder Público pelos atos judiciários. Entretanto, in casu, não há como se impingir a condição de responsável ao Estado, uma vez que as medidas judiciais e extrajudiciais estavam revestidas de legalidade.
>
> (TJSC, Apelação Cível n. 2006.003361-2, Primeira Câmara de Direito Público, rel. Des. Volnei Carlin, j. 09-03-2006).

No cenário delineado nos autos, resta induvidoso que o tiro que atingiu a perna do autor, causando ofensa a sua integridade física, foi um desdobramento da legítima defesa do policial que efetuou os disparos.

Ademais, a dinâmica dos fatos revela que o autor participou ativamente da confusão ao tentar conter Marco Antônio Sabino, que, como visto alhures, confessou ter tentado retirar a espigarda do policial que a empunha.

Outrossim, ainda do depoimento da testemunha Dayane Mariane Sabino (fls. 489-491), extrai-se que "Thiago abraçou e segurou seu irmão Marco porque este estava discutindo com o vizinho".

Nesses termos, não há como se imputar ao requerido a responsabilidade civil pela ofensa física ao autor, eis que o disparo efetuado por seu preposto foi decorrente da legítima defesa e exercício regular de direito.

Quanto à suposta injusta prisão da autora, ato ilícito imputado ao requerido, não se depreende ilegalidade no ato, dada as peculiaridades do caso *sub examen*.

Ademais, após o disparo de arma que atingiu o autor, a demandante permaneceu na sua companhia até o final da abordagem policial, inclusive

tentando entrar na viatura junto com seu companheiro, sendo impedida por um dos militares que se fazia presente no local dos fatos. É o que relata a testemunha Ricardo Alexandre Sabino (fl. 534):

> (...) como eu cheguei por último, eu só vi depois dos fatos terem acontecido, eles já sangrando (...); o outro policial pegou o Thiago e foi levar para dentro da viatura; levou algemado e a esposa dele tentou entrar junto (...); teve um policial que pegou ela pelo braço e fez assim "vem aqui", tentando tirar ela; ela queria entrar junto com o Thiago, porque estava machucado, queria entrar na viatura com ele (...) (*sic*).

Portanto, não se sabe até que ponto a autora não ofereceu resistência ao cumprimento das prisões que estavam sendo efetuadas pelos policiais militares.

Fora isso, é compreensível que a autora tenha se sentido incomodada ao ter sido alvo de ação policial repressiva. Entretanto, a abordagem ocorreu no estrito cumprimento do dever legal e de maneira indispensável a salvaguarda da legítima defesa do policial Marcelo Rodrigues Sartori.

Outrossim, extrai-se dos autos que a abordagem policial não se deu de forma aleatória e injustificada, conforme faz crer a petição inicial, mas sim foi feita com cautela, inclusive com a correta identificação dos envolvidos durante a prática do ato.

Dessa forma, não comprovado o abuso na realização da diligência policial, não há falar em configuração de ato ilícito. Portanto, sendo lícita a ação policial, por ter sido executado no estrito cumprimento do dever legal, o abalo natural por ela causado não gera direito à indenização por dano moral.

Nesse sentido, colhe-se da jurisprudência:

> Apelação cível. Responsabilidade civil do Estado. Indenização por danos morais. Voz de prisão que após a identificação, verificou-se equivocada. Prática efetuada dentro dos limites legais. Inocorrência de erro de procedimento. Recurso desprovido.

> A ação de Policial Militar que se pauta estritamente no cumprimento de dever legal, não dá ensejo à indenização por danos morais, principalmente se foi a pretensa vítima que deu causa aos fatos que culminaram na sua detenção (Apelação Cível n. 2001.024813-1, de Tubarão, Relator: Desembargador Luiz Cézar Medeiros).
>
> O Estado não está obrigado a indenizar qualquer caso em razão da responsabilidade objetiva. A adoção de tal teoria somente desobriga a vítima da prova de culpa do agente da Administração, sendo atribuição desta provar a culpa do lesado no evento danoso, para que fique livre do dever de indenizar.
>
> (TJSC, Apelação Cível n. 2013.014302-5, Terceira Câmara de Direito Público, rel. Des. Pedro Manoel Abreu, j. 22-04-2014).

Por fim, os autores alegam terem sido vítimas de ofensas de ordem moral. Entretanto, não se infere nos autos provas da existência do ato ilícito e nem do dano.

Ainda que suas oitivas tenham sido dispensadas pelo requerido na fase judicial (fls. 492-493), quando prestaram esclarecimentos perante a autoridade policial (fls. 160, 202-204 e 209-211) nada referiram a esse respeito, nem sequer mencionaram quais teriam sido as ofensas perpetradas pelos prepostos do Estado de Santa Catarina

Dessa forma, os autores não lograram êxito em demonstrar nos autos o ato constitutivo de seu direito (art. 333, inciso I, do CPC), vale dizer, a efetiva ocorrência de ofensas morais praticadas pelos prepostos do requerido no exercício da função. Daí decorre, portanto, a improcedência do pleito inicial nesse tocante.

Por todo o exposto, vislumbra-se a isenção da responsabilidade de indenizar do requerido, isto porque ficou amplamente demonstrado que o policial Marcelo Rodrigues Sartori agiu amparado no estrito cumprimento do dever legal e objetivando manter a sua própria incolumidade física.

Destarte, feita a análise e a valoração das provas acostadas ao caderno processual, tem-se como indevida a indenização pleiteada

pelos autores, pois não ficaram demonstrados os fatos constitutivos dos seus direitos, verificando-se a ruptura do nexo de causalidade ante a caracterização de culpa exclusiva das vítimas.

III – DISPOSITIVO:

Ante o exposto, **JULGO IMPROCEDENTES** os pedidos formulados na presente ação indenizatória decorrente de danos morais e materiais, ajuizada por **Thiago Ruan da Silva Braz e Kayse Jacqueline da Silva** em face do **Estado de Santa Catarina**, nos termos do art. 269, inciso I, do Código de Processo Civil.

Condeno a parte autora ao pagamento das custas e despesas processuais, assim como honorários advocatícios, estes fixados em R$ 2.000,00 (dois mil reais), nos moldes do art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil, sopesadas as circunstâncias previstas nas alíneas 'a', 'b' e 'c' do § 3º do referido artigo. Contudo, suspende-se a condenação imposta à parte autora, porquanto deferida a ela o benefício da justiça gratuita, nos moldes do art. 12 da Lei n. 1.060/50.

Sentença não sujeita ao reexame necessário, pois não configuradas as hipóteses do art. 475 do Código de Processo Civil.

Transitada em julgado, arquive-se.

P. R. I.

Itajaí (SC), 14 de abril de 2015.

Carlos Roberto da Silva
Juiz de Direito

Autos n. 0600246-87.2014.8.24.0041

Comarca de Mafra
1ª Vara Cível
Ação: Procedimento Ordinário/PROC
Autor: O. P.
Réu: F. C. P. P.

Vistos para sentença.

Trata-se de *ação de exoneração de alimentos* ajuizada por O. P. em face de F. C. P. P., ambos devidamente qualificados, sustentando, em síntese, que a ré atingiu a maioridade civil, exerce atividade laborativa rentável e constituiu união estável, sendo necessária a cessação da obrigação alimentar.

Requereu a citação da ré e a exoneração dos alimentos fixados em seu favor, inclusive em sede de antecipação de tutela.

Pleiteou o benefício da justiça gratuita, valorou a causa e juntou documentos.

O pedido liminar restou indeferido. Designada audiência conciliatória, restou inexitosa a tentativa de composição, tendo a ré ofertado contestação escrita, em que alegou, em suma, que o requerido não comprovou diminuição de sua possibilidade financeira, que é estudante e em breve irá prestar vestibular para curso universitário e que não vive em união estável. Confirma estar trabalhando, mas afirma que sua renda não lhe permite o sustento próprio.

Houve réplica.

Designada audiência de instrução e julgamento, não houve produção de provas, ofertando as partes alegações finais remissivas.

É o relatório. Decido.

Trata-se de pretensão de exoneração de alimentos ajuizada por O. P. em face de F. C. P. P., em que o autor busca a tutela jurisdicional com o intuito de ser desobrigado do ônus acordado nos autos nº 041.00.001029-5.

Durante a menoridade – até os 18 anos (art. 5° do CC/2002) – incumbe aos pais o dever de guarda e sustento dos filhos (art. 229 da Constituição Federal e art. 1.630 do CC/2002). Esse dever de sustento também se apóia na condição especial dos filhos como pessoas em desenvolvimento (art. 6° da Lei 8.069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente). Durante esse período, a obrigação dos pais em relação ao sustento dos filhos decorre da tão-só condição de genitor, e estende-se por expressa disposição de lei aos filhos maiores incapazes (art. 1.590 do CC/2002).

O atingimento da maioridade, todavia, extingue o poder familiar (art. 1.635, III, do CC/2002) e, com isso, o dever de sustento dele derivado.

Nasce, então, a obrigação alimentar derivada do vínculo de parentesco (arts. 1.694 e 1.696 do CC/2002). Tais alimentos, por força de lei, devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada (parágrafo primeiro do artigo 1.694).

A disciplina legal estabelece que a obrigação alimentar depende de pedido da parte interessada:

> Art. 1.694. Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação.
>
> § 1º Os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada.
>
> § 2º Os alimentos serão apenas os indispensáveis à subsistência, quando a situação de necessidade resultar de culpa de quem os pleiteia.

> Art. 1.695. São devidos os alimentos quando quem os pretende não tem bens suficientes, nem pode prover, pelo seu trabalho, à própria mantença, e aquele, de quem se reclamam, pode fornecê-los, sem desfalque do necessário ao seu sustento.

E, com efeito, se a obrigação alimentar depende da comprovação do binômio necessidade-possibilidade, evidencia-se a necessidade de provocação do interessado na fixação da verba.

Distinguem-se, assim, os alimentos derivados do dever de sustento (decorrente do poder familiar, cessando aos dezoito anos) e os alimentos derivados da obrigação alimentar (derivada do vínculo de parentesco).

Tomo emprestada a preciosa lição de Youssef Cahali:

> "1. O *dever de sustento* diz respeito ao filho menor, e vincula-se ao poder familiar (pátrio poder); seu fundamento encontra-se nos arts. 1.566, IV, e 1.568 do novo CC, como dever de ambos os cônjuges em relação à prole, de mantença da família (art. 1.566, III); cessado o poder familiar, pela maioridade ou pela emancipação, cessa consequentemente aquele dever; termina, portanto, quando começa a *obrigação alimentar*.
>
> O dever de sustento é unilateral e se exaure na relação paterno-filial; na vigência da sociedade conjugal consubstancia, mais propriamente, uma obrigação de fazer do que uma obrigação de dar.
>
> Como dever inarredável dos genitores, o direito natural dos filhos de serem por estes sustentados prescinde dos pressupostos do art. 1.695 do CC; e só tem por inteiramente cumprido diante da prestação do necessário à manutenção e criação da prole, não se esgotando, portanto, na simples prestação de um *quantum* periódico ministrado a título de pensão.
>
> O dever de sustento compreende um elemento que, normalmente, é estranho à obrigação alimentar, representado pelo dever de educação.
>
> 2. A *obrigação alimentar* não se vincula ao pátrio poder ou poder familiar, mas à relação de parentesco, representando uma obrigação mais ampla que tem seu fundamento no art. 1.696 do novo Código Civil; tem como causa jurídica o vínculo ascendente-descendente.

> A obrigação alimentar é recíproca (CC, art. 1.696), nasce depois de cessada a menoridade e, com isto, o poder familiar, não mais encontrando limitação temporal; sujeita-se, contudo, aos pressupostos da necessidade do alimentado das possibilidades do alimentante (CC, art. 1.695), exaurindo-se o seu adimplemento numa obrigação de dar, representada pela prestação periódica de uma quantia fixada segundo aquelas condições; em tese, não compreende, necessariamente, as despesas com educação (v. item 7.2.2, abaixo).
>
> Em resumo, impõe-se distinguir as duas diferentes ordens de obrigações alimentares, 'não se englobando como se única fosse a restrita decorrente do pátrio poder [hoje, poder familiar] e a decorrente do parentesco'."
>
> (Dos alimentos. 5ª ed., rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, pp. 454/455). "

Questão sensível, todavia (como reconhecido pelo próprio autor antes citado), é a apreciação da cessação automática – ou não – dos alimentos derivados do dever de sustento quando da extinção do poder familiar pelo advento da maioridade.

É que, a interpretar-se estritamente os dispositivos legais supra, a conclusão é de que, com a maioridade e consequente extinção do poder familiar, estaria também cessado o dever de sustento do filho menor, garantida, todavia, a busca – por provocação da parte interessada – da fixação de alimentos com base na obrigação alimentar derivada do vínculo de parentesco, sujeita, assim, à comprovação da necessidade do alimentado e possibilidade do alimentante.

Essa, aliás, era a posição jurisprudencial durante considerável período de tempo, como expõe o doutrinador antes mencionado naquela obra, sem prejuízo da existência de precedentes que, em situações concretas, acabavam por estender a obrigação alimentar para depois da maioridade.

Todavia, a jurisprudência nacional aos poucos acabou firmando entendimento de que a exoneração pelo atingimento da maioridade não

se dá de forma automática, mas depende de provocação do alimentante, ainda que nos próprios autos em que fixada a obrigação (súmula 358 do STJ), incumbindo a prova da necessidade dos alimentos àquele que os recebe (STJ, REsp 1.198.105/RJ).

Entendeu-se, também, que a frequência em curso superior (ou instituição de ensino) quando do atingimento da maioridade implicaria em manutenção da presunção de dependência, autorizando a manutenção da obrigação alimentar, ainda que a título diverso (STJ, REsp 1.312.706/AL).

Novamente a doutrina de Youssef Cahali:

> "2. Tecnicamente, até em respeito à lei, não se pode negar que, em tese, como assinalava Pontes de Miranda, desde que a maioridade extingue o poder familiar, 'o dever de sustento cessa por inteiro quando cessa o pátrio poder [hoje, poder familiar].'
>
> Extinto o poder familiar em razão da maioridade, e, conseguintemente, cessando o dever de sustento, exsurge, obviamente, para o filho um direito de alimentos, mas agora nas condições do art. 1.694.
>
> Institutos diversos na sua ontologia e nos seus pressupostos, não há como pretender-se, pura e simplesmente, uma *transubstanciação do fundamento jurídico da obrigação*, que, em substância, acaba determinando uma verdadeira inovação de uma relação jurídica, ocorrida no âmbito de um processo, que se revela, no mínimo, questionável, se considerarmos aqueles casos em que o filho não foi parte no processo (separação judicial ou divórcio).
>
> 3. Entretanto, não há contradição, nem atenta contra os princípios jurídicos, a *preservação da jurisprudência pretoriana anterior*, consolidada no sentido da dilação, em determinadas situações, do *dever de sustento do filho* até a idade de 24 (vinte e quatro) anos, nas hipóteses de estar este cursando curso superior (ou prestes a ingressar), até o implemento daquela idade ou a conclusão da faculdade.
>
> Trata-se, no caso, de simples reminiscência do *dever de educação do filho*, como dever recíproco dos genitores, imanente ao poder familiar, como

> simples manutenção *pro tempore*, sem o condão de transmutação do dever de sustento em obrigação alimentar indefinida, a exigir ação para a liberação do genitor.
>
> Ora, desde que é possível ao juiz condenar desde logo o genitor a sustentar o filho que estuda em curso superior e não tem como se manter, até que o mesmo complete 24 anos, não se tem como, verificados aqueles pressupostos na relação alimentar continuativa, possa deixar o juiz de determinar aquela extensão temporal do dever de sustento, considerando agora, principalmente, o prematuro advento da maioridade, decantado pelo CC.
>
> Assim, concedida desde logo, ou depois, a pensão alimentar ao filho sustentado, pelo menos até que o filho sustentado complete 24 anos, ou antes complete o curso superior, a exoneração somente pode decorrer da ação de exoneração julgada em função da parêmia possibilidade-necessidade.
>
> Neste sentido, entende-se a afirmação do STJ de que 'a jurisprudência desse Tribunal orienta-se no sentido de que o alcance da maioridade não importa a extinção automática da obrigação alimentar, mormente quando o alimentante ainda é estudante'.
>
> 4. Ausentes aqueles pressupostos, a obrigação de sustentar o filho cessa automaticamente com a maioridade, de modo a exigir-se do filho, agora maior, ajuizamento da ação de alimentos contra o genitor (como contra qualquer outro parente), sujeitos aos requisitos dos arts. 1.694 e 1.695 do CC.
>
> De modo algum, não se concebe a pura e simples transformação da pensão que vinha sendo paga ao filho então menor, sustentado pelo genitor, em *pensão alimentar típica*, em função de suposta necessidade daquele, no aguardo de ação exoneratória a ser ajuizada por esse genitor, impondo-lhe o encargo da impossibilidade sua ou da desnecessidade do beneficiário." (mesma obra, pp. 467/468)

Assim, conquanto a jurisprudência não admita a cessação automática da obrigação alimentar pelo atingimento da maioridade, incumbe ao alimentado demonstrar a necessidade dos alimentos e a possibilidade do alimentante.

Se o alimentado, no momento da cessação da menoridade, frequenta regularmente curso superior ou está prestes a ingressar em instituição de ensino, tem-se entendido presumida a necessidade. Em caso contrário, incumbe-lhe a prova da parêmia necessidade-possibilidade para a fixação de verba alimentar em razão da obrigação alimentar, porque o dever de sustento já foi extinto juntamente com o poder familiar.

Sobre o ônus da prova, importante observação da Ministra Nancy Andrighi:

> A cessação da menoridade, contudo, traz consigo o fim do Poder Familiar e, por conseguinte, a vinculada obrigação alimentar dos pais em relação à sua prole, remanescendo, no entanto, pela redação do art. 1.694 do CC/02, a possibilidade dos alimentos continuarem a ser prestados, agora em face do vínculo de parentesco.
>
> Essa alteração no substrato jurídico da obrigação alimentar gera questionamentos sobre a possibilidade de exoneração automática da prestação alimentar, sobre a persistência desse dever e, quanto a esse aspecto, sobre a distribuição do ônus da prova.
>
> No que toca à possibilidade de exoneração automática da prestação alimentar, o STJ, com o nítido objetivo de evitar a inopinada supressão dos alimentos, forjou o entendimento consolidado pelo Enunciado nº 358, da Súmula do STJ, de que a maioridade não extingue, de forma automática, a prestação alimentar.
>
> Em relação à persistência do dever de alimentar, advindo a maioridade, há corrente entendimento de que, prosseguindo o filho nos estudos após a maioridade, é de se presumir a continuidade da sua necessidade em receber alimentos, situação que desonera o alimentado de produzir provas, ante a presunção, *iuris tantum*, da necessidade do estudante de curso universitário ou técnico.
>
> Relevante citar o posicionamento de Rolf Madaleno quanto ao tema:
>
> (...) subsiste a obrigação alimentar depois de alcançada a capacidade civil aos dezoito anos de idade, quando o crédito de alimentos é destinado para a mantença de filho estudante, especialmente porque continua dependente de seus pais por cursar a universidade, mesmo que frequente

algum estágio, pois sabido que os valores pagos aos estagiários são em caráter simbólico e raramente atingem quantias capazes de dispensar o prolongamento da indispensável prestação alimentar (...).

(Madaleno, Rolf - *in*: Curso de Direito de Família, Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 902)

Nota-se, porém, que esses alimentos, apesar de serem considerados como extensão da obrigação dos pais em relação à sua prole, e nesta situação vigorar a presunção *iuris tantum* da necessidade do alimentado, ainda assim são alimentos fundados no parentesco.

Há, para essas circunstâncias, mitigação do ônus de provar, o que não deve ocorrer na hipótese do alimentado não dar continuidade a seus estudos.

Nessa linha de entendimento, chega-se à solução da questão central aqui debatida, pois a continuidade dos alimentos após a maioridade, ausente a continuidade dos estudos, somente subsistirá caso haja prova, por parte do filho, da necessidade de continuar a receber alimentos, o que caracterizará fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor-alimentante, a depender da situação.

Analisando, especificamente, o fato impeditivo, Luiz Guilherme Marinoni, afirma que:

O fato impeditivo não impede a formação da *fattispecie* da qual o fato constitutivo faz parte e visa a constituir. O fato impeditivo não é um elemento que integra a *fattispecie*, mas sim algo que está do seu lado de fora, e assim apenas impede que o fato constitutivo produza os seus efeitos. Vale dizer, o fato constitutivo é sempre suficiente para dar origem à *fattispecie*, mas o fato impeditivo retira sua eficácia ou impede que ela produza efeitos. É nesse sentido que se diz que o fato impeditivo atua externamente sobre a eficácia do fato constitutivo, ou melhor, impede que a *fattispecie* produza efeitos ainda que seus elementos constitutivos estejam presentes. (Marinoni, Luiz Guilherme e Arenhart, Sérgio Cruz. *in*: **Prova.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 166).

Sabendo-se que o pedido de exoneração de alimentos em razão da maioridade é lastreado no fim do Poder Familiar, não há diferentes tons quanto à distribuição do ônus da prova na espécie.

Vale dizer: ao autor-alimentante cabe a prova do fato constitutivo de seu direito – extinção do Poder Familiar –, e ao réu-alimentado, a prova da existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor-alimentante – a permanência da necessidade.

Nesse sentido se posicionam Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald:

Na prática, significa que durante a menoridade presume-se a necessidade do filho de receber alimento; adquirida a plena capacidade, a presunção é flexibilizada, incumbindo ao alimentando demonstrar a necessidade de continuar percebendo a pensão. (Farias, Cristiano Chaves de e Rosenvald, Nelson. *in*: **Direito das famílias**, 3ª ed, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 794).

Corrobora esse entendimento, ainda que de forma indireta, o RMS 28.566/GO, julgado por esta Turma, e que foi assim ementado, na parte de relevo:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ALIMENTOS. MAIORIDADE. EXONERAÇÃO MODO AUTOMÁTICO. INOCORRÊNCIA. LEGALIDADE DA AMEAÇA DE SEGREGAÇÃO CONSOANTE O RITO DO ART. 733 DO CPC. ADEQUAÇÃO À LINHA DE ENTENDIMENTO TRAÇADA NO ENUNCIADO SUMULAR N. 309/STJ. INCONCILIABILIDADE DO RITO DO HABEAS CORPUS

QUANDO NECESSÁRIO O APROFUNDAMENTO DA DILAÇÃO PROBATÓRIA.

.....

2 - A maioridade civil, em que pese faça cessar o poder familiar, não extingue, modo automático, o direito à percepção de alimentos, que subjaz na relação de parentesco e na necessidade do alimentando, especialmente estando matriculado em curso superior.

.....

RECURSO ORDINÁRIO DESPROVIDO.

(RHC 28.566/GO, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 21/09/2010, DJe 30/09/2010).

Fixando-se, então, que o ônus da prova da necessidade de receber alimentos, na ação de exoneração de alimentos em decorrência da maioridade, é do alimentado, impõe-se, ainda, a apreciação da presunção construída pelo Tribunal de origem.

Em argumento subsidiário, afirmou o TJ/RJ que:

o fato de não trazer a agravada prova de encontrar-se matriculada em curso universitário ou de pré-vestibular não lhe retira a condição de estudante, pois a regra de experiência comum dá conta de que nem sempre a aprovação é desde logo alcançada e o preparo para o exame vestibular não se faz necessária e unicamente através de cursos especializados (fl. 123, e-STJ).

Contudo, a conclusão construída a partir da chamada regra de experiência deve ter curso cauteloso, a fim de não gerar injustiças ao se abstrair do provado para se aplicar o que foi inferido.

Afirma Luiz Guilherme Marinoni quanto à regra da experiência:

A regra de experiência tem a sua credibilidade reduzida quando possui exceções. É lógico que essa credibilidade será tanto menor quanto maior for o número de exceções, sendo que em algumas situações pode ser praticamente impossível determinar se a regra de experiência a elas se sobrepõe. Deixe-se claro, porém, que o fato de uma regra de experiência ter exceções não elimina a possibilidade de sua utilização. Porém, por reduzir a sua credibilidade, exige que o juiz a confirme a partir de outros argumentos ou provas ou das circunstâncias do caso concreto. (op. cit. p. 147)

Sob essa ótica, pesa sobre a assertiva do Tribunal de origem, relativa à regra de experiência comum utilizada para "constatar" a necessidade de a alimentada continuar percebendo alimentos, a eiva da dúvida, porquanto é possível se elencarem inúmeras exceções à aludida regra.

Circunstâncias como a precoce inserção do alimentado no mercado de trabalho, até a simples falta de vontade de se prosseguir nos estudos, são exemplos dessas exceções, cabendo ainda afirmar que em nosso País a própria continuidade dos estudos após os 18 anos é exceção, pois apenas 14% da população entre 18 e 24 anos frequentam Curso Superior (dados disponíveis em: http://www.mzweb.com.br/kroton2010/web/conteudo_pti.asp?idioma=0&conta=45&tipo=34093).

> Assim, ante a fragilidade do posicionamento, nem mesmo as máximas de experiência afatam o dever que a alimentanda tinha de provar sua necessidade em continuar a receber alimentos – o que não ocorreu na espécie -, impondo-se, então, a procedência do pedido de exoneração de alimentos.
>
> (excerto do voto proferido no REsp 1.198.105/RJ, da Terceira turma, do Superior Tribunal de Justiça, julgado em 01 de setembro de 2011) destaquei.

O autor comprovou que a alimentada atingiu a maioridade: como se vê da cópia da carteira de identidade de fl. 32, a alimentada é nascida em 30 de março de 1994, tendo atingido a plena capacidade em 30 de março de 2012.

Não há comprovação documental de que, naquele tempo, frequentasse instituição de ensino, do que se tem inexistente, àquele tempo, a presunção de continuação da necessidade dos alimentos em razão da frequência a curso superior ou técnico.

Também não se tem a prova de que tenha voltado a estudar, conquanto informada, na defesa, essa intenção.

Há prova nos autos - é ponto incontroverso, aliás - que a alimentada exerce atividade laborativa até os dias atuais.

Assim, inaplicável a presunção de continuação da necessidade derivada da frequência a curso superior ou instituição de ensino, impondo-se à alimentada a comprovação da necessidade dos alimentos e da possibilidade do alimentante.

Além dos documentos que indicam a atividade laboral, não há nenhum outro documento que demonstre a necessidade dos alimentos que se pretende sejam mantidos. Também não há qualquer documento que permita a análise da possibilidade do alimentante continuar pagando os valores anteriormente fixados.

Atingida, pois, a maioridade há mais de dois anos, sem que houvesse a comprovação de que naquela época a alimentada frequentasse instituição de ensino, e havendo prova de que depois da maioridade passou a exercer atividade remunerada, restou desconstituída a presunção de necessidade, do que se impunha a comprovação da necessidade-possibilidade, o que não se tem nos autos.

Procede, pois, o pedido exoneratório, com efeitos a partir da data em que atingida a maioridade, preservada, todavia, a irrepetibilidade dos alimentos já pagos.

Cumpre, por fim, registrar que não houve prova da alegação de constituição de união estável, o que, à vista do que decidido acima, não interfere na conclusão pela exoneração.

Arcará a requerida com as custas processuais, bem como honorários advocatícios que fixo em R$800,00 (oitocentos reais), considerando o zeloso trabalho (dos procuradores de ambas as partes, registre-se), o comparecimento a duas audiências, sem olvidar o reduzido tempo de duração da demanda.

Dispositivo

Por tais razões, JULGO PROCEDENTE o pedido formulado por O. P. em face de F. C. P. P., exonerando o autor da obrigação alimentar, com efeitos a partir de 30 de março de 2012, sendo irrepetíveis os alimentos já pagos desde então.

Condeno a ré ao pagamento das custas processuais, bem como honorários advocatícios que arbitro em R$800,00 (oitocentos reais), considerando o zeloso trabalho (dos procuradores de ambas as partes, registre-se) e o comparecimento a duas audiências, sem olvidar o reduzido tempo de duração da demanda. Ficam tais verbas com exigibilidade suspensa, porque defiro-lhe a gratuidade nos termos da Lei 1.060/50 à vista da declaração de fl. 38.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Oficie-se ao empregador do réu, se necessário, determinando a cessação dos descontos.

Transitada em julgado e nada sendo requerido em trinta dias, arquive-se.

Mafra (SC), 13 de março de 2015.

Fernando Orestes Rigoni
Juiz de Direito

Autos n. 0501132-55.2011.8.24.0018

Comarca de Chapecó
3ª Vara Cível
Ação: Procedimento Ordinário
Requerente: BV Leasing Arrendamento Mercantil S/A
Requerido: João Gabriel Joris

Vistos para sentença.

RELATÓRIO

Trata-se de ação de rescisão de contrato de arrendamento mercantil e reparação de perdas e danos, com pleito de antecipação dos efeitos da tutela, ajuizada por **BV LEASING ARRENDAMENTO MERCANTIL S/A** em desfavor de **JOÃO GABRIEL JORIS**, ambos devidamente qualificados nos autos, por meio da qual a parte autora pretende ver rescindido o contrato entabulado com o demandado e retomado o veículo arrendado, condenando-se o arrendatário ao pagamento da indenização correspondente ao saldo devedor atualizado, abatido o valor de venda do bem e as prestações já adimplidas, sem prejuízo da reparação das perdas e danos.

No bojo da petição inicial, afirmou a requerente que ainda em 10/12/2008 entabulou com o requerido contrato de arrendamento mercantil referente ao veículo GM/Celta Spirit, ano/modelo 2006/2006, placas ANL-4342 (n. 85664/08), cujo pagamento foi ajustado para 60 (sessenta) contraprestações mensais, com primeiro vencimento fixado para 24/01/2009. Alegou, entretanto, que o arrendatário encontra-se inadimplente desde 24/02/2011 (26ª parcela) e, embora já notificado extrajudicialmente, está utilizando o veículo sem realizar qualquer pagamento.

Ante o exposto, alegando que referido contrato prevê seu

vencimento antecipado em caso de inadimplência de qualquer das partes, pugnou a demandante pela concessão de medida liminar que autorize a retomada do veículo arrendado. Outrossim, além da rescisão da avença, pleiteou também pela condenação do arrendatário ao ressarcimento das perdas e danos, nelas compreendida a soma das parcelas do contrato, como se tivesse sido integralmente cumprido, abatido o valor apurado com a venda do bem e excluídas as parcelas adimplidas pelo devedor.

Valorou a causa e juntou documentos (fls. 20/25).

À fl. 26, porque preenchidos os requisitos autorizadores, o Juízo deferiu a medida liminar pleiteada e determinou fosse apreendido o bem arrendado, reintegrando-se-o à posse da instituição financeira requerente. Outrossim, determinou a citação da parte ré para, querendo, responder à demanda no prazo legal.

Citado, o requerido apresentou contestação (fls. 28/52) por meio da qual sustentou, preliminarmente, a necessidade de suspensão do presente feito até o julgamento de ação revisional por ele ajuizada, deferindo-se, contudo, a manutenção do veículo arrendado na sua posse, visto ser utilizado como ferramenta indispensável de trabalho. Ainda em caráter preliminar, alegou carência de ação da parte autora, porquanto a mora do devedor teria sido descaracterizada com o ajuizamento da aludida ação revisional. Por fim, defendeu a necessidade de conexão entre o presente feito e a revisional n. 018.11.500692-0, esta última em trâmite na 1ª Vara Cível desta Comarca de Chapecó.

No mérito, sustentou o requerente que no momento da contratação foi informado de que poderia optar pelo pagamento simultâneo do VRG (Valor Residual Garantido) somado à contraprestação de arrendamento, ou optar pelo pagamento tão somente da contraprestação. Dito isso, referiu que ao tentar quitar somente a contraprestação, a autora negou-se a receber o respectivo valor, exigindo o pagamento integral da parcela. Logo, ao argumento de que lhe era facultado quitar apenas o valor da contraprestação, defendeu não estar em mora com a instituição financeira, principalmente pelo fato de não desejar adquirir o veículo arrendado.

Por fim, defendeu que caso haja a devolução do bem à instituição arrendante em virtude da rescisão contratual, seja devolvido o VRG por ele já adimplido. Pugnou pela improcedência do feito e pela manutenção do veículo arrendado na sua posse até o julgamento final do feito.

Em peça apartada (fls. 71/92) o requerido ainda ofereceu reconvenção por meio da qual requereu, em sede de antecipação de tutela, seja autorizado o depósito judicial apenas dos valores exigidos pela instituição financeira a título de contraprestação de arrendamento, afastando-se desse modo os efeitos da mora e mantendo-se hígido o contrato de arrendamento entabulado. Outrossim, requereu a concessão de provimento jurisdicional que determine a exclusão de seu nome do cadastro de inadimplentes do SPC/Serasa. No mérito, requereu seja declarada a possibilidade de optar pelo pagamento do VRG em qualquer fase do contrato (inclusive ao final) ou então, caso opte pela devolução do bem ao final do contrato, que lhe seja restituído o valor residual pago antecipadamente. Também requereu seja declarada a abusividade das cláusulas contratuais que preveem a cobrança cumulada de comissão de permanência e demais encargos do período de inadimplência; cobrança de tarifa de contratação de operações ativas (TOA), tarifa de emissão de carnê (TEC) tarifa de contratação e tarifa de cobrança bancária; além da abusividade da cláusula que possibilita o vencimento antecipado do contrato; e que a cláusula que dá direito ao banco de ceder seus créditos a terceiros seja expansiva ao consumidor. Pugnou pela descaracterização da mora e pela condenação da reconvinda ao pagamento de indenização por danos morais em valor não inferior a 50 (cinquenta) salários mínimos. Pleiteou a gratuidade de justiça.

Intimada, a autora BV Leasing Arrendamento Mercantil S/A apresentou impugnação à contestação às fls. 97/103. Outrossim, ofereceu contestação à reconvenção (fls. 105/126), por meio da qual alegou, preliminarmente, que a cobrança antecipada do Valor Residual Garantido (VRG) não descaracteriza o contrato de arrendamento mercantil,

devendo as alegações do requerido/reconvinte ser desconsideradas. No mais, pugnou pela improcedência do pleito e pelo não acolhimento do pedido de gratuidade de justiça.

Em que pese devidamente intimado, o réu/reconvinte não ofereceu réplica (certidão fl. 129).

Vieram-me conclusos os autos.

É o relatório. **Fundamento e decido.**

FUNDAMENTOS

Trata-se de ação rescisória de contrato de arrendamento mercantil, cumulada com pedido de reparação das perdas e danos, ajuizada por BV Leasing Arrendamento Mercantil S/A em desfavor de João Gabriel Joris, por meio da qual a autora pretende ver rescindido o contrato entabulado com o réu e retomado o veículo arrendado, condenando-se o arrendatário ao pagamento da indenização correspondente ao saldo devedor atualizado, abatido o valor de venda do bem e as prestações já adimplidas, sem prejuízo da reparação das perdas e danos.

Dos fatos até aqui narrados entendo que a demanda comporta julgamento antecipado, nos termos do art. 330, inc. I, do Código de Processo Civil, porquanto versa sobre matéria de fato e direito que dispensa a dilação probatória. Com efeito, saliento que os documentos juntados pela demandante às fls. 10/25 mostram-se suficientes à formação do convencimento judicial, razão pela qual a designação de audiência de instrução e julgamento mostra-se desnecessária.

Considerando a existência de questões preliminares suscitadas pelo requerido, antes de adentrar ao mérito passo a analisá-las.

Da prejudicialidade entre ação rescisória de contrato e ação revisional de cláusulas contratuais, e da conexão das ações:

Inicialmente, ressaltou o demandado ter ajuizado ação revisional em desfavor da ora autora BV Leasing S/A (autos n. 018.11.500692-0), por meio da qual busca revisar o mesmo pacto objeto da presente demanda, expurgando da avença os encargos que considera ilegais e abusivos. Dito isso, pugnou pela suspensão do presente feito até o julgamento final da ação de revisão contratual, contudo devendo ser mantido na posse do veículo arrendado neste período, visto existirem provas de que o bem é utilizado como ferramenta indispensável de trabalho.

Pois bem. Compulsando o sistema e-SAJ, verifico que, efetivamente, em 24/05/2011 o autor ajuizou ação revisional de contrato em desfavor de BV Leasing Arrendamento Mercantil S/A, a qual foi distribuída à 1ª Vara Cível desta Comarca de Chapecó e autuada sob o n. 018.11.500692-0.

Ocorre que, sobre o assunto, duas ressalvas merecem ser feitas.

A primeira delas concerne ao fato de o requerido não ter juntado, nestes autos, qualquer documento apto a comprovar que a demanda revisional realmente diz respeito ao contrato de arrendamento mercantil discutido neste processo pela BV Leasing Arrendamento Mercantil S/A (85664/08, conforme fls. 11/13). Com efeito, compulsando os documentos juntados à contestação de fls. 28/67 não há cópia da petição inicial da ação revisional, nem de qualquer outro documento a ela concernente. Não há, sequer, prova e/ou documentos que indiquem o número do contrato discutido naqueles autos.

Não bastasse isso, cumpre ressaltar que a consulta ao sistema e-SAJ ainda revelou que a ação revisional ajuizada pelo ora demandado foi extinta pelo Juízo da 1ª Vara Cível ainda em 07/12/2011 por abandono de causa, nos termos do art. 267, incisos III e IV do Código de Processo Civil. Ademais, há que se dizer que o recurso de apelação lá interposto pelo aqui requerido não foi recebido, porquanto deserto, razão pela qual a sentença de extinção transitou em julgado ainda em 07/05/2012.

Logo, ante a extinção da ação revisional, obviamente não subsistem motivos para que a presente demanda rescisória seja suspensa, visto não mais depender do julgamento de nenhuma outra ação. Consequentemente, a preliminar de prejudicialidade entre ações deve ser rejeitada.

Na sequência, o requerido novamente sustenta haver conexão entre a presente demanda e a ação revisional n. 018.11.500692-0, argumentando que *"diante da conexão das ações e pelo fato de que o termo inicial da mora somente se dará após o trânsito em julgado da ação revisional, a ação de busca e apreensão deve ser suspensa até o julgamento da ação preventa e mais abrangente, é o que se requer"* (fl. 31).

Acerca do assunto, disserta Luiz Fux:

> "A *conexão* e a *continência* impõem ao juiz o dever de julgamento simultâneo (art. 105 do CPC), visando a evitar decisões contraditórias. Ocorre que a conexão o mesmo fenômeno observado no litisconsórcio necessário, vale dizer: *a reunião das ações é requisito de eficácia da sentença*. Por esta razão, não cabe a invocação desse elo de ligação entre as ações quando uma delas já se extinguiu ou está em estágio mais avançado do que a outra, posto submetida a grau diverso de jurisdição porque, nessa hipótese, não haverá possibilidade de simultaneidade de julgamento senão de suspensão do processo na instância inferior no aguardo da solução prejudicial superior." (*in* Curso de direito processual civil, 4ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 216).

Conforme mencionado alhures, *in casu* a reunião das ações mostra-se inviável por duas claras razões: primeiro, porque não há qualquer prova nos autos de que a ação revisional ajuizada pelo aqui requerido efetivamente diz respeito ao contrato discutido nestes autos; segundo, porque a ação revisional já foi extinta ainda em 07/12/2011 pelo Juízo da 1ª Vara Cível desta Comarca, com trânsito em julgado certificado em 07/05/2012.

Assim sendo, também esta preliminar merece ser rejeitada.

Da ciência do autor acerca da existência de ação revisional ajuizada pelo réu – carência de ação por descaracterização da mora do devedor e caracterização da mora do credor:

Nesse ponto, alegou o demandado que a autora carece de ação vez que, existindo ação revisional em trâmite, não há que se falar em mora do devedor, principalmente se este está disposto a efetuar no bojo da ação revisional o depósito do valor exigido a título de contraprestação de arrendamento. Abaixo, transcreve-se trecho de suas alegações:

> "Ora, estando ilidida a mora em face dos depósitos judiciais dos valores exigidos pelo Autor a título de contraprestação do arrendamento, não se justifica a desperdício de atividade jurisdicional com a manutenção da presente demanda. Dito isto, em face da descaracterização da mora pelos depósitos judiciais, se requer a extinção do processo sem análise de mérito, condenado o autor aos consectários legais." (fl. 30).

Tais afirmações também não prosperam. E explico a seguir o motivo.

Ora, é consabido que o simples pleito de revisão do contrato não possui o condão de, por si só, suspender os efeitos da mora do devedor, cujo afastamento depende da observância dos requisitos traçados nas orientações n. 2 e 4 do REsp n. 1.061.530/RS, no qual foi instaurado o incidente de processo repetitivo de controvérsia (art. 543-C do CPC):

> ORIENTAÇÃO 2 - CONFIGURAÇÃO DA MORA
>
> a) O reconhecimento da abusividade nos encargos exigidos no período da normalidade contratual (juros remuneratórios e capitalização) descarateriza a mora;
>
> b) Não descaracteriza a mora o ajuizamento isolado de ação revisional, nem mesmo quando o reconhecimento de abusividade incidir sobre os encargos inerentes ao período de inadimplência contratual.
>
> ORIENTAÇÃO 4 - INSCRIÇÃO/MANUTENÇÃO EM CADASTRO DE INADIMPLENTES
>
> a) A abstenção da inscrição/manutenção em cadastro de inadimplentes, requerida em antecipação de tutela e/ou medida cautelar, somente será deferida se, cumulativamente: i) a ação for fundada em questionamento integral ou parcial do débito; ii) houver demonstração de que a cobrança indevida se funda na aparência do bom direito e em jurisprudência

> consolidada do STF ou STJ; iii) houver depósito da parcela incontroversa ou for prestada a caução fixada conforme o prudente arbítrio do juiz (Resp. n. 1.061.530/RS, rela. Mina. Nancy Andrighi, j. 22-10-2008) – grifou-se.

Assim, fácil concluir que o simples ajuizamento de ação revisional, com a alegação de abusividade nas cláusulas contratadas, não importa a descaracterização da mora. Para que esta realmente seja afastada e, consequentemente, seja deferida a manutenção do devedor na posse do bem, é indispensável que este demonstre a verossimilhança das alegações de abusividade nas cláusulas contratuais e encargos financeiros e, além disso, deposite o valor incontroverso da dívida ou preste caução idônea.

Ocorre que, *in casu*, o réu não conseguiu provar que na ação revisional por ele ajuizada existiam cláusulas contratuais abusivas aptas a descaracterizar a mora, sendo que naqueles autos sequer houve apreciação do pedido de tutela antecipada e o feito foi diretamente extinto, por abandono de causa. Ademais, justamente pela extinção da demanda revisional, sequer chegou a haver o depósito judicial dos valores incontroversos, não estando preenchidos os requisitos elencados na orientação n. 4 do Superior Tribunal de Justiça.

Abaixo, segue precedente do Tribunal de Justiça de Santa Catarina:

> "AGRAVO DE INSTRUMENTO. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. BUSCA E APREENSÃO. CARÊNCIA DE AÇÃO. PRELIMINAR AFASTADA. DEVEDOR. POSSE DO BEM. MANUTENÇÃO. MEDIDA EXCEPCIONAL. ESSENCIALIDADE. FALTA DE COMPROVAÇÃO. DESCABIMENTO. 1. Não há carência de ação por descaracterização da mora, quando não existe prova de abusividade das cláusulas contratuais. 2. A manutenção da posse do bem com o devedor só se justifica quando for essencial para a continuação da atividade da empresa". (TJSC, Agravo de Instrumento n. 2005.033629-2, de Blumenau, rel. Des. Salim Schead dos Santos, j. 30-03-2006).

Ante o exposto, caracterizada a mora do requerido, não há que se falar em carência de ação da parte autora. A preliminar merece rejeição.

Superadas todas as questões prefaciais, passo agora ao exame do mérito.

Saliento, nesse ponto, que pelo fato de requerente e requerido enquadrarem-se nas definições de fornecedora e consumidor, descritas no Código de Defesa do Consumidor, a relação jurídica entre eles entabulada será analisada, neste *decisum*, sob a ótica do Código de Defesa do Consumidor, observando-se os princípios a ele relacionados.

Do mérito da ação rescisória:

No bojo da petição inicial, afirmou a requerente ter entabulado com o réu contrato de arrendamento mercantil do veículo GM/Celta Spirit, ano/modelo 2006/2006, placas ANL-4342 (n. 85664/08), cujo pagamento foi ajustado em 60 (sessenta) contraprestações mensais, com primeiro vencimento fixado para 24/01/2009.

Alegou, entretanto, que o arrendatário encontra-se inadimplente desde 24/02/2011 (26ª parcela) e, embora já notificado extrajudicialmente, está utilizando o veículo sem realizar qualquer pagamento. Destarte, asseverando que referido contrato prevê seu vencimento antecipado em caso de inadimplência de qualquer das partes, requereu a retomada do veículo e a rescisão da avença, condenando-se o arrendatário ao ressarcimento das perdas e danos suportadas.

Em contrapartida, o requerido alegou que no momento da contratação foi informado de que poderia optar pelo pagamento simultâneo do VRG – valor residual garantido e da contraprestação de arrendamento, ou, então, pelo pagamento tão somente da contraprestação de arrendamento. Nessa toada, alegou que apenas deixou de pagar o valor residual garantido, estando disposto a continuar depositando em Juízo os valores referentes à contraprestação de arrendamento, vez que é direito seu a opção de somente ao final do contrato manifestar-se pela compra do bem (oportunidade em que pagará o VRG) ou devolver o veículo arrendado.

Ademais, referiu que *"quando a parte arrendatária paga, a título de entrada, o valor inicial, equivalente à parte da compra do bem, e paga mensalmente parcelas do valor residual garantido (VRG), por óbvio que já foi feita a opção de compra, restando o mesmo como proprietário de parte do bem, o que descarateriza a figura do arrendamento mercantil, que na verdade é uma locação, com possibilidade de compra no final do prazo contratual"* (fl. 37).

Ao final, asseverou que pelo fato de o contrato lhe possibilitar o pagamento do VRG ao final de sua vigência – e somente se for exercida a opção de compra do bem – não há que se falar em mora pelo não pagamento do valor residual e tampouco na rescisão do contrato.

Entendo que razão não lhe assiste.

Em primeiro lugar, é cediço que a cobrança do valor residual garantido (VRG) conjuntamente à contraprestação de arrendamento não descaracteriza o contrato de leasing, pois, conforme preconiza a Súmula 293 do Superior Tribunal de Justiça: *"A cobrança antecipada do valor residual garantido (VRG) não descaracteriza o contrato de arrendamento mercantil"*.

Com efeito, o pagamento antecipado do VRG, ou então diluído nas prestações mensais, não significa que tenha sido efetuada a opção pela compra do bem justamente porque permanecem plenamente asseguradas ao arrendatário, ao final, as alternativas de devolução do bem (com a consequente devolução dos valores pagos a título de VRG), a prorrogação da avença ou a aquisição do bem móvel. É o que registra Sílvio de Salvo Venosa:

> "Trata-se, portanto, em sua veste mais comum, de contrato mediante o qual um agente, pretendendo utilizar coisa móvel ou imóvel, faz com que instituição financeira ou especializada o adquira, alugando-o posteriormente a ele por prazo certo, facultando-se-lhe ao final que opte entre a devolução do bem, a renovação do contrato ou a compra pelo preço residual conforme estabelecido" (in Direito civil: contratos em espécie, 4ª ed., São Paulo: Atlas, 2004, p. 625-626).

In casu, analisando a avença entabulada entre as partes (fls. 10/13), denota-se que esta previu expressamente que a importância de R$ 6.000,00 (seis mil reais) referente ao VRG seria paga de forma parcelada (R$ 271,25 – duzentos e setenta e um reais e vinte e cinco centavos mensais) juntamente com as parcelas do arrendamento, estas no valor mensal de R$ 312,67 (trezentos e doze reais e sessenta e sete centavos).

Logo, sendo convencionado que o pagamento do VRG seria diluído com as contraprestações mensais, não restam dúvidas de que o depósito em juízo somente dos valores das contraprestações foi insuficiente, caracterizando verdadeira afronta à expressa disposição contratual. Ao que parece, as alegações do requerido têm como único objetivo a obtenção de desculpa para justificar o pagamento a menor do que convencionou.

Em caso semelhante ao dos autos, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

> "O fato de o valor residual poder ser diluído no prazo do contrato significa que existe a possibilidade da compra do bem, desde que a opção interesse ao arrendatário. Nessa linha de raciocínio, respeita-se o princípio do *pacta sunt servanda*, que também autoriza a arrendadora [sic], por meio de cláusula resolutiva, a considerar antecipadamente vencido o contrato e exigível o pagamento da dívida no caso de o arrendatário não cumprir suas obrigações." (REsp n. 373.674/PR, rel. Min. Castro Filho, j. 16/11/2004).

E também o Tribunal de Justiça de Santa Catarina, pacificamente:

> "APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE REVISÃO DE CONTRATO. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA DOS PEDIDOS VERTIDOS NA EXORDIAL. INCONFORMISMO DA AUTORA. [...] COBRANÇA ANTECIPADA DO VALOR RESIDUAL GARANTIDO (VRG) DE FORMA DILUÍDA, A SER ADIMPLIDA CONJUNTAMENTE COM AS CONTRAPRESTAÇÕES MENSAIS. CIRCUNSTÂNCIA QUE NÃO DESNATURA O AJUSTE DE LEASING FINANCEIRO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 293 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E DO ENUNCIADO VII

> DO GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO COMERCIAL DESTE AREÓPAGO. SENTENÇA MANTIDA NO PONTO. [...]" (TJSC, Apelação Cível n. 2015.028769-1, de Brusque, rel. Des. José Carlos Carstens Köhler, j. 26-05-2015).
>
> "APELAÇÕES CÍVEIS. CONTRATO DE ARRENDAMENTO MERCANTIL. [...] 3 - PEDIDO DE PAGAMENTO APENAS DA CONTRAPRESTAÇÃO MENSAL SEM A INCLUSÃO DO VALOR RESIDUAL GARANTIDO (VRG). IMPOSSIBILIDADE." (TJSC, Apelação Cível n. 2012.080584-7, de Tijucas, rel. Des. Dinart Francisco Machado, j. 25-02-2014).

Assim, não subsistem dúvidas acerca da possibilidade de cobrança antecipada do valor residual garantido (VRG) no contrato de arrendamento mercantil, sendo vedado ao consumidor o pagamento apenas da contraprestação mensal.

Na sequência, ressalto que também não há que se falar em descaracterização da mora do devedor. Isso porque, além de não ter adimplido integralmente o valor das prestações mensais do contrato (compostas pelo VRG diluído + contraprestação de arrendamento), o requerido não logrou êxito em comprovar a abusividade das cláusulas contratuais do período da normalidade, nos termos da alínea "a" da orientação n. 2 do STJ no julgamento do REsp n. 1.061.530/RS:

> "ORIENTAÇÃO 2 - CONFIGURAÇÃO DA MORA
>
> a) O reconhecimento da abusividade nos encargos exigidos no período da normalidade contratual (juros remuneratórios e capitalização) descarateriza a mora;"

Com efeito, cumpre ressaltar que ação revisional por ele ajuizada em desfavor da BV Leasing Arrendamento Mercantil S/A (autos n. 018.11.500692-0) foi extinta sem julgamento do mérito, por abandono de causa, pelo Juízo da 1ª Vara Cível desta Comarca. Não bastasse isso, em sede de reconvenção (fls. 71/92) o demandado limita-se a pleitear a descaracterização da mora alegando abusividade na cobrança da tarifa

de emissão de boleto bancário (TEC) e tarifa de cadastro (TC), encargos meramente administrativos e que, ainda que reconhecidamente abusivos, não bastam à descaracterização da situação de inadimplência do devedor.

É o que será analisado na sequência.

Da reconvenção – descaracterização da mora – cobrança abusiva da Tarifa de Emissão de Boleto Bancário (TEC) e Tarifa de Abertura de Cadastro (TAC):

Em sede de reconvenção (fls. 71/92), além de asseverar que a cobrança antecipada do valor residual garantido (VRG) nos contratos de arrendamento mercantil acaba por descaracterizá-los (alegação que já foi exaustivamente rebatida acima), o demandado ainda pugnou pelo reconhecimento da cobrança abusiva das tarifas de emissão de carnê (TEC) e de abertura de crédito/cadastro (TAC), requerendo portanto fosse descaracterizada a mora.

Com efeito, alegou que (fl. 79):

> "A cobrança financiada da TAC e do TEC e demais cobranças de tarifas contaminam o saldo devedor, e descaracterizam a mora do Reconvinte, pois este deixou de pagar diretamente ao Reconvindo, estando disposto a consignar as prestações referentes à contraprestação, em juízo, agindo no exercício regular de um direito [...]".

Tenho por inócua a discussão.

Isso porque, da análise do contrato celebrado entre as partes não se verifica a presença de cláusula fazendo menção à cobrança da Tarifa de Abertura de Crédito (TAC) e da Tarifa de Emissão de Carnê (TEC), tampouco há notícias de que a instituição financeira reconvinda esteja exigindo tais encargos do consumidor.

Assim, não havendo prova do efetivo pagamento das referidas obrigações, por certo que se torna dispensável a discussão acerca de sua legalidade ou não.

Da mesma forma, ainda que o demandado tenha pugnado pela restituição de todas as despesas extrajudiciais e os valores cobrados a título de tarifa de contratação e tarifa de cobrança bancária, ao argumento de que *"no ato da assinatura do contrato não houve a prévia intimação destas cobranças"* (fl. 91), a discussão aqui também é inócua visto não existir qualquer cláusula no contrato que preveja a cobrança de tais tarifas administrativas.

Do não conhecimento de parte dos pedidos da reconvenção, porque inexistente fundamentação específica a respeito (art. 267, inc. IV, do CPC):

Na sequência, saliento que ainda que não tenha sido arguida pela reconvinda BV Leasing Arrendamento Mercantil S/A, por ser questão de ordem pública, impõe-se reconhecer a inépcia da reconvenção quanto aos pedidos abaixo relacionados, haja vista encontrarem-se desprovidos de qualquer fundamentação específica acerca de sua ilegalidade, mostrando-se genéricos e, assim, inadmissíveis (fl. 91):

> "5) Requer seja declarada por sentença judicial que em caso de eventual e justificada inadimplência durante a vigência do contrato, somente poderá incidir multa de 2% e juros moratórios de 1% ao mês sobre o valor da contraprestação de arrendamento que é de R$ 233,56; pois, por ora, o valor do VRG não é devido, por se tratar de opção da Reconvinte o seu pagamento antecipado;
>
> 6) Requer a revisão judicial do contrato para dele expurgar as seguintes cláusulas abusivas que fornecem vantagem exagerada ao Reconvindo em detrimento de prejuízos a Reconvinte:
>
> 6.1 Requer a anulação da cláusula que permite cobrança de Tarifa de Contratação de Operações Ativas (TOA) [...]
>
> 6.2 Requer a anulação da cláusula que permite a cobrança de honorários advocatícios sem mesmo haver ação em juízo;
>
> 6.3 Requer a anulação da cláusula que permite, no caso de inadimplência, cobrança cumulada de comissão de permanência ao dia devendo

> permanecer apenas a cobrança de juros moratórios de 1% ao mês e multa contratual de 2%;
>
> 6.4 Requer a revisão da cláusula que prevê a rescisão do contrato no caso de vencimento antecipado da dívida sem ressalvar as quantias já pagas pelo consumidor;
>
> 6.5 Requer que a cláusula que dá direito ao banco em ceder seus créditos a terceiros seja expansiva o Autor outorgando-lhe a equidade que reza o Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90) em seu art. 51;"

É que, como cediço, será inepta a petição inicial (ou, *in casu*, a reconvenção) quando, nos termos do inciso I do parágrafo único do artigo 295 do Código de Processo Civil, lhe faltar pedido ou causa de pedir. No caso em comento, embora existam os pedidos na parte final da reconvenção, não há causa de pedir que os justifique.

Assim, tal circunstância impossibilita a análise acerca da legalidade ou não das tarifas bancárias convencionadas no contrato, vez que a definição precisa dos encargos é do interessado, não se podendo olvidar que ao magistrado é defeso promover a revisão *ex officio* de todas as cláusulas contratuais firmadas, nos termos da Súmula 381 do Superior Tribunal de Justiça. Nessa direção:

> "Apelação cível. Ação revisional. Contratos de abertura de crédito em conta corrente e de financiamentos. Sentença de procedência. Insurgência do demandado. Alegação de abusividade na cobrança de tarifas bancárias previstas nas avenças. Exame não arguido de forma específica. Pedido genérico. Inadmissibilidade. Artigo 286, caput, do Código de Processo Civil. Análise, todavia, realizada pelo Juízo a quo. Revisão ex officio. Inviabilidade. Súmula 381 do Superior Tribunal de Justiça. Julgamento ultra petita. Artigos 128 e 460 do Código de Processo Civil. Reconhecimento de ofício. Insubsistência da decisão de 1º grau no ponto. Reclamo do réu prejudicado, no que diz respeito ao tema". [...] (TJSC, Apelação Cível n. 2013.013836-1, de Criciúma, rel. Des. Ronaldo Moritz Martins da Silva, j. 16-10-2014) – grifou-se.
>
> E, ainda: "Apelação cível. Ação revisional. Cédula de crédito bancário. Alienação fiduciária em garantia. Aquisição de veículo. Sentença de

> improcedência. Insurgência do requerente. Alegação de ilegalidade na cobrança de tarifas bancárias previstas no contrato. Exame não arguido de forma específica. Pedido genérico. Inadmissibilidade de revisão de ofício. Súmula 386 do Superior Tribunal de Justiça. Não conhecimento do apelo, nesse ponto. [...] Reclamo conhecido em parte e desprovido." (TJSC, Apelação Cível n. 2014.037356-6, da Capital, rel. Des. Ronaldo Moritz Martins da Silva, j. 11-09-2014).

Nessa toada, cumpre ressaltar que, não obstante o Código de Defesa do Consumidor se caracterize como norma de ordem pública (art. 1º), inclusive possível de ser aplicada na revisão de contratos bancários, o magistrado não está autorizado a proceder, sem pedido expresso e fundamentado da parte, à revisão de cláusulas contratuais.

Diante do exposto, imperiosa é a extinção do feito, sem resolução do mérito, nos exatos termos do art. 267, inciso IV, do Código de Processo Civil, quantos aos pedidos acima transcritos – constantes dos itens 5 e 6 dos pedidos da reconvenção (fl. 91) – sem prejuízo da condenação do requerido/reconvinte ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios nesse ponto.

Da caracterização da mora do devedor, da rescisão do contrato com retomada do bem arrendado pela parte autora, e da devolução dos valores já quitados pelo devedor a título de VRG:

Nos termos da fundamentação acima delineada, bem caracterizada a mora da parte ré – decorrente do adimplemento de apenas parte do valor da prestação mensal do contrato de *leasing*, excluído o pagamento mensal do VRG e, ainda, da inexistência de abusividade nas cláusulas do período de normalidade contratual – há de ser resolvido o contrato de arrendamento mercantil entabulado entre as partes (n. 85664/08), devendo o automóvel GM/Celta Spirit, ano/modelo 2006/2006, placas ANL-4342 retornar às mãos da instituição financeira.

Feita tal consideração, cumpre esclarecer que o direito à devolução dos valores do VRG foi reconhecido pelo Superior Tribunal de Justiça

no julgamento do REsp n. 1.099.212/RJ, sob relatoria do Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, afetado ao regime dos recursos repetitivos de controvérsia previsto no art. 543-C, do Código de Processo Civil. Segue ementa:

> "RECURSO ESPECIAL. REPETITIVO. RITO DO ARTIGO 543-C DO CPC. ARRENDAMENTO MERCANTIL. LEASING. INADIMPLEMENTO. REINTEGRAÇÃO DE POSSE. VALOR RESIDUAL GARANTIDOR (VRG). FORMA DE DEVOLUÇÃO.
>
> 1. Para os efeitos do artigo 543-C do CPC: "Nas ações de reintegração de posse motivadas por inadimplemento de arrendamento mercantil financeiro, quando o produto da soma do VRG quitado com o valor da venda do bem for maior que o total pactuado como VRG na contratação, será direito do arrendatário receber a diferença, cabendo, porém, se estipulado no contrato, o prévio desconto de outras despesas ou encargos contratuais".
>
> 2. Aplicação ao caso concreto: recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido." (REsp 1099212/RJ, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, Rel. P/Acórdão Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 27/02/2013, DJe 04/04/2013) – grifou-se.

Assim, a teor do que foi visto acima, só será devida a devolução dos valores relativos ao VRG caso o montante obtido com a venda do bem arrendado, somado à quantia já quitada a título de valor residual garantido, supere o valor total do VRG no contrato. Noutras palavras, no presente caso, só será devida a devolução ao consumidor dos valores relativos ao VRG caso o montante obtido com a venda do veículo GM/Celta Spirit, somado à quantia já quitada pelo arrendatário a título de valor residual, supere o valor total de R$ 6.000,00 (seis mil reais) de VRG previsto no contrato de fl. 10.

Este também é o entendimento adotado pela Corte de Justiça catarinense:

> "APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL, COM PEDIDOS DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA E DE INDENIZAÇÃO

POR PERDAS E DANOS. CONTRATO DE ARRENDAMENTO MERCANTIL. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA QUE: DETERMINOU A RESCISÃO DO CONTRATO DE ARRENDAMENTO MERCANTIL; A REINTEGRAÇÃO DA POSSE DO VEÍCULO; E A DEVOLUÇÃO DA INTEGRALIDADE DOS VALORES PAGOS A TÍTULO DE VRG. RECURSO DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA ARRENDANTE. INSURGÊNCIA QUANTO À DETERMINAÇÃO DE DEVOLUÇÃO DOS VALORES CAPTADOS A TÍTULO DE VALOR RESIDUAL GARANTIDO (VRG). DEFENDIDA IMPOSSIBILIDADE DE RESTITUIÇÃO À ARRENDATÁRIA. INVIABILIDADE. DEVOLUÇÃO CABÍVEL, NOS MOLDES EMANADOS PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA NO RESP 1.099.212/RJ, APRECIADO POR MEIO DO PROCEDIMENTO REFERENTE AOS RECURSOS REPETITIVOS. [...]" (TJSC, Apelação Cível n. 2014.042683-6, de Araranguá, rel. Des. Tulio Pinheiro, j. 16-10-2014).

"APELAÇÃO CÍVEL. RESCISÃO CONTRATUAL CUMULADA COM PERDAS E DANOS. CONTRATO DE ARRENDAMENTO MERCANTIL. PACTO RESCINDIDO. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA. [...] PEDIDO DE DEVOLUÇÃO E/OU COMPENSAÇÃO DO VALOR RESIDUAL GARANTIDO - VRG. PROVIMENTO. RESTITUIÇÃO NECESSÁRIA SOB PENA DE ENRIQUECIMENTO ILÍCITO DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA CONDICIONADA, CONTUDO, À EXISTÊNCIA DE CRÉDITO EM FAVOR DO ARRENDATÁRIO, A SER APURADO EM LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA, APÓS A ALIENAÇÃO DO BEM. ENTENDIMENTO CONSOLIDADO NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA EM SEDE DE RECURSO REPETITIVO. [...] "Para os efeitos do artigo 543-C do CPC: "Nas ações de reintegração de posse motivadas por inadimplemento de arrendamento mercantil financeiro, quando o produto da soma do VRG quitado com o valor da venda do bem for maior que o total pactuado como VRG na contratação, será direito do arrendatário receber a diferença, cabendo, porém, se estipulado no contrato, o prévio desconto de outras despesas ou encargos contratuais". Aplicação ao caso concreto: recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido." (REsp n. 1.099.212/RJ, rel. Min. Massami Uyeda, j. em 4-4-2013). (TJSC, Apelação Cível n. 2012.078635-8, da Capital, rel. Des. Rejane Andersen, j. 14-05-2013) – grifou-se.

Logo, entendo possível a restituição dos valores despendidos pelo consumidor a título de valor residual garantido (VRG), condicionada, no entanto, à existência de saldo suplementar em favor do arrendatário após a venda do bem e a liquidação da sentença.

Da reconvenção – do pleito de indenização por danos morais:

Pleiteando a condenação da parte ré ao pagamento de indenização por danos morais, o demandado/reconvinte alega que: *"o reconvindo, por meio de seus prepostos, prestou um serviço defeituoso, por meio de propaganda enganosa, ofereceu um contrato de LEASING no qual o Reconvinte poderia pagar apenas o arrendamento e optar em pagar ou não o VRG, mas, após o fechamento do negócio, acabou impondo um tipo de cobrança conjunta de VRG e contraprestação de arrendamento, totalmente diferente daquilo que fora previamente pactuado, quando o Reconvinte, agindo no exercício de seu direito, deixou de pagar, aquele enviou seu nome ao SERASA, SPC e fins, tudo com a nítida intenção de coagi-lo ao pagamento de quantias absurdas"* (fl. 84).

Entendo, contudo, que as afirmações não prosperam.

Isso porque, em um primeiro momento, há que se dizer que, analisando detidamente a avença pactuada entre as partes, não há qualquer cláusula que indique que, no momento da contratação, o consumidor poderia optar pelo pagamento do valor residual garantido diluído em prestações mensais e somado às contraprestações de arrendamento, ou, então, pelo pagamento tão somente das contraprestações. Pelo contrário, a cláusula n. 9 das "condições contratuais" prevê expressamente que (fl. 11):

> "9. FORMA DE PAGAMENTO
>
> 9.1 O ARRENDATÁRIO efetuará o pagamento das contraprestações, VRG, encargos e demais despesas decorrentes deste contrato em parcelas mensais e sucessivas, mediante: (i) carnês de pagamento emitidos pela BV Leasing ou (ii) qualquer outra forma que venha a ser convencionada pela

> BV Leasing e o Arrendatário, sendo expressamente vedado o depósito, identificado ou não, na conta corrente da BV Leasing; [...]"

Logo, por certo que não merecem amparo judicial as alegações do reconvinte de que teria sigo enganado pela instituição financeira e prejudicado moralmente pelas suas atitudes contraditórias.

Da mesma forma, também devem ser rejeitadas as alegações de que foi inscrito indevidamente nos cadastros de maus pagadores do SPC/Serasa, vez que configurava direito seu o pagamento tão somente da contraprestação do arrendamento mercantil, deixando de lado o pagamento mensal do valor residual garantido.

Conforme fundamentação já exposta nesta sentença, a cobrança antecipada do valor residual garantido (VRG) não descaracteriza o contrato de arrendamento mercantil, sendo tal entendimento, inclusive, sufragado pelo Superior Tribunal de Justiça por meio da Súmula n. 293. Dito isso, e considerando que o consumidor não quitou satisfatoriamente as prestações mensais do contrato, pagando valores a menor do que o avençado, além de não terem sido verificadas quaisquer abusividades no pacto celebrado pelas partes, cumpre ressaltar que a instituição financeira nada mais fez do que agir no exercício regular de um direito ao inscrever o nome do devedor nos cadastros dos órgãos de proteção ao crédito.

Nesse sentido: *"Constitui exercício regular do direito do credor a inclusão de clientes efetivamente inadimplentes nos cadastros dos órgãos de proteção ao crédito"* (TJSC, AC n. 2014.074188-6, de Itajaí, rel. Des. Marcus Túlio Sartorato, j. 25/11/2014).

Ademais, *mutatis mutandis*:

> "Não resulta caracterizado o dano moral quando a imobiliária credora, atuando no exercício regular de um direito que lhe é outorgado por lei, leva à inscrição em órgão restritivo do crédito o nome dos fiadores, ante a inadimplência do contrato de locação por parte dos locatários, incumbindo aos autores o encargo probatório referente aos fatos constitutivos do direito que almejam ver protegido, conforme apregoa

> o art. 333, I, do Diploma Processual Civil, pena de verem desagasalhada a pretensão exposta. (TJSC, Apelação Cível n. 2014.058924-8, de Biguaçu, rel. Des. Trindade dos Santos, j. 04-12-2014).

Destarte, inexistindo qualquer ato ilícito perpetrado pela autora/reconvinda, não há que se falar na sua condenação ao pagamento de indenização por danos morais.

Do pleito de antecipação de tutela formulado na contestação, e da reiteração do aludido pedido na reconvenção:

Em sede de contestação, o requerido João Gabriel Joris formulou pedido de concessão de tutela antecipada a fim de que lhe fosse deferida a manutenção da posse do veículo arrendado (indicado na petição inicial), vez que estaria disposto a depositar em juízo os valores correspondentes - somente - à contraprestação de arrendamento, e com isso mantendo-se hígido o contrato de arrendamento mercantil até o término da sua vigência (fl. 51).

Na sequência, tendo oferecido reconvenção às fls. 71/92, novamente o demandado/reconvinte pleiteou a concessão de tutela antecipada a fim de que fosse autorizado o depósito judicial do valor exigido pela reconvinda somente a título de contraprestação de arrendamento, ou seja, R$ 312,67 (trezentos e doze reais e sessenta e sete centavos), afastando-se com isso a mora do devedor, deferindo-se sua manutenção na posse do veículo e, ainda, mantendo-se hígida a avença pactuada.

Ademais, pleiteou a tutela antecipada determinasse a retirada de seu nome dos cadastros de inadimplentes dos órgãos de proteção ao crédito, sob pena de multa diária.

Ante o exposto, e considerando que até o presente momento não houve qualquer análise acerca de tais pedidos, passo a apreciá-los. Adianto, contudo, que o indeferimento de ambos é medida que se impõe.

Isso porque, embora o réu/reconvinte alegue poder, a seu critério, pagar apenas o valor da contraprestação de arrendamento, sem precisar

quitar, simultaneamente, o VRG diluído em cada prestação, conforme já dito anteriormente o caderno processual possui prova no sentido de que foi expressamente contratado o pagamento do valor residual garantido diluído nas prestações mensais (VRG periódico de R$ 271,25 – fl. 10), o que foi cumprido pelo consumidor até a parcela de n. 25.

Assim, não há como prosperar a pretensão do requerido de alterar a sistemática dos pagamentos contratados pelas partes, de forma a permitir o pagamento de valor diferente do previsto do contrato, unicamente pelo fundamento de não pretender optar pela compra do veículo ao final do contrato. Embora sejam aplicadas ao caso concreto as diretrizes do Código de Defesa do Consumidor, nesse ponto deve prevalecer o respeito ao princípio do *pacta sunt servanda*, e o contrato deve servir de lei entre os contratantes.

Ainda que talvez já mencionado anteriormente, oportuno salientar novamente que, segundo entendimento pacificado pelo Superior Tribunal de Justiça, admite-se o deferimento dos pedidos de abstenção ou de cancelamento de inscrição do nome do devedor nos órgãos de proteção ao crédito, e de manutenção em seu favor da posse do bem, desde que preenchidos cumulativamente três requisitos, a saber: a) efetiva comprovação da litigiosidade judicial do débito; b) demonstração de que as alegações formuladas na demanda fundamentam-se em posicionamento dos Tribunais Superiores; c) depósito dos valores incontroversos ou prestação de caução idônea a critério do magistrado.

In casu, deve-se ressaltar que não foi reconhecida nenhuma abusividade nas cláusulas do contrato entabulado entre as partes, as alegações trazidas pelo réu não estão em consonância com o entendimento dos Tribunais Superiores (que reconhece o contrato de arrendamento mercantil mesmo com a antecipação do valor residual garantido) e, além disso, o requerido pretende depositar tão somente o valor das contraprestações do arrendamento (depósito judicial parcial), situação que, ainda que autorizada, não teria o condão de afastar a

mora do devedor, cujo débito total mensal perfaz a cifra de R$. 583,92 (quinhentos e oitenta e três reais e noventa e dois centavos).

Logo, **inviável** a antecipação dos efeitos da tutela.

Por fim, tal entendimento encontra respaldo na jurisprudência do Tribunal de Justiça Catarinense, que assim já decidiu:

> "AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO REVISIONAL - TUTELA ANTECIPADA - ARRENDAMENTO MERCANTIL - DEPÓSITO JUDICIAL, MANUTENÇÃO NA POSSE DO BEM E VEDAÇÃO DE INSCRIÇÃO EM CADASTROS DE INADIMPLENTES - PRETENDIDA CONSIGNAÇÃO DOS VALORES REFERENTES APENAS À CONTRAPRESTAÇÃO - POSSIBILIDADE DE EXIGÊNCIA DA QUANTIA DO VALOR RESIDUAL GARANTIDO NAS PARCELAS MENSAIS - PRECEDENTES DESTA CORTE - ANTECIPAÇÃO DO INDIGITADO VALOR PREVISTA EXPRESSAMENTE NO CONTRATO - IMPOSSIBILIDADE DE AFASTAMENTO DA MORA - COMANDO DENEGATÓRIO MANTIDO. Segundo posicionamento consolidado por esta Corte, o pagamento do valor residual garantido pode se dar de forma diluída nas prestações. De tal sorte, havendo previsão expressa no contrato para pagamento antecipado, inviável o deferimento do depósito apenas das parcelas referentes à contraprestação mensal do arrendamento a fim de elidir sua mora". (TJSC, Agravo de Instrumento n. 2012.077717-7, da Capital, rel. Des. Robson Luz Varella, j. 15-04-2014) – grifou-se.

DISPOSITIVO

1 Ante o exposto, resolvo o mérito da presente demanda e, com fundamento no art. 269, inc. I, do Código de Processo Civil, julgo procedente os pedidos formulados pela autora **BV Leasing Arrendamento Mercantil S/A**, devidamente qualificada, para:

a) Confirmar a decisão que antecipou os efeitos da tutela e autorizar, de forma definitiva, a retomada do veículo GM/Celta Spirit, ano/modelo 2006/2006, placas ANL-4342, atualmente arrendado a João Gabriel Joris, pela arrendadora BV Leasing Arrendamento Mercantil S/A, devendo esta última ser reintegrada na sua posse;

b) Declarar rescindido o contrato de arrendamento mercantil n. 85664/08 (cópia juntada aos autos às fls. 10/13). Em consequência, determino a restituição dos valores despendidos pelo devedor a título de valor residual garantido (VRG), condicionada, no entanto, à existência de saldo suplementar em favor do arrendatário após a venda do bem móvel e a liquidação da sentença;

c) Expeça-se mandado de busca e apreensão do bem acima descrito, nos termos da decisão interlocutória de fl. 26, haja vista até o presente momento não ter sido tomada tal providência;

d) Ante a sucumbência do requerido, condeno-o ao pagamentos das custas processuais e honorários advocatícios, estes últimos que fixo em R$ 1.000,00 (um mil reais), nos termos do art. 20, § 4º do Código de Processo Civil. Nesse ponto, **indefiro** a gratuidade de justiça por ele formulada em sede de contestação, visto inexistirem nos autos provas inequívocas acerca de sua hipossuficiência econômica e, além disso, o valor do contrato firmado entre as partes ser considerável.

2 Na sequência, no que tange à reconvenção oferecida pelo réu **João Gabriel Joris**, devidamente qualificado, extingo o feito, sem resolução do mérito, nos termos do art. 267, inc. IV, do Código de Processo Civil, quanto aos pedidos constantes dos itens 5 e 6 (fl. 91), porquanto genéricos e desprovidos de fundamentação específica acerca da suposta ilegalidade das cláusulas contratuais.

2.1 Referente aos demais pedidos formulados em sede de reconvenção, resolvo o mérito da demanda e julgo-os improcedentes, o que faço com respaldo no art. 269, inc. I, do Código de Processo.

Ante a sucumbência do reconvinte, condeno-o ao pagamento das custas processuais pertinentes, bem como aos honorários advocatícios sucumbenciais, estes últimos que arbitro em R$ 800,00 (oitocentos reais), nos termos do art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Imutável, arquive-se definitivamente.

Chapecó, 9 de junho de 2015.

Marisete Aparecida Turatto Pagnussatt
Juíza Substituta

Autos n. 0001867-72.2012.8.24.0031

Comarca de Indaial
Vara Criminal
Ação Penal - Procedimento Sumário/PROC
Autor: Ministério Público do Estado de Santa Catarina
Acusado: Jean Carlo Seide

Vistos, etc.

O **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA**, no uso das atribuições legais, com base no inquérito policial n. 050.11.002482-6, ofereceu denúncia contra **JEAN CARLO SEIDE**, RG 4327509, nascido aos 5/4/1983, filho de Dolores Brigitte Seide e Valter Cleones Seide, residente na Rua Marechal Deodoro da Fonseca, 84, em frente à Oficina do Schmidt (passando a ponte após o posto Tupy, casa de Tijolo a vista), Tapajós, Indaial (qualificado e fone a fls. 16), pela prática dos seguintes fatos:

> *"Segundo consta dos autos, em relatório da Vigilância Sanitária de Indaial, JEAN 'possui histórico junto à Vigilância Sanitária desde outubro de 2008', oportunidades na qual foi notificado acerca das exigências para o exercício de sua atividade como tatuador e colocador de piercing, de forma a impedir o risco de propagação de doenças a terceiros e desde então nunca regularizou sua situação, sempre mudando de endereço para evitar a fiscalização.*
>
> *No dia 1º/12/2010 foi novamente autuado em seu estabelecimento até que providenciasse a regularização, porém JEAN ignorou a ação da Vigilância Sanitária e continuou a exercer suas atividades de forma clandestina, até que em 9 de março de 2012 novamente foi autuado, com interdição do local.*
>
> *Em total afronta às ordens administrativas, em 22 de março de 2012 foi flagrado em funcionamento, colocando, por sua ação e omissão, em risco a saúde das pessoas, pois não possui gerenciamento dos resíduos da atividade e nem rotinas de higiene seguras para a execução da tatuagem e colocação de piercing.*

> *Não contente, ainda tratou de proferir ameaças às fiscais da Vigilância Sanitária dizendo que 'ia partir pra ignorância', bem como compareceu no setor onde trabalhavam dizendo que sabia onde uma delas morava (Luci) e que 'ela andou fazendo umas coisas que não devia e eu vou preparar uma surpresinha pra ela'".*

Essas condutas foram classificadas como infração ao preceito do art. 65 da Lei n. 8078/90 e arts. 147 e 330 do Código Penal. Feito isso, o Ministério Público concluiu pugnando pelo regular processamento criminal do acusado para que ao final fosse decretada a condenação ao cumprimento das penas cabíveis. Arrolou as duas vítimas.

A denúncia foi recebida em 13/6/2012 (fl. 44).

Procedida a leitura da proposta de suspensão condicional do processo (fls. III), o acusado optou por não aceitar, conforme termo de fl. 50.

À fl. 51 foi certificado que o acusado não ofereceu defesa no prazo legal, razão pela qual este juízo nomeou defensor dativo às fls. 57 e verso. O defensor nomeado apresetou a defesa às fls. 62-63.

Não sendo o caso de absolvição sumária, designada a instrução, oportunidade na qual foram ouvidas as duas vítimas e interrogado o acusado. Não havendo diligências, passou-se para as alegações finais. O Ministério Público ofereceu seu arrazoado final oralmente e pugnou pela procedência integral dos pedidos formulados na denúncia.

A defesa técnica trouxe as alegações finais por memoriais, às fls. 85-93. Requereu, inicialmente, a extinção da punibilidade do acusado em relação crime de ameaça por decadência do direito de representação. Nesse ponto, alegou que as vítimas não representaram criminalmente contra o acusado, não se podendo admitir a representação implícita.

De outro bordo, alegou que a invasão à casa do acusado pelas agentes públicas constituiu ilegalidade, porque desamparada pela constituição federal. Assim, as servidoras teriam cometido o crime previsto no art.

150 do Código Penal, de maneira que toda a prova decorrente do ato seria ilícita por derivação.

Alegou, também, defeito no procedimento por ausência de audiência preliminar para oferecimento de transação penal.

Em relação ao crime de desobediência, anotou que existia conflito entre o acusado e as vítimas, de maneira que estas últimas teriam interesse no deslinde do feito, com a condenação do acusado. Alternativamente, requereu que a recepção do tipo penal do art. 330 do Código Penal pela constituição federal seja analisada, uma vez que a norma penal não estaria adequada ao Estado Democrático de Direito.

No que se refere ao crime contra o consumidor, afirmou que Jean não estaria prestando serviço no momento dos fatos, tornando atípica a conduta. Além disso, consignou que "o uso de agulhas descartáveis está autorizado pela ANVISA e que não há exigência de autoclave para a higienização do material, apenas o uso de álcool 70%" (fl. 91).

Afirmou que, embora a testemunha Luci tenha alegado que Jean não lavasse as mãos porque não tinha pia, nenhuma das agentes teria acompanhado Jean realizar algum procedimento. A respeito do descarte de resíduos, pontou que segundo as agentes, a atividade somente poderia ser prestada por quem estiver regulamentado e registrado na vigilância sanitária. No entanto, afirmou que qualquer pessoa pode fazer o descarte de lixo biológico em casa, não havendo diferenças entre o descarte da atividade de tatuador e de uma pessoa portadora de HIV, por exemplo.

Disse, ainda, que o "descarte desse tipo de material deve ser responsabilidade do Estado" (fl. 92). Por fim, alegou que a classificação de atividades de risco da ANVISA varia dos níveis I a IV e que os produtos usados para tatuagem estão regulados nas classes I a III.

Em caso de condenação, pleiteou o reconhecimento da continuidade delitiva e não do concurso material.

À fl. 94 a defesa requereu a concessão dos benefícios da justiça gratuita.

Os antecedentes foram certificados às fls. 95-100.

Vieram conclusos para sentença.

É o relatório.

Passo a fundamentar e decidir:

Trata-se de ação penal pública movida pelo Ministério Público contra o acusado Jean Carlos Seide, pela prática, em tese, dos crimes previstos nos arts. 147 e 330 do Código Penal e art. 65 da Lei n. 8078/90.

1. Preliminares

1.1 Decadência ao direito de representação

Embora bem articulados, os argumentos do defensor não merecem acolhimento. É pacífico na jurisprudência que a representação criminal prescinde de formalidades, bastando a comprovação da vontade da vítima em ver o suposto agressor processado criminalmente.

Do a. Supremo Tribunal Federal, junto o seguinte julgado, *mutatis mutandis*:

> "A representação, nos crimes de ação penal pública condicionada, **é ato que dispensa maiores formalidades, bastando a inequívoca manifestação de vontade da vítima**, ou de quem tenha qualidade para representá-la, **no sentido de ver apurados os fatos acoimados de criminosos**" (Inq 3438, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 11/11/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-027 DIVULG 09-02-2015 PUBLIC 10-02-2015)[1] (grifo nosso)

No mesmo sentido, decidiu o e. Superior Tribunal de Justiça que:

> "Doutrina e jurisprudência são uniformes no sentido de que **a representação prescinde de qualquer formalidade, sendo suficiente**

[1] Conferir também ARE 644840 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 25/06/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-157 DIVULG 12-08-2013 PUBLIC 13-08-2013.

> **a demonstração do interesse da vítima em autorizar a persecução criminal**. Assim, ainda que se entenda ser a ação, na espécie, pública condicionada à representação, esta se aperfeiçoou com o comparecimento espontâneo da vítima à Delegacia de Polícia, onde relatou o ocorrido, identificou o agressor e se submeteu a exame pericial, dando mostras inequívocas de que era seu desejo ver o perpetrador do estupro processado e punido". (REsp 1485352/DF, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 25/11/2014, DJe 16/12/2014)[2] (grifo nosso)

Por fim, de acordo com nosso e. Tribunal de Justiça:

> **"tendo a vítima buscado realizar providências perante o delegado de polícia, o qual reduziu a termo as declarações, assim como por ter comparecido posteriormente à audiência, é de se reconhecer a satisfação dos requisitos do art. 39 do CPP, uma vez que a jurisprudência é pacífica no sentido de que a representação do ofendido não pressupõe uma formalidade estrita, exigindo-se tão-somente a inequívoca manifestação de vontade no sentido de querer objetivar a deflagração de processo criminal em desfavor do apontado autor do fato".** (TJSC, Recurso Criminal n. 2010.045754-7, de Mafra, rel. Des. Salete Silva Sommariva, j. 23-11-2010) (grifo nosso).

In casu, verifico que as vítimas Luci Marques e Merci Schreiber registraram boletim de ocorrência juntado à fl. 5 e compareceram à audiência de instrução, demonstrando, destarte, inequívoco interesse em ver Jean processado criminalmente. Por tais argumentos, **nego** acolhimento à preliminar, rejeitando a hipótese de decadência ao direito de representação.

1.2 Da ilicitude da atuação das vítimas por violação de domicílio

A tese jurídica não merece acolhida pelo juízo.

[2] "Em se tratando de crime de ação penal pública condicionada, a representação, como condição de procedibilidade, não possui forma sacramental, prescindindo, assim, de maiores formalidades, bastando a manifestação inequívoca da vontade da vítima ou seu representante para que se apure a responsabilidade criminal do agente (Precedentes). Writ denegado." (HC 50.035/SP, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, j. em 6.6.2006, DJ 1º.8.2006, p. 475).

Havendo determinação da autoridade administrativa pela regularização de atividade profissional, conforme auto de fl. 38, cabia ao acusado o atendimento da ordem emanada pelo funcionário público no exercício de seu mister. De maneira que a persistência da atividade de forma irregular implicaria na possibilidade de flagrante delito, pelo tipo penal, em tese, de desobediência. Havendo o estado de flagrância, hipótese constitucional que flexibiliza o direito fundamental à inviolabilidade do lar, não há falar em invasão de domicílio, nem de ilicitude da prova coletada através de tal diligência.

Além do possível estado de flagrância, observo que no local remanesciam placas dos serviços de tatuagem prestados pelo acusado, conforme fotografias juntadas às fls. 29-30[3]. Embora se tratasse da residência do acusado, é irrefutável que o local onde ingressaram as vítimas era uma sala específica que servia como estúdio de tatuagem e que haviam evidências da continuidade do serviço

Assim, a ação das vítimas no exercício do *munus* de fiscais da vigilância sanitária municipal consubstanciou **o regular exercício do poder de polícia administrativa.**

O jurista Justin Marçal Filho explica que "a atividade de poder de polícia traduz-se tanto na repressão como no fomento de condutas. Reprimem-se as condutas indesejáveis e fomentam-se aquelas reputadas como necessárias ou úteis à realização de valores buscados pela nação."[4]

O referido autor aduz, ainda, que na concepção clássica o poder de polícia administrativa consistia na "imposição de deveres de abstenção (não fazer) aos indivíduos"[5]. No entanto, na nova ordem constitucional, expõe que:

[3] Quando interrogado (Cd de fl. 82) o acusado confessou que as placas ainda encontravam-se no local.
[4] **Curso de direito administrativo**. 8ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 553-554.
[5] idem, p. 557.

> "também compreende a competência para impor aos sujeitos o dever de promover condutas ativas que satisfaçam, de modo mais adequado, os direitos fundamentais alheios e os interesses coletivos. Sob esse prisma, o poder de polícia se torna um instrumento de eficácia horizontal dos direitos fundamentais, deixando de ser um simples instrumento de defesa da liberdade e da propriedade"[6].

Partindo de tais premissas, observo que em dezembro de 2009 a ANVISA aprovou uma norma técnica para o funcionamento dos estabelecimentos que realizam procedimentos de pigmentação artificial permanente da pele e colocação de adornos[7]. Embora não tivesse poder legal, a referida norma constituiu referência para que estados e municípios elaborassem legislações locais. Assim, em 19/01/2010 entrou em vigor a Lei Estadual n. 15.122/2010, que estabeleceu as condições de funcionamento dos gabinetes de tatuagem e de *piercing*, fiscalização e vigilância sanitária, entre outras providências.

Deste modo, a Vigilância Sanitária tinha (e ainda tem) plena competência para efetuar a fiscalização dos estabelecimentos de tatuagem e colocação de *piercing*. De maneira que, havendo o exercício da referida atividade, estará, o prestador de serviço, sujeito à lei estadual e, por conseguinte, ao poder de polícia administrativa da Vigilância Sanitária.

Mudando-se o que deve ser mudado, trago à lume o seguinte julgado da e. Corte Catarinense:

> ADMINISTRATIVO - PODER DE POLÍCIA - ANVISA - IMPORTAÇÃO DE MELATONINA - APREENSÃO PELO DEPARTAMENTO DE SAÚDE MUNICIPAL – LEGALIDADE. **No uso do seu poder de polícia, é legítima a atuação do Departamento de Vigilância Sanitária Municipal que, no cumprimento das regulamentações normativas da ANVISA**, apreende insumos que se

[6] idem.

[7] http://portal.anvisa.gov.br/wps/wcm/connect/7259210047457ee38aacde3fbc4c6735/Tatuagem+e+Piercing.pdf?MOD=AJPERES – acesso em 5/6/2015.

> destinavam à manipulação de medicamentos, sem que tenha sido avaliada a sua eficácia terapêutica. (TJSC, Agravo de Instrumento n. 2013.016396-2, da Capital, rel. Des. Luiz Cézar Medeiros, j. 27-08-2013). (grifo nosso)

Verifica-se, ainda que:

> "a interdição de estabelecimento que não se encontra de acordo com as normas da vigilância sanitária **constitui poder de polícia da Administração Pública, preceito inerente e indissociável à sua atuação, que lhe permite agir, a qualquer tempo, em busca do bem coletivo e não do individual**". (TJSC, Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 2009.023628-6, de Campo Erê, rel. Des. Jaime Ramos, j. 14-07-2011). (grifo nosso)

Como visto, é poder-dever da referida **autarquia especial** realizar o poder de polícia administrativa e fazer cumprir as diretrizes impostas pela Lei que estabelece regras para a realização de tatuagens e colocação de *piercings*, sendo descabida a argumentação de que houve invasão de domicílio.

Feitas todas essas considerações, **rejeito** a preliminar invocada.

1.3 Da nulidade processual pela não realização de audiência preliminar para o oferecimento da transação penal.

A tese também não merece acolhida.

A soma das imputações feitas contra o acusado Jean Carlo Seide é de três anos, extrapolando o limite de dois anos previsto no art. 61 da Lei n. 9099/1995 para o recebimento da benesse.

Mudando-se o que deve ser mudado, já decidiu o e. Superior Tribunal de Justiça:

> "**Para fins de aplicação dos benefícios previstos na Lei n.º 9.099/95, tratando-se de delitos praticados em concurso material, deve-se considerar a soma das penas máximas cominadas**. Precedentes. 2. *In casu*, para o crime tipificado no art. 12 do Estatuto do Desarmamento,

> imputado ao paciente, **a pena máxima prevista é de 3 (três) anos, o que afasta a possibilidade de aplicação do instituto da transação penal**. (HC 276.921/RJ, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 17/09/2013, DJe 26/09/2013) (grifo nosso)

A hipótese de decadência do direito de representação já foi rejeitada pelo juízo e a eventual incidência do princípio da consunção deverá ser verificada durante a cognição do mérito, ressaltando-se que o pedido do Ministério Público não vincula o juízo, podendo, inclusive, ser indeferido.

2. Mérito

2.1 Do crime de ameaça (art. 147, *caput*, do Código Penal)

Esclareço, inicialmente, que se trata de delito formal, cuja consumação independente da existência de resultado naturalístico. Assim, sem prejuízo de crime autônomo, o cumprimento do mal injusto e grave consubstanciaria o mero exaurimento da ameaça. Destarte, à míngua de vestígios, a existência da ameaça poderá ser comprovada pela prova oral, nos termos do art. 168 do Código de Processo Penal.

A propósito, já decidiu a e. Corte Catarinense, mudando-se o que deve ser mudado:

> "EMBARGOS INFRINGENTES. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. AMEAÇA. PLEITO ABSOLUTÓRIO. INVIABILIDADE. **MATERIALIDADE E AUTORIA DEMONSTRADAS. PALAVRAS FIRMES E COERENTES DA OFENDIDA. CRIME QUE, A RIGOR, NÃO DEIXA VESTÍGIOS. CONDENAÇÃO PRESERVADA. NÃO ACOLHIMENTO**". (TJSC, Embargos Infringentes n. 2015.008224-2, de Lages, rel. Des. Moacyr de Moraes Lima Filho, j. 25-03-2015). (grifo nosso)

No caso em tela, verifico que na fase policial (fls. 8-9), a vítima Luci Marques explicou que em 9/3/2012 a Vigilância Sanitária emitiu um auto de intimação interditando o estabelecimento do acusado Jean, informando que só poderia ser reaberto se houvesse adequação

à legislação específica. Explicou que em 22/3/2012 passou em frente do estabelecimento de Jean com sua colega Merci e como visualizaram que estava aberto, decidiram entrar, localizando o acusado fazendo uma tatuagem em uma pessoa. Embora o acusado tivesse alegado que a pessoa era um amigo e que a tatuagem era sem custo, Luci disse que tomariam providências, "retornando logo após para registrar fotos da fachada do estabelecimento". Na sequência, segundo Luci, "o autor ameaçou a declarante bem como Merci Schreiber dizendo 'ferrem comigo que vocês vão ver o que vai acontecer com vocês, vocês não sabem com quem estão lidando". No dia seguinte, Luci explicou que:

> "o autor foi pessoalmente até o setor de Vigilância Sanitária sendo atendido por outra fiscal de nome Luciana e teria perguntado apontando no auto de intimação qual das fiscais era a que tinha cabelo mais curto e morava no Tapajós, então Luciana disse que era a técnica sanitarista Luci Marques, que em seguida Luciana perguntou o porque ele queria saber isso e então o autor disse que Luci teria feito coisas que não deveria e ele estava preparando uma surpresinha para ela e o autor foi embora".

No mesmo sentido foram as declarações da vítima Merci Schreiber às fls. 12-14.

Na fase judicial (Cd de fl. 82), sob o manto dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, as vítimas reprisaram as informações prestadas na fase policial.

A vítima Luci confirmou que era fiscal da Vigilância Sanitária e que por diversas vezes realizou fiscalizações nos estabelecimentos do acusado, que desenvolvia a atividade profissional de tatuador. Explicou que depois que emitiram uma ordem para que Jean não realizasse mais tatuagens, constataram que ele estava realizando uma tatuagem em um rapaz. Nessa oportunidade, Jean disse que o rapaz citado era um amigo e que as fiscais não deveriam estar no local porque a casa era dele. Na ocasião, segundo a vítima, Jean lhes ameaçou dizendo que estavam "mexendo com a pessoa errada e que estaria preparando uma surpresinha".

Contou, também, a citada vítima, que depois Jean esteve na sede da Vigilância Sanitária fazendo ameaças. Luci afirmou que não estava no local na ocasião, mas que Jean conversou com outra fiscal e disse que estava preparando uma coisa especial para a referida vítima porque ela estava mexendo com a pessoa errada.

O depoimento de Merci Schreiber corrobora a versão de Luci e os depoimentos prestados na fase policial. Segundo a referida testemunha, havia uma ordem de interdição da atividade de Jean, no entanto, ao passarem pelo local, viram o acusado tatuando e acabaram adentrando ao local. Nesse instante, segundo Merci, o acusado Jean começou a xingar as fiscais e disse que "se ferrassem com ele, iam ver o que acontecia", em tom de ameaça. Além disso, Merci também afirmou que Jean veio à Vigilância e falou com Luciana, que atendia no balcão. Conforme a vítima, o acusado queria saber quem era a moça de cabelo curto que morava no Tapajós e disse coisas que não devia, afirmando, também, "que prepararia uma surpresinha".

O acusado, ao ser interrogado (Cd de fl. 82), admitiu que expulsou as fiscais de sua residência porque na sua concepção tratou-se de conduta irregular, ausente o mandado judicial. Reconheceu, porém, que no dia estava de cabeça quente e talvez tenha discutido, não se lembrando se foi à vigilância no dia seguinte.

O cotejo analítico da prova demonstra cabalmente a responsabilidade criminal de Jean Carlo Seide.

Percebo, porém, que o acusado só pode ser condenado pela ameaça proferida contra a vítima Luci, que ocorreu na sede da vigilância sanitária. Isso porque na ocasião da denúncia, o Ministério Público descreveu que Jean teria dito às fiscais que *"ia partir para a ignorância"*.

Compulsando os autos, contudo, verifico não ficou comprovado nos autos que Jean tenha verbalizado tal expressão às fiscais na abordagem inicial. Na realidade, esta frase teria sido dita ao telefone pela mãe do acusado, Dolores, conforme os depoimentos prestados por Luci e Merci às fls. 9 e 13, respectivamente.

Embora o juiz não esteja vinculado à capitulação jurídica apontada na denúncia ou queixa, deve restringir o julgamento à descrição fática; não pode ir além, sob pena de violar o princípio da correlação[8], desembocando em julgamento *extra petita*.

Em relação aos fatos ocorridos na sede da vigilância sanitária, verifico que a descrição fática só aponta a prática de ameaça em relação à Luci Marques, conforme os relatos das vítimas. Nesse ponto, a prática do crime de ameaça restou comprovada com segurança.

Como já colacionado acima, o acusado Jean, quando interrogado, disse que poderia ter xingado as fiscais porque estaria de cabeça quente. Observo, contudo, que a ameaça na sede da Vigilância aconteceu no dia seguinte ao flagrante das fiscais. Este fato evidencia o dolo do agente, uma vez que, após ser autuado pelo poder público, compareceu ao local de trabalho das fiscais Luci e Merci, prometendo que estaria preparando "uma surpresinha" para a primeira, "porque ela estaria mexendo com a pessoa errada".

Reconheço, destarte, que quando compareceu à Vigilância, Jean, dolosamente, prometeu mal injusto e grave à vítima Luci, enquadrando-se, tal conduta, no preceito do art. 147, *caput*, do Código Penal.

2.2 Do crime de desobediência.

A materialidade está demonstrada nos autos pelo boletim de ocorrência de fl. 7 e pelo auto de intimação de fl. 38.

A autoria é certa e recai sobre o acusado Jean Carlo Seide.

Infere-se dos autos que o acusado Jean exercia a atividade de tatuador ao arrepio da legislação específica, de maneira que passou a receber sucessivas fiscalizações da Vigilância Sanitária.

[8] Segundo o e. Superior Tribunal de Justiça, o princípio da correlação "representa no sistema processual penal uma das mais importantes garantias ao acusado, porquanto descreve balizas para a prolação do édito repressivo ao dispor que deve haver precisa correspondência entre o fato imputado ao réu e a sua responsabilidade penal". (HC 311.490/SC, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 14/04/2015, DJe 22/04/2015)

Segundo as fiscais, Jean não cumpria diversos requisitos exigidos para a atividade de tatuador.

Em juízo, Luci afirmou que a atividade de tatuador tem legislação específica quanto à estrutura, destinação dos resíduos e esterilização dos materiais, devendo-se seguir as regras sanitárias devido ao risco de contaminação. Segundo Luci, a lei determina como deve ser a sala de tatuagem e a cada procedimento deve-se realizar a troca de luvas e nesse processo as mãos devem ser lavadas. No local, porém, não havia condições para lavar as mãos.

A testemunha Merci, por sua vez, declarou que o acusado Jean não atendia as regras exigidas pela legislação e que não cumpria a regra sanitária de ter uma pia para lavar as mãos. Disse também que a sala de Jean não atendia a todas as exigências estruturais, que a questão organizacional não era seguida e que o acusado não tinha um plano de gerenciamento de descarte de resíduos.

Assim, colho dos autos que em 9/3/2012 as fiscais Luci e Merci estiveram no estúdio do acusado e lavraram auto de intimação para que Jean adequasse seu mister de tatuador às normas legais, lavrando o auto de fl. 38. No citado documento, ficou consignado que o "estabelecimento fica fechado até que se regularize".

Em 22/3/2012, as citadas fiscais afirmaram, no relatório à fl. 28, que:

> "ao passar em frente ao endereço, que ainda estava identificado caracterizando a atividade, observamos que o mesmo estava trabalhando normalmente, realizando uma tatuagem no braço de um rapaz naquele momento. Diante do fato, entramos no estabelecimento para indaga-lo o porquê dele estar trabalhando já que o estabelecimento encontrava-se interditado. Ele alegou que podia fazer o procedimento, uma vez que estava em sua residência e que o cliente era uma (sic) amigo (do qual ele não cobraria) e que nós não tínhamos o direito de estarmos no local. Então comunicamos a ele que tomaríamos as medidas cabíveis em relação ao caso."

Em depoimentos prestados às fls. 8-10 e 12-14 as testemunhas Luci e Mérci corroboram as informações citadas no relatório da Vigilância Sanitária.

Na fase judicial (Cd de fl. 82), as citadas testemunhas voltaram a afirmar que mesmo autuado e proibido de exercer a atividade de tatuador, Jean voltou a desempenhar o mister, sendo flagrado por elas no momento em que realizava uma tatuagem.

Segundo a testemunha Luci, Jean não cumpriu a determinação e continuou a fazer tatuagens, mesmo havendo uma determinação da Vigilância. Este órgão, por sua vez, constatou que havia movimento de pessoas no local, reconhecido como sendo aquele retratado às fls. 29-30, onde havia uma placa do estúdio. Por tal motivo, Luci explicou que a Vigilância esteve no local e verificaram que Jean estava tatuando um rapaz, que o acusado alegou ser apenas um amigo. Disse, também, que depois de flagrarem Jean tatuando, retornaram para realizar fotografias, mas o rapaz não estava mais no local.

A testemunha Merci, por sua vez, explicou que depois de realizarem autuações em Jean por descumprimento à legislação específica, receberam denúncias de que aquele estava atendendo em casa, na Rua Marechal Deodoro da Fonseca. As denúncias, de acordo com Merci, informavam que Jean atendia em horários noturnos e aos finais de semana, quando não havia expediente da Vigilância Sanitária. A testemunha reconheceu o local retratado às fls. 29-30, com a fachada e a placa, explicando que a parte da frente era usada como estúdio e que a porta branca dava acesso ao local.

Afirmou, a citada testemunha, que embora tivessem interditado o estúdio, passaram no local e verificaram Jean tatuando. Explicou que na sequência adentraram ao local e Jean disse que estava na casa dele fazendo uma tatuagem de cortesia para um amigo e começou a xingá-las.

O acusado, quando interrogado em juízo, confirmou que no dia 22/3/2012 estava tatuando um amigo, mas alegou que já estava fechado e que teve a residência invadida indevidamente pelas fiscais.

A tese do acusado, porém, não encontra guarida nos autos. Jean não trouxe prova de que o rapaz era um amigo e que a tatuagem era de cortesia, ônus que lhe competia. O fato de as placas permanecerem no local também evidencia a continuidade na prestação de serviço, não convencendo a hipótese do acusado de que pretendia apenas divulgar seu telefone para eventuais clientes.

Por derradeiro, acrescento que os serviços de tatuagem e colocação de *piercing*, ainda que a título não oneroso, ficam obrigados a observar as condições de funcionamento fixadas na Lei estadual catarinense de n.15.122/2010, conforme art. 2º da referida norma[9]. De maneira que, mesmo que estivesse realizando a tatuagem para um amigo, sem custo algum, o acusado Jean deveria ter dado cumprimento à ordem das Fiscais da vigilância Sanitária local.

Segundo o jurista Cezar Roberto Bitencourt, a conduta incriminada:

> "consiste em desobedecer ordem legal de funcionário público, que significa descumprir, desobedecer, desatender dita ordem. É necessário que se trate de ordem, e não de mero pedido ou solicitação, e que essa ordem dirija-se expressamente a quem tenha o dever jurídico de obedecê-la; deve, outrossim, a ordem, revestir-se de legalidade formal e substancial"[10]

In casu, o acusado desobedeceu a ordem de embargo da autoridade sanitária competente, pois realizava tatuagem sem estar adequado à lei. Destarte, praticou o crime capitulado no art. 330 do Código Penal.

Pugnou, a defesa técnica, pena análise do tipo penal de desobediência sob filtro constitucional da recepção. Para o Advogado, a desobediência à ordem legal de funcionário público teria sido pensada durante a

[9] "Os gabinetes de tatuagem, profissionais liberais, ou qualquer pessoa que aplique tatuagem permanente em outrem, ou a colocação de piercing e adornos, tais como brincos, argolas, alfinetes e outros, que perfurem o corpo humano, ainda que a título não oneroso, ficam obrigados a observar as condições de funcionamento fixadas nesta Lei".

[10] **Código penal comentado**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1080.

ditadura de Getúlio Vargas e consubstanciaria "a tentativa de impor o reconhecimento dos atos dos agentes públicos através do medo". Disse, ainda, que a situação "poderia ser resolvida administrativamente, através da aplicação de multa".

Além disso, o defensor afirmou que as agentes públicas "têm interesse no acertamento dado ao caso. Não fosse assim, não seriam ouvidas na condição de ofendidas".

A tese da não recepção da norma não deve prevalecer. A *ratio* da lei, supostamente baseada na necessidade de preservação da ordem, por si só, não importa no reconhecimento de que o tipo penal não foi recepcionado pela Constituição Federal.

Não convence a tese de que a ordem e a democracia são incompatíveis entre si, uma vez que sem a primeira se estabelece o caos. Nesse sentido, o direito posto instituído pelo grande contrato coletivo não pode ficar à mercê da vontade dos particulares, exigindo-se meios para fazer valer o império da lei.

Obviamente, o cumprimento de formalidade não serve, por si só, para legitimar o direito. No entanto, não percebo inconstitucionalidade na norma atacada, uma vez que, como já mencionado, as ordens dos agentes do Estado, constitucionalmente legitimados, devem, em um primeiro plano, ser estritamente cumpridas[11]. Portanto, o tipo penal em apreço consubstancia instrumento legítimo para impor a supremacia do direito aos agentes que compõe o contrato social.

Com relação à alegação de que a multa administrativa bastava para solucionar o caso, ressalto que Jean foi notificado mais de uma vez pelas fiscais da vigilância sanitária e não atendeu às exigências que lhe foram impostas. O próprio acusado admitiu, no interrogatório, que não se

[11] Evidente que os comandos dos agentes do Estado estão sujeitos ao controle da própria administração e em última análise à verificação pela jurisdição.

adequou à legislação porque sempre estava procurando um local melhor e não queria investir em uma sala que não ficaria muito tempo.

Como se percebe, por mera conveniência, o acusado deixou de atender a legislação e, mesmo com determinação administrativa para fechar seu estabelecimento, continuou trabalhando às escondidas. Fica claro que a aplicação de multa, isolada, não resolveria a questão.

De outro bordo, assento que as vítimas Merci e Luci são ouvidas na condição de ofendidas no que diz respeito ao crime de ameaça. A desobediência tem como vítima em primeiro plano a própria autoridade do Estado. Nesse sentido, Bitencourt explica que o "sujeito passivo é o Estado (União, Estado, Distrito Federal e Municípios), como o verdadeiro titular do interesse atingido pela ação delituosa; secundariamente, pode-se considerar também como sujeito passivo o funcionário autor da ordem desobedecida"[12].

Noto, também, que os depoimentos das vítimas foram harmônicos com aqueles que consignaram nos relatórios preliminares e na fase policial, não havendo evidências de que tenham interesse em prejudicar o acusado mediante o relato de inverdades.

Feitas todas essas considerações, rejeito as teses da defesa técnica.

Por fim, quanto à hipótese de consunção, avaliarei após analisar a possibilidade da incidência do crime capitulado no art. 65 do Código de Defesa do Consumidor.

2.3 Do crime de execução de serviço de alto grau de periculosidade, contrariando determinação de autoridade competente

A materialidade está demonstrada nos autos pelo boletim de ocorrência de fls. 5-6 e pela prova oral amealhada nos autos.

[12] ob. citada. p. 1079.

A autoria é certa e recai sobre o acusado. As fiscais Merci e Luci, declaram na fase judicial que a atividade de tatuador é classificada como de risco à saúde pública (ou a terceiros) por conta da possibilidade de contaminação. Segundo Merci, podem ser transmitidas hepatite, HIV e doenças de pele. A testemunha mencionada também citou que os resíduos são considerados infectantes e pérfuro-cortantes, e que Jean não comprovou dar destinação adequada.

Do depoimento de Luci, extraio informações semelhantes. Segundo a testemunha, a atividade de tatuador impõe o cumprimento de regras sanitárias devido ao risco de contaminação. Por tal motivo, considera-se tal atividade como de risco à saúde pública, uma vez que, se o material não estiver devidamente esterilizado, doenças podem ser transmitidas. A testemunha também afirmou que Jean não lavava as mãos de forma adequada. Além disso, relatou que o material é um risco principalmente para quem faz o recolhimento do lixo, explicando que os resíduos devem ser descartados em embalagens próprias que impeçam o corte de pessoas que fizerem o manuseio.

Não há dúvida de que a atividade de tatuador é de elevado grau de risco, ante a possibilidade de contágio de doenças graves a terceiros. Tanto é que a lei estadual n. 15.122/2010 dispõe sobre os cuidados necessários à realização do serviço (art. 9º), aos processos de descontaminação, limpeza e esterilização dos instrumentos (art. 10), acondicionamento dos materiais e descarte dos resíduos (art. 12. § 1º e § 2º).

Reconheço, contudo, a correção da tese da defesa ténica no sentido de que a execução de serviço é elementar do tipo penal previsto no art. 65 do Código de Defesa do Consumidor.

Este dispositivo penal deve ser interpretado conectado ao conceito de serviço estabelecido pelo *codex* do consumidor. Nesse sentido, o § 2º do art. 3º da norma especificada preconiza que "**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" (grifo nosso).

Portanto, para fins do Código de Defesa do Consumidor, sem remuneração, não que se há falar em serviço.

In casu, o acusado alegou que fazia uma tatuagem de cortesia em um amigo, testando uma técnica nova. As testemunhas Luci e Merci referiram que quando flagraram o acusado realizando uma tatuagem em um rapaz, Jean disse a mesma coisa.

Conforme já consignei, o acusado não trouxe o suposto amigo para corroborar sua versão dos fatos. No entanto, a lógica no processo penal é de que o acusador deve comprovar a responsabilidade criminal do acusado. Embora remanesçam indícios de que o acusado prestava serviço remunerado quando flagrado pelas fiscais da Vigilância, tal hipótese não foi devidamente demonstrada com segurança pelo Ministério Público.

Com isso, concluo que não há prova da efetiva prestação de **serviço** pelo acusado. Por conseguinte, não existem provas suficientes da caracterização da infração penal capitulada no art. 65 da Lei n. 8.078/1990.

A absolvição pelo crime alhures fulmina a discussão sobre a incidência do princípio da consunção.

Por derradeiro, **nego** o reconhecimento da continuidade delitiva, uma vez que os delitos pelos quais Jean será penalizado atingiram a bens jurídicos distintos e não foram cometidos nas mesmas condições de lugar, tempo e maneira de execução.

Desta forma, tendo o acusado maioridade penal, imputabilidade, pois capaz de reconhecer a ilicitude do ato, podendo ter agido de forma diversa, está a merecer sanção penal pela prática dos delitos capitulados no art. 147, *caput*, e 330, ambos do Código Penal Brasileiro.

Passo à aplicação das penas (art. 68, CP).

1. Crime de ameaça

Na primeira fase, em análise das circunstâncias judiciais, verifico que: a **culpabilidade** é normal ao tipo penal; o acusado registra processos, conforme certidão de fls. 95-100. No entanto, não podem ser consideradas **maus antecedentes**; a respeito de sua **conduta social** não foram colhidos elementos; a **personalidade** do agente é um conceito metajurídico, próprio de outros ramos do conhecimento humano. *In casu*, não há elementos técnicos para aferir a personalidade; os **motivos do crime** e as **circunstâncias** foram normais à espécie; **as consequências** não suplantaram a normalidade; por fim, o **comportamento da vítima** não contribuiu para a ocorrência do crime.

Assim nos termos do art. 59 do Código Penal, **fixo a pena-base em 1 mês de detenção**.

Na segunda fase, verifico a incidência da agravante prevista no art. 61, II, "b" do Código Penal, uma vez que Jean praticou a ameaça para coagir a fiscal Luci por conta da autuação ocorrida no dia anterior. Assim, elevo a pena em **7 dias**, passando para **1 mês e 5 dias de detenção**. Não há atenuantes.

Na terceira fase, não ocorrem causas de aumento ou diminuição da pena, que torno definitiva no patamar acima fixado.

2. Do crime de desobediência

Na primeira fase, em análise das circunstâncias judiciais, verifico que: a **culpabilidade** é elevada. O acusado Jean declarou-se tatuador há anos. Portanto, tinha (ou deveria ter) conhecimento das normas referentes ao exercício de sua profissão. Pelo que se colheu dos autos, Jean foi advertido mais de uma vez pela Vigilância Sanitária para adequar-se à legislação. No entanto, insistiu em continuar à sombra do direito, desrespeitando a lei; o acusado registra processos, conforme certidão de

fls. 95-100. No entanto, não podem ser consideradas **maus antecedentes**; a respeito de sua **conduta social** não foram colhidos elementos; a **personalidade** do agente é um conceito metajurídico, próprio de outros ramos do conhecimento humano. *In casu*, não há elementos técnicos para aferir a personalidade; os **motivos do crime** foram egoísticos. Jean afirmou que não regularizou sua atividade porque não queria investir em locais que permaneceria por pouco tempo. Revela, assim, que não pensou na segurança de seus clientes, deixando de atender às normas sanitárias por questões meramente econômicas; as **circunstâncias** e **as consequências** não suplantaram a normalidade; por fim, não há **comportamento vitimológico** a ser verificado.

Assim nos termos do art. 59 do Código Penal, **fixo a pena-base em 20 dias de detenção**.

Na segunda fase, não verifico a incidência de agravantes ou atenuantes.

Na terceira fase, não ocorrem causas de aumento ou diminuição da pena, que torno definitiva no patamar acima fixado.

Com fundamento no art. 49, § 2.º, e 60, *caput*, ambos do Estatuto Penal, levando em consideração as circunstâncias judiciais e legais acima analisadas, arbitro a pena pecuniária em **14 dias-multa**, cada dia-multa fixado no valor de 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos.

Da soma de penas e regime prisional

Considerando o concurso material de crimes (art. 69 do Código Penal), o condenado deverá cumprir a pena total de **1 mês e 25 dias de detenção**, mais o pagamento de **14 dias-multa**.

Levando em consideração o *quantum* da pena e as circunstâncias judiciais e legais acima analisadas, a teor do art. 33, § 2.º, "c" combinado com o seu § 3º, do Código Penal, o regime inicial da pena deverá ser o **aberto.**

Analisar a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por multa, suspensão condicional da pena ou pena restritiva de direitos.

As circunstâncias judiciais negativas indicam que a pena de multa substitutiva não deve ser aplicada no caso em concreto. Entendo, porém, que é possível substituir a pena de prisão por uma pena restritiva de direitos, consistente em prestação pecuniária, nos termos do art. 43, I e art. 44, ambos do Código Penal. Assim, fica substituída a pena do acusado por prestação pecuniária, no valor de **2 salários-mínimos**, em benefício de entidade pública ou privada com destinação social, nos termos art. 45, § 1º, do CP. Saliento, também, que referida entidade deverá ser indicada pelo juízo da execução.

ANTE O EXPOSTO e o que mais nos autos consta, **JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE** o pedido formulado na denúncia para:

1) CONDENAR JEAN CARLO SEIDE, RG 4327509, nascido aos 5/4/1983, filho de Dolores Brigitte Seide e Valter Cleones Seide, residente na Rua Marechal Deodoro da Fonseca, 84, em frente à Oficina do Schmidt (passando a ponte após o posto Tupy, casa de Tijolo a vista), Tapajós, Indaial (qualificado e fone a fls. 16), à pena privativa de liberdade de **1 mês e 5 dias de detenção**, pela prática do **crime de ameaça**, capitulado no art. 147, *caput*, do Código Penal, referente ao fato envolvendo a vítima Luci, no departamento de Vigilância Sanitária de Indaial, e, à pena de **20 dias de detenção**, mais ao pagamento de **14 dias-multa**, cada dia-multa fixado no valor de 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos, atualizado até o pagamento, **pela prática do crime de desobediência, capitulado no art. 330 do Código Penal;**

2) ABSOLVER JEAN CARLO SEIDE da prática do crime de ameaça, referente à ocasião da abordagem das fiscais Luci e Merci, com fundamento no art. 386, II, do Código de Processo Penal, e, do crime

previsto no art. 65 da Lei n. 8.078/1990, com fundamento no art. 386, III, do Código de Processo Penal.

O condenado deverá iniciar o cumprimento da pena em **regime aberto**, conforme acima fundamentado.

A pena de prisão aplicada ao condenado foi substituída por uma pena restritiva de direitos consistente em prestação pecuniária, no valor de **2 salários-mínimos**, conforme acima fundamentado.

A pena restritiva de direitos será convertida em privativa de liberdade se o condenado a descumprir sem justificativa razoável, conforme preconiza o § 4.º do art. 44 do Código Penal.

Em atenção ao disposto no art. 387, IV, do Código de Processo Penal, deixo de fixar o valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, por não ter sido objeto da ação, dentre os pedidos formulados pelo Ministério Público.

O condenado respondeu a todo o processo em liberdade e não estão presentes os motivos ensejadores da decretação da prisão preventiva, de forma que poderá aguardar o trânsito em julgado em liberdade, em observância ao disposto no parágrafo único do art. 387 do Código de Processo Penal. Cabe ressaltar, também, a impossibilidade da decretação da prisão preventiva, ante as penas previstas para as infrações penais cometidas.

Defiro o pedido de fl. 94, concedendo os benefícios da justiça gratuita.

Anoto que a defesa do condenado está sob os cuidados de defensor dativo, nomeado à fl. 57 e verso.

É público e notório que a Defensoria Pública do Estado de Santa Catarina, até o presente momento, embora já implantada na Capital e algumas cidades de maior porte, não possui qualquer estrutura (de

pessoal e administrativa) para o atendimento nas Comarcas do interior do Estado.

Cabe também registrar que o Advogado é indispensável à administração da justiça e à garantia da ampla defesa e do contraditório, a teor do art. 5.º, LV, LXIII e 133, da Constituição Federal, e 261 do CPP. Além disso, é dever do Estado prestar assistência jurídica integral e gratuita a quem dela necessite, nos termos do art. 5.º, LXXIV da Constituição Federal.

Por isso, até que haja o trânsito em julgado da sentença, fica ratificada a nomeação do defensor dativo anteriormente nomeado para dar continuidade à defesa do condenado, com fundamento nos arts. 34, XII, da Lei n. 8.906/94 e 264 do CPP.

Com relação aos honorários, cabe consignar que *"após a declaração de inconstitucionalidade e a posterior perda de eficácia da Lei Complementar Estadual 155/97, a remuneração do defensor dativo deve ser fixada de modo equitativo (art. 20, § 4º, do CPC), sem a necessidade de vinculação obrigatória com a tabela de honorários divulgada pela OAB/SC"*. (TJSC, **Apelação Criminal n. 2014.053500-1**, de São José, rel. Des. Sérgio Rizelo, j. 21-10-2014).

Desta feita, com fundamento no art. 20, § 4º do CPC e art. 3º, do CPP, arbitro os honorários devidos ao Advogado Luis Eduardo Cani no valor de R$ 1.038,00. Caberá ao Estado de Santa Catarina[13] efetuar o pagamento dos honorários atualizados a partir desta data, até seu efetivo pagamento, servindo a sentença como título executivo judicial.

Transitada em julgado a condenação:

[13] Segundo o e. STJ: "*é dever do Estado arcar com o pagamento de honorários advocatícios ao defensor dativo, nomeado pelo juiz à parte juridicamente necessitada, na hipótese de inexistir ou ser insuficiente defensoria pública na respectiva localidade*". (**AgRg no Ag 1264705/RJ**, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, QUARTA TURMA, julgado em 16/12/2010, DJe 01/02/2011)

a) lance-se o nome do condenado no rol de culpados;

b) expeça-se carta de guia;

c) procedam-se as comunicações de lei e as recomendadas pelo Código de Normas da CGJ-SC;

d) forme-se o respectivo processo de execução criminal – PEC;

e) intime-se o condenado para o pagamento da multa, no prazo de 10 dias (art. 50 do CP);

f) encaminhe-se o boletim individual, juntamente com a ficha do condenado, à Secretaria de Segurança Pública Estadual (art. 809 do CPP).

Publique-se.

Registre-se.

Intimem-se, inclusive as vítimas

Indaial (SC), 11 de junho de 2015.

Leila Mara da Silva
Juíza de Direito

Autos n. 0020885-73.2012.8.24.0033
Comarca de Itajaí
2ª Vara Cível
Ação: Oposição
Opoente: Daiana Geremias
Oposto: Flavolirio Correa e outros

Vistos, etc.

Trata-se de ação ordinária de responsabilidade obrigacional securitária ajuizada por **Flavolírio Correia, Vera Lúcia Marzzani Laureano, Ivete Pedrozzo Niehues, Onélia Conceição Ferreira, Paulo Abreu de Freitas, Clésio Antônio de Oliveira, Antônio Santana, Tânia Regina Almeida, Péricles da Costa Valle Neto, João Neto Pinheiro Oliveira, Neiva Terezinha Pagno, Eraldo Manoel Martinho, Elisete Maria Paulo Freitas, Silvio Braz Zimmermann e José do Carmo Lourenço,** em face de **Bradesco Seguros S/A.** Relatam os requerentes que adquiriram um imóvel através de mútuo, do Sistema Financeiro Habitacional, sendo o órgão gestor a COHAB.

Juntamente com o contrato de financiamento, assinaram uma apólice de seguro habitacional, que cobriria eventuais danos causados por vícios de construção. As parcelas do seguro já estavam inclusas nas parcelas devidas aos imóveis.

Após alguns anos, os imóveis começaram a apresentar danos na construção, como rachaduras, apodrecimento das madeiras, infiltrações, elevada umidade, falta de impermeabilização, além de vários outros.

Inicialmente os moradores reparavam os estragos, porém, quando tornaram-se impossíveis os consertos e evidentes que eram vícios de construção, os requerentes comunicaram o sinistros à seguradora.

É devida a multa decendial para coagir ao cumprimento da obrigação.

Em contestação, a requerida alega preliminarmente, falta de interesse processual do requerente Flavolírio Correia, tendo em vista que em 30/12/2002 quitou o saldo devedor do contrato. Elenca também a ilegitimidade passiva da Bradesco Seguros devido à transferência das apólices para outra seguradora.

A requerida ainda levanta a hipótese de prescrição do direito dos requerentes, diz ser inepta a inicial e chama ao processo a Caixa Econômica Federal, bem como a Caixa Seguros. No mérito, informa que os vícios reclamados pelos requerentes não decorrem das possibilidades cobertas pelo seguro.

Houve um pedido de integração na lide da Caixa Econômica Federal. Em primeiro grau, o douto magistrado negou o pedido. Em recurso de Agravo de Instrumento, foi negado à Caixa Econômica o direito a ingressar no polo passivo da ação.

Cláudia Cristina da Silva requereu habilitação no processo no lugar da requerente Vera Lúcia Marzzani Laureano, pois diz ter adquirido o imóvel através de escritura pública registrada no Registro de Imóveis desta cidade, portanto deveria reclamar a indenização decorrente dos vícios.

Os autores negaram a substituição de Vera Lúcia Laureano por Cláudia da Silva. A requerida, intimada do pedido, não se manifestou, sob pena de tornar a aceitação tácita.

A parte autora impugnou a contestação, ratificando os argumentos e pedidos deduzidos na inicial (folhas 230/246).

Saneador às fls.248/249, afastando as preliminares e determinando perícia.

A perícia foi realizada e sobre elas as partes se manifestaram. As alegações finais do autor foram apresentadas, a requerida, no entanto, absteve-se de.

Dayana Geremias, terceira interessada na ação, interpôs ação de oposição em face do requerente Flavolírio Correia e do requerido, Bradesco Seguros S/A, além da Caixa Econômica Federal. Apensado aos autos desta ação, o MM. Juiz de direito determinou que ambas deveriam ser julgadas em conjunto.

Vieram-me os autos conclusos, passo ao julgamento da lide.

É o relatório. **Decido.**

Preliminarmente, refiro que o TJSC já decidiu, em sede de Agravo de Instrumento, que não é caso de intervenção nos presentes autos da Caixa Econômica Federal, razão por que fica esta excluída da Ação Principal e da Oposição que tramita em apenso.

Trata-se de ação promovida com o desiderato de ver-se os demandantes pagos do valor do seguro previsto para a hipótese de sinistro em seus imóveis, decorrentes de má construção das unidades residenciais, bem como a multa decendial incidente.

Todas as preliminares foram afastadas pela decisão de saneamento do processo, razão pela qual sobre elas descabe discursar.

No mérito, a questão somente pode ser resolvida em análise da prova técnica colacionada aos autos, posto que a defesa encetada pela demandada se prende à alegação de que os sinistros ocorridos nos imóveis dos requerentes não foram causados pela má construção ou projeção, mas sim pelo desgaste natural gerado pelo uso ou pela falta de conservação, bem como fatores externos, causas estas que escapam da cobertura securitária.

De fato, segundo o que reza a apólice de seguro 180/90 - aplicável ao caso, eis que a contratação se deu em 1990 -, as cláusulas 4.1 e 4.2 da apólice (folhas 189) lê-se:

> "4.1. Esta apólice não responderá pelos prejuízos que se verificarem em decorrência, direta, ou indireta, de:

> "...
>
> f) uso e desgaste.
>
> 4.2. Entende-se por uso e desgaste os danos verificados exclusivamente em razão do decurso do tempo e da utilização normal da coisa..."

No entanto, no caso dos autos, os vícios não são decorrentes do uso ou da má conservação dos imóveis, tal como ressai do laudo pericial, o qual dá conta de que os danos advindos foram ocasionados, por defeitos estruturais gerados desde a construção das unidades residenciais e apenas aumentaram com o passar do tempo.

Da prova técnica se colhe (folhas 543):

> "Os danos aqui relatados tiveram origem na construção das casas e iniciaram-se tão logo as mesmas foram concluídas e entregues aos moradores. (…) Fica desde logo estabelecido que os moradores nada fizeram para contribuir com a instalação do dano ou até mesmo para fomentá-lo, pelo contrário, muitos deles tentaram, ainda que de forma primitiva e empírica, conter ou minimizar seus defeitos (...)"

Uma leitura apegada do contrato efetivamente poderia fazer entender que, como não existe cobertura expressa para os vícios de construção verificados nos imóveis dos reclamantes – o que ficou comprovado pela perícia técnica – estaria fadada ao insucesso qualquer possibilidade de indenização.

Malgrado isto, a questão assim não pode ser entendida, sob pena de fomentar-se o enriquecimento sem causa.

As edificações deste tipo de construção fazem frente a um problema social muito significativo que é o sonho da casa própria daqueles que não tem grandes condições financeiras, portanto todo o regramento que se dá à contratação, e tudo quanto envolve este processo, deve ser vislumbrado a partir da ideia de um programa social.

Daí que, não tendo o mutuário possibilidade de ingerência na construção de sua moradia, sequer do espaço em que ela vai ser edificada

– verificou-se pela perícia que um dos maiores problemas foi o fato de as construções terem sido edificadas em lugar muito úmido -, não se poderia desobrigá-lo a indenização quando restar sedimentada a má execução da obra, por simples inexistência de previsão contratual.

Entende-se que a norma que prevê os casos de cobertura não é exaustiva, e sim meramente exemplificativa, não excluindo a possibilidade de abarcar eventuais vícios de construção. Pensar o contrário seria legitimar que se construam tais conjuntos habitacionais sem o menor respeito às normas técnicas, já que, se assim fosse, de forma alguma os mutuários poderiam pedir indenização, a não ser nos casos previstos pela apólice.

Nessa linha de pensamento o mutuário teria que deixar seu imóvel ruir, para somente então postular a sua indenização, o que não se coaduna com os princípios que devem reger tais pactuações, repita-se, em função de sua conotação social.

Colhe-se da jurisprudência do Tribunal de Justiça de Santa Catarina:

> *"É de se tomar em consideração, ainda, que o vício de construção não consta expressamente do rol das hipóteses de exclusão securitária, conforme se vê da apólice securitária em sua cláusula quarta (fl. 202), situação que obriga a seguradora recorrente ao pagamento da indenização almejada. Não se olvide da aplicação do CDC e que, por isso, qualquer disposição que estabeleça a exclusão de risco não mencionado na cláusula antes referida, inclusive pelos fundamentos já externados, deve ser interpretada em favor do hipossuficiente. (TJSC, Apelação Cível n. 2012.025586-0, de Joinville, rel. Des. Gilberto Gomes de Oliveira, j. 29-05-2014)."*

Ademais:

> *"Seguro habitacional – Danos físicos em prédio adquirido com recurso do sistema financeiro da habitação – defeitos de construção – Ambiente interno úmido e inadequado à saúde – Exclusão de cobertura securitária por inexistir ameaça de desmoronamento – Obrigação ainda assim de indenizar – Fim social do seguro". (In Ap. Cív. 45.990 – Capital rel. Des. Alcides Aguiar).*

Colhe-se, daí que a cobertura não pode ser negada, pois deve se proceder à extensão da cobertura para os vícios de construção.

É importante ressaltar que o fato de vários contratos estarem quitados na data do pedido de indenização, não afasta a obrigação de indenizar, já que os sinistros, tal como ressaiu do laudo, se deram ainda na fase embrionária do contrato, ou seja, na construção das unidades residenciais.

Aliás, este é o entendimento jurisprudencial sobre o tema:

> *"SEGURO HABITACIONAL. EXTINÇÃO DA COBERTURA PELA QUITAÇÃO DO IMÓVEL. IRRELEVÂNCIA. SINISTRO OCORRIDO NA VIGÊNCIA DO FINANCIAMENTO. DEVER DE INDENIZAR. Se o sinistro ocorreu na vigência do financiamento concedido pelo SFH e, consequentemente, durante o período de cobertura previsto no contrato de seguro habitacional, é dever da Companhia Seguradora indenizar o mutuário, pois a posterior quitação do contrato não possui condão de extinguir o dever de reparar os prejuízos suportados pelo segurado. (AC n.º 97.012719-7, de Joinville, rel. Des. Nilton Macedo de Machado)."*

Mesmo caminho se empresta à cessão de dois dos imóveis, pois neste caso operou-se a sub-rogação convencional entre as partes.

Cláudia Cristina da Silva requereu sua habilitação processual através de petição (folhas 354/368), para figurar como credora na presente ação substituindo a requerente Vera Lúcia Marzzani Laureano. Juntou ao processo o contrato de compra e venda do imóvel, além de uma procuração em que detinha poderes sobre o bem antes mesmo de se tornar proprietária dele.

Merece prosperar o pedido de substituição da requerente Vera Lúcia na demanda indenizatória. Conforme consta na escritura pública de compra e venda (folhas 359/360), item 05, alínea "d", ocorreu a cessão de todos os direitos relativos ao seguro:

> "5) – Declarações Finais:

> d) – que cede neste ato todos os direitos quanto ao seguro, com referência ao imóvel supra citado em favor da outorgada compradora;"

Na procuração pública juntada aos autos (folhas 361), a ora requerente Vera Lúcia Laureano já havia transmitido os direitos para reclamar junto à seguradora a Claudia da Silva:

> "(...) para o fim especial de representar a outorgante junto a Seguradora competente e aí receber quantias do seguro, que cabe ao imóvel situado no lugar São Vicente, nesta cidade de Itajaí, representado pelo lote nº 599, do loteamento denominado Jardim Rio Bonito 2 (...)"

Não há como negar que quem tem direito a indenização do seguro do imóvel é a atual proprietária. Na escritura de compra e venda realizada pelas partes ocorreu a cessão expressa dos direitos inerentes ao seguro.

Apensado aos autos principais há uma Ação de Oposição em relação ao requerente Flavolírio Correia, proposta por Dayana Jeremias, que visa discutir a mesma matéria acima debatida. A opoente afirma que adquiriu do oposto o imóvel discutido na ação indenizatória.

Em relação à oposição, afasto a alegação do Oposto de que a Oposição não seria a intervenção de terceiro adequada ao caso. Ora, segundo o artigo 56 do Código de Processo Civil "quem pretender no todo ou em parte, a coisa ou o direito sobre que controvertem autor e réu, poderá, até ser proferida a sentença, oferecer oposição a ambos". É exatamente o caso dos autos. A Oponente pretende receber a indenização securitária pleiteada pelo Oposto Flavolírio Correa, e sobre a qual controverte-se este com o Oposto Bradesco Seguro S/A. Portanto, não é de ser acolhida a preliminar de falta de interesse de agir, sendo perfeitamente adequada a intervenção de terceiro utilizada pela Oponente.

Em 18 de março de 2003, as partes travaram uma batalha judicial para discutir a execução de um título judicial em posse do oposto. Na referida ação fizeram um acordo em que Flavolírio Correia vendeu a Celso Jeremias e a Dayna Jeremias o imóvel do bairro São Vicente.

Pouco mais de um ano depois, em 29 de outubro de 2004, o oposto ingressou com uma ação de rescisão de contrato cumulada com despejo em face da opoente e Celso Jeremias, alegando o inadimplemento nas parcelas do contrato firmado na ação de execução, o que de fato ocorreu.

Celso Jeremias foi revel, ao passo que a opoente e o oposto fizeram novamente um acordo, re-parcelando o valor do imóvel em 17 vezes de R$ 600,00 (seiscentos reais). Após a quitação, que aconteceu em fevereiro de 2008 (folhas 145 dos autos apensados), a propriedade seria da opoente Dayana Jeremias.

Quitado o parcelamento, o imóvel é hoje propriedade da opoente, portanto a indenização paga pelo seguro deve ter a opoente como credora. Apesar de figurar como segurado e ter pagado o valor do prêmio do seguro, o oposto não tem direito a indenização, tendo em vista o seguro cobrir o imóvel e não o mutuário.

Ocorre aqui situação análoga ao que ocorreu entre Vera Lúcia Laureano e Cláudia da Silva, mesmo inexistindo cláusula expressa de cessão de direitos ao seguro no acordo efetuado na ação 0025149-17.2004.8.24.0033.

O Tribunal de Justiça de Santa Catarina já proferiu decisão nesse sentido:

> *"O adquirente de imóvel, por intermédio de contrato de compra e venda, subrroga-se no direito ao seguro habitacional do proprietário primitivo, o que o legitima constar no pólo ativo de ação na qual se busca a indenização necessária aos reparos da estrutura do bem segurado. (Apelação Cível n. 2007.046244-5, de Itajaí - Relator: Des. Eládio Torret Rocha)."*

No mesmo sentido:

> *"Os contratos de seguro ora discutidos, embora ligados aos financiamentos realizados com o agente financeiro, tratam de garantir a integridade dos bens imóveis financiados/segurados e não dos contratantes. O fato de terem sido transferidos a outro proprietário não retira dos imóveis a garantia securitária (Ap. Cív. n. 2012.009889-9, de São José, j. 25-5-2013)."*

Não teria razão este juízo se permitisse que os antigos proprietários recebessem os valores da indenização dos imóveis. A perícia constatou que há a necessidade de vários reparos, ou melhor, uma verdadeira reforma estrutural para tornar as casas do loteamento seguras e salubres para os moradores. Diante desse fato, quem tem direito aos valores advindos da indenização são os atuais proprietários e interessados na reforma das moradias.

Colhe-se trecho de uma decisão do Tribunal:

> *"Sob outro ângulo, é importante considerar que o seguro habitacional vincula-se ao imóvel financiado com recursos do SFH e não ao seu adquirente, como pessoa física. O seguro habitacional é contratado não em favor do mutuário, mas sim do imóvel financiado pelo Sistema Financeiro da Habitação, razão pela qual o terceiro que adquiriu o imóvel do comprador originário conta com legitimação para buscar, em juízo, a cobertura devida em face do comprometimento da estrutura do bem do qual é ele hoje proprietário ou possuidor. (TJSC, Apelação Cível n. 2012.042037-1, da Capital, rel. Des. Trindade dos Santos, j. 22-08-2013)."*

Com fundamento na matéria exposta deve prosperar a ação de oposição interposta por Dayana Jeremias em face de Flavolírio Correia bem como o pedido de habilitação processual de Claudia Cristina da Silva, que deve ser entendido como pedido de substituição processual, em face de Vera Lúcia Marzzani Laureano, a fim de tornarem-se credoras na Ação Indenizatória.

No tocante à multa decendial, verifica-se que o demandado a entende indevida. Contudo, observando detidamente as CONDIÇÕES ESPECIAIS RELATIVAS AO SEGURO COMPRESSIVO ESPECIAL DA APÓLICE DE SEGURO HABITACIONAL DO SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO – SFH (folhas 184), juntado pela requerida, temos:

> *"17.3 – A falta de pagamento da indenização, no prazo fixado no item 16.2 da Cláusula 16ª destas condições, sujeitará a Seguradora ao pagamento da*

> *multa de 2% (dois por cento) sobre o valor da indenização devida, para cada decêndio ou fração de atraso, sem prejuízo da correção monetária cabível."*

Equivocada está a seguradora quando diz não ser devida a multa, pois o percentual que se aplica ao caso em comento é de 2%, tal como permite a RD 18/77, em sua cláusula 17a, vigente à época em que foram contratados os seguros.

Desta forma patenteada a mora, pela própria necessidade de aforamento da presente demanda para pleitear a condenação da requerida ao ressarcimento dos danos dos imóveis, é cabível a condenação também no que se refere à multa decendial.

Destarte, torna-se aplicável a multa de 2% (dois por cento) sobre o valor da indenização devida, atentando-se à Súmula 16 do TJSC, que dispõe:

> *"Súmula n. 16. A multa cominatória a que se referiam os artigos 916 e seguintes do Código Civil revogado (objeto dos artigos 408 e seguintes do Novo Código Civil), incide sobre o valor da obrigação principal, corrigido, acrescido dos juros impostos na sentença, quando o litígio versar sobre seguro habitacional".*

Neste norte, extrai-se da jurisprudência:

> *"SEGURO HABITACIONAL - INCIDÊNCIA DA MULTA DECENDIAL SOBRE JUROS - SÚMULA 16 DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA - OBRIGAÇÃO DEMONSTRADA - RECURSO PROVIDO. Incidem sobre a multa decendial estipulada em apólice de seguro habitacional, juros legais e correção monetária, consoante o determinado na Súmula n. 16 deste Tribunal. Não decorre daí, de forma alguma, duplicidade de penalização, porque as duas verbas cumprem funções claramente diferenciadas entre si. Os juros são os frutos civis do capital retido pelo devedor e a multa constitui pena pecuniária de origem contratual e de natureza cominatória. (Apelação cível n. 2003.013835-8, comarca de Joinville, Rel. Desª. Salete Silva Sommariva, 11 de novembro de 2003)."*

Diante disto, é devida a multa decendial no percentual acima epigrafado, conforme o artigo 412 do Código Civil.

Ante o exposto, julgo **PROCEDENTE** a ação de oposição interposta por Dayana Jeremias em face de Flavolírio Correia e o pedido de habilitação processual de Claudia Cristina da Silva, que deve ser entendido como pedido de substituição processual, em face de Vera Lúcia Marzzani Laureano, a fim de tornarem-se credoras na Ação Indenizatória; assim como julgo **PROCEDENTES** os pedidos da exordial para:

- Condenar a demandada ao pagamento dos valores necessários à reconstrução das unidades residenciais dos reclamantes, tal como delineado de forma individualizada e pormenorizada no trabalho pericial anexo, cujo montante chega a R$ 146.152,94 (cento e quarenta e seis mil, cento e cinqüenta e dois reais e noventa e quatro centavos).

Os valores serão corrigidos monetariamente pelo INPC desde a data dos orçamentos, e acrescidos de juros moratórios de 12% ao ano, contados da citação válida.

- Condenar a demandada ao pagamento, em favor dos demandantes, da multa decendial à base de 2% (dois por cento), para cada fração ou decêndio de atraso no pagamento da indenização securitária, incidente sobre o total da indenização devida pela reclamada, devidamente corrigida.

Sobre o valor da multa incidirão juros e correção monetária desde a negativa de pagamento da cobertura de indenização securitária, sem a limitação do art. 412 do CC.

- Condenar a demandada ao pagamento das custas e despesas processuais e honorários advocatícios que fixo em 20% (vinte por cento) sobre o montante da condenação, corrigido, nos termos do art. 20, § 3º, do Código de Processo Civil, em virtude da complexidade da causa.

- Condenar o oposto Flavolírio Correa a arcar com as depesas processuais da Oposição e ao pagamento de honorários advocatícios em favor do procurador da oponente Daiana Geremias, que estabeleço em

R$ 2.000,00, em razão da complexidade da causa, nos termos do artigo 20, § 4º, do Código de Processo Civil.

Publique-se. Registre-se Intimem-se

Transitado em julgado, arquivem-se.

Itajaí, 26 de junho de 2015.

Marcia Krischke Matzenbacher
Juíza de Direito

DISCURSOS

DISCURSO PROFERIDO PELO DESEMBARGADOR RODRIGO TOLENTINO DE CARVALHO COLLAÇO, EM NOME DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA, PARA SAUDAR OS NOVOS JUÍZES SUBSTITUTOS EMPOSSADOS

"Inicialmente quero agradecer ao Presidente do nosso Egrégio Tribunal de Justiça, Desembargador Nelson Schaefer Martins, por ter me distinguido para falar em nome da Corte aos novos integrantes da magistratura catarinense. O dia é de festa, o dia é de realização de sonhos, o dia marca o início de uma carreira que deverá ser longa e, desejamos todos nós, determinada pela felicidade e pelo sucesso. Embora seja fácil captar, justificadamente, a alegria que paira no ar e o desejo de confraternização, algumas reflexões sobre o papel do Poder Judiciário como instituição, e do juiz em particular, podem ser úteis diante de tantos desafios que os nossos novos colegas passarão a enfrentar. Em primeiro plano recomendo a humildade diante da vitória alcançada. Nenhum dos senhores ou senhoras teria chegado à aprovação no concurso para Juiz do Estado de Santa Catarina se não houvesse aos seus lados pais, mães, irmãos, esposas, noivas, namoradas, filhos e amigos para lhes dar apoio, carinho e compreensão nos momentos difíceis da longa e árdua caminhada percorrida entre a primeira prova e a posse que hoje comemoramos. Sugiro, como expressão da gratidão pelo tanto que certamente receberam, que nós façamos uma pequena inversão. Os senhores serão merecidamente aplaudidos muitas vezes na noite de hoje. Contudo, como prova de reconhecimento, peço a todos os aprovados que saúdem com uma salva de palmas todos aqueles que contribuíram decisivamente para o sucesso obtido. Lembrem-se de que a humildade, a simplicidade e o reconhecimento são atributos que só engrandecem o caráter e fortalecem o exercício seguro da magistratura. No tocante ao Poder Judiciário, vivemos uma era de paradoxos. Sob um aspecto, poucas

vezes a justiça foi tão vivamente desejada e procurada pela população. Cidadãos em busca de remédios, leitos hospitalares, vagas em creches e escolas, em suma, em busca da ampliação de direitos do dia a dia acorrem aos milhares ao judiciário. Ao mesmo tempo em que isso nos valoriza, pois nos torna mais importantes para a vida do cidadão comum, a demora em atender a essas demandas é causa de profundo desgaste e desalento. As pessoas precisam do judiciário, mas não recebem em tempo oportuno o direito que almejam. Nesse terreno contraditório, a gerar perplexidades, é que se dará a atuação dos senhores. A experiência nos ensinou, passado tanto tempo no exercício da magistratura, que serão bons juízes e juízas aqueles que compreenderem que o papel do Judiciário é servir a sociedade. Serão bons magistrados aqueles que farão tudo o que estiver ao seu alcance para superar os entraves burocráticos e julgar com eficiência e celeridade as demandas sob sua responsabilidade. A justiça não existe e não foi criada para atender a nós, magistrados, e sim para atender as legítimas aspirações da sociedade brasileira. A justiça institucionalizada numa democracia foi a melhor solução que a humanidade encontrou para solucionar os conflitos sociais de maneira justa e imparcial, igualando os desiguais e desigualando os diferentes. Diante disso, é preciso que cada um dos senhores seja inflexivelmente honesto. Juízes não compactuam com ilegalidades, grandes ou pequenas, rejeitadas ou aceitas socialmente. Recusem os favores, as homenagens interessadas, as amizades de ocasião; preservem o elevado conceito da magistratura catarinense e resgatem a autoridade e a credibilidade da função pública, manchadas pela corrupção que parece varrer o país. Sejam absolutamente independentes. Ao julgarem sigam exclusivamente a própria consciência, a constituição e as leis. Julgar em desacordo com a ordem jurídica não é ato de justiça ou de demonstração de independência; ao contrário, é conduta arbitrária, temerária e que transforma, equivocadamente, juízes em justiceiros. Recordem-se sempre de que processos não são amontoados de papéis ou espaços ocupados em computadores que devem ser enfrentados com preocupações meramente estatísticas. Processos representam

pessoas, com suas aspirações, seus desejos de justiça. Respeitar as partes, enfrentando cada demanda com dedicação e esmero, significa, acima de tudo, honrar o propósito da nossa existência, que é servir ao cidadão. Tenho certeza de que cada um dos senhores aqui hoje empossado será um exemplo de honestidade, prudência, sabedoria, dedicação e independência. Estou convicto de que cada um dará sempre o melhor de si pela causa da justiça; e convencido de que, em breve, essa turma que hoje se empossa na relevante função de Juiz Substituto do Estado de Santa Catarina será motivo de orgulho para todos nós do judiciário e da sociedade catarinenses. Sejam todos muito felizes realizando os seus sonhos".

DISCURSO PROFERIDO PELA JUÍZA SUBSTITUTA MARILENE GRANEMANN DE MELLO, REPRESENTANDO OS JUÍZES SUBSTITUTOS EMPOSSADOS

"Transmito os meus sinceros cumprimentos ao Excelentíssimo Senhor Desembargador Nelson Schaefer Martins, Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, que preside este ato, e na sua pessoa estendo os cumprimentos aos demais membros da mesa. Senhores, a singularidade do momento exigia discurso de beletrista. Falta-me semelhante dom. Por isso, as minhas primeiras palavras são de agradecimento a esses treze grandes amigos, que me delegaram a especial missão de falar em seu nome. Peço a todos os presentes, o mesmo voto de confiança, e que acolham a minha fala com o coração. Nós, os quatorze novos juízes, vivemos um momento ímpar. É a concretização de um sonho e já não sabemos precisar quando ele começou a se desenhar em nossas vidas. Era destino? Providência divina? Quem sabe? Quantos de nós até passou por outras cadeiras acadêmicas, por outras profissões. Foi uma árdua trajetória, feita de tropeços e de infindáveis recomeços, nem por isso deixou de ser prazerosa, até o dia de hoje, em que passamos a integrar a representação daquele que é um dos mais prestigiados Tribunais de Justiça de nosso País. Nossos familiares, sem dúvida, viveram este sonho conosco e hoje também colhem os frutos da realização. Nossos pais: aqueles que nunca duvidam de nossa capacidade. Zelam por nós desde quando éramos pessoas miúdas, meninos e meninas. Acompanharam nossos primeiros passos na vida e hoje abençoam nossos primeiros passos como magistrados. Os nossos pares, aqueles que escolhemos com o coração para estarem ao nosso lado, companheiros, esposos, namorados, também nos deram equilíbrio. Estão presentes em nossas vidas porque lhes sobra sabedoria para somar, ainda quando vivem nossos sonhos e abrem mão dos seus próprios, direta ou indiretamente. Nossos irmãos e nossos amigos, sempre juntos, mesmo

quando distantes, seja com uma palavra de apoio ou com uma atuação silenciosa, também merecem o reconhecimento por participarem dessa luta. Esse momento igualmente se reveste de elevada importância para os Desembargadores e Juízes que se fazem aqui presentes, a quem devemos deferência pelo conhecimento e experiência. Não é difícil imaginar que nesta cerimônia revivem o ingresso no Poder Judiciário e tudo o que isso representa em suas vidas. E mais, que acreditam na competência e vocação de quatorze novos colegas de profissão, que doravante passam a fazer parte de uma única família: a família do Judiciário Catarinense. Já é tempo de destacar que durante a nossa permanência na Academia Judicial, pelo menos trinta e três magistrados, dentre Ministros, Desembargadores e Juízes, interagiram conosco. Esforçaram-se todos em nos repassar a sua experiência, em compartilhar conhecimento. E se bem aprendi a lição desses grandes mestres: juiz precisa ter sensibilidade e alteridade. É que a nossa sociedade, cônscia da imensa responsabilidade social e política do Juiz, alimenta a esperança de uma magistratura cada vez mais humanizada. Prezados, o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina completou 112 anos. Do primeiro juiz togado para as terras catarinenses, na pessoa de Francisco Lourenço de Almeida, até os dias atuais, essa estória de prestígio e sucesso é escrita graças ao comprometimento de muitos homens de vontade. Cada um desafiou as dificuldades do seu tempo para que o Direito e a Justiça pudessem se impor no meio social. Desconheceram o conforto da vida moderna. Decidiram por manuscritos. Deslocaram-se para lugares longínquos em época de transportes rudimentares. Muitos também os desafios da contemporaneidade a serem enfrentados. Vivemos num mundo turvado por aflição econômica e de certa desesperança. A produção legiferante é intensa, como se fosse a resposta para todos os males. Há uma pressão por resultados. A sociedade anseia por respostas mais céleres e efetivas. Há que se garantir o exercício democrático da jurisdição e de se adequar ao incremento de novas tecnologias. A judicialização em massa é cada vez mais uma constante. Mas mesmo a galopante transformação social

nunca antes experimentada como a que se apresentou a partir das últimas décadas, não retira a sabedoria da milenar lição de Sócrates, filósofo ateniense, para quem, três coisas devem ser feitas por um juiz: ouvir atentamente, considerar sobriamente e decidir imparcialmente. De fato, é imprescindível que nessa jornada não ignoremos esses mandamentos. É o mínimo que a sociedade como um todo espera da magistratura. Juízes dispostos a ouvir a todos e a dialogar com todos; que conquiste e não imponha a sua autoridade; que aja sempre com educação, discrição, cortesia, serenidade; que respeite a todos, pois isso jamais significa abdicar do cargo que está investido; que se comprometa com a democratização do acesso à Justiça; que preste contas da sua atividade; que julgue com a sua própria consciência mas sem deixar de ser compassivo e de entender o sofrimento alheio; que não ignore os poderes que detém e tampouco se arvore daqueles que não detém. Ouso pensar que ninguém se torna juiz através do concurso. O concurso seleciona e permite o ingresso democrático nos quadros da magistratura. Busca aferir o preparo ético-jurídico. Daí a responsabilidade imensurável da Comissão de Concurso. Mas ser juiz vai além, depende do comprometimento pós-aprovação, do aprimoramento intelectual, da formação continuada, da criatividade, da espiritualidade, da compreensão sobre as pessoas e sobre o impacto das decisões, e de não ter medo de decidir. Desejo, sinceramente, que por mais árdua que pareça a tarefa, que nunca nos falte a vocação. E vocação nada mais é do que fazer as coisas com amor. Está escrito no Livro dos Livros, 'ainda que eu fale a língua dos homens e dos anjos, se não tiver amor, serei como o sino que ressoa ou como o prato que retine'. Antonio, Ildo, Jaqueline, Valter, Guilherme, Eduardo, Renato, Luiz Octávio, Griselda, Sirlene, Douglas, Cristine e Emerson, depende, de cada um escolher que juiz quer ser. Acredito que nenhum de nós quer ser apenas o sino que ressoa. Então, qual será a nossa obra? Qual será o legado que pretendemos deixar para os filhos que teremos, e para nosso pequeno Lucas, que um dia irá entender a magnitude que esse momento representa para o seu pai Emerson? Desejo, sinceramente, que o acesso

ao cargo não nos incuta soberba. Que nossas atitudes sejam dignas dos dons que recebemos e da oportunidade que conquistamos. Que estejam à altura dos jurisdicionados e sempre votadas ao engrandecimento deste Egrégio Tribunal de Justiça do estado de Santa Catarina que hoje acolhe na sua história, com a esperança de que façam história, catarinenses, paranaense, gaúcha, mineiros e carioca. Muito obrigada".

DISCURSO PROFERIDO PELO DESEMBARGADOR JOSÉ ANTÔNIO TORRES MARQUES, PRIMEIRO VICE-PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA, EM CUMPRIMENTO AOS JUÍZES SUBSTITUTOS EMPOSSADOS

"Em 1991, ano em que era comemorado o centenário de criação deste sodalício, o então Presidente deste Tribunal de Justiça, Desembargador Ayres Gama Ferreira de Mello, que concebeu e colocou em atividade o Fundo de Reaparelhamento do Judiciário, já previa os caminhos que esta Corte deveria adotar, com uma sólida base física e de organicidade atual, leve e racional, despegada das amarras do atraso e subdesenvolvimento, liberto das peias e do exacerbado formalismo. Como dizia o estadista Lee Kuan Yen, visionário Primeiro Ministro de Singapura, 'permanecer como está é estagnar, e estagnar é ser superado, devemos buscar incessantemente um desempenho cada vez superior'. Hoje é dia de alegria e comemoração, tanto para nossos novos colegas, seus familiares e amigos, como para o nosso Tribunal, que recebe os seus ingressos com renovação em nossos quadros. Após criterioso processo seletivo, são deixadas no caminho as dificuldades enfrentadas, inaugurando-se novas responsabilidades, agora, no mister de distribuir justiça. O Presidente do Tribunal de Justiça de São Paulo, Desembargador José Renato Nalini, em recente manifestação, na posse de novos magistrados naquele Estado, deixou dito aos empossados que: 'Não tenham medo de julgar ou errar. A pior sentença é a que não vem. Os senhores precisam mostrar coragem de decidir'. Peixoto do Amaral, na obra Manual do Magistrado, assentou que dez são as virtudes do juiz vocacionado: honradez, independência, coragem, bondade, despretensão, amor ao estudo, amor ao trabalho, cultura, sociabilidade e brandura. É isso que o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, com os seus 123 anos de trabalho e justiça, deseja de cada um dos empossados. E nessa ocasião, não poderia deixar

de agradecer o empenho e a dedicação de todos que contribuíram efetivamente para que esse concurso fosse finalizado a bom termo e coroado de sucesso. De início, agradeço ao Presidente deste Tribunal, Desembargador Nelson Schaefer Martins, por ter implementado medidas administrativas para rápida ultimação do concurso. Da mesma forma, destaco os relevantes serviços prestados pelos eminentes integrantes das comissões, os Desembargadores Alexandre d'Ivanenko, Jorge Luiz de Borba, Monteiro Rocha, Raulino Jacó Brüning, Ronei Danielli, Sérgio Roberto Baasch Luz, Tulio José Moura Pinheiro e Sônia Maria Schmitz; o Juiz de Direito de Segundo Grau José Everaldo Silva; os Juízes de Direito Álvaro Luiz Pereira de Andrade, Carlos Roberto da Silva, Stephan Klaus Radloff e Adriana Lisbôa; e os advogados Flaviano Vetter Tauscheck, Leandro Gornicki Nunes, Márcio Luiz Fogaça Vicari e Orlando Celso da Silva Neto; que não pouparam esforços e dedicação para a exitosa conclusão do certame. Não posso deixar de apresentar meu especial agradecimento aos servidores, que trabalharam com afinco nas etapas do concurso, sem os quais hoje não poderíamos realizar esta solenidade especial. Também quero enaltecer o trabalho dos Desembargadores Pedro Manoel Abreu e Rodrigo Collaço à frente da Academia Judicial, por terem preparado os juízes hoje empossados durante o curso de formação, ministrando valiosos ensinamentos para minimizar as auguras da atividade judicante. Por fim, por deferência especial, registro o meu particular agradecimento ao Desembargador Sérgio Paladino, que foi quem iniciou o processo seletivo que hoje concluímos. Sua Excelência, com a serenidade que lhe é peculiar, assentou os dormentes sobre os quais o concurso se desenvolveu, permitindo que fosse finalizado a bom termo, com agilidade e eficiência. Tenha a certeza, Desembargador Paladino, que a sua retidão de conduta, a sua atuação independente, a sua sensibilidade para entender a essência do julgamento, servem de exemplo para os novos juízes que hoje temos a honra de admitir na Magistratura Catarinense. Que Deus ilumine a caminhada de cada um".

DISCURSO PROFERIDO PELO DESEMBARGADOR GASPAR RUBICK, EM NOME DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA, EM SAUDAÇÃO AO DESEMBARGADOR EMPOSSADO EDEMAR GRUBER

"Eminente Desembargador Edemar Gruber, homenageado nesta oportunidade, e a que recebemos com um caloroso abraço. Incumbido da missão de saudá-lo nesta solenidade e, não por acaso, penso eu, em que Vossa Excelência toma posse nesta Corte, e incumbido por solicitação de que foi portador nosso preclaro Presidente Nelson Schaefer, decidi, embora relutando a princípio, por não me sentir acostumado a esse affaire e por considerar que há eméritos colegas nesta Corte que muito melhormente poderiam se desincumbir dessa missão, mas decidi por aceitá-la, por reconhecer que realmente não seria tão difícil fazê-lo diante das suas reconhecidas qualidades que o habilitam indiscutivelmente a envergar a sagrada toga nesta oportunidade. Ao fazê-lo, ao saudá-lo, principio por rememorar, e que penso que é o que me leva ou me levou a aceitar principalmente para dizer essas palavras de saudação, como disse, por rememorar um passado talvez um pouco distante e até relativamente a uma comarca, uma cidade, talvez muitíssimo distante, mais precisamente porque se refere à época em que nos conhecemos. Corria o ano de 1972 quando, sendo eu Juiz Substituto da 18ª Circunscrição Judiciária, com sede em Araranguá, e fui promovido a Juiz de Direito da comarca de Maravilha, para onde, então, desloquei-me em seguida, com veículo próprio, – mais precisamente em outubro daquele ano – viajando por plagas de mim nunca dantes conhecidas, tanto neste, quando no vizinho estado do Rio Grande do Sul. Confesso que, em alguns momentos, relutei em prosseguir, devido talvez às estradas, preocupação com a missão que estava sendo a mim confiada, no oeste considerado como bravio e longínquo e senti até vontade de fazer meia volta e retornar para o litoral. Quis o destino, porém que eu não desistisse, afinal de contas eu

era um magistrado e tinha sido nomeado para aquela plaga distante. E resolvi prosseguir e ir ao encontro e aportar na cidade então considerada capital da criança, Maravilha, e após instalar-me com meus poucos pertences (limitados ao meu vestuário pessoal e livros, contava apenas com meus 27 anos, pouquinho mais do que Vossa Excelência Emérito Desembargador Edemar Gruber, a diferença que nos separa, parece de 5 ou 6 anos. Vestuário e livros e me instalei no hotel, pasmem Vossas Excelências com um nome muito chamativo, Climax, e parece que era o único da cidade, parece que tinha mais alguma pousada, se a memória não me trai, e dirigi-me, após instalar-me, ao Forum da cidade, situado, muito facilmente de lembrar, na Avenida Araucária, na parte superior de um prédio construído por um cidadão parece de origem russa, se a memória também não me trai, não recordo bem o nome, não sei se era Jasper, Iasper, ou parecido e que não foi difícil de encontrar o Forum, e lá apresentei-me e conheci a equipe de funcionários, liderada pelo Escrivão, Senhor Alcides Moraes, dentre os quais, funcionários, como seu auxiliar de cartório, não outro que não o nosso querido homenageado desta data, Edemar Gruber, o qual, em face da sua juventude e disposição, contrastadas com a maior calma, paciência e perfeccionismo do titular, que escrevia com letras góticas, se não me falha a memória também, e ele de idade um pouco mais avançada, então Sua Excelência Edemar Gruber é quem datilografava muito comumente os termos de audiência, os depoimentos testemunhais e as sentenças proferidas de plano. Sempre muito respeitoso Sua Excelência, não apenas com a autoridade, mas com todas as pessoas com quem tratava, era pessoa, portanto, de trato afável, legado certamente propiciado por seus modestos pais, lavradores do interior. Pautou-se sempre por uma conduta retilínea, ao tempo que lá estive, pelo pouco que ele lá esteve, quando lá aportei, revelando Sua Excelência ser portador de um elevado talento, uma excelente educação legada por seus pais e elevada formação moral, qualidades e atributos morais que certamente, como disse, vieram de berço. Esses pais que apesar de necessitarem do seu auxílio na lavoura, porque à família sempre

teria que contribuir mesmo quando pequeno, não descuraram do seu futuro e o encaminharam, ainda pequeno, para frequentar a Escola Estadual Nossa Senhora da Salete naquela cidade, estudos que Sua Excelência concluiu, primeiro grau, antes que eu lá aportasse, ou seja, em 1967 e aos quais, não parou por aí, deu prosseguimento mediante luta tenaz, matriculando-se em seguida na Escola Técnica do Comércio Rui Barbosa. Não descurou da sua formação, tinha uma meta a alcançar. E também naquela cidade, situava-se esta escola técnica, colando grau em 15/dez/1970, pelo que soube na oportunidade, também em momento anterior à função que começou a praticar no cartório de Maravilha, alguns anos antes de eu lá aportar, com o Juiz que lá me antecedeu, Carlos Prudêncio, antes, ainda, portanto, de ser admitido para o trabalho no forum da cidade, que ele concluiu esses estudos. Pouco, porém, foi o tempo, desde que lá cheguei, que ele lá também permaneceu, porque diante do falecimento do Escrivão de Mondaí, comarca vizinha, mas um pouco mais distante, o então Juiz que me reportei a pouco, Carlos Prudêncio, que com ele trabalhara em Maravilha e que já conhecia seus valores e competência, o convidou para assumir provisoriamente as funções cartoriais da mesma, ao que não opus obstáculo algum, em razão do que, em abril/1973, transferiu-se ele para aquela cidade de Mondaí. Seu destino com certeza, pelo que era perceptível, já estava traçado e ele, já acostumado aos desafios, os aceitou e fez nome. Sem descurar das suas obrigações cartoriais, matriculou-se, logo em seguida, na Faculdade de Direito de Cruz Alta (RS), onde colou grau em dezembro de 1978 e, encorajado, acompanhei à distância, decidiu mais tarde alçar vôo mais alto. Foi, então, que frequentou e em 1988 concluiu o Curso Preparatório para a Magistratura na ESMESC e já em 1989 logrou ser aprovado no Concurso para a magistratura deste Estado, tomando posse no mesmo ano aos 39 anos de idade e já tendo agora, em maio do ano passado, celebrado seu jubileu de prata como magistrado, porém já não mais judicando na comarca de Joaçaba, onde, não se há de olvidar, encerrou magistralmente, através de uma decisão, que se pode considerar

Salomônica, mas que considero muitíssimo acertada na situação e encerrou, como dito, a novela nacionalmente acompanhada sobre a disputa de um prêmio milionário da Mega Sena, mas sim já, como Juiz de 2º grau que passou a atuar, com atuação em Chapecó. Esses são fatos mais pitorescos que, afora seu currículo já apresentado anteriormente, poderia trazer para talvez descrever a pessoa, a personalidade, o conhecimento que angariou ao longo dos anos, o esforço, a formação moral que teve junto aos pais e, depois, certamente, na convivência com os servidores com quem trabalhou, seja em Maravilha, anteriormente, seja em Mondaí, posteriormente, em Joaçaba mais, onde ficou por vários anos. Muito, portanto, poderia se falar a respeito de Sua Excelência, fatos que eu não acompanhei posteriormente e tomei conhecimento através de noticiários. O tempo, porém, aqui hoje, é por demais exíguo e, como disse, penso ter destacado os fatos que o consagram como portador de uma personalidade e um passado que o revela um emérito magistrado deste Estado, digno de envergar a toga que recebeu nesta solenidade. Deixou seu nome registrado com louvor nas comarcas por onde passou, especialmente naquela que me reportei a pouco e na qual perlustrou longos anos, 17 anos, Joaçaba, tanto que homenageado por duas vezes pelo Legislativo daquele Município, em uma das quais, mais precisamente no ano de 2005, recebeu o título de cidadão honorário da mesma, honraria com que também foi agraciado pelo município de Herval do Oeste. Sacrifícios, persistência, trabalho e méritos, portanto, não faltaram ao nosso ilustre colega hoje empossado Desembargador. Nem tudo, porém e com certeza, foi um mar de rosas na sua caminhada. Mas soube enfrentar e com maestria superar as adversidades que se lhe apresentaram, às quais nunca se curvou. Foi severo quando as circunstâncias o exigiram, mas foi gentleman quando o recomendaram e, principalmente com seus colegas e seus servidores. Nunca, com razão, se deu por vencido. Na minha ótica, para mim, é um vencedor, digno, com toda certeza, da toga que hoje enverga, da qual pode se orgulhar e que, com toda certeza, manterá imaculada. Orgulhem-se, também, sua digna esposa Nilcéia

Maria e seus filhos Marcelo, Fernando, Thiago e Ticiana do exemplar esposo e pai que tem, como também orgulhe-se ele dos dignos e saudosos pais que o geraram e que hoje certamente o acompanham da eternidade, certamente gostariam de estar aqui presentes ou estão, espiritualmente, para abraça-lo, beijá-lo e agradecer aos seus, os quais permitiram, certamente com lutas e sacrifícios, que Vossa Excelência trilhasse o caminho que o trouxe até esta data memorável. Seja bem vindo, colega Edemar. Sinta-se realizado profissionalmente e seja muito, mas muito Feliz, e no que depender de nós auxiliaremos para esta felicidade, nesta Casa de Justiça. Obrigado."

DISCURSO DE POSSE DO JUIZ DE DIREITO EDEMAR GRUBER NO CARGO DE DESEMBARGADOR DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA

"Evidente a emoção que aflora e transborda neste momento. Alcançar o cargo de Desembargador, grau máximo do Judiciário Catarinense, ambição de todo Magistrado, é uma honra imensurável. Consabido que para chegar até aqui um longo caminho deve ser percorrido. No meu caso particular, esta jornada foi extremamente difícil, por circunstâncias várias, mas profundamente compensadora. Meu histórico pessoal e profissional é bastante conhecido, pois todo dedicado ao Poder Judiciário Catarinense. São mais de 46 anos de dedicação permanente e exclusiva, iniciado em 1968, na longínqua e simpática Comarca de Maravilha, quando passei a exercer a função de Auxiliar de Cartório Judicial, conforme mencionou o Desembargador Rubick. Faço um parêntesis, neste momento, inclusive cientificando o Desembargador Rubick, para homenagear o meu primeiro patrão, titular do Cartório à época, Sr. Alcides André de Moraes, pois soube a pouco do seu falecimento, sendo que nesse exato momento está sendo velado em Maravilha. A partir de 1973, passei à função de Escrivão Judicial, respectivamente das Comarcas de Mondaí, Piçarras e Florianópolis na 5ª Vara Cível da Capital, quando logrei aprovação no concurso para a Magistratura, tomando posse em maio de 1989, quando Presidente o saudoso Desembargador Nelson Konrad. Nesta caminhada, contei com o apoio e exemplo de dezenas de magistrados, que prefiro não nominar para não cometer injustiça por eventual omissão, mas que foram determinantes para atingir o meu objetivo inicial de ingresso na magistratura e ora concretizada como Desembargador. Por isso forçoso reconhecer que não foi só a minha determinação e dedicação que me levaram a atingir esta meta, pois também contei com o apoio de amigos e familiares. Recentemente, quando em visita ao Estado, proclamou o Senador Aécio Neves: "A

gratidão é a memória do coração". Nesta senda, a minha mensagem é de agradecimento a todos que me auxiliaram e tornaram possível me integrar a este egrégio Sodalício Estadual. Primeiramente o agradecimento a Deus, que sempre me proporcionou uma saúde invejável. Agradecimento a este Tribunal de Justiça que, democraticamente, me oportunizou, como proporciona a todos, a chance de ingressar na magistratura e crescer na carreira, que ora chega ao ponto culminante. Agradecimento à Escola Superior da Magistratura (ESMESC), por seus dedicados e eminentes Diretores e Professores que me ajudaram a construir a base para lograr aprovação no disputado concurso à magistratura catarinense. Freqüentei o Curso em 1988 com dedicação plena, sem registrar uma única falta. Tal dedicação e determinação, inclusive com aulas especiais em finais de semana, infelizmente, causou reflexos em face do afastamento dos meus filhos Marcelo e Fernando, então adolescentes, com 15 e 12 anos à época, e que residiam com a mãe em Itajaí, e, por certo sentiram a ausência involuntária, mesmo que temporária. Por isso um agradecimento especial à mãe do Marcelo e Fernando, dona Maria Lourdes Wegner que assumiu com desvelo a responsabilidade na educação e criação deles, à época. Agradecimento a Joaçaba, aqui hoje representada pelo Prefeito, Vice-Prefeito, Vereadores e amigos. Quando promovido em dezembro de 1993, a minha pretensão inicial era permanecer na Comarca de Joaçaba o tempo necessário para a continuidade da carreira em centros maiores. À época sequer imaginava que a maior parte da história da minha vida aconteceria nesta cidade. Joaçaba me acolheu de braços abertos e por seu povo tenho profundo respeito e admiração. A propósito, o hino de Joaçaba, de autoria do saudoso médico Miguel Russowsky passou a despertar minha admiração, valendo extrair o seguinte trecho: "O meu nome é Joaçaba/ Sou alegre e hospitaleira/Tenho amor que não se acaba/Desta terra brasileira?/A quem vir morar comigo/Dou carinho e dou abrigo." Com efeito, a vontade de alcançar outra Comarca foi logo desaparecendo. Da aquisição de imóvel à construção de moradia própria foi um passo. Joaçaba é a cidade que me deu a oportunidade de formar uma família, da

qual muito me orgulho e de crescer na minha atividade. Não é nenhum segredo que Joaçaba está entre as melhores cidades de Santa Catarina e do Brasil em qualidade de vida. Mas o que mais se destaca é a qualidade de seu povo, e, por isso a facilidade de adaptação. Em 2005, integrado à sociedade, pelo Decreto Legislativo nº 05/2005 a Câmara de Vereadores outorgou-me o título de cidadão joaçabense. Agradecimento especial aos meus colegas da Câmara Especial Regional de Chapecó, Juízes Luiz Cesar Schweitzer, Rubens Schultz e Julio Cesar de Mello, sob a presidência do desembargador Luiz Cesar Evangelista. Apesar de permanecer nessa Câmara por menos de um ano, tive um aprendizado relevante em termos de colegiado, companheirismo e trabalho nos julgamentos. Não poderia deixar de estender o ótimo resultado obtido na Câmara Especial Regional de Chapecó aos meus competentes assessores Diúly, Robson e Sérgio, sob a orientação da dedicada e exemplar Secretária Priscilla. Por essa competência e dedicação é que vieram integrar o Gabinete neste Tribunal. De meus falecidos pais recebi a orientação para a vida. A eles devo os alicerces morais. Deles herdei a importância do exemplo, o valor de uma família e a noção de que Ser é melhor do que Ter. De receber e tratar a todos com respeito e dignidade. Para meus filhos e netas quero ser exemplo, quero que tenham orgulho de mim. Não o orgulho de uma comemoração, mas o orgulho do cotidiano, da dedicação, do carinho e do procurar fazer as coisas bem feitas. De poder andar pelas ruas de cabeça erguida; de não ter receio de desagradar. De neutralizar e impedir abusos e atos arbitrários de qualquer origem e natureza. Respeitar e fazer respeitar as leis e a constituição. Os obstáculos durante a minha caminhada sempre foram removidos com o auxílio dos meus familiares e dos amigos que nunca me faltaram, bem como do apoio da minha instituição. Durante a minha judicatura também foi relevante a dedicação e trabalho diuturno dos abnegados servidores da Justiça Estadual e Eleitoral. Nomear a todos, seria impossível. Agradeço aos meus amigos que sempre estiveram comigo nos bons momentos e naqueles atribulados. Vocês são especiais. Agradeço, em especial à minha família e com ela desejo dividir esta

conquista. Num sentido mais direto e objetivo, agradeço meus filhos Marcelo, Fernando, Thiago e Ticiana. Minhas noras Cristina e Caroline e netas Bruna e Maria Fernanda. Obrigado por existirem, pelo que vocês são e pelo que vocês representam para mim. Devo a vocês minha alegria e vontade de lutar. Obrigado e desculpem-me. Desculpem-me, quando, por força de meus estudos e trabalho deixei de acompanhá-los em seus momentos importantes, nos quais não fui "pai" o suficiente. Sei que compreenderam sempre. E você, Nilcéia, minha esposa, presente em todas as horas; servidora efetiva e exemplar do Judiciário. Minha amada e companheira de sempre. Festejamos bodas de prata semana passada. A estrutura e a união de nossa família estão ligados à tua força, teu exemplo e dedicação. Teu sorriso cativante sempre esteve e está presente em todos os momentos. E, por fim, mais uma vez, agradeço a Deus. Sem a Sua ajuda nada seria possível. Sem a Sua benção não seríamos tão felizes. Sem a Sua bondade a Vida não continuaria seu curso. Vida presente em novas presenças e novos motivos pelos quais se deve continuar a lutar. Obrigado."

DISCURSO PROFERIDO PELO DESEMBARGADOR NELSON SCHAEFER MARTINS, PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA, EM CUMPRIMENTO AO DESEMBARGADOR EMPOSSADO EDEMAR GRUBER

O Excelentíssimo Senhor Desembargador Nelson Schaefer Martins, Presidente do Egrégio Tribunal de Justiça de Santa Catarina, cumprimentou as autoridades e os demais presentes e, em nome do Tribunal, fez o seguinte pronunciamento: "O ato que ora praticamos é a confirmação do espírito democrático que permeia e prevalece no Poder Judiciário de Santa Catarina. Edemar Gruber, um homem do povo, ascende ao mais alto cargo da Justiça Catarinense, vindo por seus próprios esforços, por sua própria tenacidade, por seu próprio trabalho e dedicação, um homem que conquistou e enfrentou dificuldades, mas teve as oportunidades que só um Estado livre e democrático propicia. Por isso, nessa Casa nós podemos afirmar que também prevalecem os melhores ideais e características da democracia Senhores e Senhoras, Edemar Gruber, este valoroso magistrado, que teve as suas qualidades destacadas pelo nosso estimadíssimo Desembargador Gaspar Rubick, talento, educação, expressão, a quem todos agradecemos pela homenagem que prestou ao novel Desembargador, e me permito ainda acrescentar Desembargador Rubick as qualidades e virtudes da sensibilidade, da humanidade, da humildade e da dedicação ao trabalho. Agradeço mais a participação de João Henrique Blasi que entregou a Ordem do Mérito Catarinense ao Edemar, porque Blasi representa também a média do povo de Santa Catarina, ele que participou dos três Poderes do nosso Estado em atividades relevantes e destacadas. Edemar Gruber seja muito bem vindo ao nosso meio, ao nosso colegiado, você chega aqui, prezado amigo e colega, como bem destacou no seu discurso, não apenas pelo seu esforço, pelo seu trabalho, mas também pelo apoio que recebeu de

Nilcéia, sua companheira de sempre da sua vida e dos seus filhos Marcelo, Fernando, Thiago e Ticiana e certamente inspirado pelas luzes e alegria de suas netas Bruna e Maria Fernanda. Gruber realizou meu caro Prefeito de Joaçaba e meu caro Prefeito de Herval do Oeste, toda a sua carreira no oeste e meio-oeste de Santa Catarina, região que orgulha não apenas o nosso Estado, mas todo o nosso País, porque ali no grande oeste do nosso Estado nós temos a maior produção de proteína do planeta. Nós temos os melhores índices de qualidade econômica e de vida, e Gruber soube interpretar o sentimento daquele povo e corresponder às suas expectativas, por isso, traga consigo Edemar Gruber a sua experiência de homem do oeste, para enriquecer os debates desta Corte. Você é muito bem vindo e todos nós o abraçamos, como bem destacou o nosso orador oficial, Desembargador Gaspar Rubick. Seja bem vindo, sejam todos os nossos visitantes e familiares felizes. Muito obrigado."

RELAÇÃO DAS COMARCAS
DO ESTADO DE SANTA CATARINA

Fórum da Comarca de Abelardo Luz
Av. Padre João Smedt, 1667 – 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 Luiz Gonzaga Westrupp, 85 – Centro
CEP: 88740-000 – Armazém
Telefone: (48) 3645-4200

Fórum da Comarca de Ascurra
Rua Benjamin Constant, 1097 – Centro
CEP: 89138-000 – Ascurra
Telefone: (47) 3383-3300

Fórum da Comarca de Balneário Camboriú
Av. das Flores, s/n – Bairro dos Estados
CEP: 88339-900 – Balneário Camboriú
Telefone: (47) 3261-1810

Fórum da Comarca de Balneário Piçarras
Rua Eulálio da Trindade, 26 – Centro
CEP: 88380-000 – Balneário Piçarras
Telefone: (47) 3347-4007

Fórum da Comarca de Barra Velha
Rua Vice-Prefeito José do Patrocínio de Oliveira, 1003 – 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 Zenaide Santos de Souza, 363 – Bairro da Velha
CEP: 89036-260 – Blumenau
Telefone: (47) 3321-9200

Fórum Universitário da Comarca de Blumenau
Praça Victor Konder, 01 – Centro
CEP: 89010-150 – Blumenau
Telefone: (47) 3321-7217

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
Praça Padre Roer, 118 – Centro
CEP: 88750-000 – Braço do Norte
Telefone: (48) 3658-9200

Fórum da Comarca de Brusque
Praça das Bandeiras, 55 – 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 São Paulo, 1271 – Areias
CEP: 88345-662 – 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, 865 – Centro
CEP: 89980-000 – Campo Erê
Telefone: (49) 3655-3500

Fórum da Comarca de Campos Novos
Praça Lauro Müller, 121 – Centro
CEP: 89620-000 – Campos Novos
Telefone: (49) 3541-6400

Fórum da Comarca de Canoinhas
Rua Vidal Ramos, 650 – Centro
CEP: 89460-000 – Canoinhas
Telefone: (47) 3621-5600

Fórum da Comarca de Capinzal
Rua Carmelo Zoccoli, 133 – Centro
CEP: 89665-000 – Capinzal
Telefone: (49) 3555-8000

Fórum da Comarca da Capital (Foro Central)
Av. Governador Gustavo Richard, 434 – Centro
CEP: 88010-290 – Florianópolis
Telefone: (48) 3287-6500

Fórum Bancário da Comarca da Capital
Rua Anita Garibaldi, 365, Ed. Artur Silveira – Centro
CEP: 88020-120 – Florianópolis
Telefone: (48) 3287-5700

Fórum Desembargador 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 – Balneário/Estreito
CEP: 88075-310 – Florianópolis
Telefone: (48) 3287-5100

Fórum Distrital do Norte da Ilha
Rua Desembargador Vitor Lima, 183 – UFSC
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

F**órum da Comarca de Catanduvas**
Rua Almirante Tamandaré, 2776 – 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 Travessa Silvio Roman, 45 – Nossa Senhora da Salete
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
Av. Vitória Régia, 254 – Pro-Flor
CEP: 88535-000 – Correia Pinto
Telefone: (49) 3243-6320

Fórum da Comarca de Criciúma
Av. Santos Dumont, s/n – Milanesi
CEP: 88804-500 – Criciúma
Telefone: (48) 3431-5201

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, 1226 – 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 João Sotter Correa, 300 – Amizade
CEP: 89270-000 – Guaramirim
Telefone: (47) 3373-9500

Fórum da Comarca de Herval d'Oeste
Rua Nereu Ramos, 388 – Centro
CEP: 89610-000 – Herval d'Oeste
Telefone: (49) 3551-4400

Fórum da Comarca de Ibirama
Rua Dr. Getúlio Vargas, 800 – Centro
CEP: 89140-000 – Ibirama
Telefone: (47) 3357-8000

Fórum da Comarca de Içara
Rua Salete Scotti dos Santos, 150 – Jardim Elizabete
CEP: 88820-000 – Içara
Telefone: (48) 3467-1100

Fórum da Comarca de Imaruí
Av. Governador Celso Ramos, 388 – 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
Rua 11, Q. 13-A, Praça dos Expedicionários, 500 – 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: 88302-901 – Itajaí
Telefone: (47) 3341-9300

Fórum da Comarca de Itapema
Rua 700, 270 – Várzea
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: 89221-902 – Joinville
Telefone: (47) 3461-8500

Fórum da Comarca de Lages
Rua Belisário Ramos, 3650 – Centro
CEP: 88502-905 – 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
Rua Pedro Raimundo, 15 – Centro
CEP: 88880-000 – Lauro Müller
Telefone: (48) 3464-8600

Fórum da Comarca de Lebon Régis
Rua Waldir 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, 1181 – 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 Waldemar Ernesto Glufke, 71 – 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 Balduíno Westphal, 444 – Poco Rico
CEP: 88540-000 – Otacílio Costa
Telefone: (49) 3275-8000

Fórum da Comarca de Palhoça
Rua Hilza Terezinha Pagani, 409 – Pagani
CEP: 88132-256 – Palhoça
Telefone: (48) 3287-5500

Fórum da Comarca de Palmitos
Rua Padre Manoel da Nóbrega, 67 – 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. Recife, 1700 – Santo Antônio
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
Rua Maurílio Manoel da Silva, 252 – Perequê
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 Curt 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, 34 – 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 – Rio Negro
CEP: 89287-355 – 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 Brasil, 285 – Centro
CEP: 89835-000 – São Domingos
Telefone: (49) 3443-6800

Fórum da Comarca de São Francisco do Sul
Rua Coronel Oliveira, 289 – Centro
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 Zanini, 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, 2070 – Centro
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, 10 – 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, 300 – Vila Nova
CEP: 89176-000 – Trombudo Central
Telefone: (47) 3544-8101

Fórum da Comarca de Tubarão
Rua Wenceslau Braz, 560 – Vila Moema
CEP: 88705-901 – Tubarão
Telefone: (48) 3621-1500

Fórum da Comarca de Turvo
Rua Raul Manfredi, 520 – Cidade Alta
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
Av. Manoel Roque, 268 – Alvorada
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

4.060 (STF) – Santa Catarina.....33
2013.075796-5 – Içara.....163
2014.040641-8 – Tribunal de Justiça de Santa Catarina.....135

AGRAVOS

2011.071556-9/0001.00 – Capital – Continente.....193
2013.084649-9 – Imaruí.....724
2014.018810-1 – Criciúma.....660
2014.036639-6 – Palmitos.....679
2014.047302-4 e 2014.054470-1 – Capital.....289
2014.078144-0 – Capital.....706
2014.085634-5 – Xanxerê.....692
2015.012687-4/0001.00 – Blumenau.....186
2015.013544-0 – Jaraguá do Sul.....445
2015.016664-1/0001.00 – Capital.....175

APELAÇÕES CÍVEIS

2007.005679-2 – Gaspar.....551
2010.023857-6 – Joinville.....501
2011.002488-4 – Maravilha.....215
2011.023003-0 – São Bento do Sul.....253
2011.027708-3 e 2011.027709-0 – Rio Negrinho.....487

2011.068929-5 – Capital.....605
2011.074454-6 – Lages.....265
2012.060613-9 – Capital.....328
2013.005588-5 – Blumenau.....376
2013.041815-9 – Chapecó.....204
2013.063643-4 – Blumenau.....355
2014.021351-4 – Biguaçu.....433
2014.028015-1 – São José.....475
2014.030915-2 – Tangará.....597
2014.036961-5 – Capital.....715
2014.042671-9 – Lages.....303
2014.048316-6 – Capital.....748
2014.071649-8 – Ituporanga.....371
2014.076679-2 – Biguaçu.....567
2014.077813-7 – Lages.....418
2014.079066-9 – Capital.....229
2014.079677-1 – Joaçaba.....518
2014.092901-9 – Rio Negrinho.....346
2014.094771-8 – Joinville.....338
2015.006528-4 e 2015.006529-1 – Taió.....538
2015.010222-1 – Capital.....634
2015.014617-5 – Lages.....312

2015.021131-7 – Laguna.....387
2015.032484-1 – Joinville.....623

APELAÇÕES CRIMINAIS

2013.084103-5 – Caçador.....844
2014.000843-2 – Lages.....982
2014.005665-3 – Presidente Getúlio.....907
2014.017727-0 – Capital.....880
2014.036588-2 – Blumenau.....996
2014.066327-6 – Xanxerê.....963
2014.069283-7 – São Francisco do Sul.....930
2014.072518-1 – Itapiranga.....786
2014.076393-0 – Araranguá.....797
2015.018830-0 – Abelardo Luz.....948

ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE EM PROCESSO CRIME

2013.062321-7/0001.00 – Santa Cecília.....148

EMBARGOS INFRINGENTES

2013.048335-2 – Itajaí.....222
2014.010907-1 – Navegantes.....461
2014.086110-2 – Joinville.....767
2015.013501-7 – São José.....778

EXTRADIÇÃO

1.349 (STF) – Distrito Federal.....25

HABEAS CORPUS

123.311 (STF) – Paraná.....59

MANDADO DE SEGURANÇA

2008.049336-4 – Tribunal de Justiça.....652

2014.080041-0 – Capital.....640

2014.088736-4 – São José do Cedro.....827

RECURSO CRIMINAL

2015.021972-2 – Balneário Camboriú.....867

RECURSO EM HABEAS CORPUS

49.545 (STJ) – Santa Catarina.....81

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA

44.323 (STJ) – Santa Catarina.....71

RECURSO ESPECIAL

1.502.878 (STJ) – Santa Catarina.....94

RECURSO INOMINADO

2014.900018-3 – Itapema.....117

REVISÃO CRIMINAL

2014.079797-9 – Capital.....760

SENTENÇAS

0000774-81.2014.8.24.0006 – Barra Velha.....1035
0001867-72.2012.8.24.0031 – Indaial.....1113
0008514-05.2011.8.24.0036 – Jaraguá do Sul.....1007
0020885-73.2012.8.24.0033 – Itajaí.....1138
0303728-21.2014.8.24.0008 – Blumenau.....1031
0500520-38.2012.8.24.0033 – Itajaí.....1053
0501132-55.2011.8.24.0018 – Chapecó.....1088
0600246-87.2014.8.24.0041 – Mafra.....1075

SUSPENSÃO DE LIMINAR

2015.000328-4 – Itajaí.....111

ÍNDICE POR ASSUNTO

ABRIGAMENTO DE CRIANÇA – BURLA AO CADASTRO DE ADOÇÃO – CUIDA.....445

ABUSO DE AUTORIDADE.....1053 e 1057

ACIDENTE DE TRÂNSITO – ABORTO – INDENIZAÇÃO – DPVAT.....204 e 210

ADOÇÃO.....233

AGRAVANTE GENÉRICA E CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DE PENA – OFENSA AO PRINCÍPIO *NON BIS IN IDEM*.....803

AGRAVO – CÓPIA DA DECISÃO DISPONIBILIZADA NA INTERNET – VALIDADE.....193 e 197

ALIMENTOS.....289, 293, 298, 312, 315, 321 e 1075

ALONGAMENTO DA DÍVIDA.....597

AMEAÇA.....797 e 1121

ANTECEDENTES CRIMINAIS – SENTENÇAS TRANSITADAS EM JULGADO HÁ MAIS DE CINCO ANOS.....845 e 861

ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE – NASCENTES E CURSOS D'ÁGUA.....661 e 668

ARRENDAMENTO MERCANTIL.....623, 1088 e 1096

ATIPICIDADE – ABSOLVIÇÃO.....844 e 854

ATOS REGISTRAIS – CONTRATO DE PROMESSA DE PERMUTA DE TERRENO URBANO.....117 e 124

AUDIÊNCIA DE OITIVA DE TESTEMINHA – AUSÊNCIA DO RÉU.....81 e 84

AUDIÊNCIA PRELIMINAR – TRANSAÇÃO PENAL.....1120

BOA-FÉ.....198

BIS IN IDEM.....764

BUSCA E APREENSÃO – BEM FINANCIADO.....186, 188 e 189

CARACTERIZAÇÃO DA MORA.....1093

CARÊNCIA DE AÇÃO.....1093

CÉDULA DE CRÉDITO BANCÁRIO.....186 e 188

CERCEAMENTO DE DEFESA.....272, 303, 311, 433 e 443

CAUTELAR – *FUMUS BONI IURIS* E *PERICULUM IN MORA*.....526 e 527

CÓDIGO CIVIL

Art. 2º.....207 e 210

Art. 11.....406

Art. 43.....751

Art. 166.....439

Art. 171.....439

Art. 185.....439

Art. 186.....338, 396 e 543

Art. 187.....397 e 399

Art. 188.....397

Art. 221.....126

Art. 396.....601

Art. 421.....429

Art. 441.....491

Art. 445.....487 e 492

Art. 542.....207 e 209

Art. 744.....510
Art. 792.....212
Art. 927.....397
Art. 934.....401
Art. 944.....756
Art. 951.....376 e 378
Art. 1.052.....270
Art. 1.228.....253 e 257
Art. 1.604.....440
Art. 1.609.....439
Art. 1.635.....294
Art. 1.635, III.....316
Art. 1.694.....1076
Art. 1.694, § 1º..... 312 e 327
Art. 1.695.....1077
Art. 1.696.....316
Art. 1.701.....293
Art. 1.723.....319
Art. 1.725.....336
Art. 1.779.....207 e 209
Art. 1.798.....207 e 209

CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Art. 2º.....340
Art. 3º.....340

Art. 3º, § 2º.....1130
Art. 4º, II, "b".....613
Art. 6º, VIII.....613
Art. 14.....358
Art. 14, § 4º.....355 e 359
Art. 18.....340
Art. 65.....1129
Art. 66, *caput*.....1010
Art. 82, IV.....612

CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Art. 20, § 3º.....204
Art. 102.....479
Art. 114.....480
Art. 128.....287
Art. 138.....353
Art. 183, § 1º e § 2º.....193
Art. 231, I.....371 e 374
Art. 244.....237
Art. 249, § 1º.....237
Art. 265, IV, "a".....479
Art. 267, I.....1031
Art. 282, II.....371 e 374
Art. 284.....1031
Art. 285-B.....1031

Art. 289.....277
Art. 295.....1031
Art. 320, I.....358
Art. 333.....514
Art. 333, I.....338 e 342
Art. 458.....266
Art. 460.....266, 287 e 508
Art. 461, § 1º.....286
Art. 473.....628
Art. 481.....656
Art. 523.....506
Art. 615-A, § 3º.....568
Art. 1.048.....574

CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

Art. 155, *caput*.....1026
Art. 159, § 1º.....963
Art. 209.....867 e 870
Art. 251.....92
Art. 386, VII.....778
Art. 472, parágrafo único.....59 e 66
Art. 563.....81
Art. 571, VIII.....930
Art. 621.....762

CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO (LEI FEDERAL N. 9.503/1997)

Art. 277.....969

Art. 306, § 1º, II, e § 2º.....969

Art. 310.....786 e 792

CÓDIGO PENAL

Art. 7º, "b".....29

Art. 14, II.....870

Art. 61, II, "e", "f" e "h".....797 e 805

Art. 64, I.....862

Art. 121, § 2º, II e IV.....870

Art. 121, § 2º, III e IV.....996

Art. 121, § 3º e § 4º.....907

Art. 147.....797 e 1121

Art. 217-A.....797 e 949

Art. 226, II.....797 e 805

Art. 273, § 1º-B, I.....844 e 850

Art. 319.....899

Art. 330.....1127

Art. 331.....786 e 789

CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL

Art. 78.....718

COISA JULGADA – AFRONTA.....762

COMPETÊNCIA

Concorrente.....44

Justiça comum – Resolução de contrato de representação comercial.....551 e 557

Legislativa – Educação.....33 e 47

Suspensão de liminar.....177

CONCORRÊNCIA DESLEAL.....461 e 471

CONCURSO PÚBLICO

Critérios de correção e pontuação das questões – interferência do Poder Judiciário.....706 e 708

Direito subjetivo à nomeação.....640 e 642

CONDENAÇÃO CRIMINAL INDEVIDA.....755

CONDIÇÕES DA AÇÃO.....371 e 373

CONEXÃO E CONTINÊNCIA – RELATIVIZAÇÃO.....479 e 482

CONSTITUIÇÃO EM MORA – VIA ORIGINAL DO TÍTULO DE CRÉDITO.....186

CONSTITUIÇÃO ESTADUAL

Art. 4º.....163 e 168

Art. 164, § 1º.....163 e 168

CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Art. 1º, V.....33

Art. 5º, VI.....168

Art. 5º, IX.....394

Art. 5º, X.....395

Art. 5º, XXXVI.....155 e 762
Art. 5º, XXXVIII, "c".....931
Art. 5º, LI.....25 e 29
Art. 5º, LXIX.....830
Art. 7º, X.....635
Art. 12, "c".....25 e 29
Art. 19, I.....166
Art. 24, IX e § 3º.....36 e 43
Art. 37, § 4º.....695
Art. 37, § 6º.....751 e 1056
Art. 93, IX.....123
Art. 97.....655
Art. 114.....556
Art. 170, IV.....471
Art. 205.....423
Art. 206.....423
Art. 208.....423
Art. 209.....423
Art. 210.....168
Art. 220.....394
Art. 225.....148, 152, 158 e 159
Art. 225, § 1º, III.....673
Art. 225, § 3º.....158

Art. 226, § 3º.....328 e 330

Art. 229.....293

Art. 231.....948

Art. 236, § 3º.....71 e 76

CONSTRUÇÃO DE COMPLEXO PENITENCIÁRIO – LICENÇA AMBIENTAL E ESTUDO PRÉVIO DE INTERESSE ARQUEOLÓGICO.....724

CONTRATO COMUTATIVO.....491

CONVERSÃO DE UNIÃO ESTÁVEL EM CASAMENTO – RELACIONAMENTO HOMOAFETIVO.....328 e 330

CORREÇÃO MONETÁRIA – INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS.....220

CRIME AMBIENTAL – SUSPENSÃO/ EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE – TERMO DE COMPROMISSO.....148

CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA.....767

CULPABILIDADE.....800

CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA.....1068

CUMULAÇÃO DE PEDIDOS.....277 e 279

DANOS MORAIS

Configuração.....538 e 547

Não configuração.....355, 356 e 1106

Proibição de votar – Configuração.....748

Proporcionalidade e razoabilidade.....639

Redução da verba indenizatória.....218

DANOS MORAIS E MATERIAIS – NÃO CONFIGURAÇÃO.....376, 388 e 1067

DECADÊNCIA

Direito de representação.....1116

Fluência do prazo.....487

DECISÃO DOS JURADOS MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS.....930

DECRETO-LEI N. 911/1969

Art. 3º, § 15.....627

DESACATO.....786 e 789

DESCONTOS SOBRE VERBA SALARIAL.....636

DESOBEDIÊNCIA.....1124

DEVER DE SUSTENTO E OBRIGAÇÃO ALIMENTAR.....1077

DIREITO À EDUCAÇÃO E À INCLUSÃO – PESSOA COM DEFICIÊNCIA.....418

DIREITO AO ESQUECIMENTO.....388 e 406

DISCURSOS

Discurso proferido pelo Desembargador Rodrigo Tolentino de Carvalho Collaço, em nome do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, para saudar os novos juízes substitutos empossados.....1153

Discurso proferido pela Juíza Substituta Marilene Granemann de Mello, representando os juízes substitutos empossados.....1156

Discurso proferido pelo Desembargador José Antônio Torres Marques, Primeiro Vice-Presidente do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, em cumprimento aos juízes substitutos empossados.....1160

Discurso proferido pelo Desembargador Gaspar Rubick, em nome do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, em saudação ao Desembargador empossado Edemar Gruber.....1162

Discurso de posse do Juiz de Direito Edemar Gruber no cargo de Desembargador do Tribunal de Justiça de Santa Catarina.....1167

Discurso proferido pelo Desembargador Nelson Schaefer Martins, Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, em cumprimento ao Desembargador empossado Edemar Gruber.....1171

DUPLO PROCESSAMENTO CRIMINAL.....760

EDITAL DE CONCURSO PÚBLICO – CARTÓRIOS.....71

EMBRIAGUEZ AO VOLANTE.....963

EMENDA A INICIAL.....1031

ENDOSSO-MANDATO.....538 e 542

ENSINO RELIGIOSO EM ESCOLAS PÚBLICAS.....163

ENUNCIADO DAS JORNADAS DE DIREITO CIVIL N. 531.....406

ESTADO ETÍLICO – COMPROVAÇÃO.....967

ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE (LEI FEDERAL N. 8.069/1990)

Art. 3º.....424

Art. 4º.....424

Art. 6º.....451

Art. 8º.....207 e 209

ESTUPRO DE VULNERÁVEL.....797 e 948

ERRO MÉDICO.....355 e 360

EXCESSO DE LINGUAGEM – PRONÚNCIA.....59 e 66

EXECUÇÃO DE SERVIÇO DE ALTO GRAU DE PERICULOSIDADE, CONTRARIANDO DETERMINAÇÃO DE AUTORIDADE COMPETENTE.....1129

EXONERAÇÃO DE ALIMENTOS.....1075

EXTRADIÇÃO – BRASILEIRO NATO.....25

EXTRATERRITORIALIDADE DA LEI PENAL.....29

FEDERALISMO.....38

FILIAÇÃO.....241

FINANCIAMENTO AGRÍCOLA.....597

FRAUDE À EXECUÇÃO – REGISTRO DA PENHORA OU PROVA DA MÁ-FE.....568, 581 e 587

FRETE – TRANSPORTE MARÍTIMO – AÇÃO DE COBRANÇA.....501

GUARDA PROVISÓRIA – PREVALÊNCIA DO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA.....445 e 456

HOMICÍDIO CULPOSO CIRCUNSTANCIADO.....907 e 921

HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO.....996

HOMICÍDIO QUALIFICADO TENTADO.....867 e 873

HOMICÍDIO QUALIFICADO POR MOTIVO FÚTIL E RECURSO QUE IMPOSSIBILITOU A DEFESA DA VÍTIMA.....930

HORAS EXTRAS – POLICIAIS CIVIS.....175 e 177

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

Procurador municipal – Cargo em comissão.....135

Sucumbência.....204

Sucumbência recíproca.....263

ILEGITIMIDADE PASSIVA – INSTITUIÇÃO FINANCEIRA.....538 e 544

IMISSÃO NA POSSE – EMBARAÇOS – PAGAMENTO DE ALUGUÉIS.....679

IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO – VÍTIMA – NASCITURO.....206

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.....94

INCOMPETÊNCIA RELATIVA.....480

INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI.....655

INDISPONIBILIDADE DE BENS – IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.....692 e 694

IN DUBIO PRO REO.....778, 783, 881 e 903

INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA.....767

INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO.....880 e 888

INTERNAÇÃO – SEMI-IMPUTÁVEL – AUSÊNCIA DE VAGA.....827 e 840

INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO.....135

INTIMAÇÃO – OITIVA DE TESTEMUNHAS DO JUÍZO.....867

INVASÃO DE DOMICÍLIO.....1117

INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE – VERDADE REAL.....433 e 441

JÚRI – INCOMUNICABILIDADE DOS JURADOS.....930 e 934

LEGÍTIMA DEFESA.....1067

LEGITIMIDADE

Administradores e sócios.....270

Associação.....605 e 612

Estado.....839

LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL N. 156/1997 (REGIMENTO DE CUSTAS E EMOLUMENTOS DO ESTADO DE SANTA CATARINA).....121 e 132

LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL N. 170/1998

Art. 82, VII, "a", "b" e "c".....35 e 46

LEI COMPLEMENTAR FEDERAL N. 101/2002 (LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL)

Art. 19, § 1º, IV.....183

LEI ESTADUAL N. 12.870/2004 (POLÍTICA ESTADUAL PARA PROMOÇÃO E INTEGRAÇÃO SOCIAL DA PESSOA PORTADORA DE NECESSIDADES ESPECIAIS)

Art. 23.....426

LEI ESTADUAL N. 15.122/2010.....1130

LEI FEDERAL N. 4.591/64 (LEI DE INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA)

Art. 32.....126

LEI FEDERAL N. 4.717/1965 (LEI DA AÇÃO POPULAR)

Art. 21.....616

LEI FEDERAL N. 4.886/1965

Art. 1º.....557

Art. 27, "j".....564
Art. 34.....562

LEI FEDERAL N. 5.474/1968 (LEI DAS DUPLICATAS)

Art. 8º.....492

LEI FEDERAL N. 6.001/1973 (ESTATUTO DO ÍNDIO)

Art. 4º, III.....952
Art. 56.....961

LEI FEDERAL N. 6.015/1973 (REGISTROS PÚBLICOS)

Art. 167.....126
Art. 198.....121
Art. 202.....120
Art. 237-A, *caput* e §1º.....129 e 130

LEI FEDERAL N. 6.194/1974

Art. 3º, *caput*.....210 e 212
Art. 3º, III.....1008

LEI FEDERAL N. 6.815/1980 (ESTATUTO DO ESTRANGEIRO)

Art. 77, I.....25 e 29

LEI FEDERAL N. 7.347/1985 (LEI DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA)

Art. 5º, V.....611
Art. 12.....112

LEI FEDERAL N. 7.853/1989 (LEI DE APOIO ÀS PESSOAS PORTADORAS DE DEFICIÊNCIA E SUA INTEGRAÇÃO SOCIAL)

Art. 2º, parágrafo único.....425

LEI FEDERAL N. 8.137/2003

Art. 2º, II.....769

LEI FEDERAL N. 8.212/1991

Art. 27, parágrafo único.....1009

LEI FEDERAL N. 8.429/1992 (LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA).....95, 101 e 102

Art. 7º.....696

LEI FEDERAL N. 8.560/1992

Art. 1º.....438

LEI FEDERAL N. 8.666/1993

Art. 25, III.....889

Art. 65, II, "c".....899

Art. 89, *caput*.....888

LEI FEDERAL N. 9.099/1995

Art. 61.....1120

LEI FEDERAL N. 9.279/1996

Art. 209, *caput*.....471

LEI FEDERAL N. 9.394/1996 (LEI DE DIRETRIZES E BASES DA EDUCAÇÃO NACIONAL)

Art. 25.....35 e 45

Art. 33.....171

Art. 58.....424

Art. 59.....424

LEI FEDERAL N. 9.455/1997

Art. 1º, II, § 4º, II.....1036

LEI FEDERAL N. 10.216/2001.....840

LEI FEDERAL N. 10.741/2003 (ESTATUTO DO IDOSO)

Art. 97, parágrafo único.....987

Art. 99, § 2º.....988

LEI FEDERAL N. 10.931/2004

Art. 28.....188

Art. 29, § 1º.....186 e 188

LEI FEDERAL N. 11.343/2006 (TRÁFICO DE DROGAS)

Art. 33, *caput*.....844 e 860

Art. 40, V.....845, 860 e 864

Art. 57.....82 e 92

LEI FEDERAL N. 11.419/2006 (LEI DO PROCESSO ELETRÔNICO).....194 e 198

LEI FEDERAL N. 11.647/2000

Art. 1º.....656

LEI FEDERAL N. 12.651/2012

Art. 3º, VIII, IX e X.....673

Art. 7º.....673

Art. 8º.....673

Art. 59.....153

Art. 60.....152 e 157

LEI FEDERAL N. 12.764/2012 (LEI DA POLÍTICA NACIONAL DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS DA PESSOA COM TRANSTORNO DO ESPECTRO AUTISTA)

Art. 1º, § 2º.....426

Art. 3º.....426

LEI MUNICIPAL N. 2.965/2011 – IÇARA.....163 e 165

LEI MUNICIPAL N. 2.144/2014 – SÃO LOURENÇO DO OESTE.....137 e 139

LESÃO À ECONOMIA PÚBLICA – CONFIGURAÇÃO.....175

LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DE OPINIÃO – PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.....387, 396 e 399

LIBERDADE RELIGIOSA – LAICIDADE DO ESTADO.....163, 166 e 171

LICENÇA AMBIENTAL.....660 e 673

LIMITE DE ALUNOS POR SALA DE AULA.....33

LIMITE PRUDENCIAL – LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL.....182

LOTEAMENTO.....660

MÁ-FÉ.....589

MAGISTÉRIO ESTADUAL – LICENÇA-MATERNIDADE – MANUTENÇÃO DE BENEFÍCIOS.....652

MANDADO DE SEGURANÇA – ESFERA CRIMINAL.....827

MEIO AMBIENTE – PRINCÍPIOS DA PREVENÇÃO E DA PRECAUÇÃO.....674

MORTE DE RECÉM-NASCIDO – NEGLIGÊNCIA MÉDICA.....907

MULTA.....1146

NULIDADE – DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO.....91

NULIDADE DA SENTENÇA – AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO.....123

OMISSÃO DE SOCORRO E MAUS-TRATOS A IDOSO COM RESULTADO MORTE.....982

ÔNUS SUCUMBENCIAIS.....594

PALAVRA DA VÍTIMA.....778 e 782

PATERNIDADE – CASAL HOMOAFETIVO.....229 e 248

PENA – CAUSA DE AUMENTO E QUALIFICADORA – *BIS IN IDEM*.....982 e 994

PERMITIR A DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR A PESSOA NÃO HABILITADA.....786 e 792

PODER DE POLÍCIA – DEPARTAMENTO DE SAÚDE MUNICIPAL.....715

PODER DE POLÍCIA ADMINISTRATIVA.....1118

PRECLUSÃO.....628

PRESCRIÇÃO

Ciência inequívoca da situação geradora da ação.....265

Marco inicial – Contagem do prazo – Seguro.....222 e 224

PREVARICAÇÃO.....880 e 898

PRINCÍPIO DA CORRELAÇÃO.....266, 281, 287 e 885

PRINCÍPIO DA SOBERANIA DOS VEREDICTOS.....937

PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE.....982

PRINCÍPIO DA UNICIDADE DO PODER ESTATAL.....475 e 481

PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO DO RETROCESSO AMBIENTAL.....148

PRINCÍPIO FEDERATIVO.....33

PROJETO DE LEI – INICIATIVA DO PODER EXECUTIVO – ALTERAÇÃO POR EMENDA PARLAMENTAR.....135 e 143

PROTESTO INDEVIDO DE TÍTULOS DE CRÉDITO.....538

PROVIMENTO TJSC N. 5/2010.....81 e 88

PURGAÇÃO DA MORA.....623 e 627

RECORRER EM LIBERDADE.....822

REGISTRO DE UNIDADES AUTÔNOMAS CONCOMITANTE AO REGISTRO DE INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA – MÚLTIPLOS ATOS – UNICIDADE DE COBRANÇA.....130

REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA – REMOÇÃO E REASSENTAMENTO DE FAMÍLIAS.....111

REINTEGRAÇÃO DE POSSE.....623 e 628

REIVINDICATÓRIA.....253 e 257

RELACIONAMENTO HOMOAFETIVO – CASAMENTO – VIABILIDADE JURÍDICA.....328

REPRODUÇÃO ASSISTIDA HETERÓLOGA.....229 e 239

RESCISÃO CONTRATUAL.....551

RESOLUÇÃO-CNJ N. 175/2013.....328 e 336

RESOLUÇÃO-CNJ N. 80/2009

Art. 8º, "a".....75

RESOLUÇÃO DA DIRETORIA COLEGIADA/RDC N. 204/2006 – ANVISA

Art. 5º.....717

RESOLUÇÃO N. 432/2013 – CONSELHO NACIONAL DE TRÂNSITO/CONTRAN

Art. 5º, II.....967

RESOLUÇÃO DE CONTRATO – PARCERIA RURAL.....265 e 272

RESPONSABILIDADE CIVIL.....396

Objetiva.....751 e 1056

Objetiva e subjetiva.....358 e 359

Solidária – Embarcador e destinatário.....502

Subjetiva – Médico.....376 e 378

RÉUS INCERTOS E INDETERMINADOS.....375

RÉUS INDÍGENAS – EXCLUSÃO DO DOLO.....951

REVISÃO DE CONTRATO E BUSCA E APREENSÃO – CONEXÃO.....478

SANÇÃO EM RECURSO EXCLUSIVO DA PARTE SUCUMBENTE – *REFORMATIO IN PEJUS* INEXISTENTE.....133

SEGURO DE VIDA – INVALIDEZ PERMANENTE.....222

SEGURO HABITACIONAL – VÍCIOS DE CONSTRUÇÃO.....1138

SEGURO OBRIGATÓRIO DE DANOS PESSOAIS CAUSADOS POR VEÍCULOS AUTOMOTORES DE VIA TERRESTRE – DPVAT.....1007

SENTENÇA *CITRA PETITA* E *EXTRA PETITA* – NULIDADE.....265

SERVENTIA EXTRAJUDICIAL *SUB JUDICE*.....71

SOCIEDADE EMPRESÁRIA – AFASTAMENTO DO SÓCIO-ADMINISTRADOR – CONFUSÃO PATRIMONIAL.....518

SUBSÍDIO – DELEGADOS DE POLÍCIA E POLICIAIS CIVIS – SISTEMA UNITÁRIO DE REMUNERAÇÃO.....180

SUJEITO PASSIVO – HOMICÍDIO – NASCITURO.....909

SÚMULA – STF

N. 155.....930

SÚMULAS – STJ

N. 101.....224

N. 195.....583

N. 221.....401

N. 229.....225

N. 278.....224

N. 293.....1097

N. 297.....601

N. 298.....600

N. 362.....215 e 220

N. 375.....583

N. 381.....1102

SÚMULA – TJSC

N. 16.....1147

SÚMULA VINCULANTE

N. 10.....655

SUSCITAÇÃO DE DÚVIDA.....117 e 120

SUSPEIÇÃO – PERITO.....353

SUSPENSÃO DE LIMINAR – LESÃO À ECONOMIA PÚBLICA NÃO COMPROVADA.....115

TARIFA DE LIQUIDAÇÃO ANTECIPADA.....618

TATUAGEM – PRESTAÇÃO DE SERVIÇO.....1118

TEORIA CONCEPCIONISTA.....204, 208 e 209

TEORIA DA APARÊNCIA – CITAÇÃO.....551 e 560

TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO.....1056

TEORIA FINALISTA – CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – INAPLICABILIDADE.....303

TESTAMENTO – REVOGAÇÃO – DOAÇÃO DE IMÓVEL.....346

TEMPESTIVIDADE – EMBARGOS DE TERCEIROS....567 e 573

TERMO DE COMPROMISSO – REGULARIZAÇÃO DE IMÓVEL – ÓRGÃO AMBIENTAL.....148

TESTEMUNHA PROTEGIDA.....81

TORTURA.....1036 e 1046

TRÁFICO DE DROGAS ENTRE ESTADOS DA FEDERAÇÃO.....844

TRATADO DE EXTRADIÇÃO.....25 e 30

VALOR RESIDUAL GARANTIDO (VRG) – *LEASING*.....1097

VÍCIO OCULTO.....492 e 493

VIDA EXTRAUTERINA.....911

VÍNCULO SOCIOAFETIVO.....433

VIOLÊNCIA DOMÉSTICA.....778

VOTO – IMPEDIMENTO – CERTIDÃO POSITIVA DE ANTECEDENTES – FALHA DO AGENTE ESTATAL.....748

ÍNDICE ONOMÁSTICO

Altamiro de Oliveira.....605
Antonio do Rêgo Monteiro Rocha.....303
Artur Jenichen Filho.....253
Carlos Adilson Silva.....660
Carlos Alberto Civinski.....786
Carlos Roberto da Silva.....1074
Cesar Augusto Mimoso Ruiz Abreu.....135
Cinthia Beatriz da Silva Bittencourt Schaefer.....996
Cíntia Gonçalves Costi.....1034
Cláudio Barreto Dutra.....634
Denise Volpato.....433
Domingos Paludo.....229
Edemar Gruber.....652 e 1167
Eduardo Mattos Gallo Júnior.....445
Fernando Carioni.....156
Fernando Orestes Rigoni.....1087
Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto.....692
Getúlio Corrêa.....772 e 827
Gilberto Gomes de Oliveira.....328
Henry Goy Petry Júnior.....387
Herman Benjamin.....94
Humberto Martins.....71
Iolmar Alves Baltazar.....1052
Jaime Ramos.....748
Jairo Fernandes Gonçalves.....222
Janice Goulart Garcia Ubialli.....475
Jânio de Souza Machado.....148
João Henrique Blasi.....679
Joel Dias Figueira Júnior.....371
Jorge Henrique Schaefer Martins.....963
Jorge Luis Costa Beber.....355

Jorge Mussi.....81
José Antônio Torres Marques.....111, 117, 175 e 1160
José Carlos Carstens Köhler.....567
José Gaspar Rubick.....1162
José Inácio Schaefer.....597
José Trindade dos Santos.....312
Júlio César Machado Ferreira de Mello.....204
Leila Mara da Silva.....1137
Leopoldo Augusto Brüggemann.....880 e 907
Luiz Fernando Boller.....501 e 518
Luiz Fux.....33 e 59
Luiz Zanelato.....186
Marcus Tulio Sartorato.....338
Márcia Krischke Matzenbacher.....1149
Maria do Rocio Luz Santa Ritta.....346
Marilene Granemann de Mello.....1156
Marisete Aparecida Turatto Pagnussatt.....1112
Marli Mosimann Vargas.....797
Moacyr de Moraes Lima Filho.....767, 925 e 948
Nelson Juliano Schaefer Martins.....1171
Newton Varella Júnior.....982
Paulo Roberto Sartorato.....760
Pedro Manoel Abreu.....715
Rafael Maas dos Anjos.....1030
Raulino Jacó Brüning.....289
Ricardo José Roesler.....724
Roberto Lucas Pacheco.....778
Robson Luz Varella.....487
Rodrigo Tolentino de Carvalho Collaço.....1153
Rodolfo Cezar Ribeiro da Silva Tridapalli.....193
Ronaldo Moritz Martins da Silva.....538

Ronei Danielli.....418
Rosa Weber.....25
Rubens Schulz.....215
Rui Francisco Barreiros Fortes.....930
Sebastião César Evangelista.....265
Sérgio Antônio Rizelo.....844
Sérgio Izidoro Heil.....376
Sérgio Roberto Baasch Luz.....163
Soraya Nunes Lins.....623
Tulio José Moura Pinheiro.....461 e 551
Vanderlei Romer.....640 e 706
Volnei Celso Tomazini.....867

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA

Comissão Permanente de Jurisprudência

Seleção e definição de conteúdo

1ª Vice-Presidência

Gerenciamento, formatação de conteúdo e formulação de índices

Diretoria de Documentação e Informações

Revisão gramatical

Diretoria de Infraestrutura – Divisão de Artes Gráficas

Projeto gráfico, editoração eletrônica, impressão e acabamento

SANTA CATARINA TRIBUNAL DE JUSTICA:83845701000159

Assinado de forma digital por SANTA CATARINA TRIBUNAL DE JUSTICA:83845701000159
Dados: 2024.07.05 12:40:12 -03'00'