

JURISPRUDÊNCIA CATARINENSE



PODER JUDICIÁRIO
de Santa Catarina

131

ISSN 1981-402X

**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 – 2º semestre de 2015 – N. 131 – Florianópolis – SC – 2016

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 expandido 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. Alexandre d'Ivanenko – 1º Vice-Presidente

Comissão Permanente de Jurisprudência (Portaria n. 339/2016-GP)

Des. Alexandre d'Ivanenko – Presidente

Juiz de Direito de Segundo Grau Gerson Cherem II

Juiz de Direito Marcelo Pons Meirelles

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
43	SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA
107	TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA
109	Primeira Vice-Presidência
115	Conselho da Magistratura
122	Órgão Especial
173	Câmara Civil Especial
197	Câmara Especial Regional de Chapecó
229	Grupo de Câmaras de Direito Civil
242	Primeira Câmara de Direito Civil
265	Segunda Câmara de Direito Civil
294	Terceira Câmara de Direito Civil
304	Quarta Câmara de Direito Civil
331	Quinta Câmara de Direito Civil
368	Sexta Câmara de Direito Civil
438	Grupo de Câmaras de Direito Comercial
456	Primeira Câmara de Direito Comercial
478	Segunda Câmara de Direito Comercial
533	Terceira Câmara de Direito Comercial
550	Quarta Câmara de Direito Comercial

- 580 Quinta Câmara de Direito Comercial
- 600 Grupo de Câmaras de Direito Público
- 635 Primeira Câmara de Direito Público
- 671 Segunda Câmara de Direito Público
- 707 Terceira Câmara de Direito Público
- 734 Quarta Câmara de Direito Público
- 806 Seção Criminal
- 850 Primeira Câmara Criminal
- 872 Segunda Câmara Criminal
- 884 Terceira Câmara Criminal
- 924 Quarta Câmara Criminal
- 950 Primeiro Grau

1045 DISCURSOS

1081 RELAÇÃO DAS COMARCAS DO ESTADO DE SANTA CATARINA

1103 ÍNDICE NUMÉRICO

1111 ÍNDICE POR ASSUNTO

1123 ÍNDICE ONOMÁSTICO

COMPOSIÇÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

COMPOSIÇÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(Fevereiro 2016)

Presidente

Desembargador José Antônio TORRES MARQUES

Primeiro Vice-Presidente

Desembargador ALEXANDRE D'IVANENKO

Segundo Vice-Presidente

Desembargador SÉRGIO IZIDORO HEIL

Terceiro Vice-Presidente

Desembargador JAIME RAMOS

Corregedor-Geral da Justiça

Desembargador RICARDO Orofino da Luz FONTES

Vice-Corregedor-Geral da Justiça

Desembargador SALIM SCHEAD DOS SANTOS

DESEMBARGADORES

Desembargador PEDRO MANOEL ABREU
Desembargador CLÁUDIO BARRETO DUTRA
Desembargador NEWTON TRISOTTO
Desembargador LUIZ CÉZAR MEDEIROS
Desembargador ELÁDIO TORRET ROCHA
Desembargador NELSON Juliano SCHAEFER MARTINS
Desembargador SÉRGIO Roberto BAASCH LUZ
Desembargador Antônio do Rêgo MONTEIRO ROCHA
Desembargador FERNANDO CARIONI
Desembargador José Antônio TORRES MARQUES
Desembargador RUI Francisco Barreiros FORTES
Desembargador MARCUS TULLIO 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 Júnior
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 JÚNIOR
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 TÚLIO 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
Desembargador STANLEY DA SILVA BRAGA
Desembargador ALTAMIRO DE OLIVEIRA
Desembargador SAUL STEIL

JUÍZES DE DIREITO DE SEGUNDO GRAU

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 GILBERTO GOMES DE OLIVEIRA
Juiz de Direito de Segundo Grau RODOLFO Cezar Ribeiro da Silva TRIDAPALLI
Juiz de Direito de Segundo Grau ODSON CARDOSO FILHO
Juiz de Direito de Segundo Grau JOSÉ EVERALDO SILVA
Juiz de Direito de Segundo Grau VOLNEI CELSO TOMAZINI
Juiz de Direito de Segundo Grau LEOPOLDO AUGUSTO BRÜGGEMANN

Juiz de Direito de Segundo Grau JÚLIO CÉSAR KNOLL
Juíza de Direito de Segundo Grau JANICE GOULART GARCIA UBIALLI
Juíza de Direito de Segundo Grau CLÁUDIA LAMBERT DE FARIA
Juiz de Direito de Segundo Grau FRANCISCO JOSÉ RODRIGUES DE OLIVEIRA NETO
Juíza de Direito de Segundo Grau CINTHIA BEATRIZ DA SILVA BITTENCOURT SCHAEFER
Juiz de Direito de Segundo Grau JORGE LUIS COSTA BEBER
Juiz de Direito de Segundo Grau GUILHERME NUNES BORN
Juiz de Direito de Segundo Grau EDUARDO MATTOS GALLO JÚNIOR
Juiz de Direito de Segundo Grau LUIZ ZANELATO
Juiz de Direito de Segundo Grau DINART FRANCISCO MACHADO
Juiz de Direito de Segundo Grau GERSON CHEREM II
Juíza de Direito de Segundo Grau ROSANE PORTELLA WOLFF
Juíza de Direito de Segundo Grau DENISE DE SOUZA LUIZ FRANCOSKI
Juiz de Direito de Segundo Grau ARTUR JENICHEN FILHO
Juiz de Direito de Segundo Grau PAULO RICARDO BRUSCHI
Juiz de Direito de Segundo Grau LUIZ CÉSAR SCHWEITZER
Juiz de Direito de Segundo Grau RUBENS SCHULZ
Juiz de Direito de Segundo Grau JÚLIO CÉSAR MACHADO FERREIRA DE MELO
Juiz de Direito de Segundo Grau LUIZ ANTÔNIO ZANINI FORNEROLLI
Juiz de Direito de Segundo Grau HILDEMAR MENEGUZZI DE CARVALHO
Juiz de Direito de Segundo Grau LUIZ FELIPE SIEGERT SCHUCH

ÓRGÃOS JULGADORES

TRIBUNAL PLENO

Desembargador José Antônio TORRES MARQUES – Presidente
Desembargador PEDRO MANOEL ABREU
Desembargador CLÁUDIO BARRETO DUTRA
Desembargador NEWTON TRISOTTO
Desembargador LUIZ CÉZAR MEDEIROS
Desembargador ELÁDIO TORRET ROCHA
Desembargador NELSON Juliano SCHAEFER MARTINS
Desembargador SÉRGIO Roberto BAASCH LUZ
Desembargador ANTONIO DO RÊGO MONTEIRO ROCHA
Desembargador FERNANDO CARIONI
Desembargador RUI Francisco Barreiros FORTES

Desembargador MARCUS TULLIO 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 Júnior
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 INACIO SCHAEFER
Desembargador JOÃO BATISTA GÓES ULYSSÉA
Desembargador RONEI DANIELLI
Desembargador LUIZ FERNANDO BOLLER
Desembargador PAULO ROBERTO SARTORATO
Desembargador TULLIO 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
Desembargador STANLEY DA SILVA BRAGA
Desembargador ALTAMIRO DE OLIVEIRA
Desembargador SAUL STEIL

ÓRGÃO ESPECIAL

Desembargador José Antônio TORRES MARQUES – Presidente
Desembargador PEDRO MANOEL ABREU
Desembargador CLÁUDIO BARRETO DUTRA
Desembargador NEWTON TRISOTTO
Desembargador LUIZ CÉZAR MEDEIROS
Desembargador ELÁDIO TORRET ROCHA
Desembargador NELSON Juliano SCHAEFER MARTINS
Desembargador SÉRGIO Roberto BAASCH LUZ
Desembargador Antonio do Rêgo MONTEIRO ROCHA
Desembargador FERNANDO CARIONI
Desembargador RUI Francisco Barreiros FORTES
Desembargador MARCUS TULLIO SARTORATO
Desembargador CESAR Augusto Mimoso Ruiz ABREU
Desembargador RICARDO Orofino da Luz FONTES
Desembargador SALIM SCHEAD DOS SANTOS
Desembargadora MARIA DO ROCIO LUZ SANTA RITTA
Desembargador CID José GOULART Júnior
Desembargador ALEXANDRE D'IVANENKO
Desembargador LÉDIO ROSA DE ANDRADE
Desembargador JORGE Henrique SCHAEFER MARTINS
Desembargador SÉRGIO IZIDORO HEIL

Desembargador JÂNIO de Souza MACHADO
Desembargador RAULINO JACÓ BRÜNING
Desembargador RONEI DANIELLI
Desembargador RODRIGO Tolentino de Carvalho COLLAÇO

CÂMARA ESPECIAL REGIONAL DE CHAPECÓ – CERC

Desembargador JOÃO BATISTA GOÉS ULYSSÉA – Presidente
Juiz de Direito de Segundo Grau RUBENS SCHULZ
Juiz de Direito de Segundo Grau LUIZ ANTÔNIO ZANINI FORNEROLLI
Juíza de Direito de Segundo Grau HILDEMAR MENEGUZZI DE CARVALHO
Juiz de Direito de Segundo Grau LUIZ FELIPE SIEGERT SCHUCH

CÂMARA CIVIL ESPECIAL

Desembargador JAIME RAMOS – 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
Juiz de Direito de Segundo Grau EDUARDO MATTOS GALLO JÚNIOR (Cooperador)
Juiz de Direito de Segundo Grau JÚLIO CÉSAR MACHADO FERREIRA DE MELO (Cooperador)

GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO CIVIL

Desembargador ELÁDIO TORRET ROCHA – Presidente
Desembargador NEWTON TRISOTTO
Desembargador LUIZ CÉZAR MEDEIROS
Desembargador Antonio do Rêgo MONTEIRO ROCHA
Desembargador FERNANDO CARIONI
Desembargador MARCUS TULLIO SARTORATO
Desembargadora MARIA DO ROCIO LUZ SANTA RITTA
Desembargador JOEL Dias FIGUEIRA JÚNIOR
Desembargador HENRY Goy PETRY JÚNIOR
Desembargador RAULINO JACÓ BRÜNING (substituindo Juiz GERSON CHEREM II)
Desembargador JAIRO FERNANDES GONÇALVES
Desembargador JOÃO BATISTA GÓES ULYSSÉA
Desembargadora DENISE VOLPATO
Desembargador SEBASTIÃO CÉSAR EVANGELISTA

Desembargador DOMINGOS PALUDO (substituindo Juiz GILBERTO GOMES DE OLIVEIRA)

Desembargador STANLEY DA SILVA BRAGA (substituindo Juiz JÚLIO CÉSAR MACHADO FERREIRA DE MELO)

Desembargador SAUL STEIL

Juiz de Direito de Segundo Grau RUBENS SCHULZ (substituindo Desa. SÔNIA MARIA SCHMITZ)

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

Desembargador SAUL STEIL – Presidente e.e.

Desembargador RAULINO JACÓ BRÜNING (substituindo Juiz GERSON CHEREM II)

Desembargador DOMINGOS PALUDO (substituindo Juiz GILBERTO GOMES DE OLIVEIRA)

Juiz de Direito de Segundo Grau GERSON CHEREM II (Cooperador)

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

Desembargador NEWTON TRISOTTO – Presidente

Desembargador JOÃO BATISTA GÓES ULYSSÉA

Desembargador SEBASTIÃO CÉSAR EVANGELISTA

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

TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

Desembargador FERNANDO CARIONI – Presidente

Desembargador MARCUS TULLIO SARTORATO

Desembargadora MARIA DO ROCIO LUZ SANTA RITTA

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

QUARTA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

Desembargador ELÁDIO TORRET ROCHA – Presidente

Desembargador JOEL Dias FIGUEIRA JUNIOR

Desembargador STANLEY DA SILVA BRAGA (substituindo Juiz JÚLIO CÉSAR MACHADO FERREIRA DE MELO)

Juiz de Direito de Segundo Grau JÚLIO CÉSAR MACHADO FERREIRA DE MELO (Cooperador)

QUINTA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

Desembargador LUIZ CÉZAR MEDEIROS – Presidente

Desembargador HENRY Goy PETRY JUNIOR
Desembargador JAIRO FERNANDES GONÇALVES
Juíza de Direito de Segundo Grau ROSANE PORTELLA WOLFF (Cooperadora)

SEXTA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

Desembargador Antonio do Rêgo MONTEIRO ROCHA – Presidente
Desembargadora DENISE VOLPATO
Juiz de Direito de Segundo Grau RUBENS SCHULZ (substituindo Desa. SÔNIA MARIA SCHMITZ) (Cooperador)

GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO COMERCIAL

Desembargador CLÁUDIO BARRETO DUTRA – Presidente
Desembargador LÉDIO ROSA DE ANDRADE
Desembargador José Carlos CARSTENS KÖHLER (substituindo Juiz JOSÉ EVERALDO SILVA)
Desembargadora REJANE ANDERSEN
Desembargador CLÁUDIO VALDYR HELFENSTEIN (substituindo Juíza CINTHIA BEATRIZ DA SILVA BITTENCOURT SCHAEFER)
Desembargador RODRIGO Antônio da CUNHA (substituindo Juíza DENISE DE SOUZA LUIZ FRANCOSKI)
Desembargador JÂNIO de Souza MACHADO
Desembargadora SORAYA NUNES LINS
Desembargador JOSÉ INACIO SCHAEFER
Desembargador TÚLIO José Moura PINHEIRO
Desembargador RONALDO MORITZ MARTINS DA SILVA
Desembargador ROBSON LUZ VARELLA
Desembargador Rogério MARIANO DO NASCIMENTO
Desembargador ALTAMIRO DE OLIVEIRA (substituindo Juiz DINART FRANCISCO MACHADO)
Juíza de Direito de Segundo Grau JANICE GOULART GARCIA UBIALLI (substituindo Des. SALIM SCHEAD DOS SANTOS, Vice-Corregedor)

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

Desembargador Rogério MARIANO DO NASCIMENTO – Presidente
Desembargador CLÁUDIO VALDYR HELFENSTEIN (substituindo Juíza CINTHIA BEATRIZ DA SILVA BITTENCOURT SCHAEFER)

Juíza de Direito de Segundo Grau JANICE GOULART GARCIA UBIALLI (substituindo Des. SALIM SCHEAD DOS SANTOS, Vice-Corregedor)

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

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

Desembargadora REJANE ANDERSEN – Presidente

Desembargador ROBSON LUZ VARELLA

Desembargador ALTAMIRO DE OLIVEIRA (substituindo Juiz DINART FRANCISCO MACHADO)

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

TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

Desembargador RODRIGO Antônio da CUNHA – Presidente

Desembargador TÚLIO José Moura PINHEIRO

Desembargador RONALDO MORITZ MARTINS DA SILVA

Juíza de Direito de Segundo Grau DENISE DE SOUZA LUIZ FRANCOSKI (Cooperadora)

QUARTA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

Desembargador LÉDIO ROSA DE ANDRADE – Presidente

Desembargador José Calos CARSTENS KOHLER (substituindo Juiz JOSÉ EVERALDO SILVA)

Desembargador JOSÉ INÁCIO SCHAEFER

Juiz de Direito de Segundo Grau JOSÉ EVERALDO SILVA (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 NELSON Juliano SCHAEFER MARTINS

Desembargador SÉRGIO Roberto BAASCH LUZ

Desembargador CÉSAR Augusto Mimoso Ruiz ABREU

Desembargador CID José GOULART Júnior
Desembargador JOÃO HENRIQUE BLASI
Desembargador JORGE LUIZ DE BORBA
Desembargador RONEI DANIELLI
Desembargador LUIZ FERNANDO BOLLER
Desembargador RICARDO José ROESLER (substituindo Juiz PAULO RICARDO BRUSCHI)
Desembargador CARLOS ADILSON SILVA (substituindo Juiz PAULO HENRIQUE MORITZ MARTINS DA SILVA)
Desembargador EDEMAR GRUBER

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

Desembargador JORGE LUIZ DE BORBA – Presidente
Desembargador CARLOS ADILSON SILVA (substituindo Juiz PAULO HENRIQUE MORITZ MARTINS DA SILVA)
Desembargador LUIZ FERNANDO BOLLER
Juiz de Direito de Segundo Grau PAULO HENRIQUE MORITZ MARTINS DA SILVA (Cooperador)

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

Desembargador JOÃO HENRIQUE BLASI – Presidente
Desembargador SÉRGIO Roberto BAASCH LUZ
Desembargador CID José GOULART Júnior
Juiz de Direito de Segundo Grau FRANCISCO JOSÉ RODRIGUES DE OLIVEIRA NETO (Cooperador)

TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

Desembargador PEDRO MANOEL ABREU – Presidente
Desembargador CÉSAR Augusto Mimoso Ruiz ABREU
Desembargador RONEI DANIELLI
Juiz de Direito de Segundo Grau JÚLIO CÉSAR KNOLL (Cooperador)

QUARTA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

Desembargador NELSON Juliano SCHAEFER MARTINS – Presidente
Desembargador RICARDO José ROESLER (substituindo Juiz PAULO RICARDO BRUSCHI)
Desembargador EDEMAR GRUBER

Juiz de Direito de Segundo Grau PAULO RICARDO BRUSCHI (Cooperador)

SEÇÃO CRIMINAL

Desembargador RUI Francisco Barreiros FORTES – Presidente

Desembargador MOACYR DE MORAES LIMA FILHO

Desembargador JORGE Henrique SCHAEFER MARTINS

Desembargadora MARLI MOSIMANN VARGAS

Desembargador ROBERTO LUCAS PACHECO

Desembargador PAULO ROBERTO SARTORATO

Desembargador RODRIGO Tolentino de Carvalho COLLAÇO

Desembargador SÉRGIO Antônio RIZELO

Desembargador GETÚLIO CORRÊA

Desembargador ERNANI GUETTEN DE ALMEIDA

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

Juiz de Direito de Segundo Grau LUIZ CÉSAR SCHWEITZER (substituindo Des. CARLOS ALBERTO CIVINSKI)

PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL

Desembargadora MARLI MOSIMANN VARGAS – Presidente

Desembargador PAULO ROBERTO SARTORATO

Juiz de Direito de Segundo Grau LUIZ CÉSAR SCHWEITZER (substituindo Des. CARLOS ALBERTO CIVINSKI) (Cooperador)

Juiz de Direito de Segundo Grau CÉSAR MACHADO FERREIRA DE MELO (Cooperador)

SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL

Desembargador SÉRGIO Antônio RIZELO – Presidente e.e.

Desembargador GETÚLIO CORRÊA

Juiz de Direito de Segundo Grau VOLNEI CELSO TOMAZINI (substituindo Desa. SALETE SILVA SOMMARIVA) (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 José Antônio TORRES MARQUES – Presidente

Desembargador ALEXANDRE d'IVANENKO – 1º Vice-Presidente

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

Desembargador SÉRGIO IZIDORO HEIL – 2º Vice-Presidente

Desembargador JAIME RAMOS – 3º Vice-Presidente

Desembargador SALIM SCHEAD DOS SANTOS – Vice-Corregedor-Geral da Justiça

Desembargador SÉRGIO Roberto BAASCH LUZ

Desembargador MARCUS TULLIO SARTORATO

Desembargador RONALDO MORITZ MARTINS DA SILVA

Desembargador RICARDO José ROESLER

Desembargador SÉRGIO Antônio RIZELO

Desembargador ERNANI GUETTEN DE ALMEIDA

COORDENADORIA DE MAGISTRADOS

Juiz CARLOS ROBERTO DA SILVA

SECRETARIA-GERAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Secretário Juiz JEFFERSON ZANINI

JUÍZES-CORREGEDORES

Juiz Corregedor CYD CARLOS DA SILVEIRA

Juíza Corregedora MARIA PAULA KERN

Juíza Corregedora SIMONE BOING GUIMARÃES

Juiz Corregedor LUIZ HENRIQUE BONATELLI

Juíza Corregedora LÍLIAN TELLES DE SÁ VIEIRA

JUÍZES AUXILIARES DA PRESIDÊNCIA

Juiz Auxiliar LUÍS FELIPE CANEVER

Juiz Auxiliar ALEXANDRE MORAIS DA ROSA

JUIZ AUXILIAR DA PRIMEIRA VICE-PRESIDÊNCIA

Juiz Auxiliar MARCELO PONS MEIRELLES

CHEFE DE GABINETE DA PRESIDÊNCIA

MICHELE HORTZ

DIRETORIA-GERAL ADMINISTRATIVA

CLEVERSON OLIVEIRA

DIRETORIA-GERAL JUDICIÁRIA

RICARDO ALBINO FRANÇA

SUPREMO TRIBUNAL

FEDERAL

Habeas Corpus 129.446, do Mato Grosso do Sul

Relator: Min. Teori Zavascki

Pacte.(s): Marcelo Gaúna Falcão

Impte.(s): Defensoria Pública da União

Proc.(a/s)(es): Defensor Público-Geral Federal

Coator(a/s)(es): Superior Tribunal de Justiça

EMENTA

EMENTA: PENAL. HABEAS CORPUS. LESÃO CORPORAL PRATICADO EM AMBIENTE DOMÉSTICO (ART. 129, § 9º, DO CP). SUBSTITUIÇÃO DA REPRIMENDA CORPORAL. IMPOSSIBILIDADE. INVIABILIDADE DE MITIGAÇÃO DO ART. 44 DO CP.

1. A execução do crime mediante o emprego de violência é circunstância impeditiva da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito, nos termos do art. 44, I, do CP.
2. Interpretação que pretenda equipar os crimes praticados com violência doméstica contra a mulher aos delitos submetidos ao regramento previsto na Lei dos Juizados Especiais, a fim de permitir a conversão da pena, não encontra amparo no art. 41 da Lei 11.340/2006.
3. Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, sob a Presidência do Senhor Ministro CELSO DE MELLO, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade, em indeferir o pedido de *habeas corpus*, nos termos do voto do Relator. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Dias Toffoli.

Brasília, 20 de outubro de 2015.

Ministro Teori Zavascki
Relator

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI (RELATOR):

Trata-se de habeas corpus, com pedido de liminar, impetrado contra acórdão da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça proferido no REsp 1.529.606/MS, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura. Consta dos autos, em síntese, que (a) o paciente foi condenado à pena de 3 meses de detenção, em regime aberto, pelo crime de lesão corporal praticado em ambiente doméstico (art. 129, § 9º, do CP), com a concessão de sursis pelo prazo de 2 anos; (b) inconformado, apelou para o Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, que, por maioria, negou provimento ao recurso; (c) buscando a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por sanção restritiva de direitos, interpôs, com base no voto vencido, embargos infringentes, que foram acolhidos pelo Tribunal de origem; (d) contra essa decisão, o Ministério Público estadual interpôs recurso especial, que foi provido pela Ministra Relatora do STJ para afastar a substituição da reprimenda corporal; (e) a defesa interpôs, então, agravo regimental, improvido, em acórdão assim ementado:

“(…)

1. A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça tem se firmado no sentido de que a prática de delito ou contravenção cometido com violência ou grave ameaça no ambiente doméstico impossibilita a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Precedentes.
2. Agravo regimental a que se nega provimento”.

Neste habeas corpus, a impetrante sustenta, em suma, que, em crimes de menor potencial ofensivo, tal como no caso, é possível a substituição da sanção privativa de liberdade por restritiva de direitos, desde que a pena alternativa não se resuma ao pagamento de cestas básicas, de prestação pecuniária ou de multa, isoladamente, como expressamente proíbe o art. 17 da Lei 11.340/2006. Requer, liminarmente, a suspensão dos efeitos da decisão impugnada, com o restabelecimento do acórdão de

segundo grau concessivo da substituição. No mérito, pede a confirmação da liminar pleiteada.

O pedido de liminar foi indeferido.

Em parecer, a Procuradoria-Geral da República manifestou-se pela denegação da ordem.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI (RELATOR):

1. A substituição da pena privativa de liberdade imposta por sanções restritivas de direitos encontra-se condicionada ao preenchimento dos requisitos objetivos e subjetivos elencados no art. 44 do Código Penal, cuja redação, no que importa, é a seguinte:

“Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando: (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)

I – aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo;(Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)”

Portanto, a execução do crime mediante o emprego de violência é circunstância impeditiva do benefício. É verdade que, com advento da Lei 9.099/1995, acentuada parcela da doutrina passou a sustentar que a vedação abstrata prevista no art. 44, ao menos em relação aos crimes de menor potencial ofensivo, implicaria violação ao princípio da proporcionalidade. Em linhas gerais, defende-se que não haveria razão para impedir a conversão da reprimenda a autores de delitos (p. ex., lesão corporal leve, art. 129, *caput*, CP) que poderiam, em tese, ser agraciados com a transação penal ou suspensão condicional do processo.

2. Todavia, essa linha argumentativa não tem espaço em relação ao crime de lesão corporal praticado em ambiente familiar. Primeiro, porque a pena máxima prevista para esse delito é de três anos, o que impede a transação penal (delito que não se encaixa na definição de menor potencial ofensivo, art. 61, Lei 9.099/1995). Segundo, e principalmente, por força do comando proibitivo previsto no art. 41 da Lei Maria da Penha:

“Art. 41. Aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995”.

É dizer, o principal fundamento – aplicação da Lei 9.099/95 – daqueles que militam pelo abrandamento do art. 44 do Código Penal deixa de existir quando o cenário é de crime de lesão corporal no seio familiar. Registre-se, a propósito, que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento conjunto da ADC 19 e da ADI 4.424, decidiu que o art. 41 da Lei 11.340/2006 não contraria, sob nenhum aspecto, a Constituição da República.

Nesse contexto, perde sustento a alegação de que o art. 17 da Lei 11.340/06 autorizaria a substituição da pena corporal por sanções restritivas de direitos quando o crime é cometido com violência. Ora, não parece crível imaginar que a Lei Maria da Penha, que veio justamente tutelar com maior rigor a integridade física das mulheres, teria autorizado a substituição da pena corporal, mitigando a regra geral do art. 44, I, do Código Penal, que a proíbe.

3. No caso, o paciente foi condenado por lesão corporal praticado contra mulher em ambiente doméstico e familiar. Eis o que consta da sentença:

“a versão da ofendida está alicerçada na laudo de exame de corpo de delito de fls. 10/11, que relata equimoses e escoriações e conclui que ‘a examinada apresenta vestígios de lesão corporal leva cujas características são compatíveis de terem sido produzidas conforme época relatada no histórico, por ação contundente’, que demonstra as lesões sofridas, é prova bastante para comprovar a autoria delitiva”.

Nessas circunstâncias, revela-se irrepreensível a negativa de conversão da pena, sentença, aliás, que está em consonância com o seguinte precedente desta Segunda Turma:

“*Habeas corpus*. 2. Lesão corporal leve praticada no âmbito doméstico ou familiar. Lei 11.340/2006. Condenação. Detenção. Pena inferior a 4 anos. Crime cometido com violência à pessoa. 3. Substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. Impossibilidade. Art. 44, I, do CP. 4. Constrangimento ilegal não caracterizado. 5. Ordem denegada” (HC 114703, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, DJe de 2/5/2013).

4. Ante o exposto, denego a ordem de habeas corpus.

É o voto.

Extradição 1.394 Distrito Federal

Relator: Min. Teori Zavascki

Repte.(s): Governoda Argentina

Extdo.(a/s): Horacio Magnelli

Proc.(a/s)(ES): Defensor Público-Geral Federal

EMENTA

EXTRADIÇÃO. CLÁUSULA DO ACORDO EXTRADICIONAL FIRMADO ENTRE OS ESTADOS PARTES DO MERCOSUL, A REPÚBLICA DA BOLÍVIA E A REPÚBLICA DO CHILE QUE IMPEDE A ENTREGA DO SÚDITO ESTRANGEIRO PARA EXECUÇÃO DE SENTENÇA QUANDO A PENA AINDA POR CUMPRIR FOR INFERIOR A SEIS MESES. INDEFERIMENTO.

1. O acordo de extradição firmado entre os Estados Partes do Mercosul (República Argentina, República Federativa do Brasil, República do Paraguai e República do Uruguai), a República da Bolívia e a República do Chile promulgado pelo Decreto 5.867/2006, contempla cláusula (artigo 2, item 2) que impede a entrega do súdito estrangeiro para execução de sentença quando a pena ainda por cumprir no Estado requerente seja inferior a seis meses.

2. Na verificação de pena remanescente a ser executada pelo Estado requerente é imprescindível que seja computado o lapso temporal em que o estrangeiro permaneceu preso no aguardo do julgamento do pedido extradicional (art. 91, II, Lei 6.815/1990). Precedentes.

3. A hipótese dos autos revela que a pena remanescente resulta inferior a seis meses.

4. Extradição indeferida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, sob a Presidência do Senhor Ministro CELSO DE MELLO, na conformidade da ata de

juízos e das notas taquigráficas, por unanimidade, em indeferir o pedido de extradição, revogar a prisão cautelar anteriormente decretada, ordenar a imediata expedição de alvará de soltura em favor do extraditando, se por al não estiver preso, e determinar a comunicação do cumprimento do alvará de soltura a esta Corte, à Missão Diplomática do Estado requerente e ao Senhor Ministro da Justiça, nos termos do voto do Relator. Falou, pelo extraditando, o Dr. Gustavo Zortéa da Silva, Defensor Público Federal. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Dias Toffoli.

Brasília, 20 de outubro de 2015.

Ministro Teori Zavascki
Relator

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI (RELATOR):

1. Trata-se de pedido de extradição de Horacio Magnelli, nacional argentino, apresentado ao Ministério das Relações Exteriores (Nota Verbal 313/2015) pelo Governo da República Argentina, encaminhado ao Ministério da Justiça por meio de ofício 111/2015, com base no art. IV do Tratado de Extradição firmado entre Brasil e Argentina em 15.11.1961 e promulgado pelo Decreto 62.979/1968, por força de decreto condenatório proferido no dia 22.5.2009 pelo “Tribunal em lo Criminal 5, sito na cidade de Quilmes, Província de Buenos Aires” (sic), que “condenou o nominado na pena de seis anos de reclusão em razão de resultar penalmente responsável do crime de abuso (violência) sexual gravado pela conjunção carnal (artigos 45 e 119, parágrafo 3º, do Código Penal Argentino), fato cometido na cidade de Ranelagh, Comarca de Berazategui, no dia 16 de agosto de 2006 em prejuízo de Yesica Elizabeth Marta Staffolani” (fl. 59v).

Documentação apresentada pelo Estado requerente indica que o aludido tribunal considerou “que no dia 16 de agosto de 2006, na madrugada, no interior do domicílio da rua 369 V, 1472, da cidade de Ranelagh, comarca de Berazategui, uma pessoa de sexo masculino, quando Yesica Elizabeth Marta Staffolani estava dormindo, se jogou sobre ela, tirando suas calças, tapando sua boca, exigindo-lhe manter relações sexuais com ele. Que apesar da resistência oposta pela vítima, o homem conseguiu tirar o resto das roupas de Staffolani para depois ter conjunção carnal” (fl. 52).

O pedido foi regularmente encaminhado pelo Ministro de Estado da Justiça, por meio do Aviso 510/2015-MJ, de 24 de abril de 2015 (fl. 2), instruído com cópia de documentos recebidos por via diplomática (fls. 5/78).

2. Por meio da Nota Verbal 1432/2014, o Governo da República Argentina apresentou pedido de prisão preventiva para fins extradicionais do nacional argentino Horacio Magnelli (fl. 4 da PPE 739). A cautelar foi decretada em 29.12.2014 (fls. 7/9) e efetivada em 23.1.2015, na capital do Estado de Santa Catarina (fl. 27).

3. Deleguei ao Juiz de Direito Márcio Schiefler Fontes, magistrado instrutor convocado para atuar neste Gabinete, a condução do interrogatório do extraditando, nos termos dos arts. 3º, III, da Lei 8.038/1990, 85 da Lei 6.815/1980 e arts. 21-A, 209 e 210, do RISTF. O ato teve lugar em 15.5.2015 na 6ª Vara Federal da Seção Judiciária de Santa Catarina (fls. 103, 134/137), na forma do art. 85 da Lei 6.815/1980.

4. A defesa formulou requerimento de revogação da prisão cautelar “em razão do excesso injustificado de prazo na formalização do pedido extradicional, por força do artigo VI, § 2º, do Tratado de Extradicação entre o Brasil e a Argentina” (fls. 46/51 e 105/113), o que foi indeferido (fls. 131/133).

5. A defensoria pública da União, por intermédio do núcleo de Santa Catarina, apresentou defesa escrita perante o juízo ordenado (fl.

103), alegando que: (a) o réu foi condenado em 22.5.2009 à pena de 6 (seis) anos de reclusão para cumprimento em regime domiciliar; (b) permaneceu preso por 4 (quatro) anos e 9 (nove) meses; (c) teve a prisão domiciliar revogada em 20.5.2011, em razão de sua fuga; (d) deixou de cumprir 1 (ano) e 3 (três) meses da pena; (e) o crime está prescrito desde 20.5.2015 já que a prescrição deve ser regulada pelo tempo que resta de pena (art. 113); (f) deve ser computado o período em que o estrangeiro esteve preso no território brasileiro no aguardo do julgamento do pedido extradicional; (g) a pena remanescente é inferior ao mínimo exigido pelo art. 77, IV, da Lei 6.815/1980 para concessão do pleito; (h) ausência de documentação que evidencie o “quantum exato de pena resta a ser cumprida”; (i) excesso de prazo na formalização do pedido extradicional; (j) o Estado requerente deixou de fornecer elementos que atestem “as condições mínimas exigidas para o regular cumprimento da pena”. Por fim, requereu o indeferimento do pedido, com a expedição do competente alvará de soltura.

6. O Ministério Público, por equívoco, assinalou que a defensoria pública da União deixou de apresentar defesa técnica do extraditando, sem atentar para o fato de que a defesa fora apresentada em meio eletrônico (fls. 103). Por outro lado, manifestou-se pelo deferimento do pedido extradicional (fls. 144/148).

7. Intimada, a defensoria pública da União, por meio da assessoria de atuação no Supremo Tribunal Federal, reiterou o pleito pelo indeferimento da extradição veiculado na defesa técnica (fls. 151/154).

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI (RELATOR):

1. O pedido de extradição formulado pelo governo da República Argentina se justifica no decreto condenatório proferido no dia 22.5.2009 pelo “Tribunal en lo Criminal 5, sito na cidade de Quilmes, Província de

Buenos Aires” (sic), que “condenou o nominado na pena de seis anos de reclusão em razão de resultar penalmente responsável do crime de abuso (violência) sexual gravado pela conjunção carnal (artigos 45 e 119, parágrafo 3º, do Código Penal Argentino), fato cometido na cidade de Ranelagh, Comarca de Berazategui, no dia 16 de agosto de 2006 em prejuízo de Yesica Elizabeth Marta Staffolani” (fl. 59v).

2. O pedido atende aos requisitos formais exigidos na legislação de regência, que além da Lei 6.815/1980 engloba o acordo de extradição firmado entre os Estados Partes do Mercosul, promulgado pelo Decreto 5.867 de 2.8.2006, pois instruído com cópia autêntica da sentença condenatória proferida por autoridade competente (fls. 9/19) e dos demais documentos exigidos pelo art. 80 da Lei 6.815/1980, com a redação conferida pela Lei 12.878/2013 (fls. 5/49).

3. No caso, informações prestadas pelo Estado requerente (fl. 155) à defensoria pública da União dão conta de que “i) o extraditando foi preso pelo processo que originou o pedido de extradição em 16 de agosto de 2006, tendo sido concedida a detenção domiciliar em 27 de novembro de 2006; ii) em 22 de maio de 2009, sobreveio sentença condenatória, à pena de 6 anos, tendo sido mantidas as condições impostas no momento da concessão da prisão domiciliar; iii) em 20 de maio de 2011, revogou-se a prisão domiciliar, em virtude de denúncia formulada pela concubina do extraditando; iv) em 30 de maio de 2011, foi o extraditando declarado ‘em rebeldia’, ordenando-se sua captura, pelo fato de o policial não o ter encontrado”.

Tais informações, aliás, encontram eco no interrogatório, quando o extraditando informou que já teria cumprido 4 (quatro) anos e 9 (nove) meses da pena em prisão domiciliar (fl. 103).

4. O citado acordo de extradição firmado entre os Estados Partes do Mercosul (República Argentina, República Federativa do Brasil, República do Paraguai e República do Uruguai), a República da Bolívia e a República do Chile, promulgado pelo Decreto 5.867/2006, contempla

cláusula (artigo 2, item 2) que impede a entrega do súdito estrangeiro para execução de sentença quando a pena ainda por cumprir no Estado requerente seja inferior a seis meses: “Se a extradição for requerida para a execução de uma sentença exige-se, ademais, que a parte da pena ainda por cumprir não seja inferior a seis meses”.

5. Em caso análogo, esta Corte já se manifestou pela incidência de cláusula prevista em tratado extradicional que “veda a extradição, quando a duração do restante da pena a ser cumprida for inferior a nove meses”, “aplicada a detração penal em razão do tempo em que [o extraditando] esteve preso aguardando o desfecho do processo de extradição” (Ext 938, Rel. Min. CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, DJ de 1/7/2005).

6. Na verificação da pena remanescente a ser executada pelo Estado requerente, é certo que devem ser computados “os períodos referentes à prisão preventiva - no curso de inquérito, da ação penal e da extradição” (Ext 731, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, DJ de 23-4-1999).

A garantia da detração penal prevista tanto no art. 91, II, Lei 6.815/1980, quanto no art. 17 do Acordo firmado entre os Estados Partes do Mercosul, “objetiva impedir que a prisão cautelar, no Brasil, quando decretada para fins extradicionais, culmine por prorrogar, indevidamente, o lapso temporal da pena de prisão a que estará eventualmente sujeito, no Estado requerente, o súdito estrangeiro cuja entrega foi reclamada ao Governo brasileiro” (Ext 1171, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, DJe de 24/6/2010).

7. É possível constatar, portanto, que o extraditando efetivamente permaneceu preso de 16.8.2006 até 30.5.2011, tendo cumprido 4 (quatro) anos, 9 (nove) meses e 14 (quatorze) dias da pena imposta.

Já no Brasil, o estrangeiro foi preso em 23.1.2015, por força de decreto de prisão preventiva para fins de extradição exarado em 29.12.2014, permanecendo custodiado até a presente data.

Considerando que o período em que o extraditando ficou detido no território brasileiro deve ser detraído da pena a ser cumprida (arts. 91, II, Lei 6.815/1980 e 17 do Acordo firmado entre os Estados Partes do Mercosul), tem-se que a pena remanescente (porque já houve trânsito em julgado para a acusação – fl. 155) resulta, a partir de 9.10.2015, inferior a seis meses, pelo que incide a cláusula restritiva disposta no artigo 2, item 2, do já aludido acordo de extradição.

8. Ante o exposto, indefiro o pleito extradicional, determinando a revogação da prisão cautelar de Horacio Magnelli, com imediata expedição do alvará de soltura, independentemente de publicação do acórdão, cujo cumprimento deverá ser comunicado a esta Corte, ao Ministério da Justiça e à representação diplomática do Estado requerente.

É o voto.

Ag. Reg. Na Petição 5.856 Distrito Federal

Relator: Min. Celso de Mello

Agte.(S): Anderson Adriano Reis e Silva

Adv.(A/S): Anderson Adriano Reis e Silva

Agdo.(A/S): Dilma Rousseff

Proc.(A/S)(Es): Advogado-Geral da União

EMENTA

ACÇÃO POPULAR – AJUIZAMENTO CONTRA A PRESIDENTE DA REPÚBLICA – PRETENDIDA DECRETAÇÃO DA PERDA DO MANDATO PRESIDENCIAL E DA PRIVAÇÃO DOS DIREITOS POLÍTICOS – FALTA DE COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – REGIME DE DIREITO ESTRITO A QUE SE SUBMETE A DEFINIÇÃO CONSTITUCIONAL DA COMPETÊNCIA DA CORTE SUPREMA – DOCTRINA – PRECEDENTES – ACÇÃO POPULAR NÃO CONHECIDA – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO.

– **A jurisprudência** do Supremo Tribunal Federal – **quer** sob a égide **da vigente** Constituição republicana, **quer** sob o domínio da Carta Política anterior – **firmou-se** no sentido de reconhecer **que não se incluem** na esfera de **competência originária** da Corte Suprema o processo e o julgamento **de ações populares constitucionais**, *ainda que ajuizadas contra atos e/ou omissões do Presidente da República*. **Doutrina. Precedentes.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, **acordam** os Ministros do Supremo Tribunal Federal, **em Sessão Plenária**, sob a Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, **por unanimidade** de votos, **em negar provimento** ao recurso de agravo, **nos termos** do voto do Relator. Ausentes, neste julgamento, os Ministros Gilmar Mendes e Dias Toffoli.

Brasília, 25 de novembro de 2015.

Ministro Celso De Mello
Relator

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO – (Relator):
Trata-se de “agravo regimental”, **tempestivamente** interposto, **contra** decisão **que não conheceu** da “ação popular” que a parte ora recorrente **ajuizou** contra a Senhora Presidente da República.

Inconformada com esse ato decisório, a parte ora agravante interpõe este recurso, **insistindo** no processamento de referida ação.

Por não me convencer das razões apresentadas pela parte recorrente, **submeto** à apreciação do Egrégio Plenário do Supremo Tribunal Federal **o presente** recurso de agravo.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO – (Relator):
Entendo não assistir razão à parte recorrente, **eis que** a decisão agravada **ajusta-se, com integral fidelidade, à diretriz jurisprudencial** que esta Suprema Corte **firmou** na matéria ora em exame.

Com efeito, tal como tive o ensejo de assinalar ao proferir a decisão recorrida, **reconheço não competir** a esta Suprema Corte atribuição para apreciar, *em sede originária*, a ação popular **proposta** pelo demandante, *ora agravante*.

A jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal Federal **consolidou-se no sentido ora mencionado, destacando, em inúmeros precedentes, a absoluta falta de competência originária** desta Corte para

o processo e julgamento *de ações populares, ainda que ajuizadas contra o Presidente da República e/ou outras autoridades* que disponham de prerrogativa de foro “*ratione muneris*” **perante** o Supremo Tribunal Federal (**AO 772-QO/SP**, Rel. Min. MOREIRA ALVES – **Pet 129/PR**, Rel. Min. MOREIRA ALVES – **Pet 296/MG**, Rel. Min. CÉLIO BORJA – **Pet 713/RJ**, Rel. Min. CELSO DE MELLO – **Pet 1.546-MC/RJ**, Rel. Min. CELSO DE MELLO – **Pet 2.018-AgR/SP**, Rel. Min. CELSO DE MELLO – **Pet 3.152-AgR/PA**, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE – **Pet 3.422--AgR/DF**, Rel. Min. AYRES BRITTO – **Pet 5.239/DF**, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, v.g.):

“Competência. Ação Popular contra o Presidente da República. – A competência para processar e julgar ação popular contra ato de qualquer autoridade, inclusive daquelas que, em mandado de segurança, estão sob a jurisdição desta Corte originariamente, é do Juízo competente de primeiro grau de jurisdição. Agravo regimental a que se nega provimento.” (RTJ 121/17, Rel. Min. MOREIRA ALVES – grifei)

“AÇÃO ORIGINÁRIA. QUESTÃO DE ORDEM. AÇÃO POPULAR. COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: NÃO-OCORRÊNCIA. PRECEDENTES.

1. A competência para julgar ação popular contra ato de qualquer autoridade, até mesmo do Presidente da República, é, via de regra, do juízo competente de primeiro grau. Precedentes. (...)” (AO 859-QO/AP, Red. p/ o acórdão Min. MAURÍCIO CORRÊA – grifei)

“AÇÃO POPULAR. AUSÊNCIA DE COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DO STF.

– A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – quer sob a égide da vigente Constituição republicana, quer sob o domínio da Carta Política anterior – firmou-se no sentido de reconhecer que não se incluem na esfera de competência originária da Corte Suprema o processo e o julgamento de ações populares constitucionais, ainda que ajuizadas contra atos do Presidente da República, das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal ou de quaisquer outras autoridades cujas resoluções estejam sujeitas, em sede de mandado de segurança, à jurisdição imediata do STF. Precedentes.” (Pet 1.641/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

É oportuno destacar, neste ponto, que a colenda Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, **defrontando-se com pretensão jurídica semelhante** à ora em exame, **coincidentemente** deduzida pelo *mesmo*-autor popular que promove **a presente** demanda, **proferiu decisão** consubstanciada **em acórdão assim ementado:**

“AÇÃO POPULAR’ – AJUIZAMENTO CONTRA JUÍZES DO TRABALHO – AUSÊNCIA DE COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – AÇÃO POPULAR DE QUE NÃO SE CONHECE – PARECER DA PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA PELO NÃO PROVIMENTO DO RECURSO – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. O PROCESSO E O JULGAMENTO DE AÇÕES POPULARES CONSTITUCIONAIS (CF, ART. 5º, LXXIII) NÃO SE INCLUEM NA ESFERA DE COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

– O Supremo Tribunal Federal – por ausência de previsão constitucional – não dispõe de competência originária para processar e julgar ação popular promovida contra qualquer outro órgão ou autoridade da República, mesmo que o ato cuja invalidação se pleiteie tenha emanado do Presidente da República, das Mesas da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal ou, ainda, de qualquer dos Tribunais Superiores da União. Jurisprudência. Doutrina. (...)” (Pet 5.191-AgR/RO, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

Não constitui demasia assinalar que *a competência originária* do Supremo Tribunal Federal, **por qualificar-se** como um complexo de atribuições jurisdicionais *de extração essencialmente constitucional* – e **ante o regime de direito estrito** a que se acha submetida –, **não comporta** a possibilidade **de ser estendida** a situações **que extravasem** os rígidos limites fixados, *em “numerus clausus”*, pelo rol exaustivo **inscrito** no art. 102, I, da Carta Política, **consoante adverte a doutrina** (MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, “**Comentários à Constituição Brasileira de 1988**”, vol. 2/217, 1992, Saraiva) e **proclama a jurisprudência desta própria Corte** (RTJ 43/129 – RTJ 44/563 – RTJ 50/72 – RTJ 53/776 – RTJ 159/28, v.g.).

Esse regime de direito estrito a que se submete a definição da competência institucional do Supremo Tribunal Federal **tem levado** esta Corte Suprema, **por efeito da taxatividade** do rol constante da Carta Política, **a afastar** do âmbito de suas atribuições jurisdicionais **originárias** o processo e o julgamento **de causas** de natureza civil **que não se acham inscritas** no texto constitucional – *tais como ações populares* (RTJ 141/344, Rel. Min. CELSO DE MELLO – **Pet 352/DF**, Rel. Min. SYDNEY SANCHES – **Pet 431/SP**, Rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA – **Pet 487/DF**, Rel. Min. MARCO AURÉLIO), *ações civis públicas* (RTJ 159/28, Rel. Min. ILMAR GALVÃO – **Pet 3.087-AgR/DF**, Rel. Min. AYRES BRITTO) *ou ações cautelares, ações ordinárias, ações declaratórias e medidas cautelares* (RTJ 94/471, Rel. Min. DJACI FALCÃO – **Pet 240/DF**, Rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA – **Pet 1.738-AgR/MG**, Rel. Min. CELSO DE MELLO – **Pet 4.089-AgR/DF**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.).

Essa orientação jurisprudencial, *por sua vez*, tem o beneplácito de autorizados doutrinadores (ALEXANDRE DE MORAES, “Direito Constitucional”, p. 180, item n. 7.8, 6ª ed., 1999, Atlas; RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO, “Ação Popular”, p. 129/130, 1994, RT; HELY LOPES MEIRELLES, ARNOLDO WALD e GILMAR FERREIRA MENDES, “Mandado de Segurança e Ações Constitucionais”, p. 192/193, item n. 6, 35ª ed., 2013, Malheiros; HUGO NIGRO MAZZILLI, “O Inquérito Civil”, p. 83/84, 1999, Saraiva; MARCELO FIGUEIREDO, “Proibidade Administrativa”, p. 91, 3ª ed., 1998, Malheiros, v.g.), **cujo magistério também assinala não se incluir na esfera de competência originária** do Supremo Tribunal Federal o poder de processar e julgar *causas de natureza civil não referidas* no texto da Constituição, **ainda que promovidas** contra agentes públicos a quem se outorgou, “*ratione muneris*”, prerrogativa de foro **em sede** de persecução penal **ou ajuizadas** contra órgãos estatais **ou autoridades públicas que, em sede** de mandado de segurança, **estão sujeitos à jurisdição imediata** do Supremo Tribunal Federal.

A “*ratio*” **subjacente** a esse entendimento, **que acentua o caráter absolutamente estrito** da competência constitucional do Supremo Tribunal Federal, **vincula-se** à necessidade *de inibir indevidas ampliações descaracterizadoras* da esfera de atribuições institucionais desta Suprema Corte, **conforme ressaltou, a propósito do tema em questão**, em voto vencedor, o saudoso Ministro ADALÍCIO NOGUEIRA (RTJ 39/56-59, 57).

Manifesta, pois, a falta de competência originária do Supremo Tribunal Federal para processar e julgar a “*ação popular*” ajuizada pelo ora recorrente, **considerado** o que dispõe, *em norma de direito estrito*, o art. 102, I, da Constituição.

Sendo assim, e em face das razões expostas, nego provimento ao presente recurso de agravo, **mantendo, em consequência**, por seus próprios fundamentos, **a decisão** ora agravada.

É o meu voto.

**SUPERIOR TRIBUNAL
DE JUSTIÇA**

Sentença Estrangeira Contestada nº 11.962 - ex (2014/0121085-1)

Relator: Min. Felix Fischer

Requerente: P R C

Advogado: Tiago Campos Rosa e outro(s)

Requerido: F P C

Advogados: Haroldo Guilherme Vieira Fazano

Gabriel Mingrone Azevedo Silva

EMENTA

SENTENÇA ESTRANGEIRA CONTESTADA. ANULAÇÃO DE CASAMENTO RELIGIOSO. INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 12 DO DECRETO LEGISLATIVO N. 698/2009 E ART. 12 DO DECRETO 7.107/2010. ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE REJEITADA. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. PRELIMINAR NÃO ACOLHIDA. REQUISITOS DA HOMOLOGAÇÃO PRESENTES. PEDIDO DEFERIDO.

I - O art. 12 do Decreto Legislativo n. 698/2009, bem como o art. 12 do Decreto Federal n. 7.107/2010 (ambos com a mesma redação) dispõem que a homologação de sentenças eclesíásticas em matéria matrimonial será realizada nos termos da legislação brasileira atinente a matéria, de modo que, confirmadas pelo órgão superior de controle da Santa Sé são consideradas sentenças estrangeiras e deverão ser homologadas de acordo com a legislação brasileira vigente. Arguição de inconstitucionalidade que se rejeita.

II - Nos termos do art. 216-A, § 1º, do RISTJ, “serão homologados os provimentos não judiciais que, pela lei brasileira, tiverem natureza de sentença”. Preliminar de impossibilidade jurídica do pedido não acolhida.

III - Com o advento da Emenda Constitucional n. 45/2004, o processamento e o julgamento dos pedidos de homologação de sentença estrangeira passaram a integrar o rol das competências deste Superior Tribunal de Justiça (art. 105, I, i, da Constituição Federal).

IV - Ao promover a homologação de sentença estrangeira, compete a esta Corte verificar se a pretensão preenche os requisitos agora preconizados

no seu Regimento Interno (Emenda Regimental n. 18, de 17/12/2014), mais especificamente aos comandos dos artigos 216-C, 216-D e 216-F, o que se verifica, in casu, devidamente atendidos.

V - Como bem elucidado pelo d. Subprocurador-Geral da República, “a assinatura do Acordo entre o Brasil e a Santa Sé relativo ao Estatuto Jurídico da Igreja Católica no Brasil tem suporte no art. 19, § 1º, da Constituição, que autoriza a colaboração entre o Estado e confissões religiosas em prol do interesse público [...] vale salientar quanto ao procedimento, que o Código de Direito Canônico assegura plenamente o direito de defesa e os princípios da igualdade e do contraditório”.

Arguição de inconstitucionalidade rejeitada.

Homologação deferida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, rejeitar a arguição de inconstitucionalidade e deferir o pedido de homologação de sentença estrangeira, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros João Otávio de Noronha, Humberto Martins, Maria Thereza de Assis Moura, Herman Benjamin, Napoleão Nunes Maia Filho, Jorge Mussi, Og Fernandes, Mauro Campbell Marques, Benedito Gonçalves e Raul Araújo votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausentes, justificadamente, as Sras. Ministras Nancy Andrigli e Laurita Vaz e o Sr. Ministro Luis Felipe Salomão.

Brasília (DF), 04 de novembro de 2015 (Data do Julgamento).

Ministro Francisco Falcão
Presidente

Ministro Felix Fischer
Relator

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Trata-se de pedido de **homologação de sentença eclesiástica de anulação do matrimônio** do requerente, P. R. C., com a requerida, F. P. C., ambos brasileiros, qualificados nos autos, proferida pelo eg. Tribunal Interdiocesano de Sorocaba/SP (fls. 178-193), confirmada por decreto do eg. Tribunal Eclesiástico de Apelação de São Paulo (fls. 197-198) e, posteriormente, pelo eg. Supremo Tribunal da Assinatura Apostólica, no **Vaticano** (fls. 210-212).

Citada por carta de ordem, a requerida, às fls. 236-247 e 292-295, apresentou contestação suscitando, inicialmente, a **inconstitucionalidade do art. 12 do Decreto Legislativo n. 698/2009** (que aprovou o texto do acordo firmado entre o Brasil e a Santa Sé, relativo ao Estatuto Jurídico da Igreja Católica no Brasil) e do **art. 12 do Decreto Federal n. 7.107/2010** (que por sua vez homologou o referido acordo), ao argumento de que estes - de idêntica redação - não poderiam equiparar uma decisão eclesiástica, de natureza administrativa, a uma decisão jurisdicional.

Alega, como **preliminar, a impossibilidade jurídica do pedido**, por entender que *“não cabe ao Poder Judiciário brasileiro homologar decisão eclesiástica seja do Brasil ou do vaticano, por não se tratar de ato jurisdicional”* (fl. 237).

Aduz, ademais, a ausência, no processo de origem, da intervenção de órgão do Ministério Público, o que inviabilizaria todo o procedimento, nos termos do art. 82 do Código de Processo Civil pátrio.

Ressalta, ainda, que o Estado brasileiro é laico, não tendo relação jurídica com a Igreja católica, sendo o pedido, por isso, atentatório à soberania nacional.

A d. Procuradoria-Geral da República, em parecer de fls. 282-287, manifestou-se pela *“improcedência da alegada inconstitucionalidade do*

Decreto 7.107/2010” (fl. 284) e, conseqüentemente, pelo deferimento do pedido de homologação.

A requerida, na petição de fls. 282-287, reiterou as razões apresentadas em sede de contestação e registrou a existência, perante a justiça brasileira, de ação de conversão de separação judicial em divórcio. Pleiteou nova vista dos autos ao MPF, “*para analisar as ponderações expostas nesta petição a respeito da putatividade do casamento em relação a ela*” (fl. 295), pois contraiu matrimônio de boa-fé e esta questão não teria sido discutida no feito cuja sentença pretende-se homologar.

O Ministério Público Federal, à fl. 311, reiterou o parecer anterior, em sentido favorável à homologação.

Réplica às fls. 317-318.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Pretende o requerente a **homologação de sentença eclesiástica** de anulação do seu matrimônio com a ora requerida.

Por outro lado, **aduz a requerida, na contestação, a inconstitucionalidade do art. 12 do Decreto Legislativo n. 698/2009 e do art. 12 do Decreto Federal n. 7.107/2010, de modo que submeto o presente incidente à col. Corte Especial, para deliberação.**

Os dispositivos ora questionados possuem a mesma redação, que ora transcrevo, verbis:

“O casamento celebrado em conformidade com as leis canônicas, que atender também às exigências estabelecidas pelo direito brasileiro para contrair o casamento, produz os efeitos civis, desde que registrado no registro próprio, produzindo efeitos a partir da data de sua celebração.”

§ 1º. *A homologação das sentenças eclesiásticas em matéria matrimonial, confirmadas pelo órgão de controle superior da Santa Sé, será efetuada nos termos da legislação brasileira sobre homologação de sentenças estrangeiras”.*

Com efeito, cumpre consignar que o Decreto Legislativo n. 698/2009 aprovou o texto do acordo firmado entre o Brasil e a Santa Sé, relativo ao Estatuto Jurídico da Igreja Católica no Brasil, assinado na Cidade-Estado do Vaticano, em 13/11/2008. Por sua vez, o Decreto Federal n. 7.107/2010 homologou o referido acordo.

Na exposição de motivos do Sr. Ministro de Estado das Relações Exteriores, interino, restou destacado que *“o objetivo do presente acordo é consolidar, em um único instrumento jurídico, diversos aspectos da relação do Brasil com a Santa Sé e da presença da Igreja Católica no Brasil, já contemplados na Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas, na Constituição Federal e em demais leis que configuram o ordenamento jurídico brasileiro. As diretrizes centrais seguidas pelas autoridades brasileiras na negociação do Acordo com a Santa Sé foram a preservação das disposições da Constituição e da legislação ordinária sobre o caráter laico do Estado brasileiro, a liberdade religiosa e o tratamento equitativo dos direitos e deveres das instituições religiosas legalmente estabelecidas no Brasil. Cabe ressaltar que o estabelecimento de acordo com entidade religiosa foi possível neste caso, por possuir, a Santa Sé, personalidade jurídica de Direito Internacional Público”* (grifei).

Tenho que não assiste razão à ora requerida acerca da alegada inconstitucionalidade. Isso porque o supracitado art. 12 apenas institui que a homologação de sentenças eclesiásticas, em matéria matrimonial, será realizada de acordo com a legislação brasileira, e confirmadas pelo órgão de controle superior da Santa Sé, que **detém personalidade jurídica de direito internacional público.**

Ademais, o § 1º do art. 216-A do Regimento Interno do STJ prevê a possibilidade de serem homologados os provimentos não judiciais que, pela lei brasileira, tiverem natureza de sentença.

Nesse sentido, no julgamento da **Sentença Estrangeira** n. 6.516/VA (não contestada), em que se buscava a homologação de **sentença eclesiástica** de anulação de matrimônio, de **minha relatoria**, destaquei que se tratava do primeiro caso a ser examinado em conformidade com o disposto no acordo firmado entre o Brasil e a Santa Sé, relativo ao Estatuto Jurídico da Igreja Católica no Brasil (Decreto 7.107/2010). Consignei, naquela oportunidade, que, de acordo com o referido decreto, **as decisões eclesiásticas confirmadas pelo órgão superior de controle da Santa Sé são consideradas sentenças estrangeiras para efeitos de homologação**, de modo que, presentes os pressupostos contidos no art. 17 da LINDB e nos arts. 5º e 6º da Resolução n. 9 de 2005 do Superior Tribunal de Justiça, homologuei o título judicial estrangeiro, em decisão proferida aos 16 de maio de 2013 (DJe de 22/5/2013).

Ante o exposto, **rejeito a arguição de inconstitucionalidade** ora suscitada.

No que tange à alegada **impossibilidade jurídica do pedido, a preliminar não merece ser acolhida**. Isso porque, conforme acima explicitado, esta Corte Superior admite a homologação de decisões não judiciais, desde que possuam natureza de sentença, nos termos do art. 216-A, § 1º, do Regimento Interno do STJ, verbis:

“Título VII-A

Dos processos oriundos de Estados Estrangeiros

Capítulo I

Da Homologação de Sentença Estrangeira

Art. 216-A. É atribuição do Presidente do Tribunal homologar sentença estrangeira, ressalvado o disposto no art. 216-K.

§ 1º. Serão homologados os provimentos não judiciais que, pela lei brasileira, tiverem natureza de sentença “.

Acerca do mérito do pedido de homologação, insta consignar que, com o advento da Emenda Constitucional n. 45/2004, o

processamento e o julgamento dos pedidos de homologação de sentença estrangeira passou a integrar o rol das competências deste Superior Tribunal de Justiça (art. 105, I, i, da Constituição Federal).

Desde então, ao promover a homologação de sentença estrangeira, compete a esta Corte verificar se a pretensão atende aos requisitos agora preconizados no seu Regimento Interno (Emenda Regimental n. 18, de 17/12/2014), mais especificamente aos comandos dos artigos 216-C, 216-D e 216-F, verbis:

“Art. 216-C. A homologação da sentença estrangeira será proposta pela parte requerente, devendo a petição inicial conter os requisitos indicados na lei processual, bem como os previstos no art. 216-D, e ser instruída com o original ou cópia autenticada da decisão homologanda e de outros documentos indispensáveis, devidamente traduzidos por tradutor oficial ou juramentado no Brasil e chancelados pela autoridade consular brasileira competente, quando for o caso.”

“Art. 216-D. A sentença estrangeira deverá:

I - ter sido proferida por autoridade competente;

II - conter elementos que comprovem terem sido as partes regularmente citadas ou ter sido legalmente verificado a revelia;

III - ter transitado em julgado.”

“Art. 216-F. Não será homologada a sentença estrangeira que ofender a soberania nacional, a dignidade da pessoa humana elou a ordem pública.”

Não é demais registrar, também, que o parágrafo único do art. 216-H do referido Regimento Interno prevê a possibilidade da parte requerida apresentar contestação, mas adverte que esta somente poderá versar sobre a inteligência da decisão alienígena e a observância dos requisitos acima elencados, não havendo possibilidade, no juízo homologatório, de discussão acerca do mérito da sentença estrangeira.

O requerente pleiteia a homologação de sentença eclesiástica de anulação de matrimônio, proferida pelo eg. Tribunal Interdiocesano de Sorocaba/SP (fls. 178-193), confirmada por decreto do eg. Tribunal

Eclesiástico de Apelação de São Paulo (fls. 197-198) e, posteriormente, pelo eg. Supremo Tribunal da Assinatura Apostólica, no Vaticano (fls. 210-212).

In casu, verifico que o pleito encontra-se em conformidade com os dispositivos supra transcritos, tendo sido apresentados pelo requerente os seguintes **documentos**: cópia autêntica das sentenças proferidas pelos tribunais pátrios - Tribunal Interdiocesano de Sorocaba e Tribunal Eclesiástico de Apelação de São Paulo (fls. 178-193 e 197-198) - e cópia autenticada da decisão de confirmação proferida pelo eg. Supremo Tribunal da Assinatura Apostólica, chancelada por autoridade consular brasileira perante a Santa Sé (fls. 208-209) e traduzida por profissional juramentado no Brasil (fls. 210-212).

No que tange às afirmações da ora requerida acerca da laicidade do Estado brasileiro, e à alegada ausência de intervenção do Ministério Público no processo de origem, transcrevo, por oportuno, trecho do bem elaborado parecer da d. Procuradoria-Geral da República, in verbis:

“Quanto à contestação, não cabe o argumento da ‘laicidade do Estado’: ‘o Estado brasileiro não é confessional, mas tampouco é ateu’ [...] e a ‘laicidade do Estado não significa, por certo, inimizade com a fé’ [...].

O que é vedado ao estado aconfessional é sancionar juridicamente normas ético-religiosas próprias à fé de uma confissão [...], e não que, em prol do bem comum, concordem em relação a princípios em que, como no caso, há convergência entre lei civil e as leis canônicas.

*Donde a improcedência da alegada inconstitucionalidade do Decreto 7.107/2010, sendo que a assinatura do Acordo entre o Brasil e a Santa Sé relativo ao Estatuto Jurídico da Igreja Católica no Brasil tem suporte no art. 19, § 1º, da Constituição, que autoriza a colaboração entre o Estado e confissões religiosas em prol do interesse público [...]’**vale salientar quanto ao procedimento, que o Código de Direito Canônico assegura plenamente o direito de defesa e os princípios da igualdade e do contraditório, sendo que nas causas que tratem da nulidade ou dissolução do casamento sempre atuará o defensor do vínculo, que, por ofício está obrigado a apresentar e expor tudo o que razoavelmente se puder aduzir contra a***

*nulidade ou dissolução (Cân. 1432) e, mais, a sentença favorável à nulidade do matrimônio será submetida a **reexame necessário pelo tribunal de segundo grau** (Cân. 1682)” (fls. 2-3 e 286, grifei).*

Portanto, o caráter laico do Estado brasileiro não impede a homologação de sentenças eclesiásticas, tanto que nosso País reconhece a **personalidade jurídica das Instituições Eclesiásticas**, nos termos do art. 3º do Decreto Legislativo n. 698/2009.

Por fim, ressalte-se que as alegações da requerida acerca da putatividade do casamento em relação a ela e a existência de ação de conversão de separação judicial em divórcio perante a justiça brasileira não constituem óbice à homologação ora pretendida, até porque não há possibilidade, neste juízo homologatório, de discussão acerca do mérito da sentença estrangeira, porquanto estranha ao próprio objeto da homologação.

Nesse sentido:

“HOMOLOGAÇÃO DE SENTENÇA ARBITRAL ESTRANGEIRA. ALEGAÇÃO DE OFENSA AO DEVIDO PROCESSO LEGAL E DE INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO ARBITRAL. INEXISTÊNCIA. REQUISITOS FORMAIS PREENCHIDOS. DEFERIMENTO DO PEDIDO.

1. A sentença estrangeira encontra-se apta à homologação, quando atendidos os requisitos dos arts. 5º e 6º da Resolução n.º 9/2005/STJ: (i) prolação por autoridade competente; (ii) devida ciência do réu nos autos da decisão homologanda; (iii) trânsito em julgado; (iv) chancela consular brasileira acompanhada de tradução por tradutor oficial ou juramentado; (v) a ausência de ofensa à soberania ou à ordem pública.

2. Na situação específica de homologação de sentença arbitral estrangeira, a cognição judicial, a despeito de manter-se limitada à análise do preenchimento daqueles requisitos formais, inclui a apreciação das exigências dos arts. 38 e 39 da Lei nº 9.037/1996.

3. Em linhas gerais, eventuais questionamentos acerca do mérito da decisão alienígena, salvo se atinentes à eventual ofensa à soberania nacional, à ordem pública e/ou aos bons costumes (art. 17, LINDB), são estranhos aos quadrantes próprios da ação homologatória.

4. *Pedido de homologação de sentença arbitral estrangeira deferido*” (SEC n. 6.761/EX, **Corte Especial**, Rel. Min. **Nancy Andrighi**, DJe de 16/10/2013, grifo meu).

Ante o exposto, defiro o pedido de homologação.

É o voto.

Ministro Felix Fischer
Relator

Recurso Especial Nº 1.479.039 - Mg (2014/0223163-4)

Relator: Ministro Humberto Martins

Recorrente: Câmara de Dirigentes Lojistas de Belo Horizonte

Advogado: Patricia Loyola Franca Canabrava e Outro(s)

Recorrido: Estado de Minas Gerais

Procurador: Diogenes Baleeiro Neto e Outro(s)

EMENTA

CONSUMIDOR E ADMINISTRATIVO. AUTUAÇÃO PELO PROCON. LOJISTAS. DESCONTO PARA PAGAMENTO EM DINHEIRO OU CHEQUE EM DETRIMENTO DO PAGAMENTO EM CARTÃO DE CRÉDITO. PRÁTICA ABUSIVA. CARTÃO DE CRÉDITO. MODALIDADE DE PAGAMENTO À VISTA. “*PRO SOLUTO*”. DESCABIDA QUALQUER DIFERENCIAÇÃO. DIVERGÊNCIA INCOGNOSCÍVEL.

1. O recurso especial insurge-se contra acórdão estadual que negou provimento a pedido da Câmara de Dirigentes Lojistas de Belo Horizonte no sentido de que o Procon/MG se abstenha de autuar ou aplicar qualquer penalidade aos lojistas pelo fato de não estenderem aos consumidores que pagam em **cartão de crédito** os descontos eventualmente oferecidos em operações comerciais de bens ou serviços pagos em **dinheiro** ou **cheque**.
2. Não há confusão entre as distintas relações jurídicas havidas entre (i) a instituição financeira (emissora) e o titular do cartão de crédito (consumidor); (ii) titular do cartão de crédito (consumidor) e o estabelecimento comercial credenciado (fornecedor); e (iii) a instituição financeira (emissora e, eventualmente, administradora do cartão de crédito) e o estabelecimento comercial credenciado (fornecedor).
3. O estabelecimento comercial credenciado tem a garantia do pagamento efetuado pelo consumidor por meio de cartão de crédito, pois a administradora assume inteiramente a responsabilidade pelos riscos creditícios, incluindo possíveis fraudes.
4. O pagamento em cartão de crédito, uma vez autorizada a transação, libera o consumidor de qualquer obrigação perante o fornecedor, pois este dará ao consumidor total quitação. Assim, o pagamento por **cartão**

de crédito é modalidade de **pagamento à vista, pro soluto**, implicando, automaticamente, extinção da obrigação do consumidor perante o fornecedor.

5. A **diferenciação entre o pagamento em dinheiro, cheque ou cartão de crédito** caracteriza **prática abusiva** no mercado de consumo, nociva ao equilíbrio contratual. Exegese do art. 39, V e X, do CDC: “*Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas: (...) V - exigir do consumidor vantagem manifestamente excessiva; (...) X - elevar sem justa causa o preço de produtos ou serviços*”.

6. O art. 51 do CDC traz um rol meramente exemplificativo de cláusulas abusivas, num “conceito aberto” que permite o enquadramento de outras abusividades que atentem contra o equilíbrio entre as partes no contrato de consumo, de modo a preservar a boa-fé e a proteção do consumidor.

7. A Lei n. 12.529/2011, que reformula o **Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência**, considera **infração à ordem econômica**, a despeito da existência de culpa ou de ocorrência de efeitos nocivos, a discriminação de adquirentes ou fornecedores de bens ou serviços mediante imposição diferenciada de preços, bem como a recusa à venda de bens ou à prestação de serviços em condições de pagamento corriqueiras na prática comercial (art. 36, X e XI). Recurso especial da Câmara de Dirigentes Lojistas de Belo Horizonte conhecido e improvido.

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 Sr. Ministro-Relator, com ressalva do ponto de vista do Sr. Ministro Herman Benjamin.” Os Srs. Ministros Herman Benjamin, Og Fernandes (Presidente), Mauro Campbell Marques e Assusete Magalhães votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 06 de outubro de 2015 (Data do Julgamento)

Ministro Humberto Martins
Relator

RELATÓRIO

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

Cuida-se de recurso especial interposto pela CÂMARA DE DIRIGENTES LOJISTAS DE BELO HORIZONTE – CDL/BH, com fundamento no art. 105, III, alínea “c”, da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais assim ementado:

“MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO PREVENTIVO – CÂMARA DE DIRIGENTES LOJISTAS DE BELO HORIZONTE – RELAÇÃO DE CONSUMO – PREÇOS DIFERENCIADOS DE ACORDO COM A FORMA DE PAGAMENTO (CARTÃO DE CRÉDITO, CHEQUE OU DINHEIRO) – PRÁTICA DE CONSUMO ABUSIVA – COGÊNCIA DOS ARTIGOS 39, V, E 51, IV, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – SEGURANÇA DENEGADA – SENTENÇA MANTIDA.

1. O Mandado de Segurança consubstancia remédio de natureza constitucional destinado a proteger direito líquido e certo contra ato ilegal ou abusivo de poder emanado de autoridade pública. Se o conjunto probatório dos autos não evidencia, de plano, a ocorrência desses fatos, a denegação da ordem se impõe.

2. A cobrança de preços diferenciados por uma mesma mercadoria para o pagamento à vista, mediante dinheiro ou cheque, e para aquele efetuado por meio de cartão de crédito, constitui prática abusiva, em evidente vulneração aos artigos 39, V, e 51, IV, do Código de Defesa do Consumidor” (fl. 340, e-STJ).

Os embargos de declaração opostos pela CDL/BH foram rejeitados (fls. 355/363, e-STJ).

Nas razões do recurso especial, a CDL/BH aponta divergência jurisprudencial em relação ao entendimento do STJ, em particular no tocante à interpretação dos arts. 39, V, e 51, IV e § 1º, do CDC, citando os REsp 1.178.360/SP, 1.181.256/AL, 266.664/MG, da minha lavra, e o REsp 229.586/SE, da relatoria do Min. Garcia Vieira.

Sustenta, também que:

“certo é que restou fartamente demonstrado nos autos que a impossibilidade do desconto para aquele que não se vale do cartão de crédito, isto é, para o cliente que paga à vista, importa em prejuízo para tal consumidor, eis que os preços estão definidos para cima, embutidos os custos da utilização do cartão de crédito.

Ademais, a venda por intermédio do cartão de crédito beneficia o consumidor que tem um maior prazo para pagamento, o que não ocorre com o consumidor que efetua suas compras à vista (dinheiro ou cheque), e que, por assim ser, tem o direito de beneficiar de descontos.

Além disso, inexistente no ordenamento jurídico pátrio qualquer lei que obrigue o comerciante a praticar os mesmos preços de venda à vista - em dinheiro ou cheque - àquelas efetuadas com cartões de crédito.

E atribuir uma interpretação restritiva aos arts. 39, V, e 51, IV e § 1º, da Lei n. 8.078/1990, afirmando que a prática da diferenciação de preços é configurada como vantagem excessiva não condiz com o entendimento do Superior Tribunal de Justiça.” (fls. 370/371, e-STJ).

Pugna pela reforma do acórdão recorrido, concedendo-se o pleito, a fim de que o PROCON/MG se abstenha de autuar ou aplicar penalidades aos lojistas associados.

Apresentadas as contrarrazões (fls. 443/447, e-STJ), sobreveio juízo de admissibilidade positivo na instância de origem (fls. 456/459, e-STJ).

É, no essencial, o relatório.

VOTO

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

DA CONTROVÉRSIA

O recurso especial impugna julgado de apelação que manteve sentença que denegou mandado de segurança coletivo preventivo, com pedido de liminar, impetrado pela CÂMARA DE DIRIGENTES

LOJISTAS DE BELO HORIZONTE – CDL/BH contra ato reputado ilegal atribuído ao Secretário Executivo do Instituto de Defesa do Consumidor de Minas Gerais – PROCON/MG.

A segurança pretendida pela CDL/BH visa a que a autoridade apontada como coatora, sem prejuízo de suas atribuições fiscalizatórias, se abstenha de autuar ou aplicar qualquer penalidade aos lojistas associados pelo fato de não estenderem aos consumidores que pagam suas compras com cartão de crédito os descontos eventualmente oferecidos em operações comerciais de bens ou serviços pagos em dinheiro ou cheque.

O acórdão estadual, mantendo a sentença de primeiro grau, negou provimento à apelação interposta pelo CDL/BH, por entender que a pretensão dos lojistas viola os arts. 39, V, e 51, IV, do CDC, não havendo direito ao que foi pedido.

De plano, afasta-se o óbice da Súmula 7/STJ quanto à análise da denegação da segurança, uma vez que a aferição de eventual direito líquido e certo depende, *in casu*, tão somente de matéria de direito.

DOS CONTRATOS DE CARTÃO DE CRÉDITO

I – DA DISTINÇÃO ENTRE CONSUMIDOR, EMISSOR E FORNECEDOR NOS CONTRATOS DE CARTÃO DE CRÉDITO (INEXISTÊNCIA DE CONFUSÃO)

O preço à vista deve ser estendido também aos consumidores que pagam em cartão de crédito, os quais farão jus, ainda, a eventuais descontos e promoções porventura destinados àqueles que pagam em dinheiro ou cheque.

Tal proposição se ampara na constatação de que, nas compras realizadas em cartão de crédito, é necessária uma distinção jurídica entre consumidor, emissor (eventualmente, administrador) e fornecedor.

A uma, existe uma relação jurídica entre a instituição financeira (emissora) e o titular do cartão (consumidor), o qual obtém crédito e

transfere àquela a responsabilização pela compra autorizada mediante o pagamento da taxa de administração ou mesmo de juros oriundos do parcelamento da fatura.

A duas, há uma relação jurídica entre a instituição financeira (empresa emissora e, eventualmente, administradora do cartão de crédito) e o estabelecimento comercial credenciado (fornecedor). A emissora do cartão credencia o estabelecimento comercial e assume o risco integral do crédito e de possíveis fraudes.

Para que essa assunção de risco ocorra, o estabelecimento comercial repassa à emissora, a cada venda feita em cartão de crédito, um percentual dessa operação, previamente contratado.

A três, também existe uma relação jurídica entre o consumidor e o estabelecimento comercial credenciado (fornecedor). Aqui, o estabelecimento comercial, quando possibilita aos consumidores efetuarem a compra mediante cartão de crédito, incrementa a atividade comercial, aumenta as vendas e obtém lucros, haja vista a praticidade do cartão de crédito, que o torna uma modalidade de pagamento cada vez mais costumeira.

II – DA COMPRA EM CARTÃO DE CRÉDITO COMO COMPRA À VISTA

O estabelecimento comercial tem a garantia do pagamento das compras efetuadas pelo consumidor por meio de cartão de crédito, pois a administradora assume inteiramente a responsabilidade pelos riscos do crédito, incluindo as possíveis fraudes.

O pagamento por cartão de crédito, uma vez autorizada a transação, libera o consumidor de qualquer obrigação ou vinculação junto ao fornecedor, pois este dará ao comprador total quitação. Assim, o pagamento por cartão de crédito é modalidade de pagamento à vista, *pro soluto*, porquanto implica, automaticamente, extinção da obrigação do consumidor perante o fornecedor.

A diferenciação entre o pagamento em dinheiro, cheque ou cartão de crédito caracteriza, portanto, prática abusiva no mercado de consumo, a qual é nociva ao equilíbrio contratual.

É a exegese do art. 39, V e X, do Código de Defesa do Consumidor:

“Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas:

(...)

V - exigir do consumidor vantagem manifestamente excessiva;

(...)

X - elevar sem justa causa o preço de produtos ou serviços”.

Ademais, a Lei n. 12.529/2011, que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, entre outros, considera infração à ordem econômica, a despeito de culpa ou de ocorrência de efeitos nocivos, a discriminação de adquirentes ou fornecedores de bens ou serviços mediante imposição diferenciada de preços, bem como a recusa à venda de bens ou à prestação de serviços em condições de pagamento corriqueiras na prática comercial.

Confira-se o art. 36, X e XI, da Lei n. 12.529/2011:

“Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

(...)

X - discriminar adquirentes ou fornecedores de bens ou serviços por meio da fixação diferenciada de preços, ou de condições operacionais de venda ou prestação de serviços;

XI - recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, dentro das condições de pagamento normais aos usos e costumes comerciais;”.

Nesse sentido, o seguinte precedente que expressa a evolução do entendimento desta Corte:

“RECURSO ESPECIAL - AÇÃO COLETIVA DE CONSUMO - COBRANÇA DE PREÇOS DIFERENCIADOS PRA VENDA DE

COMBUSTÍVEL EM DINHEIRO, CHEQUE E CARTÃO DE CRÉDITO - PRÁTICA DE CONSUMO ABUSIVA - VERIFICAÇÃO - RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

I - Não se deve olvidar que o pagamento por meio de cartão de crédito garante ao estabelecimento comercial o efetivo adimplemento, já que, como visto, a administradora do cartão se responsabiliza integralmente pela compra do consumidor, assumindo o risco de crédito, bem como de eventual fraude;

II - O consumidor, ao efetuar o pagamento por meio de cartão

de crédito (que só se dará a partir da autorização da emissora), exonera-se, de imediato, de qualquer obrigação ou vinculação perante o fornecedor, que deverá conferir àquele plena quitação. Está-se, portanto, diante de uma forma de pagamento à vista e, ainda, pro soluto” (que enseja a imediata extinção da obrigação);

III - O custo pela disponibilização de pagamento por meio do cartão de crédito é inerente à própria atividade econômica desenvolvida pelo empresário, destinada à obtenção de lucro, em nada referindo-se ao preço de venda do produto final. Imputar mais este custo ao consumidor equivaleria a atribuir a este a divisão de gastos advindos do próprio risco do negócio (de responsabilidade exclusiva do empresário), o que, além de refugir da razoabilidade, destoa dos ditames legais, em especial do sistema protecionista do consumidor;

IV - O consumidor, pela utilização do cartão de crédito, já paga à administradora e emissora do cartão de crédito taxa por este

serviço (taxa de administração). Atribuir-lhe ainda o custo pela disponibilização de pagamento por meio de cartão de crédito, responsabilidade exclusiva do empresário, importa em onerá-lo duplamente (in bis idem) e, por isso, em prática de consumo que se revela abusiva; V - Recurso Especial provido.” (REsp 1.133.410/RS, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, julgado em 16/03/2010, DJe 07/04/2010.)

Por conseguinte, constitui prática abusiva a situação em que o fornecedor determina preços mais favoráveis para o consumidor que paga em dinheiro ou cheque em detrimento daquele consumidor que paga em cartão de crédito.

DA VEDAÇÃO DAS CLÁUSULAS ABUSIVAS NO DIREITO DO CONSUMIDOR

Extrai-se do acórdão recorrido o seguinte excerto (fls. 344/347, e-STJ):

“Sobreleva consignar que a discussão do caso vertente gira em torno da possibilidade, ou não, de se cobrar preços diferenciados pela mesma mercadoria em decorrência do pagamento realizado através de dinheiro, cheque ou cartão de crédito. Isto é, a controvérsia versa sobre a ausência de descontos nas vendas mediante utilização de cartão de crédito e a existência desse desconto nas vendas mediante pagamento em moeda corrente ou em cheque, configurando, portanto, vulneração às normas de proteção contidas na Lei nº 8.078/1990 que instituiu o Código de Defesa do Consumidor.

É sabido que a possibilidade de pagamento através de cartões de crédito agrega valor à empresa, haja vista que atrai maior clientela e, por outro lado, garante o efetivo pagamento, vez que a Administradora se responsabiliza pela compra efetuada pelo consumidor, ainda que este se torne inadimplente. Diante disso, quando se efetua o pagamento através do cartão de crédito, tem-se compra à vista, pois ali se finda a relação entre o consumidor e o lojista. Destarte, torna-se irrelevante o fato de o valor ser recebido posteriormente, porquanto a relação entre o consumidor e o lojista já se esgotou.

Ressalta-se, ainda, que o custo decorrente desta disponibilização do pagamento através de cartão de crédito é inerente à atividade desenvolvida pelos lojistas, e por estes deve ser suportado, sob pena de repartir os riscos da atividade ao consumidor. De mais a mais, há que se levar em consideração que o comerciante não é obrigado a disponibilizar aludida forma de pagamento (cartão de crédito), mas se assim optou, deve arcar com tal ônus.

Com efeito, a cobrança de preços diferenciados por uma mesma mercadoria para o pagamento à vista, mediante dinheiro ou cheque, e para aquele efetuado por meio de cartão de crédito, constitui prática abusiva, em evidente vulneração aos arts. 39, V, e 51, IV, do Código de Defesa do Consumidor.

(...).

Com tais considerações, nego provimento ao recurso, mantendo inalterada a sentença de primeiro grau, por seus próprios fundamentos.

Custas recursais, pela apelante” (fls. 344/346, e-STJ).

Com efeito, o Código de Defesa do Consumidor é zeloso quanto à preservação do equilíbrio contratual, da equidade contratual e, enfim, da justiça contratual, os quais não coexistem ante a existência de cláusulas abusivas.

Para Claudia Lima Marques:

“Assim, institui o CDC normas imperativas, as quais proibem a utilização de quaisquer cláusulas abusivas, definidas como as que assegurem vantagens unilaterais ou exageradas para o fornecedor de bens e serviços, ou que sejam incompatíveis com a boa-fé e a equidade (v. art. 51, IV, do CDC).

O Poder Judiciário declarará a nulidade absoluta destas cláusulas, a pedido do consumidor, de suas entidades de proteção, do Ministério Público e mesmo, incidentalmente, ex officio. A vontade das partes manifestada livremente no contrato não é mais o fator decisivo para o direito, pois as normas do Código instituem novos valores superiores, como o equilíbrio e a boa-fé nas relações de consumo. Formado o vínculo contratual de consumo, o novo direito dos contratos opta por proteger não só a vontade das partes, mas também os legítimos interesses e expectativas dos consumidores. O princípio da equidade, do equilíbrio contratual é cogente. A lei brasileira, como veremos, não exige que a cláusula abusiva tenha sido incluída no contrato por “abuso do poderio econômico” do fornecedor, como exigia a lei francesa, ao contrário, o CDC sanciona e afasta apenas o resultado, o desequilíbrio, não exige um ato reprovável do fornecedor. A cláusula pode ter sido aceita conscientemente pelo consumidor, mas se traz vantagem excessiva para o fornecedor, se é abusiva, o resultado é contrário à ordem pública, contrário às novas normas de ordem pública de proteção do CDC e, portanto, a autonomia de vontade não prevalecerá.” (MARQUES, Claudia Lima. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. 4. ed. São Paulo: RT, 2013, p. 233/234.)

O art. 51 do Código de Defesa do Consumidor traz rol meramente exemplificativo de cláusulas abusivas, num conceito aberto que permite o enquadramento de outras abusividades que atentem contra o equilíbrio entre as partes no contrato de consumo, de modo a preservar a boa-fé e a proteção do consumidor.

Como bem reconheceu o Tribunal de origem, o lojista que, para mesmo produto ou serviço, oferece desconto ao consumidor que paga

em dinheiro ou cheque em detrimento daquele que paga em cartão de crédito estabelece cláusula abusiva apta a transferir os riscos da atividade ao adquirente, lembrando-se que tal **abusividade independe da má-fé do fornecedor**.

Tampouco vinga o argumento do recorrente de que não há lei específica que vede o oferecimento de condições mais favoráveis às compras realizadas em dinheiro ou cheque, uma vez que tanto o Código de Defesa do Consumidor quanto a Lei n. 12.529/2011 abrangem perfeitamente a situação, protegendo o consumidor de tais diferenciações.

Forçoso concluir que, em virtude da evolução do entendimento desta Corte no tocante à inadiável tutela do consumidor, os precedentes trazidos pela recorrente não mais se prestam à solução da controvérsia nos dias atuais.

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

É como penso. É como voto.

Ministro Humberto Martins
Relator

Recurso Especial nº 1.480.881 - Pi (2014/0207538-0)

Relator: Ministro Rogerio Schietti Cruz

Recorrente: Ministério Público do Estado do Piauí

Recorrido: A R de O

Advogado: Andréa Rebelo Fontenele

Interes.: Defensoria Pública da União - “Amicus Curiae”

Advogado: Defensoria Pública da União

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. PROCESSAMENTO SOB O RITO DO ART. 543-C DO CPC. RECURSO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS. FATO POSTERIOR À VIGÊNCIA DA LEI 12.015/09. CONSENTIMENTO DA VÍTIMA. IRRELEVÂNCIA. ADEQUAÇÃO SOCIAL. REJEIÇÃO. PROTEÇÃO LEGAL E CONSTITUCIONAL DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça assentou o entendimento de que, sob a normativa anterior à Lei nº 12.015/09, era absoluta a presunção de violência no estupro e no atentado violento ao pudor (referida na antiga redação do art. 224, “a”, do CPB), quando a vítima não fosse maior de 14 anos de idade, ainda que esta anuisse voluntariamente ao ato sexual (EREsp 762.044/SP, Rel. Min. Nilson Naves, Rel. para o acórdão Ministro Felix Fischer, 3ª Seção, DJe 14/4/2010).

2. No caso sob exame, já sob a vigência da mencionada lei, o recorrido manteve inúmeras relações sexuais com a ofendida, quando esta ainda era uma criança com 11 anos de idade, sendo certo, ainda, que mantinham um namoro, com troca de beijos e abraços, desde quando a ofendida contava 8 anos.

3. Os fundamentos empregados no acórdão impugnado para absolver o recorrido seguiram um padrão de comportamento tipicamente patriarcal e sexista, amiúde observado em processos por crimes dessa natureza, nos

quais o julgamento recai inicialmente sobre a vítima da ação delitiva, para, somente a partir daí, julgar-se o réu.

4. A vítima foi etiquetada pelo “seu grau de discernimento”, como segura e informada sobre os assuntos da sexualidade, que “nunca manteve relação sexual com o acusado sem a sua vontade”. Justificou-se, enfim, a conduta do réu pelo “discernimento da vítima acerca dos fatos e o seu consentimento”, não se atribuindo qualquer relevo, no acórdão vergastado, sobre o comportamento do réu, um homem de idade, então, superior a 25 anos e que iniciou o namoro – “beijos e abraços” – com a ofendida quando esta ainda era uma criança de 8 anos.

5. O exame da história das ideias penais – e, em particular, das opções de política criminal que deram ensejo às sucessivas normatizações do Direito Penal brasileiro – demonstra que não mais se tolera a provocada e precoce iniciação sexual de crianças e adolescentes por adultos que se valem da imaturidade da pessoa ainda em formação física e psíquica para satisfazer seus desejos sexuais.

6. De um Estado ausente e de um Direito Penal indiferente à proteção da dignidade sexual de crianças e adolescentes, evoluímos, paulatinamente, para uma Política Social e Criminal de redobrada preocupação com o saudável crescimento, físico, mental e emocional do componente infanto-juvenil de nossa população, preocupação que passou a ser, por comando do constituinte (art. 226 da C.R.), compartilhada entre o Estado, a sociedade e a família, com inúmeros reflexos na dogmática penal.

7. A modernidade, a evolução moral dos costumes sociais e o acesso à informação não podem ser vistos como fatores que se contrapõem à natural tendência civilizatória de proteger certos segmentos da população física, biológica, social ou psicologicamente fragilizados. No caso de crianças e adolescentes com idade inferior a 14 anos, o reconhecimento de que são pessoas ainda imaturas – em menor ou maior grau – legitima a proteção penal contra todo e qualquer tipo de iniciação sexual precoce a que sejam submetidas por um adulto, dados os riscos imprevisíveis sobre o desenvolvimento futuro de sua personalidade e a impossibilidade de dimensionar as cicatrizes físicas e psíquicas decorrentes de uma decisão que um adolescente ou uma criança de tenra idade ainda não é capaz de livremente tomar.

8. Não afasta a responsabilização penal de autores de crimes a aclamada aceitação social da conduta imputada ao réu por moradores de sua pequena cidade natal, ou mesmo pelos familiares da ofendida, sob pena de permitir-se a sujeição do poder punitivo estatal às regionalidades e diferenças socioculturais existentes em um país com dimensões continentais e de tornar írrita a proteção legal e constitucional outorgada a específicos segmentos da população.

9. Recurso especial provido, para restabelecer a sentença proferida nos autos da Ação Penal n. 0001476-20.2010.8.0043, em tramitação na Comarca de Buriti dos Lopes/PI, por considerar que o acórdão recorrido contrariou o art. 217-A do Código Penal, assentando-se, sob o rito do Recurso Especial Repetitivo (art. 543-C do CPC), a seguinte tese: **Para a caracterização do crime de estupro de vulnerável previsto no art. 217-A, caput, do Código Penal, basta que o agente tenha conjunção carnal ou pratique qualquer ato libidinoso com pessoa menor de 14 anos. O consentimento da vítima, sua eventual experiência sexual anterior ou a existência de relacionamento amoroso entre o agente e a vítima não afastam a ocorrência do crime.**

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Seção, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial representativo da controvérsia, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, assentando-se a seguinte tese: para a caracterização do crime de estupro de vulnerável previsto no art. 217-A, caput, do Código Penal, basta que o agente tenha conjunção carnal ou pratique qualquer ato libidinoso com pessoa menor de 14 anos. O consentimento da vítima, sua eventual experiência sexual anterior ou a existência de relacionamento amoroso entre o agente e a vítima não afastam a ocorrência do crime. Os Srs. Ministros Nefi Cordeiro, Gurgel de Faria, Reynaldo Soares da Fonseca, Newton Trisotto (Desembargador Convocado do TJ/SC), Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP), Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do

TJ/PE), Felix Fischer e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior.

Brasília (DF), 26 de agosto de 2015

Ministro Rogerio Schietti Cruz
Relator

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ:

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PIAUÍ interpõe recurso especial com fulcro na alínea “a” do permissivo constitucional, em face de acórdão prolatado pelo Tribunal de Justiça daquele Estado, que, por unanimidade, deu provimento ao recurso de apelação manejado pela defesa para absolver o ora recorrido (fls. 182-204).

Nas razões do recurso especial, o Ministério Público estadual aponta negativa de vigência do art. 217-A do Código Penal.

Alega que “o tipo penal de estupro de vulnerável apresentou considerações objetivas e taxativas, a se entender que, em sendo a vítima menor de 14 (catorze) anos à época dos fatos e tendo o acusado conjunção carnal com a pessoa vulnerável nos termos legais, a imputação do crime do artigo 217-A do Código Penal mostra-se plausível na espécie, sendo despidendo o consentimento da vítima” (fl. 221).

Assim, insiste que é suficiente que o agente tenha conhecimento da idade da vítima (menor de 14 anos) e com ela mantenha conjunção carnal ou qualquer ato libidinoso, o que aconteceu no caso dos autos. Pondera, ainda, ser despidendo a ocorrência de violência ou grave ameaça para que a conduta seja tipificada como estupro de vulnerável. Para embasar sua argumentação, colaciona precedentes deste Tribunal Superior.

Pugna, ao final, pelo provimento do recurso especial a fim de que seja restabelecida a condenação imposta em primeiro grau.

Admitido o recurso na origem (fls. 230-231), o Ministério Público Federal manifestou-se pelo seu provimento (fls. 240-247), em parecer assim ementado:

PENAL. RECURSO ESPECIAL. ART. 217-A DO CÓDIGO PENAL. PRESUNÇÃO ABSOLUTA DE VIOLÊNCIA. CONSENTIMENTO DA VÍTIMA. IRRELEVÂNCIA. PRECEDENTE DA TERCEIRA SEÇÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. ERESP Nº 1.152.864/SC. PARECER PELO CONHECIMENTO E PROVIMENTO DO RECURSO ESPECIAL.

Este recurso especial foi distribuído à minha relatoria e concluso ao Gabinete em 16/9/2014 (fl. 236).

Após manifestação da Defensoria Pública da União (fls. 339-360) – na qualidade de *amicus curiae* – o feito foi convertido em diligência, com o fim de que o réu fosse intimado para apresentar contrarrazões ao recurso especial. A peça foi juntada às fls. 627-632, juntamente com a procuração outorgada à nova advogada constituída (fl. 633).

Em seu arrazoado, o recorrido alega a incidência do Enunciado Sumular n. 7 do STJ, pois “o Tribunal a quo se convenceu, com base na prova dos autos que a conduta do acusado apesar da subsunção ao art. 217-A do CP, foi perpetrada em erro de elementar do tipo, bem como, que a violência presumida existente no tipo exige que a vítima encontre-se em situação de vulnerabilidade, o que não se verificou no caso em epígrafe” (fl. 629). Ressalta, ainda, que nos crimes de estupro de vulnerável “deve ser objeto de consideração não só a simples subsunção dos fatos ao tipo penal, mas às mudanças sociais quanto à sexualidade, a relevância do consentimento do menor à prática sexual e a existência de ofensa ao bem jurídico protegido” (fl. 630). Por fim, invoca a tese do erro de tipo, aplicável quando o agente desconhece que a vítima era, ao tempo do fato, menor de 14 anos.

Após nova vista dos autos, o MPF, por seu Subprocurador-Geral da República Hugo Gueiros Bernardes Filho, posicionou-se contrariamente ao provimento do recurso do Ministério Público do Estado do Piauí, postulando a manutenção da sentença absolutória do recorrido (fls. 655-664).

As partes foram intimadas acerca da data do julgamento deste REsp.

VOTO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ (Relator):

I. Admissibilidade

I.1. Tempestividade do recurso

A Defensoria Pública, na condição de *amicus curiae*, por meio da petição de fls. 339-360, alega, em preliminares, a intempestividade deste recurso especial.

Para tanto, afirma que a contagem do prazo não se inicia com a data da remessa do feito ao Ministério Público – que no caso se deu em 7/5/2014, conforme certidão de fl. 207 –, mas sim do dia em que foi intimado pessoalmente.

Pondera, no entanto, que não há registro do recebimento do processo pelo membro do *Parquet*, pois o carimbo de ciência está em branco nas respectivas lacunas de data e de assinatura (fl. 205)

Logo, asseve que o recurso foi protocolado no 16º dia do prazo, o que o torna intempestivo e que a dúvida quanto à data precisa do recebimento não milita em favor da parte recorrente.

Não obstante a argumentação dispensada pela Defensoria, nesta oportunidade, observo, primeiramente, que, no caso de dúvida quanto ao

dia da efetiva ciência por parte do representante do Ministério Público, com fins à demarcação do termo *a quo* para a contagem do prazo, conclui-se em favor da parte recorrente.

O mesmo procedimento se dá quando o recurso é interposto pela Defensoria Pública. Isso porque a entidade representada não pode ser prejudicada pela ausência de indicação nos autos quanto ao dia do efetivo recebimento dos autos.

De toda sorte, após contato telefônico realizado pelo Gabinete com a Secretaria das Câmaras Criminais do Tribunal de Justiça do Estado do Piauí, **obteve-se a informação de que, consoante alegado na peça recursal, o Ministério Público teve a ciência pessoal do julgado a partir do dia 8/5/2015.**

A propósito, foi encaminhada, via correio eletrônico, cópia da página do **livro de protocolo de carga dos autos físicos – efetivada na aludida data** –, que ora faço juntar aos autos (fls. 680-681), o que **atesta a tempestividade do recurso especial** sob exame, uma vez que a ciência do acórdão ocorreu, necessariamente, no dia 8/5/2015 ou em data posterior.

I.2 Não incidência da Súmula 7 do STJ

As circunstâncias fáticas do crime foram descritas no acórdão estadual, ou seja, não há necessidade de se buscarem documentos, depoimentos, laudos ou qualquer outro material probatório acostado aos autos para que se aplique o direito à espécie, motivo pelo qual afasto a alegação, trazida nas contrarrazões, de incidência do Enunciado Sumular n. 7 desta Corte.

I.3. Demais requisitos

Verifico que o recurso indica a contrariedade a preceito de lei federal, nos moldes do permissivo constitucional, que o tema versado na impugnação foi prequestionada mediante discussão explícita no tribunal

de origem, que a jurisdição ordinária foi esgotada e que a questão debatida é jurídica.

Preenchidos os demais requisitos legais e regimentais, conheço do recurso especial.

II. Mérito

II.1. Delimitação dos fatos

A controvérsia posta nesta via especial centra-se na discussão relativa à **incidência do tipo penal descrito no art. 217-A do Código Penal**, notadamente **quando a vítima**, apesar de contar menos de 14 anos de idade, **consentir com o ato sexual**.

Com o objetivo de contextualizar a prática do delito, oportuna é a transcrição do seguinte excerto da denúncia, ofertada em 20/7/2010 (fls. 2-4, destaquei, *sic*):

I - DOS FATOS

01. No dia 13 de julho do ano em curso, foi preso por ordem judicial o denunciado acima nominado e qualificado, em razão do mesmo vir mantendo há aproximadamente um ano, de forma continuada, conjunção carnal com E. M. P. S., nascida no dia 14 de abril de 1997 – certidão de nascimento às fl. 07 –, visando obtenção de prazer sexual.
02. Discorre a peça investigativa que o denunciado frequentava a residência do genitor da vítima, tinha laços de amizade com toda a família, inclusive, dormia nessa casa, era considerada pessoa de confiança pelos familiares da menor.
03. Narra ainda o caderno investigativo que a vítima era virgem quando manteve o primeiro ato sexual com o acusado. O fato só descoberto depois de um ano, porque a genitora da menor desconfiou, a levou para fazer exame, foi então que a mesma diante do resultado, como não tinha mais como negar, confessou que estava sedo abusada sexualmente pelo acusado.
04. Interrogado acerca da prática delituosa, o denunciado confessou que realmente vinha mantendo relações sexuais com a menor a cerca de um ano.

05. Ouvida também pela autoridade policial a menor disse que só manteve relações sexuais com o acusado e que a última vez foi em maio do ano em curso, pormenorizando todo *iter criminis*.

06. Extrai-se das provas apuradas no inquérito policial que E. M. P. S., ainda quando criança começou a sofrer coação psicológica, diante o estado natural de impossibilidade de compreensão da seriedade do ato realizado pelo denunciado, pois desde seus nove anos que é perseguida pelo acusado.

[...].

III - DA TIPIFICAÇÃO DO DELITO:

09. Os *iter criminis* descritos no procedimento investigatório evidenciam, de forma clara, que a atitude reiterada do denunciado A. R. DE O. se amolda à figura típica e antijurídica capitulada no art. 217-A (crime de estupro de vulnerável) c/c art. 71, ambos do Código Penal.

Afirma o recorrido em seu interrogatório (fl. 93):

Que em Dezembro de 2009, quando a menor tinha treze anos, depois de muita insistência da menor, não se controlou mais, pois começou a gostar e se apaixonar pela menor e começaram a namorar e ter relações sexuais.

Depreende-se dos autos que o recorrido foi **condenado à pena de 12 anos de reclusão, inicialmente em regime fechado**, pela prática do crime previsto no art. 217-A, c/c o art. 71, ambos do CP. Da sentença, da lavra do Juízo de primeiro grau, destaco os seguintes trechos (fls. 110-112):

De acordo com as alegações das partes e as provas dos autos, entendo que merece ser acolhida a pretensão punitiva Estatal, vez que foi formada a convicção deste juízo sobre a veracidade dos fatos alegados pela acusação.

Restou demonstrado que acusado A. R. de O. começou a manter relações sexuais com a vítima E. M. S. P. desde que esta tinha 11 anos de idade.

Foi essencial para a conclusão, a confissão do acusado quanto ao crime narrado na peça acusatória, tendo o réu confessado à prática delitiva tanto em juízo, quanto em sede policial, tudo corroborado pelos depoimentos

das testemunhas, da vítima e pelo exame de corpo de delito constante às fls. 11 dos autos, onde o perito concluiu que a vítima havia iniciado sua vida sexual acerca de um ano em razão da cicatriz himenal.

A vítima relatou pormenorizadamente em juízo, todo o seu envolvimento com o acusado, que usou sua experiência para adquirir a confiança da menor, tendo esta desde os 08 (oito) anos de idade começado a nutrir um sentimento incompatível com sua idade, o que levou, anos depois, à vítima a iniciar sua vida sexual com apenas 11 anos de idade, cedendo aos apelos sexuais de um homem de 25 anos de idade.

No depoimento em juízo a vítima confirma que teve sua primeira relação sexual com o acusado aos 11 anos de idade, conforme se vê às fls. 79, tendo a menor, na fase investigativa afirmado que o réu fazia muitas promessas, dizendo até que iria se casar com a vítima quando a mesma ficasse maior de idade, conforme se vê às fls. 18/19.

O denunciado para conseguir obter êxito em sua empreitada delituosa, conquistou a confiança de toda a família da vítima, assim, poderia manter conjunção carnal com a menor dentro de sua própria casa sem despertar suspeitas dos pais e do irmão da vítima.

A instrução não revela discrepância e os depoimentos das testemunhas arroladas pela acusação, são uníssonas quanto aos aspectos que caracterizam o delito objeto da pretensão punitiva, formando consistente liame. Tais fatos foram obtidos pela conjugação dos depoimentos da VÍTIMA e das testemunhas A. M. A. P. (mãe da vítima), A. C. DE S. B. (padrasto da vítima), L. V. DA S. (pai da vítima) tanto no inquérito policial como na instrução processual.

A vítima afirmou em seu depoimento constante às fls. 79, que **começou a namorar de 08 para 09 anos com o acusado e só depois que tinha 11 anos foi que teve a 1ª relação sexual com o acusado**, confirmando ainda que manteve mais de uma relação sexual com o acusado.

No depoimento da **testemunha F. J. P. DA S. F., colacionado às fls. 84, esta afirmou que chegou a advertir ao acusado que namorar com menor poderia dar problemas.**

Além da prova oral, a pericial por si só já evidencia a materialidade do crime de estupro de vulnerável, pela constatação de que a paciente E.

M. P. S. não era mais virgem, não havendo indícios de desvirginamento recente, com carúnculas himenais de aspecto cicatricial remoto, tal como consta do auto de exame de corpo de delito para constatação de conjunção carnal, acostado às fls. 11.

[...].

Incide, pois, na sanção do art. 217-A do CP o agente que induz menor de 14 anos à conjunção carnal, sendo irrelevante à caracterização do delito o seu consentimento, pois falta à mulher, nessa idade, a plena capacidade de manifestação.

Assim, concluo que a instrução não revela discrepância e os depoimentos das testemunhas tanto em sede policial, quanto em juízo, bem como por toda análise minuciosa dos fatores abordados, são uníssonas quanto aos aspectos que caracterizam o delito objeto da pretensão punitiva, formando consistente liame.

O próprio acusado não desmente que manteve conjunção carnal por várias vezes com a vítima, defendendo-se apenas dizendo que não conseguiu se controlar, pois começou a gostar muito da menor, demonstrando plena consciência quanto a idade da vítima e do caráter delituoso de sua conduta.

Contra a sentença condenatória, a defesa interpôs recurso de apelação, ao qual a **2ª Câmara Especializada Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Piauí, em 2/4/2014, deu provimento, para absolver** o recorrido da acusação de estupro de vulnerável.

O órgão colegiado, por unanimidade, acompanhou o voto do relator, Desembargador Erivan Lopes, assentado nos seguintes fundamentos (fls. 192-203, destaquei):

Sobre os fatos, não há controvérsia: o apelado manteve relações sexuais consentidas com a vítima menor de 14 anos de idade. A discussão deve ser travada exclusivamente a respeito do Direito a ser aplicado frente ao caso concreto. Se a aplicação se der em mera forma de subsunção dos fatos à norma jurídica do art. 217-A do CP, a sentença condenatória deverá ser mantida. Porém, para fazer uma interpretação mais ampla, fundada nos princípios constitucionais da liberdade e da

dignidade da pessoa humana e nos **valores culturais internalizados (a tradição)**, é preciso se analisar toda a dinâmica dos fatos, personalidade e comportamento dos atores envolvidos na cena.

Na fase inquisitiva, a vítima E. M. P. S., menor de 14 anos, prestou declarações no dia 18.06.2010 e aduziu: que **começou a se envolver com R. quando tinha uns nove anos**, que R. era muito de dentro da casa do pai da depoente, que admite que **foi ela que disse a R. que gostava dele, que só depois que a depoente se declarou para R. é que o mesmo passou a retribuir as cortesias, que no começo havia só abraço e beijos**, que passou muito tempo só em carícias, sem sexo, porém que se recorda que **mais ou menos há um ano atrás foi que manteve pela primeira vez relação sexual com R.**; que se recorda nessa época **ter doze anos aproximadamente**; [...] que há algum tempo atrás namorou com um menino da região; que a última vez que manteve relação sexual com o R. foi exatamente há três semanas atrás, dias 29 e 30 de maio de 2010; que **R. dizia que quando a depoente ficasse maior de idade iria casar com a mesma**; que sempre foi com livre e espontânea vontade, que não houve pressão por parte de R.; **que se apaixonou por R.; que afirma não saber que era contra a lei que um maior mantivesse relação sexual com uma menor**; que não tem intenção de prejudicar R. (fls. 18/19); que não teve relação sexual com nenhum outro homem, apenas com R., mas admite que foi ela que deu em cima de R.; que teme sua mãe saber que ela escreveu o bilhete constante nos autos, mas afirma que é sua letra no bilhete, que escreveu e mandou por um amigo de R. (fls. 43/44)

Em juízo (no dia 13.09.2010), a vítima E. descreve com riqueza de detalhes como ocorreram os fatos, ao afirmar: que conhece o acusado desde pequena, **ele sempre ia à casa de seus pais**; que quando saiu o boato do seu namoro com o acusado, seu pai não queria; que namorava escondida com o acusado, pois gosta muito dele; que **fez um pacto com o acusado, que ninguém iria contar que namoravam escondidos**; que acha que seus sentimentos são recíprocos com R.; que no início do namoro eram só **beijos e abraços com o acusado; que começou a namorar de 8 para 9 anos com o acusado, só depois quando tinha 11 anos foi que teve a primeira relação sexual com o acusado**; que manteve mais de uma relação sexual com o acusado; que já tinha menstruado quando manteve a primeira relação; que nunca manteve relação sexual com o acusado, sem a sua vontade; que umas das vezes que brigou com o acusado, namorou

uma semana outro rapaz, mas não teve relação sexual com esse namorado; que nunca viu o acusado com outras namoradas; que quando o acusado esteve preso pediu para sua mãe para ir conversar com ele, mas sua mãe não deixou; que depois de solto, o acusado ligou para sua mãe, mas ela não deixou que ele falasse com a depoente; que fez 13 anos em abril; que quando começou a namorar com R. seus pais já estavam separados; **que começou a paquerar com o acusado quando tinha oito anos**; que seus pais estão separados há aproximadamente uns quatro anos; que quando tinha uns sete anos ouviu sua mãe dizer que era para ela depoente casar com ele acusado, pois ele iria dar uma boa vida pra ela. (fls. 79)

Os depoimentos da vítima, na fase inquisitiva e em juízo, revelam, pois, que embora menor, a vítima tinha pleno conhecimento da diferença de idade entre ela e o apelado e consentiu na realização da relação sexual. O discernimento acerca dos fatos e a manifestação de vontade da menor restaram bem caracterizados, de forma que a vítima, indiscutivelmente, refutou em seu depoimento a prática de violência real.

[...].

Como se vê, **é incontroversa a ocorrência de relação sexual entre acusado e vítima**. Ambos confirmaram o fato, relatando com detalhes e o auto de exame de conjunção carnal, às fls. 11, corrobora essa afirmativa. **Não obstante a ocorrência de relação sexual entre o acusado (solteiro, 25 anos) e a vítima (menor de 14 anos), no caso em análise, a questão cinge-se em saber se a vítima, conquanto menor de catorze anos, como previsto no tipo penal, deve ser considerada vulnerável.**

É cediço que a violência que coage, constrange, força o menor de 14 (catorze) anos a ato sexual é merecedora de intensa reprovação social e penal. Contudo, a mesma reprovação merece ser dada nos casos em que existe o discernimento em relação ao fato, o consentimento, a livre vontade e concordância do menor? Nos casos em que existe envolvimento afetivo estabelecido entre acusado e vítima e/ou nos casos em que o menor já desempenha sua vida sexual? Não admitiria, pois, cada situação, uma apreciação mais minuciosa, considerando as circunstâncias do fato e o comportamento dos envolvidos?

[...].

Nesse âmbito, destaco que, apesar de existir divergência doutrinária e jurisprudencial, **entendo que a vulnerabilidade, conceito inserido em nosso ordenamento após a vigência da Lei nº 12.015/2009, deve ser aferida em cada caso, não podendo se levar em conta apenas o critério etário.**

Digo isso, pois não se pode afirmar, de forma absoluta, que uma pessoa com idade inferior a 14 (catorze) anos seja absolutamente vulnerável e não tenha de forma absoluta, a mínima noção do que seja uma relação sexual, a ponto de se tornar incapaz de consentir e manifestar a sua vontade em relação àquele ato.

Dessa forma, analisando o caso concreto, **entendo que a vítima não se encontrava em situação de vulnerabilidade, tendo plena ciência do quanto se passava, uma vez que esta consentiu com o relacionamento sexual de forma válida, demonstrando de forma espontânea a sua vontade para a prática dos atos** – até mesmo porque, conforme afirmou, foi ela que disse a R. que gostava dele; **que sempre foi com livre e espontânea vontade, que não houve pressão por parte de R.; que se apaixonou por R.; que foi ela que deu em cima de R.; que namorava escondida com o acusado, pois gosta muito dele; que nunca manteve relação sexual com o acusado, sem a sua vontade;** que umas das vezes que brigou com o acusado, namorou uma semana outro rapaz, mas não teve relação sexual com esse namorado; que quando tinha uns sete anos ouviu sua mãe dizer que era para ela depoente casar com ele acusado, pois ele iria dar uma boa vida pra ela (fls. 43/44 e 79).

As declarações prestadas pela mãe da vítima [...] e as declarações prestadas pelo pai da vítima [...] corroboram a ideia de que, embora escondido, existia um relacionamento afetivo e não apenas relações sexuais, entre o acusado e a vítima; que existiu uma anuência, mesmo que indireta, dos pais para com esse relacionamento; que existe o apoio dos pais caso se concretize a união do acusado e vítima, o que autoriza concluir que **não existiu comportamento agressivo ou ameaçador por parte do acusado e nunca houve violência real para a prática de ato sexual, tendo ocorrido, inclusive, com o consentimento vontade da vítima, uma vez que a mesma nutria um sentimento pelo acusado, sentimento este que aparentemente era recíproco.** (fls. 80/81)

Pela análise das provas colhidas nos autos e das circunstâncias em ocorreram os fatos, sendo incontestável a existência de relacionamento afetivo e sexual entre acusado (solteiro, 25 anos) e vítima (menor de 14 anos), bem como o discernimento da vítima acerca dos fatos e o seu consentimento para a prática do ato, não vejo como considerar típica a conduta do acusado, não havendo que se falar na existência de crime previsto no art. 217-A do CP.

As declarações da menor, o seu grau de discernimento, bem como o consentimento para a relação sexual e a ausência de violência real não nos autorizam a firmar juízo acerca do dolo e da tipicidade do crime.

[...]

Dessa forma, **afasto a presunção de violência na espécie, o que é suficiente para desconstituir a tipicidade da conduta.**

Em virtude do exposto, conheço do apelo e dou-lhe provimento para absolver o acusado da acusação pelo crime de estupro de vulnerável, por ausência de tipicidade, o que faço com fundamento no art. 386, inciso III, do Código de Processo Penal.

II.2. Violação do art. 217-A do Código Penal

Posta a questão, delineados os fatos e indicados os fundamentos de que se valeu a Corte estadual para considerar atípica a conduta imputada ao recorrido, **encaminho o presente voto em sentido contrário ao decidido na origem**, por entender violado o dispositivo de lei federal invocado na impugnação especial.

Registre-se que, ainda na vigência da alínea “a” do art. 224 do Código Penal (antes da entrada em vigor da Lei n. **12.015/09**), a interpretação que vinha se firmando sobre tal dispositivo já era no sentido de que respondia por estupro ou por atentado violento ao pudor o agente que, **mesmo sem violência real, e ainda que mediante anuência da vítima**, mantinha relações sexuais (ou qualquer ato libidinoso) com menor de 14 anos.

Nesta Corte de Precedentes, o tema ensejou, no passado, interpretação oscilante nas duas Turmas da Terceira Seção. Em abril de

2014, a **matéria foi pacificada** por força do julgamento dos Embargos de Divergência em **Recurso Especial n. 1.152.864/SC**, da relatoria da Ministra **Laurita Vaz**, assim ementado:

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. ARTS. 213 C.C 224, ALÍNEA A, DO CÓDIGO PENAL, NA REDAÇÃO ANTERIOR À LEI N.º 12.015/2009. PRESUNÇÃO ABSOLUTA DE VIOLÊNCIA. CONSENTIMENTO DAS VÍTIMAS. IRRELEVÂNCIA. INCAPACIDADE VOLITIVA. PROTEÇÃO À LIBERDADE SEXUAL DO MENOR. RETORNO DOS AUTOS AO TRIBUNAL DE JUSTIÇA PARA EXAME DAS DEMAIS TESES VEICULADAS NA APELAÇÃO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA ACOLHIDOS.

1. A literalidade da Lei Penal em vigor denota clara intenção do Legislador de proteger a liberdade sexual do menor de catorze anos, infligindo um dever geral de abstenção, porquanto se trata de pessoa que ainda não atingiu a maturidade necessária para assumir todas as consequências de suas ações. Não é por outra razão que o Novo Código Civil Brasileiro, aliás, considera absolutamente incapazes para exercer os atos da vida civil os menores de dezesseis anos, proibidos de se casarem, senão com autorização de seus representantes legais (art. 3.º, inciso I; e art. 1517). A Lei Penal, por sua vez, leva em especial consideração o incompleto desenvolvimento físico e psíquico do jovem menor de quatorze anos, para impor um limite objetivo para o reconhecimento da voluntariedade do ato sexual.

2. A presunção de violência nos crimes contra os costumes cometidos contra menores de 14 anos, prevista na antiga redação do art. 224, alínea a, do Código Penal, possui caráter absoluto, pois constitui critério objetivo para se verificar a ausência de condições de anuir com o ato sexual. Não pode, por isso, ser relativizada diante de situações como de um inválido consentimento da vítima; eventual experiência sexual anterior; tampouco o relacionamento amoroso entre o agente e a vítima.

3. O Supremo Tribunal Federal pacificou o entendimento “quanto a ser absoluta a presunção de violência nos casos de estupro contra menor de catorze anos nos crimes cometidos antes da vigência da Lei 12.015/09, a obstar a pretensa relativização da violência presumida.” (HC 105558,

Rel. Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 22/05/2012, DJe de 12/06/2012). No mesmo sentido: HC 109206/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 18/10/2011, DJe 16/11/2011; HC 101456, Rel. Min. EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 09/03/2010, DJe 30/04/2010; HC 93.263, Rel. Min. CARMEN LÚCIA, Primeira Turma, DJe 14/04/2008, RHC 79.788, Rel. Min. NELSON JOBIM, Segunda Turma, DJ de 17/08/2001.

4. Embargos de divergência acolhidos para, afastada a relativização da presunção de violência, cassar o acórdão embargado e o acórdão recorrido, determinando o retorno dos autos ao Tribunal a quo para que as demais teses veiculadas na apelação da Defesa sejam devidamente apreciadas. (REsp n. 1.152.864/SC, Rel. Ministra Laurita Vaz, 3ª S., DJe 1/4/2014, destaquei).

Antes disso, também em Embargos de Divergência em Recurso Especial, a **Terceira Seção já tivera oportunidade de assentar a irrelevância do consentimento da vítima**, para fins de caracterização do crime de atentado violento ao pudor contra menor de 14 anos:

PENAL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO RECURSO ESPECIAL. ART. 214, C/C ART. 224, ALÍNEA A, AMBOS DO CÓDIGO PENAL. PRESUNÇÃO. NATUREZA.

I - No atentado violento ao pudor com violência presumida, a norma impõe um dever geral de abstenção de manter conjunção carnal com jovens que não sejam maiores de 14 anos.

II - O consentimento da vítima ou sua experiência em relação ao sexo, no caso, não têm relevância jurídico-penal (Precedentes do STF, da 3ª Seção, e da 5ª e 6ª Turmas e do STJ). Embargos de divergência desprovidos. (REsp. n. 762.044/SP, Rel. Ministro Nilson Naves, Rel. para o acórdão Ministro Felix Fischer, 3ª Seção, DJe 14/4/2010).

Na Corte Suprema, o assunto também mereceu igual compreensão, como se percebe dos arestos colacionados:

1. Eventual consentimento da ofendida, menor de 14 anos, para a conjunção carnal ou a sua experiência anterior não elidem a presunção de violência caracterizadora do crime de estupro praticado antes da vigência da Lei 12.015/2009. Precedentes.

2. [...].

3. Ordem denegada. (HC n. 119.091/SP, Rel. Ministra **Cármem Lúcia**, 2ª T., DJe 18/12/2013).

1. A jurisprudência majoritária do Supremo Tribunal Federal reafirmou **o caráter absoluto da presunção de violência** no crime de estupro contra vítima menor de catorze anos (art. 213 c/c art. 224, “a”, do CP, com a redação anterior à Lei 12.015/2009), sendo **irrelevantes, para tipificação do delito, o consentimento ou a compleição física da vítima**. Precedentes.

2. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no RHC n. 97.664/DF, Rel. Ministro **Teori Zavaski**, 2ª T., DJe 21/10/2013, destaquei.)

[...] 2. **O entendimento desta Corte pacificou-se quanto a ser absoluta a presunção de violência nos casos de estupro contra menor de catorze anos nos crimes cometidos antes da vigência da Lei 12.015/09, a obstar a pretensa relativização da violência presumida.** 3. Não é possível qualificar a manutenção de relação sexual com criança de dez anos de idade como algo diferente de estupro ou entender que não seria inerente a ato da espécie a violência ou a ameaça por parte do algoz.

4. O aumento da pena devido à continuidade delitiva varia conforme o número de delitos. Na espécie, consignado nas instâncias ordinárias terem os crimes sido cometidos diariamente ao longo de quase dois anos, autorizada a majoração máxima. (HC n. 105.558/PR, Relatora Min. **Rosa Weber**, 1ª T., DJe 12/06/2012, destaquei)

Posto que semelhante posicionamento dos tribunais superiores, como dito, nem sempre se tenha mostrado unívoco e talvez até pudesse suscitar alguma dúvida a quem julgou a questão quando ainda vigente o texto do art. 224 do Código Penal – que cuidava da presunção de violência nos “crimes contra os costumes” – **as alterações legislativas incorporadas pela Lei nº 12.015/09** ao TÍTULO VI – DOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL, especialmente ao seu CAPÍTULO II – DOS CRIMES SEXUAIS CONTRA VULNERÁVEL, do Código Penal, **não mais permitem qualquer dúvida razoável quanto à irrelevância, para fins de aperfeiçoamento do tipo penal inscrito**

no art. 217-A, caput, do Código Penal, de eventual consentimento da vítima ao ato libidinoso, sua anterior experiência sexual ou a existência de relacionamento amoroso entre ela e o agente.

O acórdão recorrido alude a que “a vítima não se encontrava em situação de vulnerabilidade, tendo plena ciência do quanto se passava, uma vez que esta consentiu com o relacionamento sexual de forma válida, demonstrando de forma espontânea a sua vontade para a prática dos atos – até mesmo porque, conforme afirmou, foi ela que disse a R. que gostava dele; que sempre foi com livre e espontânea vontade, que não houve pressão por parte de R.; que se apaixonou por R.; que foi ela que deu em cima de R.; que namorava escondida com o acusado, pois gosta muito dele; que nunca manteve relação sexual com o acusado, sem a sua vontade” (fl. 197).

Disse ainda: “As declarações da menor, o seu grau de discernimento, bem como o consentimento para a relação sexual e a ausência de violência real não nos autorizam a firmar juízo acerca do dolo e da tipicidade do crime” (fl. 198).

Vê-se que o julgado seguiu um padrão de comportamento tipicamente patriarcal, amiúde observado em crimes dessa natureza, nos quais o julgamento recai sobre a vítima da ação delitiva para, a partir daí, julgar-se o réu.

A referência à imagem da “criança libertina” ou “criança provocadora”, mencionada pelo sociólogo francês Georges Vigarello em sua célebre *História do estupro*, não é exclusiva de nossa tradição. No relato que faz de diversos processos tramitados em Paris no século XVIII, tendo por objeto violências sexuais praticadas contra crianças e adolescentes, são encontradas as alusões às dúvidas sobre o comportamento das jovens vítimas, sobre sua possível libertinagem, devassidão ou “excesso de instrução para a tenra idade”, **fenômeno judiciário que sempre foi um obstáculo à condenação de quem se servia de pequenos corpos**

para satisfazer sua lascívia. (VIGARELLO, G. *História do estupro*. Violência sexual nos séculos XVI – XX. Trad. Lucy Magalhães. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1998, p. 90-91).

Corriqueiro, assim, o uso de qualificativos ou etiquetas ao comportamento das crianças, de modo a desviar a análise da conduta criminosa ou a justificá-la. Expressões como “amadurecimento sexual da adolescente”, “experiência sexual pretérita da vítima” ou mesmo a utilização das expressões “criança prostituta” ou “criança sedutora” ainda frequentam o discurso jurisprudencial, como se o reconhecimento de tais circunstâncias em alguma medida justificasse os crimes sexuais perpetrados.

No caso em exame, a vítima foi referida como alguém com **“grau de discernimento”**, segura e informada sobre os assuntos da sexualidade, que **“nunca manteve relação sexual com o acusado, sem a sua vontade”**. Desse modo, **tangenciou-se a tarefa precípua do juiz de direito criminal, que é a de julgar o réu, ou, antes, o fato delituoso a ele atribuído, sob a perspectiva do agente do crime e não do seu sujeito passivo.**

Da alusão feita, no acórdão, ao comportamento da mãe da vítima se infere quão atual é a antiga observação de um estrangeiro sobre os hábitos das famílias brasileiras de entregar suas filhas para o casamento em uma idade em que “elas mal se ocuparam com seus bebês fictícios, quando têm os sorrisos e as lágrimas dos reais” (DEL PRIORE, M. *História do amor no Brasil*. 2. ed. São Paulo: Contexto, 2006, p. 169).

O voto condutor do acórdão faz menção também a **“valores culturais internalizados (a tradição)”**, o que **parece justificar a permanência de práticas coloniais e imperiais como as relatadas pela referida historiadora:**

O preconceito racial de estrangeiros não raro se misturava com a aversão europeia pela “corte amorosa à brasileira”. O fato de meninas, muito

meninas, passarem da reclusão familiar às mãos dos maridos os fazia crer num precoce interesse pelo sexo oposto, interesse, aliás, muito mal visto. Os viajantes criticavam a precocidade com que adquiriam modos e conhecimentos impróprios para a sua idade: [...] A percepção destes estrangeiros é de que havia certa precocidade sexual nas moças do Novo Mundo” (DEL PRIORE, M., op.cit., p. 168).

Em verdade, a subjetivação da criança como titular de direitos próprios é uma invenção moderna, não somente em terras brasileiras. Durante séculos – como observado por Philippe ARIÈS (*História social da criança e da família*. Trad. Dora Flaksman. Rio de Janeiro: LTC Editora, 1981) – a educação das crianças, de modo geral, se deu pela natural convivência com os adultos, em ambientes nos quais eram elas expostas a “toda sorte de grosserias e indecências”. Ariès, ao descrever a ausência de reserva diante das crianças, favorecendo brincadeiras que giravam em torno de temas sexuais, lembra as conclusões do François de Dainville (*La Naissance de L’humanisme Moderne*, Paris. Beauchesne. 1940, p. 261), historiador da pedagogia humanista: “O respeito devido às crianças era então (no século XVI) algo totalmente ignorado. Os adultos se permitiam tudo diante delas: linguagem grosseira, ações e situações escabrosas; elas ouviam e viam tudo”.

Fato é que, voltando à análise do caso vertente, o acórdão absolutório **centrou-se muito mais sobre o comportamento da vítima do que sobre o comportamento que deveria estar sob julgamento**. A denúncia imputou ao réu, ora recorrido, a prática do crime de estupro de vulnerável. Manteve o réu, por **“aproximadamente um ano, de forma continuada, conjunção carnal com E. M. P. S.”, quando tinha menos de 14 anos, e “que o denunciado freqüentava a residência da vítima, tinha laços de amizade com toda a família, inclusive, dormia nessa casa, era considerada pessoa de confiança pelos familiares da menor”** (fl. 3, destaquei).

Registrou-se, aliás, por mais de uma vez, que o recorrido e a vítima iniciaram um relacionamento amoroso **quando esta última contava 8**

anos de idade, momento em que, a despeito de ainda não manterem relações sexuais, **trocavam “beijos e abraços”** típicos do namoro, o que, como é cediço, **já bastaria para configurar o crime de estupro de vulnerável**, haja vista que tais carícias são compreendidas como modalidades de atos libidinosos.

Sem embargo, a absolvição inverte o objeto do juízo criminal ao dizer que a adolescente não foi vítima **“de violência real”** (fl. 198), que **“não se encontrava em situação de vulnerabilidade, tendo plena ciência do quanto se passava, uma vez que esta consentiu com o relacionamento sexual de forma válida, demonstrando de forma espontânea a sua vontade para a prática dos atos”** (fl. 197).

O **desvio teleológico da função de julgar** passou ao largo da análise dos demais integrantes do órgão julgador. Preferiram reduzir a questão a uma lógica tão simples quanto perversa: **se a criança (tinha menos de 12 anos** quando o réu com ela manteve a primeira relação sexual) desejou, ou mesmo buscou, o contato íntimo, caracterizado pelo **“discernimento da vítima acerca dos fatos e o seu consentimento para prática do ato”** (fl. 198), no sentido de que sabia o que fazia, o comportamento do réu é irrelevante para o direito penal.

Não se vê no acórdão impugnado qualquer referência à história de vida da vítima, de tal modo a se poder aferir se os magistrados que decidiram absolver o recorrido, por conta da alegada livre e lúdica vontade da vítima de com ele manter prática sexual, apoiaram seu convencimento em elementos probatórios encontrados nos autos que indicassem a personalidade da adolescente, sua escolaridade, sua conduta familiar e social etc.

É de se perguntar: com quais dados os desembargadores concluíram que a ofendida poderia estar preparada e madura para livremente decidir sobre sua vida sexual? Ainda: qual o limite de idade para que o infante não seja “responsabilizado” pela prática do ato sexual? E se as relações sexuais, na espécie, houvessem se iniciado quando a vítima e o recorrido

começaram a namorar, ou seja, quando ela tinha oito anos de idade, ainda assim estaria “justificada” a conduta do agente?

A resposta a essas perguntas não deve ser dada pelo juiz, pois já foi dada pelo legislador, quando **estabeleceu a idade de quatorze como limite para o livre e pleno discernimento quanto à iniciativa de uma relação sexual**. Não cabe, destarte, ao aplicador do direito relativizar esse dado objetivo, com o fim de excluir a tipicidade da conduta.

Nem mesmo se tem como possível o frágil argumento de que desenvolvimento da sociedade e dos costumes possam configurar fatores que não permitam a subsistência de uma presunção que toma como base a *innocentia concilli* da vítima.

Basta um rápido exame da história das ideias penais – e, em particular, das opções de política criminal que deram ensejo às sucessivas normatizações do Direito Penal brasileiro – para se constatar que o caminho da “modernidade” é antípoda ao sustentado no voto hostilizado.

Deveras, de um Estado ausente e de um Direito Penal indiferente à proteção da dignidade sexual de crianças e adolescentes, evoluímos, paulatinamente, para uma Política Social e Criminal de redobrada preocupação com o saudável crescimento, físico, mental e afetivo, do componente infanto-juvenil de nossa população, preocupação que passou a ser compartilhada entre o Estado, a sociedade e a família, com reflexos na dogmática penal.

Senão vejamos.

Até o Código Penal de 1940, crianças e adolescentes não recebiam proteção penal específica em relação aos crimes de natureza sexual.

De fato, tanto o Código Criminal do Império (1830) quanto o Código Penal da República (1890) não previam qualquer tipificação específica para o crime praticado contra menores de 14 anos e nem sequer previam recrudescimento da pena prevista para tais situações.

A partir do Código Penal de 1940, passou-se a presumir, para fins penais, a ocorrência de violência em quaisquer atos libidinosos cometidos contra meninas e meninos menores de 14 anos, sob o fundamento – constante da Exposição de Motivos da Parte Especial do Código Penal (n. 70) – de que tal ficção legal decorre da *innocentia consilii* do sujeito passivo dessa modalidade delitiva, a denotar “sua completa insciência em relação aos fatos sexuais, de modo que não se pode dar valor algum ao seu consentimento”.

Também se entendeu importante e necessário – para a efetiva e proporcional proteção penal – punir especialmente o crime cometido contra crianças e adolescentes e previu-se, inclusive, a hipótese de cometimento de estupro e de atentado violento ao pudor “com abuso do pátrio poder, ou da qualidade de padrasto, tutor ou curador” (art. 225, II, CP, em sua versão original), hipótese que, a par da iniciativa pública da ação penal, também mereceu agravamento da reprimenda do infrator, inicialmente “de quarta parte” (art. 226, II) e, agora, “de metade” (ex vi da redação dada ao dispositivo pela Lei n. 11.106/05).

Essa mesma expressão normalmente utilizada: “desenvolvimento da sociedade e dos costumes” foi responsável também por cominar diversos crimes contra crianças e adolescentes, em rol constante de marcante legislação infanto-juvenil, que sucedeu, sob nova realidade político-constitucional, o antigo Código de Menores. A referência, por óbvio, é ao Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) – Lei n. 8.069/90, o qual vem sendo, progressivamente, aperfeiçoado para conferir maior proteção penal a essa faixa etária.

Assim é que, a par da criminalização das condutas relativas à exploração sexual de crianças e adolescentes de modo geral, novas tipificações vieram reforçar a opção do Estado brasileiro – na linha de similar esforço mundial – de combater todo tipo de violência, sobretudo a sexual, contra crianças e adolescentes.

Após reformas penais de menor grandeza (como a da Lei n. 10.764/03, que alterou o art. 241 do ECA, que trata do crime de produção e divulgação de imagens de menores em cenas de sexo explícito), veio à tona a Lei n. 11.829/08, que, conforme enunciado em sua ementa, altera a Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990, “para aprimorar o combate à produção, venda e distribuição de pornografia infantil, bem como criminalizar a aquisição e a posse de tal material e outras condutas relacionadas à pedofilia na internet”.

Outra importantíssima alteração legislativa a destacar, ocorrida no Código Penal por meio da Lei n. 12.015/09, banuiu – e aqui reside a questão versada neste recurso – a possibilidade de relativizar a presunção de violência do antigo artigo 224 do CPB, ao inovar, em técnica legislativa, o tratamento jurídico-penal dos “crimes contra os costumes”, que passaram a se denominar “crimes contra a dignidade sexual”, prevendo-se, no que interessa por ora, como “estupro de vulnerável”, na letra do art. 217-A, a conduta de “Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos”.

Registre-se, por derradeiro, a recente edição da Lei n. 12.978, de 21 de maio de 2014, que acrescentou inciso ao art. 1º da Lei n. 8.072/90, para **classificar como hediondo** o crime de favorecimento da prostituição ou de outra forma de exploração sexual de criança ou adolescente ou de vulnerável.

Esse lento, porém constante, **progresso rumo a uma proteção integral da criança e do adolescente** não foi obra do acaso, e muito menos se incompatibiliza com a “evolução dos costumes”. Ao contrário, é exatamente porque estamos caminhando para uma sociedade cada vez mais preocupada com a formação e o desenvolvimento psíquico e emocional saudável dos futuros adultos que o Direito, como braço jurídico do Estado, constrói todo esse complexo normativo.

O marco político para essa tomada de posição – releva acentuar – veio com a adesão, pelo Brasil, a tratados e convenções internacionais,

seguida da promulgação de nossa Carta Política de 1988. Apenas para exemplificar, veja-se a similitude teleológica entre o que dispõe o artigo 19 da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança e o artigo 226 da Constituição da República do Brasil:

Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança

ARTIGO 19. 1. Os Estados Partes adotarão todas as medidas legislativas, administrativas, sociais e educacionais apropriadas para proteger a criança contra todas as formas de violência física ou mental, abuso ou tratamento negligente, maus tratos ou exploração, inclusive abuso sexual, enquanto a criança estiver sob a custódia dos pais, do representante legal ou de qualquer outra pessoa responsável por ela.

Constituição da República

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. [...]

§ 4º - A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente.

É anacrônico, portanto, qualquer discurso que procure associar a modernidade, a evolução moral dos costumes sociais e o acesso à informação como fatores que se contrapõem à natural tendência civilizatória de proteger certos grupos de pessoas física, biológica, social ou psicologicamente fragilizadas. A sobrevivência de tal doxa – despida, pois, de qualquer lastro científico – acaba por desproteger e expor pessoas ainda imaturas, em menor ou maior grau, não importa, a todo e qualquer tipo de iniciação sexual precoce, nomeadamente quando promovida – não é o caso deste processo, devo registrar – por quem tem o dever legal e moral de proteger, de orientar, de acalantar, de instruir a criança e o adolescente sob seus cuidados, para que atinjam a idade adulta sem traumas, sem medos, sem desconfianças, sem, enfim, cicatrizes físicas

e psíquicas que jamais poderão ser dimensionadas, porque muitas vezes escondidas no silêncio das palavras não ditas e na sombra de pensamentos perturbadores de almas marcadas pela infância roubada.

Não. **A modernidade, a evolução dos costumes, o maior acesso à informação são aliados – e não inimigos – de uma necessária e crescente proteção a crianças e adolescentes,** indispensável para que vivam, plenamente, o tempo da meninice, e não para que vivam o tempo de antecipar experiências da vida adulta.

Decerto que a *vexata quaestio* ora examinada – natureza da presunção de violência – não pode ser enfrentada sob viés moralista. **O tema é essencialmente jurídico e dentro do Direito há de ser analisado.** A dogmática penal, que decorre, como visto, de uma clara política criminal de maior proteção aos menores impúberes, é bastante para a dicção do direito (*juris dicere*) em casos como o que se analisa nesta impugnação de natureza extraordinária.

Como ressaltado linhas acima, a jurisprudência e a doutrina nunca se afinaram, univocamente, na construção de uma hermenêutica de afirmação do caráter absoluto da presunção de violência objeto da norma penal revogada (art. 224, “a”, do CPB). É de se admitir, no terreno do debate lateral, a possibilidade de que, em hipóteses muito excepcionais – como o do casal de namorados que mantêm, desde a infância e adolescência de ambos, relacionamento amoroso, resultando em convivência estável após o rapaz completar 18 anos – em que, a depender das peculiaridades do caso, o direito penal não encontra solução proporcional para responder a situações que tais.

Fato é que a jurisprudência perfila o entendimento de que não se havia de permitir relativizações da presunção de violência ainda sob a antiga redação do artigo 224, “a”, do Código Penal. Agora, mais ainda, sob a vigência do art. 217-A do CP – que abandona a fórmula de presunção de inocência e inclui no próprio tipo penal a ação de ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso – não há espaço para

instabilidade jurídica, máxime em situações como a que ora se enfrenta, de elevada reprovabilidade.

A esse respeito, creio oportuno trazer à colação, entre tantos arestos sobre o tema, o da Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, nos **Embargos de Divergência em Recurso Especial n. 762.044/SP**, referido linhas atrás, da relatoria do Ministro **Felix Fischer**, de cujo voto extraem-se importantes ponderações:

[...] **Está enraizado na mente popular, em todos os níveis de instrução**, ressalvadas tristes exceções que podem eventualmente ensejar a aplicação do erro de proibição, que **ninguém deve envolver-se com menores. É até comum o uso da expressão “de menor”**. Não é recomendável, então, apesar do claro texto legal, que o Poder Judiciário, contrariando esse entendimento generalizado, aprove, através de julgado, que a prática sexual com menores é algo penalmente indiferente só porque a vítima, por falta de orientação, se apresenta como inconsequente ou leviana. Isto cria uma situação repleta de inaceitáveis paradoxos. Por uma, **justamente pela evolução dos costumes, não se compreende que alguém tenha a necessidade de satisfazer a sua lascívia com crianças ou adolescentes que não ultrapassaram, ainda, quatorze anos, tudo isto, em mera aventura amorosa**. Por outra, a nossa legislação – repetindo – protege contra tudo e contra todos, os menores através do ECA e de outros mecanismos legais; protege, também, as prostitutas adultas contra a exploração, etc.; entretanto, admitindo-se válido o ato do réu-recorrido, estaria o Estado, através do Poder Judiciário, e apesar de expresse texto legal deixando desprotegidas aquelas menores, justamente as tristemente desamparadas e carentes. Elas seriam, o que é impressionante, objetivo válido para os irresistíveis prazeres de inescrupulosos adultos.

E, tudo isto, com o chocante e crescente quadro, em nosso país, da denominada prostituição infantil. *Data venia*, a lei não pode levar a esta forma de conclusão. Ela protege a liberdade sexual da vítima e não do réu. O Estado não pode garantir condutas como a do recorrido, porquanto estaria incentivando aquilo que a mente popular, com respaldo na lei, repugna.

Ao impor um **dever geral de abstenção** (cfr. João Mestieri) **da prática de atos sexuais com menores** (no caso, que não ultrapassaram 14 anos), a

lei, sem dúvida, objetiva proteger a liberdade sexual e a autodeterminação sexual daqueles. Tudo isto, de fato, calcado na *innocentia consilli*, considerada, é bem de ver, como a impossibilidade de compreensão em termos de madureza, de capacidade psico-ética, de consideração quanto aos efeitos produzidos pelos fatos sexuais. Não se confunde, pois, a falta de *innocentia consilli* com experiência, até mesmo reiterada, da prática mecânica de atividade sexual.” (**Embargos de divergência desprovidos. (REsp. n. 762.044/SP**, rel. Ministro Nilson Naves, rel. para o acórdão Ministro **Felix Fischer**, 3ª S., DJe 14/4/2010).

A esse “dever de abstenção”, de que já falava Manzini no início do século XX, contrapunha Nelson Hungria, comentando o art. 224 do Código Penal, outra explicação para a validade da presunção positivada nesse preceito penal. Dizia que “a indução de violência, na espécie, fundou-se no argumento [...] segundo o qual *qui velle no potuit, ergo noluit*. Quem não podia consentir, dissentiu. Se os impúberes ou dementes não podem consentir, deve entender-se que dissentiram, e, assim, o abuso sexual contra eles praticado tem caráter de violento”.

Reconhecendo que “fora do ponto de vista jurídico não se pode dizer que os impúberes ou dementes são necessariamente incapazes de querer ou de consentir”, Hungria conclui – sem embargo de mais adiante coonestar o caráter relativo da presunção – que “o estado de **indiferença** ou a ausência de consentimento válido podem ser assimilados **à falta de consentimento válido**, justificando a **presunção** de violência.” (HUNGRIA, Nelson; CORTES DE LACERDA, Romão; FRAGOSO, Heleno C. *Comentários ao Código Penal*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 226. Destaques no original).

É, no entanto, em voto ora parcialmente transcrito, proferido quando oficiou como juiz do então Tribunal de Apelação do Distrito Federal, que Nelson Hungria (op. cit., p. 188-194) externa ácida reprovação ao posicionamento de seus pares, acerca de situação submetida a julgamento, versando o crime de sedução de menores. Confira-se:

Recusei o fundamento do acórdão, que, nos termos em que está concebido, representará, em que pese seu ilustre relator, um caso típico de **jurisprudência aberrante**. Para forçar uma conclusão ao jeito de uma praxe indefensável, deslocou-se o problema para o terreno de um naturalismo ultrapassado e já arquivado no museu jurídico. Fez-se tábula rasa da moral positiva, que é a ciência do útil social. Mais um pouco de coragem, e o nobre relator do acórdão teria proclamado o **amor livre**, o hedonístico desenfreio do instinto sexual. Do princípio ao fim, é o acórdão uma série de equívocos. Perdendo de vista o sentido profundamente ético-social da ordem jurídica, não vacila em admitir a prevalência da **animalidade**, que é a força bruta, contra o direito, que é norma de cultura e condição específica da vida em sociedade. Eis a tese central do acórdão: a conjunção carnal e um ato natural e, portanto, não há proibição, a pretexto algum, se realizada entre pessoas fisiologicamente idôneas e livremente ajustadas. **A própria virgem adolescente, que *sponte sua*, ou por exclusivo impulso de sexualidade exaltada, se entrega, para o ato genésico, ao sátiro impudente e gozador, não pode ter a proteção penal.** Não o exige o interesse social, não o reclama a ordem jurídica. É o que diz o acórdão com todas as letras. [...]

II.3. Impropriedade da relativização do consentimento do menor

Feitas todas essas considerações, entretanto, entendo que a discussão quanto à relativização do consentimento do menor de 14 anos encontra-se hoje superada com o advento da Lei n. 12.015/2009 que introduziu o art. 217-A ao Código Penal, assim redigido:

Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos:

Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.

§ 1º Incorre na mesma pena quem pratica as ações descritas no *caput* com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência.

§ 2º (VETADO).

§ 3º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave:

Pena - reclusão, de 10 (dez) a 20 (vinte) anos.

§ 4º Se da conduta resulta morte:

Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos.

Embora parte da doutrina sustente o entendimento de que ainda se mantém a discussão, agora sob nova roupagem, sobre *vulnerabilidade absoluta* e *vulnerabilidade relativa* – outorgando ao juiz, diante do caso concreto, verificar “as condições pessoais de cada vítima, o seu grau de conhecimento e discernimento da conduta humana que ora se incrimina, ante a extraordinária evolução comportamental da moral sexual contemporânea” (BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*, 4: parte especial: dos crimes contra a dignidade sexual até dos crimes contra a fé pública, 7. ed. rev. ampl. e atual. de acordo com as Leis n. 12.720 e 12.737, de 2012, São Paulo: Saraiva, 2013, p. 100) – não vejo como prevalecer tal posicionamento.

O tipo penal do art. 217-A do CP não traz em sua elementar a expressão “vulnerável”. É certo que o *nomem iuris* a que menciona a Lei n. 12.015/2009 ao citado preceito legal estipule o termo “estupro de vulnerável”.

Entretanto, a “vulnerabilidade” não integra o preceito primário introduzido no art. 217-A do Estatuto Repressivo.

Na verdade, o legislador estabelece 3 situações distintas em que a vítima poderá se enquadrar em posição de vulnerabilidade, a saber: Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso:

- 1 - Com menor de 14 anos;
- 2 - Com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental não possuir o necessário discernimento para a prática do ato;
- 3 - Com alguém que, por qualquer outra causa, não puder oferecer resistência.

Assim, no tocante à primeira previsão legal – mencionada na cabeça do dispositivo –, basta que o agente tenha conjunção carnal ou pratique qualquer ato libidinoso com pessoa menor de 14 anos, sendo irrelevante à caracterização do crime o dissenso da vítima.

A propósito, reporto-me a Rogério Greco:

Hoje, com louvor, visando acabar, de uma vez por todas, com essa discussão, surge em nosso ordenamento jurídico penal, fruto da Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, o delito que se convencionou denominar de *estupro de vulnerável*, justamente para identificar a situação de vulnerabilidade que se encontra a vítima. **Agora, não poderão os Tribunais entender de outra forma quando a vítima do ato sexual for alguém menor de 14 (quatorze) anos. [...].**

O tipo não está presumindo nada, ou seja, está tão somente proibindo que alguém tenha conjunção carnal ou pratique outro ato libidinoso com menor de 14 anos, bem como com aqueles mencionados no § 1º do art. 217-A do Código Penal.

Como dissemos anteriormente, existe um critério objetivo para análise da figura típica, vale dizer, a idade da vítima. Se o agente tinha conhecimento de que a vítima era menor de 14 anos, mesmo que já prostituída, o fato poderá se amoldar ao tipo penal em estudo, que prevê o delito de *estupro de vulnerável*. [...].

O núcleo ter, previsto pelo mencionado tipo penal, ao contrário do verbo *constranger*, não exige que a conduta seja cometida mediante violência ou grave ameaça. Basta, portanto, que o agente tenha, efetivamente, *conjunção carnal*, que poderá até mesmo ser consentida pela vítima, ou que com ela pratique outro ato libidinoso. **Na verdade, esses comportamentos previstos pelo tipo penal podem ou não terem sido levados a efeito mediante o emprego de violência ou grave ameaça, característicos do constrangimento ilegal, ou praticados com o consentimento da vítima. Nessa última hipótese, a lei desconsidera o consentimento de alguém menor de 14 (catorze) anos, devendo o agente, que conhece a idade da vítima, responder pelo delito de estupro de vulnerável.** (*Curso de Direito Penal*, v. III, Parte Especial, 9. ed. Niterói: Impetus, 2012, p. 532-534, negritei).

Acentua Luiz REGIS PRADO que “as previsões legais *ex novo* têm em vista vítimas específicas – pessoas vulneráveis – que são os menores de 14 (catorze) anos e aqueles que, por enfermidade ou deficiência mental, não têm o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não podem oferecer resistência. Com acerto, o **legislador atual elimina a figura da presunção e cria em seu lugar tipos penais autônomos**” (*Curso de Direito Penal Brasileiro*, v. 2: parte especial, arts. 121 a 249, 11. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 846).

Nesse sentido se alinha a jurisprudência da 5ª e 6ª Turmas desta Corte Superior de Justiça, *verbis*:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NOS ACLARATÓRIOS NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. 1. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. EXISTÊNCIA DE CONSENTIMENTO DA MENOR. IRRELEVÂNCIA. MATÉRIA DE DIREITO. NÃO INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO N. 7/STJ. 2. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Manifesta a vulneração ao art. 217-A do Código Penal, porquanto a absolvição do agravante, no que concerne ao estupro de vulnerável, se embasa apenas no consentimento da menor e não na ausência de provas da ocorrência da relação sexual, cuidando-se, portanto, de matéria unicamente de direito.

2. Agravo regimental a que se nega provimento. (**AgRg nos EDcl no AREsp. n. 191.197/MS**, rel. Ministro **Walter de Almeida Guilherme** (Desembargador convocado do TJ/SP), 5ª T., DJe 19/12/2014, destaqui).

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA COLEGATIVIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. NEGATIVA DE VIGÊNCIA AO ART. 217-A DO CP. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS. CONSENTIMENTO. IRRELEVÂNCIA. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. [...].

2. **Pacificou-se a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça no sentido de que, segundo o sistema normativo em vigor após a edição da Lei n.º 12.015/09, a conjunção carnal ou outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos configura o crime do artigo 217-A do Código Penal independentemente de grave ameaça ou violência (real ou presumida), razão pela qual se tornou irrelevante eventual consentimento ou autodeterminação da vítima para a configuração do delito.**

2. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no REsp. 1.435.416/SC, rel. Ministra **Maria Thereza de Assis Moura**, 6ª T., DJe 3/11/2014, destaquei).

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. DIREITO PENAL. CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL. ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. ARTS. 213, § 1º, E 217-A DO CP. VIDA PREGRESSA DA VÍTIMA. IRRELEVÂNCIA PARA A TIPIFICAÇÃO PENAL DENOMINADA ESTUPRO DE VULNERÁVEL. ADOÇÃO DO PARECER MINISTERIAL COMO RAZÃO DE DECIDIR. LEGALIDADE.

1. A condição objetiva prevista no art. 217-A do Código Penal encontra-se presente, *in casu*, porquanto suficiente que o agente tenha conhecimento de que a vítima é menor de catorze anos de idade e decida com ela manter conjunção carnal ou qualquer outro ato libidinoso, o que efetivamente se verificou nestes autos, para se caracterizar o crime de estupro de vulnerável, sendo dispensável, portanto, a existência de violência ou grave ameaça para tipificação desse crime ou a suposta experiência sexual pregressa da vítima.

[...]

4. Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp. n. 1.418.859/GO, rel. Ministro **Sebastião Reis Júnior**, 6ª T., DJe 10/4/2014).

Na espécie, destaque-se que o recorrido, para “obter êxito em sua empreitada delituosa, conquistou a confiança de toda a família da vítima, assim, poderia manter conjunção carnal com a menor dentro de sua própria casa sem despertar suspeitas dos pais e do irmão da vítima” (fl.

111). Além disso, **possuía conhecimento pleno acerca da idade da ofendida**, bem como da ilicitude de sua conduta, na medida em que é incontroverso que as relações sexuais com a infante começaram quando esta tinha apenas 11 anos de vida (fl. 110) e que chegou a ser alertado, em depoimento de testemunha referido na sentença condenatória, de que “namorar com menor poderia dar problemas.” **Refuto, também por essas considerações destacadas na sentença, a tese de erro de tipo** – por desconhecimento da idade da vítima –, trazida nas contrarrazões ao recurso especial. Essa afirmação não condiz com a insistência acerca das intenções do réu de estabelecer relacionamento estável e duradouro, pois, obviamente, conhecia a ofendida e sua idade não seria dado ignorado.

II.4. Inaplicabilidade do princípio da adequação social

A Defensoria Pública, em sua manifestação de fls. 339-360, **invoca o princípio da adequação social para justificar (e despenalizar) a conduta do réu**. Para tanto, lembra que “a mãe da vítima casou-se com 13 anos, conforme anotado no Acórdão ora vergastado” (fl. 355). Nesse sentido, ressalta que “na comunidade em que Recorrido e a menor estão inseridos, a relação sexual praticada com menores de 14 anos é aceita, desde que o propósito seja o de constituir matrimônio” (fl. 355). Destaca, por fim, que houve pedido de soltura do acusado, assinado pela população do povoado, o que deixou claro “seu papel de homem trabalhador, sério e interessado em constituir família” (fl. 355), que servia como abonador de suas práticas sexuais com a menor.

No escólio de Francisco de ASSIS TOLEDO, “... *A adequação social exclui desde logo a conduta em exame no âmbito da incidência do tipo situando-a entre os comportamentos normalmente permitidos, isto é, materialmente atípicos*” (*Princípios básicos do direito penal*, 5ª edição, São Paulo: Saraiva, 1994, página 120)

Assim também pontuam NILO BATISTA e Maurício RIBEIRO LOPES, *verbis* :

Como ensina Roxin, “só pode ser castigado aquele comportamento que lesione direitos de outras pessoas e que não é simplesmente um comportamento pecaminoso ou imoral; (...) o direito penal só pode assegurar a ordem pacífica externa da sociedade, e além desse limite nem está legitimado nem é adequado para a educação moral dos cidadãos”. A conduta puramente interna, ou puramente individual – seja pecaminosa, imoral, escandalosa ou diferente – falta a lesividade que pode legitimar a intervenção penal (BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*, Revan, 3ª ed., p. 91).

A teoria da adequação social formulada por Welzel surgiu como um princípio geral de interpretação e compreensão dos tipos penais. **Não são consideradas típicas aquelas “condutas que se movem por completo dentro do marco de ordem social, histórico, normal da vida porque são socialmente adequadas”** (...) A ação socialmente adequada está desde o início excluída do tipo, porque se realiza dentro do âmbito de normalidade social (RIBEIRO LOPES, Maurício Antônio *Princípio da insignificância no direito penal*, São Paulo: RT, p.117)

Ora, a conduta imputada ao recorrente não é apenas imoral e muito menos é aceita como algo dentro da “normalidade social”, a não ser que admitamos que o Direito Penal deva adaptar-se a tantos quantos forem os costumes e a moral de cada uma das microrregiões desse imenso país, o que, a par do *nonsense* jurídico que subjaz à ideia, consubstanciará verdadeiro caos normativo, com reflexos danosos à ordem e à paz públicas.

Ademais, o afastamento do princípio da adequação social aos casos de estupro de vulnerável busca evitar a carga de subjetivismo que acabaria marcando a atuação do julgador nesses casos, com danos relevantes ao bem jurídico tutelado – o saudável crescimento físico, psíquico e emocional de crianças e adolescentes – o qual, recorde-se, conta com proteção constitucional e infraconstitucional, não sujeito a relativizações.

Com efeito, a aclamada **aceitação do relacionamento**, por parte da comunidade em que vivem os envolvidos, **desprotege a vítima e lhe retira as garantias insculpidas no texto constitucional (art. 227 da**

CF), bem como na Lei n. 8.069/1990 – o Estatuto da Criança e do Adolescente (arts. 3º e 4º).

Em uma palavra, a relatada anuência a esse convívio amoroso (e sexual), por parte das pessoas próximas ao acusado e à vítima, não legitima o ilícito penal em questão, sendo totalmente desimportante, para fins penais, o fato de a mãe da vítima (ou qualquer outra pessoa de seu povoado) ter contraído matrimônio aos 13 anos de idade (ou menos).

A tentativa de não conferir o necessário relevo à prática de relações sexuais entre casais em que uma das partes (em regra a mulher) é menor de 14 anos, com respaldo nos costumes sociais ou na tradição local, tem raízes em uma cultura sexista – ainda muito impregnada no âmago da sociedade ocidental, sobretudo em comunidades provincianas, como a descrita nos autos – segundo a qual meninas de tenra idade, já informadas dos assuntos da sexualidade, estão aptas a manter relacionamentos duradouros e estáveis (envolvendo, obviamente, a prática sexual), com pessoas adultas.

A tradição, neste caso, não deve servir para abrandar a conduta ilícita do réu, pois à criança são assegurados, nos níveis constitucional e infraconstitucional, direitos inerentes à condição de infante e a ela não podem ser impostas obrigações típicas de um adulto. É de conhecimento geral que meninas que se casam em tenra idade – ainda que por opção e consentimento –, são impedidas (também pelos costumes, ou pela própria realidade) de estudar e exercer atividades infantis, para poder gerar filhos e cuidar da pesada carga de afazeres domésticos.

Nesse sentido, oportunas são as considerações de João JOSÉ LEAL e Rodrigo JOSÉ LEAL, em *Estupro Comum e a Figura do Estupro de Pessoa Vulnerável: Novo Tipo Penal Unificado* (Revista *Magister de Direito Penal e Processual Penal* n. 32, out-nov/2009, p. 65-66):

[...] Para a realização objetiva desta nova infração penal, basta que o agente tenha conhecimento de que a vítima é menor de 14 anos de

idade e decida com ela manter conjunção carnal ou qualquer outro ato libidinoso. Formalmente, pode-se dizer que a incriminação da conduta não repousa mais na polêmica questão da violência presumida. Parece-nos que **o que está a sustentar ética e politicamente esta norma repressiva é a ideia de proteção integral do ser humano ainda criança, cuja integridade sexual precisa ser penalmente garantida contra qualquer ato de natureza sexual.**

Não há dúvida de que, ao abandonar a polêmica regra legal da presunção de violência, a atual fórmula incriminatória simplificou a questão. Mesmo assim, parece-nos que o fundamento desta incriminação de maior severidade e rigidez continua o mesmo: a premissa axiológica de que todo e qualquer ato sexual contra uma pessoa menor de idade - no caso, uma criança ainda - atenta contra os bons costumes ou, como diz a nova rubrica do Título VI do CP, “contra a dignidade sexual. Em consequência, a lei considera tal conduta sexual ou libidinoso como um ato sexual de evidente violência, que precisa ser reprimido de forma mais severa. O rigor penal se manifesta pela quantidade maior de pena legalmente cominada e, também, pela hermenêutica jurisprudencial, que admite o beijo na boca ou na genitália como ato capaz de configurar o crime de estupro (antes, de atentado violento ao pudor)¹⁷.

Entende o Direito Penal que, durante a infância, período de vida fixado até determinada idade, a criança encontra-se num processo de formação, seja no plano biológico, seja no plano psicológico e moral. Dessa forma, se o agente mantém relação sexual ou pratica qualquer ato libidinoso com alguém menor de catorze anos, o bem jurídico penalmente protegido é considerado indisponível de pleno direito (Destaquei).

Pertinentes, a esse propósito, são as informações extraídas de documento publicado pelo Unicef (*Minimum age of sexual consent*) acerca da idade mínima para o consentimento sexual. O texto deixa claro que o objetivo de se estabelecer critério etário mínimo para incursão na vida sexual é a proteção de crianças e adolescentes de abusos e das consequências da atividade sexual prematura sobre seus direitos e desenvolvimento. Um dos pontos destacados é a gravidez antecipada de

adolescentes, circunstância que determina o abandono das escolas pelas meninas. O documento assevera ainda:

[...]

As normas internacionais não indicam qual a idade mínima para consentimento sexual. O Comitê de CRC considerou 13 anos como “muito baixo”. A idade deve, porém, evitar o excesso de criminalização dos comportamentos dos adolescentes e impedir o acesso aos serviços. Assim, deve respeitar a capacidade de desenvolvimento da criança e não ser estabelecida em patamar muito elevado. Também deve ser considerado como critério a diferença de idade entre os parceiros envolvidos, como uma indicação do equilíbrio de poder entre eles, para tratar os casos em que dois adolescentes menores de idade estão envolvidos. Em toda a região, a esmagadora maioria dos países estabeleceu a idade mínima para consentimento sexual entre 14 e 16 anos. No entanto, alguns países fixam uma idade inferior a 14 anos ou acima de 16 anos.

Em vários países, a legislação discriminatória persiste, com base em gênero e orientação sexual (Tradução livre do texto encontrado em http://www.unicef.org/rightsite/433_457.htm, acesso em 21/8/2015).

Ao concluir, acentuam-se os riscos à saúde a que estão submetidas crianças e adolescentes que cedo ingressam na vida sexual, particularmente porque, dada a falta de informações, estão mais vulneráveis a doenças sexualmente transmissíveis. Por fim, deixa claro que **o estabelecimento de idade mínima para que a adolescente possa livremente consentir ao ato sexual é algo presente na generalidade dos países da América Latina**. Confira-se:

Quatro países da região estabeleceram a idade mínima para o consentimento sexual abaixo de 14 anos. São eles Argentina, Costa Rica, México e Uruguai. Outros dez estabeleceram essa idade em 14 anos. A maioria dos países do Caribe definiram a idade mínima em 16 anos. Na República Dominicana e no Equador, a idade é fixada em 18 – que pode ser considerada particularmente elevada, tendo em vista que naquele país, por exemplo, os dados indicam que 28,4 por cento dos adolescente são mães com a idade de 18 anos e as meninas podem se casar aos 15 anos de idade, com o consentimento dos pais (Tradução livre).

II.5. Alinhamento do direito pátrio a outros diplomas penais

O exame da legislação de países centrais reforça a ideia de que é universal a preocupação de conferir plena proteção penal a crianças e adolescentes ainda não totalmente amadurecidos psíquica, física e emocionalmente.

Nos Estados Unidos, a quase totalidade dos estados federados possui legislação proibindo e punindo o sexo consentido com pessoa abaixo de certa idade. Sob variada denominação (*statutory rape, sexual assault, unlawful sexual intercourse, rape of a child, corruption of a minor, carnal knowledge of a minor* etc.), alguns estados punem com maior rigor o agente que mantém relações sexuais com adolescente quando a diferença de idade é significativa. Delaware, por exemplo, pune com pena maior quem é 10 ou mais anos mais velho do que a adolescente. Na Geórgia a pena chega a 10 anos de prisão quando o agente é maior de 21 anos. A Flórida aprovou uma lei – lá chamada *Romeo and Juliet Law* – temperando o rigor punitivo quando o adulto não possui grande diferença de idade em relação à adolescente. (Cfe Stat Legislators' HANDBOOK for Statutory Rape Issues. Noy S. Davis and Jennifer Twombly. American Bar Association. Center on Children and the Law. Disponível em: <<http://ojp.gov/ovc/publications/infores/statutoryrape/handbook/statrape.pdf>>. Acesso em: 19 abr. 2015. Para um estudo comparativo entre todos os estados, com as respectivas penas para o crime de *statutory rape*, consultar a tabela disponível em: <<http://www.cga.ct.gov/2003/olrdata/jud/rpt/2003<R-0376.htm>>. Acesso em: 19 abr. 2015).

Na Itália, para citar um país com tradição jurídica similar à nossa, pune-se com pena entre 5 e 10 anos de reclusão quem mantém relações sexuais com pessoa, que no momento do fato: 1) não completou 14 anos ou 2) não completou 16 anos, na hipótese de ser o réu ascendente, genitor, inclusive adotivo, padrasto, tutor ou outra pessoa com quem o menor tenha relação de cuidado, educação, instrução, vigilância ou custódia (*art. 609-quater, Codice Penale Italiano*).

A compreensão essencial extraída dessas leituras é, portanto, a de **que praticamente todos os países do mundo repudiam o sexo entre um adulto e um adolescente – e, mais ainda, com uma criança – e tipificam como crime a conduta de praticar atos libidinosos com pessoa ainda incapaz de ter o seu consentimento reconhecido como válido, em face de seu imaturo desenvolvimento psíquico e emocional.**

A propósito, enfatizo uma vez mais **que o ora recorrido, que nasceu em 25/4/1985 (certidão de nascimento à fl. 32), já era maior de 21 anos quando iniciou o relacionamento amoroso com a ofendida (nascida em 14/4/1997 – certidão de nascimento à fl. 12), então com 8 anos de idade (sentença fl. 111).**

III. Dispositivo

À vista de todo o exposto, e por considerar que o acórdão recorrido contrariou o art. 217-A do Código Penal e, nos aspectos assinalados, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, **dou provimento ao recurso especial, para restabelecer a sentença condenatória de fls. 109-114.**

IV. Tese assentada

Por se cuidar de julgamento de Recurso Especial sob o rito dos recursos repetitivos (art. 543-C), proponho a seguinte tese, a derivar das conclusões extraídas deste julgamento:

Para a caracterização do crime de estupro de vulnerável previsto no art. 217-A, caput, do Código Penal, basta que o agente tenha conjunção carnal ou pratique qualquer ato libidinoso com pessoa menor de 14 anos. O consentimento da vítima, sua eventual experiência sexual anterior ou a existência de relacionamento amoroso entre o agente e a vítima não afastam a ocorrência do crime.

**TRIBUNAL DE JUSTIÇA
DE SANTA CATARINA**

PRIMEIRA VICE-PRESIDÊNCIA

Pedido de Suspensão de Liminar n. 2015.059239-6, de Taió

Relator: Des. Torres Marques

DECISÃO MONOCRÁTICA

O Município de Taió requereu, com base no art. 15 da Lei n. 12.016/09, a suspensão da decisão proferida pelo Juiz da Vara Única daquela comarca, nos autos da Ação Civil Pública n. 0900011-23.2015.24.0070, ajuizada pelo Ministério Público de Santa Catarina com vistas a solucionar os impasses decorrentes da existência de diversos cães e gatos abandonados na região.

Na antecipação de tutela, o magistrado determinou que a municipalidade adote as seguintes providências, no prazo de 100 (cem) dias, sob pena de multa diária de R\$ 1.000,00 (mil reais): a) regulamente, por meio de lei, as ações do Poder Público objetivando o controle das populações animais e a prevenção de zoonoses, devendo, no prazo máximo de 10 (dez) dias após sua edição, implantar e/ou estabelecer convênio com abrigo público de outro município, com a finalidade exclusiva de recolher e abrigar temporariamente animais errantes e/ou em recuperação ou que estejam em locais impróprios ou superlotados, pelo tempo necessário à sua adoção, observados os procedimentos legais e disponibilizando tratamento veterinário, vacinação e esterilização; b) após a celebração do convênio, proceda ao recolhimento seletivo, no prazo de 5 (cinco) dias, dos animais doentes, feridos, maltratados, agressivos e que estejam ameaçando a população e/ou outros animais, abrigando-os em local adequado, com condições sanitárias e de bem-estar, para serem recuperados e colocados para adoção, optando pela eutanásia em caso de estado terminal ou saúde comprometida definitivamente; c) na forma da lei a ser editada, cadastre os animais recolhidos em abrigos informais, fornecendo apoio aos voluntários até a resolução da questão,

e, periodicamente, por meio da vigilância sanitária, proceda aos ajustes necessários, inclusive obtenção de licenças ambientais.

Sustentou que não se encontram presentes na hipótese os requisitos autorizadores da antecipação de tutela, previstos no art. 273 do Código de Processo Civil, visto que não há qualquer evidência de descumprimento do dever de controle dos cães e gatos que vivem nas ruas.

Asseverou que a ordem judicial atacada viola o princípio da separação dos poderes, porquanto interfere na discricionariedade do ente político, principalmente porque o requerente prioriza o atendimento à saúde e não há prova, no inquérito civil, da quantidade de animais soltos na região.

Invocou a presença de grave lesão à ordem e à economia públicas, diante da insuficiência de recursos para cumprir a determinação, sobretudo em virtude da queda da arrecadação tributária verificada desde o ano de 2013, aliada ao fato de as despesas com pessoal encontrarem-se acima do limite prudencial definido pela Lei de Responsabilidade Fiscal.

Assentou que os prazos fixados não são suficientes para o estabelecimento de convênios, aquisição de terreno, contratação de servidores e obtenção de licença ambiental, etapas imprescindíveis para a instalação de uma unidade de controle de zoonoses no local.

Relatou que interpôs agravo de instrumento, autuado sob o n. 2015.039959-4, em face da decisão de primeiro grau, o qual se encontra pendente de julgamento pela Terceira Câmara de Direito Público desta Corte.

Por fim, requereu a suspensão do provimento judicial originário ou, alternativamente, a concessão de prazo para o projeto de castração de todos os animais abandonados que se encontram na circunscrição de Taió.

É o relatório.

O pedido de suspensão de liminar proferida em ação civil pública encontra-se previsto no art. 12, § 1º, 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, sendo vedado o debate acerca da juridicidade ou do acerto da decisão.

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 (Agravo Regimental na Suspensão de Segurança n. 1419/DF, rel. p/ acórdão Min. João Otávio de Noronha, Corte Especial, j. 1/8/2013).

Diante disso, inviável a apreciação das teses relativas ao mérito da causa, principalmente das que se referem aos requisitos autorizadores da antecipação da tutela, previstos no art. 273 do Código de Processo Civil, bem como às ações empreendidas na área da saúde, à ofensa ao princípio da separação dos poderes ou à valoração das provas colhidas no curso do inquérito civil, fundamentos que poderão ser debatidos no agravo de instrumento.

De outro lado, quanto aos valores tutelados pelo incidente suspensivo, o Município de Taió arguiu a presença de risco de grave lesão à ordem e à economia públicas, fundadas, em síntese, no argumento de que os prazos fixados pelo magistrado para o cumprimento da determinação são exíguos, bem como que não possui recursos suficientes para tanto.

Não obstante o requerente haver juntado aos autos elementos que comprovam a limitação orçamentária que enfrenta, em especial o demonstrativo de que ultrapassou, no último ano, o limite prudencial estabelecido pela Lei de Responsabilidade Fiscal (fl. 154) e a documentação relativa à queda da arrecadação tributária (fls. 158/159),

não há, no presente caderno processual, qualquer estimativa dos custos decorrentes da execução da decisão ou mesmo da quantidade de animais que precisam de abrigo, circunstâncias que inviabilizam a avaliação do impacto concreto do seu cumprimento na atual conjuntura financeira.

Convém ressaltar que foram impostas ao Poder Público tão somente as obrigações de editar norma, no prazo de 100 (cem) dias, e, na sequência, firmar convênio com qualquer abrigo já existente em outro município, recolher os animais em situação extrema (doentes, feridos, maltratados e agressivos) e cadastrá-los.

Com isso, verifico que a decisão hostilizada não exige, necessariamente, a construção de canil público, a instalação de centro de controle de zoonoses na circunscrição municipal ou mesmo a contratação de servidores, mas apenas que sejam firmadas parcerias com estabelecimentos congêneres em funcionamento nas cidades vizinhas para o tratamento dos cães e gatos em situação extrema, respeitada, nesse sentido, a discricionariedade da administração.

Nesse ponto, saliento que, em outubro do último ano, houve tentativas de edição de lei sobre a matéria em Taió, tanto em virtude de sugestão encaminhada pelo Ministério Público ao Poder Executivo (fls. 103/111) quanto em razão da elaboração do Anteprojeto n. 3/2014 pela Câmara de Vereadores (fls. 141/143). Embora infrutíferos os esforços supramencionados, no Ofício SAF/22/2015 o prefeito comunicou ao representante do Órgão Ministerial que, em fevereiro de 2016, será criada organização própria com o objetivo de recolher e assistir os animais abandonados (fl. 123), propósito compatível com a solução temporária ordenada pelo magistrado a quo.

Sendo assim, destaco que o pedido de suspensão de liminar, por se tratar de medida excepcional, pressupõe a demonstração da magnitude do impacto causado, o que, na presente hipótese, como visto, não é possível dimensionar.

Acerca da imprescindibilidade de demonstração concreta do dano arguido na peça inaugural, leciona Jorge Scartezzini:

Em que pese serem os termos utilizados bastante abrangentes, com conteúdo indeterminado, a suspensão de segurança deve, de forma clara e objetiva, indicar, e cabalmente comprovar, qual seria efetivamente a lesão que se pretende evitar com a decisão, não bastando alegação superficial, vaga ou genérica. Trata-se de medida extremamente excepcional, que não pode e nem deve ser utilizada rotineiramente, como se recurso fosse. (Suspensão de Segurança. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 81).

Converge nesse sentido a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO REGIMENTAL NA SUSPENSÃO DE LIMINAR E SENTENÇA. GRAVE LESÃO À ORDEM E À ECONOMIA PÚBLICAS. INEXISTÊNCIA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO DANO ALEGADO. PEDIDO DE SUSPENSÃO INDEFERIDO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. I - O agravante não demonstrou, de modo preciso e cabal, a grave lesão à ordem ou à economia pública, sendo insuficiente a mera alegação de que a manutenção do r. decisum atacado teria o condão de acarretar danos para o Estado. [...] Ademais, é necessário que o grave dano seja diretamente decorrente do decisum que se busca suspender. No presente caso não se especifica nem se demonstra que a suspensão de contrato de assessoria jurídica prestado por escritório de advocacia atinge diretamente o fornecimento de água e a expansão das redes de água e esgoto pela Concessionária ora interessada. IV - Concordo, ademais, com o posicionamento proferido por esta Corte Especial, nos autos do AgRg na SLS n.1353/PI, da relatoria do em. Ministro Ari Pargendler, de que a “lesão que autoriza a suspensão de medida liminar é a lesão grave, iminente ou atual”. [...] VI - Por fim, em razão da excepcionalidade da presente medida e por visualizar a existência de outros meios (processual e administrativo), ao alcance do Estado, capazes de minorar os efeitos práticos gerados pelo decisum de origem, entendo que o presente pedido não prospera. Agravo regimental desprovido (Agravo Regimental na Suspensão de Liminar e de Sentença n. 1834/CE, rel. Min. Felix Fischer, Corte Especial, j. 13/3/2014) (sem grifos no original).

Destarte, atento aos requisitos insculpidos no art. 12, §1º, da Lei n. 7.347/85, inviável a suspensão almejada, diante da ausência de comprovação de lesão à ordem ou à economia pública.

Ante o exposto, indefiro o pedido.

Publique-se. Intime-se.

Florianópolis, 18 de setembro de 2015.

Torres Marques
1º VICE-PRESIDENTE

CONSELHO DA MAGISTRATURA

Pedido de Providências n. 2015.900057-7, da Corregedoria-Geral da Justiça

Relator: Luiz César Medeiros

PEDIDO DE PROVIDÊNCIAS – VARAS CRIMINAIS E DE EXECUÇÃO CRIMINAL – MOMENTO DE FORMAÇÃO DO PROCESSO DE EXECUÇÃO CRIMINAL (PEC) – EXPEDIÇÃO DO MANDADO DE PRISÃO – CORREGEDORIA-GERAL DA JUSTIÇA (CGJ) – ORIENTAÇÃO N. 55/2015 – CONSELHO DA MAGISTRATURA – AUTOS N. 2013.900030-0 – ORIENTAÇÕES CONFLITANTES – REVISÃO DO POSICIONAMENTO – MANUTENÇÃO DAS DIRETRIZES DEFINIDAS NA ORIENTAÇÃO CGJ N. 55/2015

A fim de resguardar com maior eficiência os direitos do condenado, prevalecem as diretrizes enunciadas na Orientação n. 55/2015 da Corregedoria-Geral da Justiça, ficando sem efeito aquelas definidas no Recurso de Decisão n. 2013.900030-0.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Pedido de Providências n. 2015.900057-7, em que é requerente a Corregedoria-Geral da Justiça.

O Conselho da Magistratura decidiu, por decisão unânime, deferir o pedido de revisão do entendimento exarado nos autos n. 2013.900030-0, para torná-lo nulo em relação ao momento da formação do Processo de Execução Criminal – PEC, bem como para determinar que sejam mantidas e observadas tão somente as regras previstas na Orientação CGJ n. 55/2015.

O julgamento, realizado no dia 10 de agosto de 2015, foi presidido pelo Excelentíssimo Senhor Desembargador Nelson Juliano Schaefer Martins e dele tomaram parte os Excelentíssimos Senhores Desembargador Luiz César Medeiros – Relator, Desembargador Torres

Marques, Desembargador Ricardo Fontes, Desembargador Lédio Rosa de Andrade, Desembargador Jorge Luiz de Borba, Desembargadora Rejane Andersen, Desembargadora Sônia Maria Schmitz, Desembargador Raulino Jacó Brüning, Desembargador Jairo Fernandes Gonçalves e Desembargador Carlos Adilson Silva.

Florianópolis, 19 de agosto de 2015.

Luiz César Medeiros
RELATOR

RELATÓRIO

Trata-se de Pedido de Providências formulado pela Corregedoria-Geral da Justiça, postulando a revisão do entendimento adotado nos autos n. 2013.900030-0, em que o Conselho da Magistratura definiu que os Processos de Execução Criminal (PECs) devem ser formados após a prisão do indivíduo, cujo mandado deverá ser expedido nos autos do processo cognitivo criminal. Com a efetivação da prisão, é que será elaborada a Guia de Recolhimento, que servirá como documento inicial do PEC.

Aduziu a requerente, contudo, que orientava os juízos criminais de forma contrária àquela definida pelo Conselho da Magistratura, haja vista o teor da Circular n. 82/2015, encaminhada aos juízos criminais, e a Orientação CGJ n. 55/2015, em que se propôs, em suma, que os mandados de prisão deveriam ser expedidos nos próprios autos de execução criminal e não no processo cognitivo, em razão de questões técnicas procedimentais que foram evidenciadas na prática forense e que prejudicavam sobremaneira a formação do PEC.

Argumentou que ante a existência das divergentes orientações, recebeu constantes suscitações de dúvidas dos magistrados de primeiro grau, sendo necessário, pois, que seja uniformizado o entendimento.

Pleiteou, em síntese, a manutenção dos fundamentos expostos na citada Orientação CGJ n. 55/2015, com as devidas adequações que se fizerem necessárias, por serem mais apropriados e condizentes à realidade procedimental dos feitos em trâmite no primeiro grau de jurisdição.

VOTO

1 Trata-se de pedido de providências proposto pela Corregedoria-Geral da Justiça objetivando, em síntese, a revisão do entendimento adotado nos autos n. 2013.900030-0 no tocante ao momento adequado para formação do PEC e, conseqüentemente, em qual processo deverá ser emitido o mandado prisional (ação penal ou execução penal).

Para melhor compreensão da matéria, faz-se necessário incorrer em breve digressão fática.

2 No mês de janeiro de 2012 os magistrados titulares das 1ª, 2ª, 3ª e 4ª varas criminais da comarca da Capital encaminharam Ofício à Corregedoria-Geral da Justiça, sugerindo a edição de normativa que permitisse que o Processo de Execução Criminal (PEC), após sua instauração e complementação, fosse imediatamente encaminhado à vara de execuções criminais para aguardar a prisão do indivíduo, em razão da necessidade de desavolumar os cartórios criminais, cujo espaço físico era exíguo. Esta manifestação fora autuada no referido Órgão como Pedido de Providências n. 0010197-97-2012.

Na seqüência, em parecer da lavra do Juiz-Corregedor, Dr. Alexandre Karazawa Takaschima, acolhido em decisão do então Corregedor-Geral, Desembargador Vanderlei Romer, concluiu-se não ser possível atender ao pleito dos magistrados, uma vez que a definição da vara competente para o processamento da execução penal somente se dá após a prisão e o encaminhamento do detento à unidade prisional. Assim, pendente o cumprimento do mandado prisional, não se tem como definir a competência para apreciação dos feitos executivos.

Inconformado com a decisão, o magistrado Alexandre Moraes da Rosa, titular da 4ª vara criminal da comarca da Capital, apresentou suas razões de irresignação. Em sentido antagônico, foi formulada consulta pelo juiz Rubens Salfer, responsável pela vara de execução criminal da comarca de Criciúma, através da qual questionou sobre a adequação do envio dos PECs para os juízos executivos, sob o argumento de ser incabível, dado que estes não se destinam ao arquivamento administrativo daqueles feitos.

Ato contínuo, os autos foram remetidos ao Conselho da Magistratura para pacificação da matéria.

No dia 11 de agosto de 2014, o Conselho da Magistratura, no julgamento do Recurso de Decisão n. 2013.900030-0, da relatoria do Desembargador Raulino Jacó Brüning, determinou que os mandados prisionais deveriam ser expedidos nos autos da ação criminal e que somente após a prisão do indivíduo é que o magistrado expediria a guia de recolhimento para formar o PEC e, conseqüentemente, encaminhá-la à vara de execução criminal competente para executar a restrição de liberdade.

Desse modo, pendente o cumprimento da ordem de prisão, que deveria ser emitida nos autos da ação criminal, não haveria a possibilidade de expedir a guia de recolhimento, logo, impossível a remessa do feito ao juízo de execução, posto que (1) ausente o necessário aprisionamento do indivíduo que possibilitaria a expedição da guia de recolhimento (peça inaugural do PEC) e (2) inexistente qualquer definição de competência do juízo de execução penal.

Posteriormente, no dia 16 de junho do corrente ano, foi emitida a Circular CGJ n. 82/2015, através da qual se veiculou a Orientação n. 55/2015, que traça diretrizes acerca da *“Formação e Tramitação do Processo de Execução Criminal (PEC)”*, com o intuito de simplificar e delinear objetivamente os procedimentos necessários para formação, remessa, recebimento e tramitação dos PECs.

Ocorre que o entendimento adotado na referida Orientação conflita com o anteriormente definido pelo Conselho da Magistratura, porquanto estabelece, em suma, que o PEC deverá ser formado no juízo de conhecimento a partir de uma guia de recolhimento sem as informações da prisão (até porque ainda não efetuada) e nele deverá ser expedido o mandado prisional, permanecendo ainda na vara criminal. Após, realizada a prisão, a guia de recolhimento deverá ser atualizada, remetendo-se, por fim, o processo para a vara de execução competente para o acompanhamento.

3 Em síntese, tem-se os seguintes posicionamentos:

Conselho da Magistratura: no processo de conhecimento, o magistrado expedirá o mandado de prisão. Após efetuada a prisão, gerar-se-á a guia de recolhimento, que servirá como peça inaugural do PEC e este, por fim, será remetido ao juízo de execução criminal.

Corregedoria-Geral da Justiça: o magistrado do juízo de conhecimento expedirá uma guia de recolhimento (ou outro nome que se entenda mais adequado ao documento) sem as informações da prisão, uma vez que ainda não realizada, inaugurando-se, assim, o PEC. Neste será expedido o mandado de prisão, permanecendo na vara do processo cognitivo. Com a prisão efetuada, a guia de recolhimento será atualizada, inserindo-se as informações prisionais e remetendo-se o PEC para o juízo executivo competente.

Não obstante considerar-se que a orientação do Conselho da Magistratura evita a necessidade de atualização da guia de recolhimento após a prisão do indivíduo, a realidade, em diversas varas criminais do Estado, torna claro que a renovação da guia se afigura menos burocrática e eficiente do que eventualmente se possa imaginar. Aliás, deve-se acrescer que seguindo o delineamento posto pela Corregedoria-Geral de Justiça, estar-se-á respeitando direitos fundamentais do preso, como a individualização de sua pena (art. 5º, XLVI, CRFB/1988), além de direitos expressamente previstos na Lei de Execução Penal (Lei n. 7.210/1984), a exemplo da progressão de regime. Há, ainda, que se

atentar às questões meramente operacionais, como por exemplo a baixa do mandado prisional após a prisão.

Importante destacar, ainda, que há casos (bastante numerosos, aliás), em que o acusado pode vir a ter decretada sua prisão após a sentença condenatória, isto é, no decorrer do trâmite de eventual apelação criminal. Se mantido o entendimento do Conselho da Magistratura, não se pode olvidar que a prisão provisória será decretada nos autos da ação criminal que poderá estar em trâmite no Tribunal de Justiça e não mais na comarca.

Ora, a decisão do Conselho, como já exaustivamente exposto, define que o PEC somente deverá ser formado a partir da prisão, o que poderá afetar a autuação provisória, pois se o processo estiver em grau recursal não haverá a possibilidade de formação do PEC necessário para individualizar a pena de caráter provisório.

É que referido processo de execução deve ser formado com peças essenciais, extraídas do processo criminal, conforme define o art. 1º da Resolução n. 113 do Conselho Nacional de Justiça, tais como:

- I – qualificação completa do executado;
- II – interrogatório do executado na polícia e em juízo;
- III – cópia da denúncia;
- IV – cópia da sentença, voto (s) e acórdão (s) e respectivos termos de publicação, inclusive contendo, se for o caso, a menção expressa ao deferimento de detração que importe determinação do regime de cumprimento de pena mais benéfico do que seria não fosse a detração, pelo próprio juiz do processo de conhecimento, nos termos do art. 387, § 2º, do Código de Processo Penal;
- V – informação dos endereços em que possa ser localizado, antecedentes criminais e grau de instrução;
- VI – Instrumentos de mandato, substabelecimentos, despachos de nomeação de defensores dativos ou de intimação da Defensoria Pública;

Além dessas, outras documentações podem ser aferidas nos incisos seguintes do mencionado artigo.

Nesse peculiar, ainda que se alegue que os processos judiciais estejam em avançado estágio de virtualização, tornando-se eletrônicos, urge ressaltar que o Sistema de Automação Judiciário foi desenvolvido para impedir a movimentação dos autos da ação penal que sejam remetidos para os Tribunais de Justiça ou Tribunais Superiores. Assim, o processo de execução não será formado enquanto a ação penal não retornar à origem, mas o preso já estará privado provisoriamente de sua liberdade, porém, sem um processo específico em que se analise o cumprimento de sua restrição de liberdade. Até mesmo a baixa do mandado prisional, expedido nos autos da ação penal, poderá ser prejudicada, pois se estes estiverem em grau de recurso e dado que o mandado neles fora lançado, somente se terá acesso para a devida baixa quando do retorno do feito à origem, também.

Como se percebe, questões de ordem técnica clamam pela manutenção da orientação exarada pela Corregedoria-Geral da Justiça, que se afigura como a mais apropriada para assegurar, acima de tudo, a observância de preceitos constitucionais (individualização da pena – art. 5º, XLVI, CRFB/1988 –, devido processo legal – art. 5º, LIV, CRFB/1988 –, contraditório e ampla defesa – art. 5º, LV, CRFB/1988 – etc.) e de direitos do preso no curso da execução penal devidamente previstos na LEP (Lei n. 7.210/1984).

4 Ante o exposto, julga-se procedente o pedido de revisão do entendimento exarado nos autos n. 2013.900030-0, para torná-lo nulo em relação ao momento da formação do Processo de Execução Criminal – PEC, que influenciará em qual processo (ação penal ou execução penal) deverá ser emitido o mandado prisional, bem como para determinar que sejam mantidas e observadas tão somente as regras previstas na Orientação CGJ n. 55/2015.

ÓRGÃO ESPECIAL

Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2015.014964-5, da Capital

Relator: Des. Jaime Ramos

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEI ESTADUAL N. 16.577/2015, PROMULGADA PELA ASSEMBLEIA LEGISLATIVA APÓS DERRUBADA DO VETO DO GOVERNADOR DO ESTADO – INSTITUIÇÃO DO “PROGRAMA DE INCLUSÃO PROFISSIONAL DE ADOLESCENTE PÓS-ACOLHIMENTO INSTITUCIONAL” – INVASÃO DA COMPETÊNCIA PRIVATIVA DO CHEFE DO PODER EXECUTIVO – INTERFERÊNCIA NA ORGANIZAÇÃO E FUNCIONAMENTO DE ÓRGÃOS DA ADMINISTRAÇÃO DO ESTADO – AUMENTO DE DESPESA SEM PREVISÃO ORÇAMENTÁRIA – INCONSTITUCIONALIDADE POR OFENSA AOS ARTS. 32; 50, § 2º, INCISO VI; 71, INCISO IV, ALÍNEA “A”; E 123, INCISO I, TODOS DA CARTA POLÍTICA ESTADUAL – EFEITO “EX TUNC”.

“Padece de inconstitucionalidade a lei proposta pelo Poder Legislativo que vem a interferir na gestão financeira ou na organização de serviço público, matérias estas reservadas à iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo” (TJSC – ADI n. 2003.025852-3, da Capital, Rel. Des. Pedro Manoel Abreu).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2015.014964-5, da Comarca da Capital, em que é requerente Governador do Estado de Santa Catarina, e requerida a Assembleia Legislativa do Estado de Santa Catarina:

O Órgão Especial decidiu, por maioria, julgar procedente o pedido para declarar a inconstitucionalidade da Lei Estadual n. 16.577/2015, com efeitos “ex tunc”. Vencidos os Exmos. Srs. Desembargadores Pedro Manoel Abreu, Eládio Torret Rocha, Nelson Schaefer Martins, Rui Fortes, Salim Schead dos Santos, Lédio Rosa de Andrade, Moacyr

de Moraes Lima Filho, Sérgio Izidoro Heil, Jorge Luiz de Borba e Sônia Maria Schmitz. Custas na forma da lei.

Do julgamento realizado em 16 de dezembro de 2015, presidido pelo Exmo. Sr. Desembargador Nelson Schaefer Martins, participaram os Exmos. Srs. Desembargadores Jaime Ramos (Relator), Lédio Rosa de Andrade, Moacyr de Moraes Lima Filho, Sérgio Izidoro Heil, José Carlos Carstens Köhler, João Henrique Blasi, Jorge Luiz de Borba, Jânio Machado, Sônia Maria Schmitz, Rodrigo Collaço, Pedro Manoel Abreu, Cláudio Barreto Dutra, Luiz César Medeiros Eládio Torret Rocha, Nelson Schaefer Martins, Sérgio Roberto Baasch Luz, Monteiro Rocha, Fernando Carioni, Torres Marques, Rui Fortes, Marcus Túlio Sartorato, Ricardo Fontes, Salim Shead dos Santos e Maria do Rocio Luz Santa Ritta.

Florianópolis, 17 de dezembro de 2015.

Jaime Ramos
RELATOR

RELATÓRIO

O Governador do Estado de Santa Catarina propôs a presente ação direta de inconstitucionalidade com o intuito de liminarmente suspender a eficácia e, ao final, declarar a inconstitucionalidade da Lei Estadual n. 16.577, de 12/01/2015, promulgada pelo 1º Vice-Presidente da Assembleia Legislativa, que instituiu o Programa de Inclusão Profissional de Adolescentes Pós-Acolhimento Institucional no Estado de Santa Catarina, por ofensa aos arts. 32; 50, § 2º, inciso VI; 71, inciso IV, alínea “a”; e 123, inciso I, todos da Carta Política Estadual.

Sustenta que a lei impugnada impõe ao “Executivo um programa de capacitação e direcionamento ao mercado de trabalho de adolescentes entre 14 e 18 anos, por ocasião de seu desligamento das entidades de

acolhimento”, o que interfere “no aspecto funcional da Administração Pública [...], desrespeitando a competência do Governador do Estado para dispor sobre a **‘organização e o funcionamento da administração estadual’**, nos termos do art. 71, inciso IV, da Constituição do Estado; que “a criação de atribuições novas para os órgãos do Poder Executivo é primazia do Governador do Estado, pois decorre da aplicação conjugada das regras emanadas dos arts. 50, § 2º, inciso VI, e 71, inciso IV, alínea ‘a’, da Constituição do Estado”; que “a instituição de novas ações governamentais pelo Poder Legislativo e a imposição ao Poder Executivo para que proceda a sua execução”, viola o princípio da Separação dos Poderes previsto no art. 2º, da Carta Magna de 1988, e no art. 32, da Constituição Estadual; que há ofensa direta ao art. 167, inciso I, da Constituição Federal, reproduzido pelo art. 123, inciso I, da Constituição Estadual, porque “o início de programas e projetos deve possuir respaldo na lei orçamentária anual”; que a medida prevista na Lei impugnada não se coaduna com o disposto no art. 6º, da Lei Federal n. 4.320/1964, “que consagra o princípio de direito financeiro aplicável ao Estado de Santa Catarina (art. 115, da CE), segundo o qual **‘Todas as receitas e despesas constarão da lei de Orçamento...’**”.

O Relator originário, Des. Cesar Abreu, entendendo não haver urgência, porque a execução da lei não ocorre imediatamente, determinou o processamento do feito nos termos dos arts. 6º e 8º, da Lei Estadual n. 12.069/2001.

Notificados, o Presidente e o Procurador-Geral da Assembleia Legislativa do Estado de Santa Catarina prestaram informações defendendo a constitucionalidade da Lei impugnada.

Disseram, ainda, que o Parlamento agiu com absoluto zelo ao projetar a Lei impugnada; que o Poder Executivo, por meio da Secretaria de Estado da Assistência Social, Trabalho e Habitação disse que o Projeto de Lei n. 0065.7/2014 “não contraria o interesse público envolvido, ao contrário, beneficia toda a sociedade, e se encontra em consonância com

dispositivos constitucionais e legais em vigor, estando em conformidade com o princípio fundamental da dignidade humana”; que a Lei impugnada foi proposta com base no art. 50, da Constituição Estadual, e busca “dar concreção aos comandos do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA [...], de observância obrigatória a todos os Estados-Membros”; que, por isso, não há inconstitucionalidade alguma.

Com vista dos autos, Procuradoria-Geral de Justiça opinou pela citação do Procurador-Geral do Estado de Santa Catarina para que promova a defesa da Lei impugnada.

Intimado, o Procurador-Geral do Estado de Santa Catarina disse que o fato de ter subscrito “a petição inicial em conjunto com o Exmo. Sr. Governador do Estado [...] é incompatível com a defesa da norma objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade, logo, me abstenho de fazê-lo”.

Novamente com vista dos autos, a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Exmo. Sr. Dr. Vera Lúcia Ferreira Copetti, opinou pela improcedência do pedido de inconstitucionalidade da Lei Estadual n. 16.577, de 12/01/2015, por entender não existir ofensa aos arts. 32, 50, § 2º, inciso VI, 71, inciso IV, alínea “a”, e 123, inciso I, todos da Constituição Estadual de Santa Catarina.

VOTO

Há que se julgar procedente o pedido deduzido nesta ação direta de inconstitucionalidade.

1. O Ministério Público Estadual, na primeira oportunidade em que se manifestou nos autos, opinou pela citação do Procurador-Geral do Estado de Santa Catarina para que promova a defesa da Lei impugnada, o que foi acolhido por este Relator.

No entanto, o Procurador-Geral do Estado de Santa Catarina sustenta que o fato de ter subscrito “a petição inicial em conjunto

com o Exmo. Sr. Governador do Estado [...] é incompatível com a defesa da norma objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade, logo, me abstenho de fazê-lo”, daí por que, com amparo no art. 8º, da Lei Estadual n. 12.069/2001, requereu a intimação do Procurador-Geral da Assembleia Legislativa do Estado de Santa Catarina para que proceda a defesa da norma impugnada.

Razão assiste ao digno Procurador-Geral do Estado de Santa Catarina.

O § 4º do art. 85 da Carta Política Estadual de 1989 estabelece que “quando o Tribunal de Justiça apreciar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo, citará, previamente, o Procurador-Geral do Estado, a Procuradoria- Legislativa da Assembleia ou o Procurador do Município, conforme o caso, que defenderão o texto impugnado”.

De outro lado, o art. 8º, da Lei Estadual n. 12.069, de 27/12/2001, determina que **“decorrido o prazo das informações serão ouvidos o Procurador-Geral do Município, se municipal o ato impugnado, o Procurador-Geral do Estado ou caso este se abstenha de defender o ato o Procurador-Geral da Assembleia Legislativa, se estadual, e, em seguida, o Procurador-Geral de Justiça, em qualquer caso, que deverão manifestar-se no prazo de quinze dias”** (art. 8º).

Na espécie, o Procurador-Geral do Estado, embora intimado, absteve-se de defender a constitucionalidade do texto legal impugnado porque firmou, juntamente com o Governador do Estado, a petição inicial desta Ação Direta de Inconstitucionalidade.

Contudo, o Presidente do Parlamento Estadual e o Procurador-Geral daquela Casa Legislativa prestaram informações defendendo a constitucionalidade da Lei Estadual n. 16.577, de 17/01/2005.

Ademais, ainda que assim não fosse, este Órgão Especial tem orientado no sentido de que “o fato de o Procurador-Geral do Município [ou do Estado] não haver defendido a lei atacada não pode acarretar

qualquer nulidade ou prejuízo ao feito e tampouco gerar a paralisação do processo”. (TJSC – ADI n. 2013.023973-5, de São Lourenço do Oeste, Rel. Des. Luiz César Medeiros, julgada em 20/11/2013).

No mesmo sentido:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. JULGAMENTO DEFINITIVO (ART. 12 DA LEI N. 12.069/2001). VIABILIDADE. **DEFESA DA LEI PELO PROCURADOR-GERAL DO ESTADO. OBRIGATORIEDADE. INEXISTÊNCIA [...]**”. (TJSC – ADI n. 2013.077468-6, da Capital, Rel. Des. Salim Schead dos Santos, julgada em 04/06/2014).

Portanto, considerando que o Procurador-Geral do Estado foi quem, em conjunto com o Governador do Estado, assinou a petição inicial pugnando pela declaração de inconstitucionalidade da Lei Estadual n. 16.577/2015, não está ele obrigado a promover a defesa da lei impugnada, sobretudo porque já o fizeram o Presidente da Assembleia Legislativa e o Procurador-Geral daquele Parlamento.

2. O Projeto de Lei n. 0065.7/2014, de autoria do Deputado Estadual Valmir Comin, foi integralmente vetado pelo Governador do Estado de Santa Catarina porque cria atribuições para o Poder Executivo, assim como despesas para a sua execução, sem indicar a fonte orçamentária.

Contudo, após a derrubada do veto, o 1º Vice-Presidente da Assembleia Legislativa promulgou a Lei Estadual n. 16.577, de 12/01/2015, objeto desta ação direta de inconstitucionalidade, que está assim redigida:

LEI N. 16.577, DE 12 DE JANEIRO DE 2015

Institui o Programa de Inclusão Profissional de Adolescentes Pós-Acolhimento Institucional, no Estado de Santa Catarina.

O PRESIDENTE DA ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE SANTA CATARINA, nos termos do § 7º do art. 54 da Constituição do Estado e do § 1º do art. 308 do Regimento Interno, promulga a presente Lei:

Art. 1º Fica instituído o Programa de Inclusão Profissional de Adolescentes Pós-Acolhimento Institucional, no âmbito da Política Estadual de Promoção e Garantia dos Direitos da Criança e do Adolescente, no Estado de Santa Catarina.

Art. 2º O Programa deve ser estruturado no sentido de capacitar e direcionar ao mercado de trabalho, à formação técnica e/ou acadêmica, os adolescentes entre 14 (quatorze) e 18 (dezoito) anos, por ocasião de seu desligamento das entidades de acolhimento.

Art. 3º As atividades do Programa serão desenvolvidas de acordo com as seguintes premissas:

I – necessidade do acolhido no que diz respeito à sua saída da entidade e início da vida profissional;

II – fortalecimento da autonomia e resguardo dos direitos do adolescente, bem como a valorização da sua autoestima; e

III – orientação do adolescente para a sua participação em iniciativas públicas ou privadas, a fim de realizar estágio ou capacitação profissional especializada.

Art. 4º Para fins desta Lei, poderão ser estabelecidos convênios ou parcerias com instituições que apresentem filosofia de trabalho compatível com os objetivos do Programa.

Art. 5º As despesas decorrentes da aplicação desta Lei correrão à conta das dotações próprias do Orçamento Geral do Estado.

Art. 6º O Poder Executivo regulamentará a presente Lei, nos termos do disposto no art. 71, inciso III, da Constituição do Estado de Santa Catarina.

Art. 7º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

PALÁCIO BARRIGA-VERDE, em Florianópolis, 12 de janeiro de 2015.

Deputado JOARES PONTICELLI - 1º Vice-Presidente”.

De outro lado, os dispositivos da Constituição Estadual de 1989 que teriam sido violados pela Lei Estadual n. 16.577/2015, têm a seguinte redação:

Art. 32 - São Poderes do Estado, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

[...]

Art. 50 - A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou comissão da Assembleia Legislativa, ao Governador do Estado, ao Tribunal de Justiça, ao Procurador-Geral de Justiça e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição.

[...]

§ 2º - São de iniciativa privativa do Governador do Estado as leis que disponham sobre:

[...]

VI - a criação e extinção das Secretarias de Estado e órgãos da administração pública, observado o disposto no art. 71, IV.

[...]

Art. 71 - São atribuições privativas do Governador do Estado:

[...]

IV - dispor, mediante decreto, sobre:

a) organização e funcionamento da administração estadual, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos;

[...]

Art. 123 - É vedado:

I - iniciar programas ou projetos não incluídos na lei orçamentária anual.

Impende registrar, ainda, que de acordo com o art. 120, da Carta Política Estadual, “o plano plurianual, as diretrizes orçamentárias e os orçamentos anuais, estruturados em Programas Governamentais, serão estabelecidos em **leis de iniciativa do Poder Executivo**, precedidas da realização do Congresso Estadual do Planejamento Participativo, de acordo com o disposto em Lei Complementar”.

Os dispositivos da Constituição Estadual acima transcrito repetem, e não poderia ser diferente, normas da Constituição Federal inseridas no art. 2º (Separação dos Poderes); no art. 61, § 1º, inciso II, alínea “e” (são de iniciativa privativa do Chefe do Executivo a edição de leis que disponham sobre criação e extinção de Ministérios e órgãos da administração pública, observado o disposto no art. 84, VI); no art. 84, inciso VI, alínea “a” (compete privativamente ao Presidente da República dispor, mediante decreto, sobre a organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos); no 165, incisos I, II e III (leis de iniciativa do Chefe do Poder Executivo que estabelecerão o plano plurianual, as diretrizes orçamentárias e os orçamentos anuais); e no art. 167, inciso I (que veda o início de programas ou projetos não incluídos na lei orçamentária anual).

3. No caso concreto, em que pese a louvável intenção do Parlamento Estadual Catarinense, que se inspira no programa “Novos Caminhos” instituído de forma conjunta pela Associação dos Magistrados Catarinenses (AMC), pela Federação das Indústrias de Santa Catarina (FIESC) e pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina, no sentido de dar efetividade às normas do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA - Lei Federal n. 8.069, de 13/07/1990), notadamente aos arts. 68 e 69, é evidente a inconstitucionalidade da Lei Estadual n. 16.577, de 12/01/2015, por ofensa ao art. 32; ao inciso VI do § 2º do art. 50; ao art. 71, inciso IV, alínea “a”; e ao art. 123, inciso I, todos da Constituição Estadual de 1989.

Ensina ALEXANDRE DE MORAES, referindo-se à iniciativa privativa do Presidente da República, prevista no art. 61, § 1º, da Carta Magna:

As referidas matérias cuja discussão legislativa dependem da iniciativa privativa do Presidente da República (CF, art. 61, § 1º) são de observância obrigatória pelos Estados-membros que, ao disciplinar o processo legislativo no âmbito das respectivas Constituições estaduais, não

poderão afastar-se da disciplina constitucional federal. (Direito Constitucional. 27. ed., São Paulo: Atlas, 2011, p. 674 – grifou-se)

HELY LOPES MEIRELLES, acerca da matéria, mudando o que precisa ser mudado, leciona:

Como Poder Legislativo do Município, a Câmara de Vereadores tem a função precípua de fazer leis [...].

A atribuição típica e predominante da Câmara é a *normativa*, isto é, a de regular a administração do Município e a conduta dos munícipes no que afeta aos interesses locais. A Câmara não administra o Município; estabelece, apenas, normas de administração. Não executa obras e serviços públicos; dispõe, unicamente, sobre sua execução. Não compõe nem dirige o funcionalismo da Prefeitura; edita, tão-somente, preceitos para sua organização e direção. Não arrecada nem aplica as rendas locais; apenas institui ou altera tributos e autoriza sua arrecadação e aplicação. Não governa o Município; mas regula e controla a atuação governamental do Executivo, personalizado no prefeito.

Eis aí a distinção marcante entre a missão *normativa* da Câmara e a função *executiva* do prefeito; o Legislativo delibera e atua com caráter regulatório, genérico e abstrato; o Executivo consubstancia os mandamentos da norma legislativa em atos específicos e concretos de administração.

[...]

A interferência de um Poder no outro é ilegítima, por atentatória da separação institucional de suas funções (CF, art. 2º).

Por idêntica razão constitucional, a Câmara não pode delegar funções ao prefeito, nem receber delegações do Executivo. Suas atribuições são incomunicáveis, estanques, intransferíveis (CF, art. 2º). Assim como não cabe à Edilidade praticar atos do Executivo, não cabe a este substituí-la nas atividades que lhe são próprias.

Em sua função normal e predominante sobre as demais, a Câmara elabora *leis*, isto é, normas abstratas, gerais e obrigatórias de conduta. Esta é sua função específica, bem diferenciada da do Executivo, que é a de praticar atos concretos de administração. Já dissemos -

e convém se repita - que o Legislativo provê *in genere*, o Executivo *in specie*; **a Câmara edita normas gerais, o prefeito as aplica aos casos particulares ocorrentes. Daí não ser permitido à Câmara intervir direta e concretamente nas atividades reservadas ao Executivo**, que pedem provisões administrativas especiais manifestadas em *ordens, proibições, concessões, permissões, nomeações, pagamentos, recebimentos, entendimentos verbais ou escritos com os interessados, contratos, realizações materiais da Administração e tudo o mais que se traduzir em atos ou medidas de execução governamental*. (Direito Municipal Brasileiro. 16. ed., São Paulo: Malheiros, 2008, p. 617/618 – original sem grifo).

Na espécie, a Lei Estadual n. 16.577, de 12/01/2015, promulgada pelo 1º Vice-Presidente da Assembleia Legislativa do Estado de Santa Catarina, instituiu “o Programa de Inclusão Profissional de Adolescentes Pós-Acolhimento Institucional, no âmbito da Política Estadual de Promoção e Garantia dos Direitos da Criança e do Adolescente, no Estado de Santa Catarina” (art. 1º); mas atribuiu ao Poder Executivo Estadual a responsabilidade de estruturar o Programa “no sentido de capacitar e direcionar ao mercado de trabalho, à formação técnica e/ou acadêmica, os adolescentes entre 14 (quatorze) e 18 (dezoito) anos, por ocasião de seu desligamento das entidades de acolhimento” (art. 2º), o que ofende o princípio constitucional da Separação dos Poderes previsto no art. 2º, da Constituição Federal, e no art. 32, da Carta Política Estadual, bem como a norma do art. 71, inciso IV, alínea “a”, da Constituição Estadual (art. 84, inciso VI, alínea “a”, da CF/1988), segundo os quais compete privativamente ao Governador do Estado dispor, por meio de decreto, acerca da “organização e funcionamento da administração estadual, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos”.

Isso porque, a obrigação imposta ao Chefe do Poder Executivo Estadual, pela Lei Estadual n. 16.577/2015, no sentido de estruturar o programa com o intuito de capacitar e direcionar os adolescentes egressos das entidades de acolhimento ao mercado de trabalho e à formação técnica e/ou acadêmica, implica em interferência do Poder

Legislativo sobre o Poder Executivo no que diz respeito à necessidade de organização, estruturação ou reestruturação e ao funcionamento dos próprios órgãos públicos estaduais que seriam responsáveis por essa nova atribuição (espaço físico, profissionais habilitados em áreas específicas, equipamentos, materiais de expediente etc.), circunstância que ofende o art. 32; o art. 50, § 2º, inciso VI; e o art. 71, inciso IV, alínea “a”, todos da Carta Política Estadual, sobretudo porque “à luz do princípio da simetria, são de iniciativa do Chefe do Poder Executivo estadual as leis que versem sobre a organização administrativa do Estado, podendo a questão referente à organização e funcionamento da Administração Estadual, quando não importar aumento de despesa, ser regulamentada por meio de Decreto do Chefe do Poder Executivo (art. 61, § 1º, II, e art. 84, VI, a da Constituição federal)”. (STF – ADI n. 2.857/ES, Rel. Ministro Joaquim Barbosa, DJe de 30/11/2007).

Por isso, essa interferência ilegítima de um do Poder sobre o outro, decorrente da Lei Estadual n. 16.577, de 12/01/2015, promulgada pela Assembleia Legislativa, de acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, caracteriza “manifesta intromissão na função confiada ao chefe do Poder Executivo de exercer a direção superior e dispor sobre a organização e o funcionamento da Administração Pública”. (STF – ADI 2654/AL, Rel. Ministro Dias Toffoli, DJe de 09/10/2014).

No mesmo sentido:

É pacífica a jurisprudência desta Corte no sentido de que **padece de inconstitucionalidade formal a lei resultante de iniciativa parlamentar que disponha sobre atribuições de órgãos públicos, haja vista que essa matéria é afeta ao Chefe do Poder Executivo.** (STF – RE 505.476-AgR, Rel. Ministro Dias Toffoli, DJe de 06/09/2012 – destaque apostado).

São inconstitucionais as normas que, oriundas de emenda parlamentar, não guardem pertinência com o objeto da proposta do Governador do Estado e disponham, ademais, sobre organização administrativa do Executivo e criem cargos públicos. (STF – ADI 2305, Rel. Ministro Cezar Peluso, DJe de 05/08/2011).

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – ARTS. 3º, 4º, 5º E 6º DA LEI 11.222/1999 DO ESTADO DE SANTA CATARINA – SEPARAÇÃO DE PODERES – VIOLAÇÃO – INCONSTITUCIONALIDADE.

Os dispositivos impugnados são inconstitucionais, seja porque violaram a reserva de iniciativa do governador do estado em matérias afeitas à estrutura do Poder Executivo (art. 61, § 1º, II, e, da Constituição federal), seja porque dispõem sobre matéria que caberia ao governador do estado regular por decreto (art. 84, VI, da Constituição). Precedentes. Violação, em última análise, do princípio da separação de poderes (art. 2º da Constituição). Pedido julgado procedente. (STF – ADI n. 2707/SC, Rel. Ministro Joaquim Barbosa, DJ de 12/05/2006, p. 0004).

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEI DE ORIGEM PARLAMENTAR – ORGANIZAÇÃO DA POLÍCIA MILITAR DO ESTADO DE SÃO PAULO – VÍCIO FORMAL DE INICIATIVA.

As regras previstas na Constituição Federal para o processo legislativo aplicam-se aos Estados-membros. **Compete exclusivamente ao Governador a iniciativa de leis que cuidem da estruturação e funcionamento de órgãos vinculados ao Poder Executivo** (CF, artigos 61, § 1º, II ‘e’; e 144, § 6º). Precedentes” (STF – ADI n. 2646/SP, Rel. Ministro Maurício Corrêa, DJ de 23/05/2003, p. 0030 – origina sem destaque).

Desta Corte de Justiça:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MUNICÍPIO DE BLUMENAU. INCISO IV DO ARTIGO 73 DA LEI ORGÂNICA DO MUNICÍPIO. EMENDA N. 24. INICIATIVA DO LEGISLATIVO. COMPETÊNCIA PRIVATIVA DO CHEFE DO EXECUTIVO. VÍCIO DE INICIATIVA CONFIGURADO. AFRONTA AOS ARTIGOS 50, § 2º, VI, 71, IV, 111 E 32 DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL.

São de iniciativa privativa do Governador do Estado e, por simetria, do Prefeito Municipal, leis que disponham sobre a criação, estruturação e atribuições dos órgãos da administração pública (art. 50, § 2º, VI da CE).

Compete ao Governador do Estado - e ao Prefeito, por simetria -, dispor sobre a organização e o funcionamento da administração estadual (art. 71, IV da CE).

A criação de lei, pela Câmara de Vereadores, que verse sobre questão cuja iniciativa é reservada privativamente ao Chefe do Poder Executivo, constitui afronta ao art. 32 da Constituição Estadual - que prevê a independência e a harmonia dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário - e ao artigo 111 da mesma Carta - que determina a observância dos princípios constitucionais no processo de aprovação e de promulgação de lei orgânica municipal. (TJSC – ADI n. 2004.014409-1, de Blumenau, Rel. Des. Salim Schead dos Santos, julgada em 01/03/2006 – original sem grifo).

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - MAPA DA EXCLUSÃO SOCIAL - LEI ESTADUAL N. 10.909, DE 25 DE SETEMBRO DE 2001 - INICIATIVA PARLAMENTAR - OFENSA NA ESPÉCIE AOS ARTS. 32; 50, § 2º, INCISO IV; 52, INCISO I, E 71, INCISO IV, DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL - *FUMUS BONI IURIS* E *PERICULUM IN MORA* CARACTERIZADOS - MEDIDA CAUTELAR, POR MAIORIA, DEFERIDA.

A verificação da compatibilidade vertical das normas é procedimento indispensável e oportuno para a ordem e segurança jurídica. **Em se tratando de Constituição rígida, afronta a unidade intra-sistemática lei que se opõe à independência e harmonia entre os Poderes, quebrando a iniciativa privativa do Governador no tocante ao provimento, estipêndio, estabilidade e aposentadoria dos servidores, a par de disciplinar matéria de atribuição exclusiva do Chefe do Poder Executivo no que diz respeito à iniciativa da organização e funcionamento da administração estadual, sem indicar a fonte de custeio no orçamento.** (TJSC – ADI n. 2002.002713-8, da Capital, Rel. Designado: Des. Francisco Oliveira Filho, julgada em 04/02/2004).

CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI ESTADUAL CRIANDO NOVAS ATRIBUIÇÕES PARA ÓRGÃOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DO ESTADO. NORMA DE INICIATIVA PRIVATIVA DO CHEFE DO PODER EXECUTIVO. PROJETO DE

GÊNESE PARLAMENTAR. VIOLAÇÃO DOS ARTIGOS 32, 50, § 2º, VI, e 71, II e IV, A, DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL. INCONSTITUCIONALIDADE MANIFESTA. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO.

As leis que interferem diretamente nas atribuições das secretarias e dos órgãos administrativos estaduais, gerando maiores despesas aos cofres públicos, são de competência privativa do chefe do Poder Executivo. A ofensa a tal preceito acarreta insanável vício de inconstitucionalidade da norma, por usurpação de competência e, conseqüentemente, vulneração do princípio da separação de poderes (CE, arts. 32, 50, § 2º, VI, e 71, II e IV, a). (TJSC – ADI n. 2000.021132-0, da Capital, Rel. Des. Luiz Carlos Freyesleben, julgada em 06/12/2006 – grifo aposto).

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - MUNICÍPIO DE RIO DO SUL - LEI MUNICIPAL N. 3.756, DE 08.05.02, ORIUNDA DE PROJETO DO LEGISLATIVO - PROGRAMA “TERCEIRA IDADE EM MOVIMENTO” - INTERFERÊNCIA DIRETANA ESTRUTURA E NAS ATRIBUIÇÕES DE SECRETARIA E DE ÓRGÃO DA ADMINISTRAÇÃO - INICIATIVA DO CHEFE DO PODER EXECUTIVO - VULNERAÇÃO AOS ARTS. 32 E 50, § 2º, VI, DA CESC - PEDIDO ACOLHIDO.

São de iniciativa do Chefe do Poder Executivo Estadual - e Municipal, por simetria - as leis que disponham acerca da criação, da estruturação e das atribuições das Secretarias e dos órgãos da Administração, à vista do estabelecido no art. 50, § 2º, VI, da CESC, sob pena de declaração de inconstitucionalidade.

Em que pese o louvável propósito, não pertence à Edilidade a iniciativa do projeto de lei que, ao instituir programa de promoção da saúde dos munícipes com mais de 45 (quarenta e cinco) anos de idade, interfere diretamente na organização e no funcionamento da estrutura executiva, em respeito ao teor do art. 50, § 2º, VI, da CESC, bem como ao art. 32 da Carta em questão. (TJSC – ADI n. 2002.018455-7, de Rio do Sul, Rel. Des. Ricardo Fontes, julgada em 20/04/2005 – destaque aposto).

Do Tribunal de Justiça de São Paulo:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Lei nº 2.941, de 12 de março de 2014, que *‘institui o Programa Municipal de Saúde do Homem’*. VÍCIO DE INICIATIVA. Reconhecimento.

A lei impugnada, de autoria parlamentar, envolve normas de planejamento, organização e gestão administrativa, ou seja, trata de matéria que é reservada à iniciativa do Chefe do Poder Executivo; e ainda estabelece a criação de despesas sem indicar os recursos disponíveis para atender aos novos encargos. Ofensa às disposições dos artigos 5.º, 25 e 47, incisos II, XIV e XIX, alínea “a” e art. 144, todos da Constituição Estadual. Inconstitucionalidade manifesta. Ação julgada procedente”. (TJSP – ADI n. 2049626-66.2014.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, Rel. Des. Antônio Luiz Pires Neto, julgada em 04/06/2014 – destaque aposto).

Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei Municipal, de iniciativa parlamentar, que dispõe sobre Programa Municipal de Recreação, Saúde, Educação e Cultura. Invasão da competência reservada ao Chefe do Poder Executivo. Ingerência na Administração do Município. Vício de iniciativa configurado. Violação ao Princípio da Separação de Poderes. Criação de despesas sem a indicação da fonte de custeio. Ação procedente. (TJSC – ADI n. 0068548-97.2011.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, Rel. Des. Caetano Lagrasta, julgada em 14/12/2011 – original sem destaque).

Então, há que se declarar a inconstitucionalidade da Lei Estadual n. 16.577, de 12/01/2015, promulgada pelo 1º Vice-Presidente da Assembleia Legislativa Estadual porque, ao atribuir ao Poder Executivo a obrigação de estruturar o Programa de Inclusão Profissional de Adolescentes Pós-Acolhimento Institucional, para capacitar e direcionar os adolescentes ao mercado de trabalho e à formação técnica e/ou acadêmica, usurpou a competência privativa do Governador do Estado em matéria relacionada à estrutura dos órgãos do Poder Executivo (art. 50, § 2º, inciso VI, da CE/1989), haja vista que tratou de atribuições que competem ao Chefe do Executivo Estadual regular por decreto (art.

71, inciso IV, alínea “a”, da CE/1989), violando, por fim, o princípio constitucional da separação dos poderes (art. 32, da CE/1989).

4. A Lei Estadual n. 16.577/2015 é inconstitucional, também, porque a instituição do programa, a estruturação ou reestruturação de órgãos públicos, a necessidade de recursos humanos especializados em determinadas áreas do saber, de espaço físico, de equipamentos, de materiais de expediente etc., implicará em aumento de despesa, como, aliás, prevê o próprio art. 5º, da Lei Estadual n. 16.577/2015, segundo o qual “as despesas decorrentes da aplicação desta Lei correrão à conta das dotações próprias do Orçamento Geral do Estado”, vale dizer, a Lei questionada criou para o Estado uma despesa que não está prevista na lei orçamentária anual, violando, assim, a norma do art. 123, inciso I, da Constituição Estadual, que veda o início de programas ou projetos sem que tenham sido incluídos na lei orçamentária anual.

Este Tribunal de Justiça, em casos análogos, tem orientado:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI QUE INSTITUI A POLÍTICA DE PREVENÇÃO, DIAGNÓSTICO E TRATAMENTO DO CÂNCER BUCAL NO ESTADO DE SANTA CATARINA. VETO INTEGRAL DO GOVERNADOR DO ESTADO QUE FOI DERRUBADO PELA ASSEMBLEIA LEGISLATIVA, COM CONSEQUENTE PROMULGAÇÃO. INTERFERÊNCIA DIRETA EM ATIVIDADES DE SECRETARIAS E ÓRGÃOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA QUE IMPORTA EM AUMENTO DE DESPESA PÚBLICA. VIOLAÇÃO À PRERROGATIVA DO CHEFE DO PODER EXECUTIVO ESTADUAL. ARTIGOS 32, 50, § 2º, INCISO VI, E 52, INCISO I, TODOS DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE SANTA CATARINA. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO INICIAL, COM EFEITOS EX TUNC.

A lei estadual que interfere nas atribuições de secretarias e de órgãos da Administração Pública, além de criar despesa, é de iniciativa privativa do Governador do Estado. (TJSC – ADI n. 2010.074077-2, da Capital, Rel. Des. Jânio Machado, julgada em 19/09/2012 – grifou-se).

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI DE INICIATIVA PARLAMENTAR QUE DISPÕE SOBRE A OBRIGATORIEDADE DE AVALIAÇÃO OFTALMOLÓGICA NOS ALUNOS DE PRIMEIRO GRAU DA REDE MUNICIPAL. VÍCIO FORMAL DE INICIATIVA. USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO CHEFE DO EXECUTIVO MUNICIPAL. VIOLAÇÃO À HARMONIA E INDEPENDÊNCIA DOS PODERES. ATO NORMATIVO QUE ALÉM DE NÃO OBSERVAR O PRINCÍPIO DA RESERVA DE INICIATIVA IMPLICOU EM AUMENTO DE DESPESA PÚBLICA. OFENSA AOS ARTIGOS 32, 71, IV, 'a' E 50, § 2º, VI DA CARTA CONSTITUCIONAL ESTADUAL. AÇÃO JULGADA PROCEDENTE". (TJSC – ADI n. 2011.057731-6, de São Miguel do Oeste, Rel. Des. Gaspar Rubick, julgada em 16/10/2013).

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI MUNICIPAL N. 7.639, DE 29.06.2011, QUE INSTITUI O PROGRAMA MUNICIPAL DE ORIENTAÇÃO SOBRE SÍNDROME DE DOWN E DETERMINA PROVIDÊNCIAS CONEXAS.

[...]

LEI PROMULGADA PELO PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE BLUMENAU APÓS O AFASTAMENTO DO VETO DO PREFEITO DO MUNICÍPIO. INVASÃO DO PODER LEGISLATIVO NA ESFERA DE COMPETÊNCIA PRIVATIVA DO PODER EXECUTIVO AO LEGISLAR SOBRE ATRIBUIÇÕES DOS ÓRGÃOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA MUNICIPAL. AUMENTO DE DESPESAS.

INCONSTITUCIONALIDADE RECONHECIDA VIOLAÇÃO DOS ARTS. 32, 50, § 2º, INC. VI, 71, INC. II, 120, § 2º E 123, INC. I, DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO". (TJSC – ADI n. 2011.057505-1, de Blumenau, Rel. Des. Nelson Schaefer Martins, julgada em 04/04/2012).

As leis que interferem diretamente nas atribuições das Secretarias Municipais, gerando despesas públicas não previstas no orçamento, são de competência privativa do chefe do Poder Executivo. A ofensa a tal preceito acarreta insanável vício de inconstitucionalidade

da norma, por usurpação de competência e, consequentemente, vulneração do princípio da separação de poderes.” (TJSC – ADI n. 2003.026720-4, de Blumenau, Rel. Des. Luiz Carlos Freyesleben, julgada em 23/11/2005).

É vedado ao Poder Legislativo dar início a projetos de lei sobre matéria cuja competência é exclusiva do Poder Executivo, principalmente quando implique em diminuição de receita ou aumento de despesa pública sem prévia dotação orçamentária”. (TJSC – ADI n. 2002.002713-8, da Capital, Rel. Des. Rui Fortes, julgada em 23/11/2005).

Lei Municipal. Serviço público. Repercussão financeira. Iniciativa privativa do Poder Executivo.

O princípio constitucional da separação dos poderes deve ser respeitado quando da confecção de lei orgânica municipal. A separação dos poderes Legislativo e Executivo municipais deve ser congruente à estabelecida pela Carta Magna e pela Constituição Estadual.

Padece de inconstitucionalidade a lei proposta pelo Poder Legislativo que vem a interferir na gestão financeira ou na organização de serviço público, matérias estas reservadas à iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo. (TJSC – ADI n. 2003.025852-3, da Capital, Rel. Des. Pedro Manoel Abreu, julgada em 23/11/2005).

Nesse passo, diante dos fundamentos acima alinhados, vale dizer, em virtude da interferência do Poder Legislativo em matéria de competência privativa do Poder Executivo, há que se declarar a inconstitucionalidade da Lei Estadual n. 16.577, de 12/01/2015, por ofensa aos arts. 32; 50, § 2º, inciso VI; 71, inciso IV, alínea “a”; e 123, inciso I, todos da Constituição do Estado de Santa Catarina.

5. No que diz respeito aos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, o art. 17, da Lei Estadual n. 12.069, de 27/12/2001, que repete a norma do art. 27, da Lei Federal n. 9.868/1999, estabelece que “ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista as razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse

social, poderá o Tribunal de Justiça, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado”.

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

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

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

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

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

[...]

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

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

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

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

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

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

No caso concreto, considerando que a execução da lei impugnada depende de regulamentação a ser expedida pelo Chefe do Poder Executivo Estadual (art. 71, inciso III, da CE/1989), como prevê o próprio art. 6º, da Lei Estadual n. 16.577, de 12/01/2015, o que ainda não ocorreu, os efeitos da declaração de inconstitucionalidade da Lei Estadual n. 16.577, de 12/01/2015, devem ser “ex tunc”.

Pelo exposto, julga-se procedente o pedido para declarar, com efeitos “ex tunc”, a inconstitucionalidade da Lei Estadual n. 16.577, de 12/01/2015, por ofensa aos arts. 32; 50, § 2º, inciso VI; 71, inciso IV, alínea “a”; e 123, inciso I, todos da Constituição do Estado de Santa Catarina.

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Pedro Manoel Abreu

Ousei dissentir da douta maioria com supedâneo na manifestação do Exmo. Sr. Des. Vanderlei Romer, encaminhada por meio eletrônico a este Colegiado. Colaciona-se:

Cuida-se de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Governador do Estado de Santa Catarina, com o propósito de extirpar do ordenamento jurídico a Lei Estadual n. 16.577, de 12-1-2015, *in verbis*:

Institui o Programa de Inclusão Profissional de Adolescentes Pós-Acolhimento Institucional, no Estado de Santa Catarina.

O 1º VICE-PRESIDENTE DA ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE SANTA CATARINA, nos termos do § 7º do art. 54 da Constituição do Estado e do § 1º do art. 308 do Regimento Interno, promulga a presente Lei:

Art. 1º Fica instituído o Programa de Inclusão Profissional de Adolescentes Pós-Acolhimento Institucional, no âmbito da Política Estadual de Promoção e Garantia dos Direitos da Criança e do Adolescente, no Estado de Santa Catarina.

Art. 2º O Programa deve ser estruturado no sentido de capacitar e direcionar ao mercado de trabalho, à formação técnica e/ou acadêmica, os adolescentes entre 14 (quatorze) e 18 (dezoito) anos, por ocasião de seu desligamento das entidades de acolhimento.

Art. 3º As atividades do Programa serão desenvolvidas de acordo com as seguintes premissas:

I – necessidade do acolhido no que diz respeito à sua saída da entidade e início da vida profissional;

II – fortalecimento da autonomia e resguardo dos direitos do adolescente, bem como a valorização da sua autoestima; e

III – orientação do adolescente para a sua participação em iniciativas públicas ou privadas, a fim de realizar estágio ou capacitação profissional especializada.

Art. 4º Para fins desta Lei, poderão ser estabelecidos convênios ou parcerias com instituições que apresentem filosofia de trabalho compatível com os objetivos do Programa.

Art. 5º As despesas decorrentes da aplicação desta Lei correrão à conta das dotações próprias do Orçamento Geral do Estado.

Art. 6º O Poder Executivo regulamentará a presente Lei, nos termos do disposto no art. 71, inciso III, da Constituição do Estado de Santa Catarina.

Art. 7º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Florianópolis, 12 de janeiro de 2015.

Diz o autor que a legislação impugnada viola frontalmente os artigos 32, 50, § 2º, VI, 71, IV, a, e 123, I, da Constituição Estadual:

Art. 32 – São Poderes do Estado, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Parágrafo único. Salvo as expresas exceções previstas nesta Constituição, é vedado a qualquer dos Poderes delegar competências

Art. 50 – A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou comissão da Assembleia Legislativa, ao Governador do Estado, ao Tribunal de Justiça, ao Procurador-Geral de Justiça e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição.

[...] § 2º – São de iniciativa privativa do Governador do Estado as leis que disponham sobre:

[...]

VI - a criação e extinção das Secretarias de Estado e órgãos da administração pública, observado o disposto no art. 71, inciso IV.

Art. 71 – São atribuições privativas do Governador do Estado:

[...]

IV - dispor, mediante decreto, sobre:

a) organização e funcionamento da administração estadual, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos;
[...]

Art. 123 — É vedado:

I - iniciar programas ou projetos não incluídos na lei orçamentária anual;
[...]

Em suas informações, o Presidente da Assembleia Legislativa do Estado de Santa Catarina afirmou que não há inconstitucionalidade.

A uma, porque a lei promulgada não cria, nem extingue, secretarias de Estado ou órgãos, tampouco dispõe sobre a organização e o funcionamento da Administração Estadual.

A duas, porque versa sobre programa de inclusão profissional, que, *latu sensu*, já é desenvolvido pela Secretaria de Estado da Assistência Social, Trabalho e Habitação, inclusive em parceria com outras entidades

catarinenses, como a Associação dos Magistrados Catarinenses – AMC, Federação das Indústrias de Santa Catarina – FIESC e Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina – TJSC.

A três, porque o diploma legal nada mais fez do que particularizar, ou pormenorizar, a atuação estatal já em curso, como forma de concretizar o Estatuto da Criança e do Adolescente (arts.68, § 1º, e 69).

E, a quatro, porque a Comissão de Finanças e Tributação da Assembleia Legislativa de Santa Catarina – ALESC exarou parecer conclusivo no sentido de que o ato normativo adequa-se à lei orçamentária anual, pois o programa já consta na Subação 0120660 (apoio técnico e financeiro para o desenvolvimento da política dos direitos da criança e do adolescente).

Aludindo aos arts. 50, § 2º, inc. VI; 71, IV, a, da Constituição do Estado, afirma a Subprocuradora-Geral de Justiça para Assuntos Jurídicos e Institucionais, Dra.Vera Lúcia Ferreira Copetti, *in verbis*:

Da conjugação desses dispositivos, extrai-se que é de competência privativa do Chefe do Poder Executivo criar e extinguir Secretarias e órgãos da Administração Pública, bem como dispor sobre a organização e funcionamento da Administração Pública, de tal maneira que o Poder Legislativo, no exercício de sua função típica, não pode imiscuir-se na gestão administrativa, impondo atribuições e responsabilidades que repercutam na organização e no funcionamento da Administração [...].

Essas matérias, como afastam, em parte, a função típica do Poder Legislativo, não devem ser ampliadas por via interpretativa, nem presumidas (MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4a. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 916). Ou seja, tendo sido enumeradas pelo Legislador Constituinte em rol exaustivo, as matérias sujeitas à lei cuja iniciativa é reservada não comportam qualquer espécie de alargamento, devendo ser interpretadas restritivamente, sob pena de afronta ao princípio da separação dos poderes, consoante iterativamente decidiu o Supremo Tribunal Federal:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGOS 1º, 2º E 3º DA LEI N. 50, DE 25 DE MAIO DE 2.004, DO ESTADO DO AMAZONAS. TESTE DE MATERNIDADE E PATERNIDADE. REALIZAÇÃO GRATUITA. [...]

1. Ao contrário do afirmado pelo requerente, a lei atacada não cria ou estrutura qualquer órgão da Administração Pública local. Não procede a alegação de que qualquer projeto de lei que crie despesa só poderá ser proposto pelo Chefe do Executivo. **As hipóteses de limitação da iniciativa parlamentar estão previstas, em numerus clausus, no artigo 61 da Constituição do Brasil - matérias relativas ao funcionamento da Administração Pública, notadamente no que se refere a servidores e órgãos do Poder Executivo.** Precedentes. [...] ADI 3394/AM, rel. Min. Eros Grau, j. 2-4-2007, Plenário DJE 15-8-2008).

A iniciativa reservada, por constituir matéria de direito estrito, não se presume e nem comporta interpretação ampliativa, na medida em que - por implicar limitação ao poder de instauração do processo legislativo - deve necessariamente derivar de norma constitucional explícita e inequívoca (ADI n. 724 MC/RS, rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, j. 7-5-1992, DJ 27-4-2001).

Entender o contrário, isto é, aceitar ser possível conferir interpretação extensiva a tais dispositivos, é autorizar, à revelia da Constituição, a supressão da atuação do Poder Legislativo, naquilo que é sua função típica: produção normativa.

No caso em exame, a Lei Estadual n. 16.577/2015, cuja iniciativa é da Assembleia Legislativa de Santa Catarina, **cria Programa de Inclusão Profissional de Adolescentes Pós-Acolhimento Institucional, no âmbito da Política Estadual de Promoção e Garantia dos Direitos da Criança e do Adolescente**, o qual visa capacitar e direcionar ao mercado de trabalho, à formação técnica e/ou acadêmica, os adolescentes entre 14 (quatorze) e 18 (dezoito) anos, por ocasião de seu desligamento das entidades de acolhimento, e tem, como objetivos específicos, fortalecer a autonomia dos adolescentes, resguardar os seus direitos, valorizar a sua autoestima e orientá-los a participar em iniciativas públicas ou privadas, a fim de realizar estágio ou capacitação profissional especializada.

Com o Projeto de Lei n. 0065.7/2014, que deu origem à Lei Estadual ora questionada, o Poder Legislativo Estadual procurou criar condições de apoio a jovens egressos de abrigos, para que, ao final do prazo do seu abrigamento, seja-lhes possível reintegrar-se à sociedade, com condições de prover o seu sustento, em reforço a outras iniciativas que já vem sendo feitas por outras instituições (*A exemplo do “Projeto Novos Caminhos”,*

cuja iniciativa é fruto da parceria entre Tribunal de Justiça, Associação dos Magistrados Catarinenses (AMC) e Federação das Indústrias do Estado de Santa Catarina (FIESC) e tem como objetivo oferecer oportunidade de formação profissional para jovens que se encontram em programas de acolhimento e prepará-los para a vida autônoma (disponível em: <http://app.tjsc.jus.br/noticias/listanoticiaviewNoticia.Action?Cdnoticia=30112>, acesso em 9-7-2015)), **sem, contudo, influir na disciplina da organização da Administração Estadual, pois em nenhum momento a lei cria novas atribuições para o Poder Executivo Estadual ou interfere na atividade típica da administração**, tanto é que prevê, em seu art. 6º, que “O Poder Executivo regulamentará a presente lei, nos termos do disposto no art. 71, III, da Constituição do Estado de Santa Catarina”, deixando aberta a possibilidade de o Poder Público detalhar a estrutura de atendimento do programa e outros aspectos necessários à sua efetiva execução.

A necessidade de criação de políticas públicas voltadas à garantia do direito à educação e à profissionalização dos adolescentes é medida que decorre do art. 227 da Constituição Federal, o qual estabelece que incumbe à família, à sociedade e ao Estado assegurar aos adolescentes e aos jovens, com absoluta prioridade, o direito à educação e à profissionalização, à dignidade e ao respeito, e o seu conteúdo vem reproduzido, com adaptações, nos arts. 187 e 188 da Constituição Estadual:

Art. 187 — O Estado assegurará os direitos da criança e do adolescente previstos na Constituição Federal.

Parágrafo único. O Estado, isoladamente ou em cooperação, manterá programas destinados à assistência à criança e ao adolescente com o objetivo de assegurar, nos termos da lei:

[...]

Art. 188 — O Estado criará e manterá organismos estruturados para dar cumprimento às ações de atendimento à criança e ao adolescente.

§ 1º — A criança ou o adolescente infrator ou de conduta social irregular será, prioritariamente, atendido no âmbito familiar e comunitário.

§ 2º — A medida de internação será aplicada como último recurso, malogrados os esforços de outras alternativas, e pelo menor espaço de tempo possível.

§ 3º — A criança e o adolescente internados em estabelecimento de recuperação oficial receberão proteção, cuidados e assistência social, educacional, profissional, psicológica, médica e jurídica.

§ 4º — A internação em estabelecimento de recuperação dependerá de processo legal e técnico e será restrita aos casos previstos em lei.

§ 5º — Em toda e qualquer situação infracional ou de desvio de conduta, se necessário, a criança ou o adolescente serão encaminhados para centros exclusivos de recolhimento provisório e, excepcionalmente, permanecerão em dependências de delegacias ou cadeias públicas.

6º — Sempre que internados em estabelecimento de recuperação, a criança e o adolescente serão mantidos separados dos adultos infratores.

§ 7º — A escolarização e a profissionalização de crianças ou adolescentes serão obrigatórias, inclusive em instituições fechadas, sempre que não for possível a frequência às escolas da comunidade.

§ 8º — A lei garantirá ao aprendiz portador de deficiência os direitos previdenciários e trabalhistas durante o período de treinamento”.

Salienta-se que as normas constitucionais que veiculam diretrizes de políticas públicas, ainda que de conteúdo programático, possuem caráter cogente e vinculante (STF, ARE 639337, rel. Min. Celso de Mello), o que, por si só, obriga o Estado a se organizar para prestá-los, adequadamente, uma vez que não se pode transformar a norma inscrita no art. 227 da Constituição Estadual em mera “promessa inconsequente”.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, seguindo as diretrizes constitucionais, além de prever que é dever das famílias, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, dentre outros direitos, a efetivação dos direitos referentes à educação, à profissionalização, à dignidade e ao respeito (art. 4º, *caput*), estabelece **ser direito do adolescente privado de liberdade receber escolarização e profissionalização** (inc. IX do art. 124), **visando o pleno desenvolvimento de sua pessoa, preparo para o exercício da atividade da cidadania e qualificação para o trabalho** (arts. 3º e 53), e reservou todo o capítulo V, arts. 60 a 68, para tratar da matéria (*Direito à Profissionalização e à Proteção no Trabalho*).

Nesse viés, sendo a educação e profissionalização dos adolescentes, por força do Texto Constitucional, dever do Estado, deve ele estar estrutura para prestá-los, de forma que a Lei Estadual impugnada não acarreta novas obrigações que possam alterar as atribuições dos órgãos estatais. Existindo ou não a norma impugnada, nada difere, pois o Estado está obrigado, constitucionalmente, a garantir a efetivação desses direitos.

Assim, a Lei Estadual n. 16.577/2015, de autoria parlamentar, ao dispor, tão somente, acerca da obrigação genérica, em prol da inclusão profissional de adolescentes no pós-acolhimento institucional, imposta ao Poder Executivo – que deverá, na forma como melhor lhe convier, sempre atendendo ao interesse público da Administração estadual, cumprir o mandamento legal, que é o limite para a sua atuação –, **não interfere em matéria interna corporis do Poder Executivo, de sorte que se mantém resguardada a independência entre os Poderes.**

Ao analisar lei, de iniciativa parlamentar, que tratava de questão similar à norma ora impugnada, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina assim se manifestou:

Ação direta de inconstitucionalidade. **Lei Municipal. Instituição do Programa de Detecção Precoce da Deficiência Auditiva Infantil. Inconstitucionalidade formal. Aumento de despesas. Inocorrência e irrelevância. Violação à Separação dos Poderes não verificada. Possibilidade de iniciativa concorrente. Improcedência da demanda reconhecida.** A Independência dos Poderes não é absoluta a ponto de engessar o governo; daí a harmonia estabelecida no art. 2.º, da CF. Decidiu o Supremo Tribunal Federal na ADI-MC n. 2.072/RS, que o Poder Legislativo pode editar leis que criem despesas, pois, caso contrário, não poderá ele legislar sobre a maioria das matérias.

Regras restritivas dos Poderes devem ser interpretadas também restritivamente. O art. 63 da Constituição Federal veda o aumento de despesas apenas em projetos de iniciativa exclusiva do Presidente da República, permitindo-o, porém, nos projetos de iniciativa concorrente. Precedentes.

Não viola a razoabilidade a lei que, buscando viabilizar a proteção de crianças, institui programa de detecção precoce de deficiência auditiva

infantil” (Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2007.002271-5, de Criciúma, rel. Des. Pedro Manoel Abreu, j. 20-4-2011).

No referido acórdão, o rel. Des. Pedro Manoel Abreu salientou: “Em primeiro lugar, tenha-se em mente que a norma hostilizada não incursiona na organização do Poder Público Municipal. Não determina a criação de novas secretarias, tampouco estabelece novas atribuições para órgãos e agentes do Poder Executivo. **Cria, tão-só, um programa de saúde destinado à detecção precoce da deficiência auditiva no âmbito do Município, cabendo ao alcaide adotar as providências discricionárias que lhe aprouverem na execução do programa.**

Não se verifica, portanto, a alegada violação à iniciativa legislativa do Chefe do Poder Executivo e, por consequência, não há ofensa ao princípio da separação dos poderes.

Por fim, também não procede a alegação de que a Lei Estadual n. 16.577/2015 viola o art. 123, inciso I, da Constituição Catarinense, por gerar aumento de despesa, sem previsão orçamentária.

A Constituição Estadual, em seu art. 123, inciso I, veda o início de programas ou projetos não previstos na lei orçamentária, mas a norma impugnada não se enquadra nessas hipóteses. A Lei Estadual n. 16.577/2015 não implica inovação que pudesse caracterizar aumento de despesa sem a correspondente fonte de custeio e alterações na disciplina orçamentária. Limita-se, tão somente, a criar condições de apoio a jovens egressos de abrigos, para que, ao final do prazo de abrigamento, possam obter formação técnica e/ou acadêmica, o que deve ser custeado pelo próprio orçamento anual destinado às ações e serviços voltados aos adolescentes, uma vez que se trata de obrigação que decorre do Texto Constitucional.

Vale dizer, assim, que o diploma legal questionado não acarreta nenhuma despesa que já não devesse estar prevista no orçamento anual, o qual poderá, ainda, ser reforçado por meio da abertura de crédito suplementar, caso se mostre insuficiente. Há, inclusive, indícios de que a Lei em análise está em consonância com a Lei Orçamentária Anual (fls. 50-51 dos autos), a qual já reserva apoio financeiro ao desenvolvimento de programas e serviços relativos à Política de Atendimento dos Direitos da Criança e dos Adolescentes.

Registre-se, além disso, que somente é proibido o aumento de despesa prevista nos projetos de lei especificados no art. 52 da Constituição do Estado, que assim dispõe:

Art. 52 — Não será admitido aumento da despesa prevista:

I - nos projetos de iniciativa exclusiva do Governador do Estado, ressalvado o disposto no art. 122, §§ 3º e 4º;

II - nos projetos sobre organização dos serviços administrativos da Assembleia Legislativa, do Poder Judiciário e do Ministério Público.

Sucede que a Lei Estadual n. 16.577/2015, conforme apontado anteriormente, não trata de matéria sujeita à lei de iniciativa privada do Chefe do Executivo, nem versa sobre a organização administrativa da Assembleia Legislativa, do Poder Judiciário e do Ministério Público.

Destaque-se, ainda, que o fato de lei de origem parlamentar gerar alguma despesa ao erário não tem o condão de, por si só, maculá-la de inconstitucionalidade, pois nem toda norma que cria expressa despesa tem que ser, necessariamente, de iniciativa do Chefe do Poder Executivo, Fosse assim, o Legislativo não poderia mais realizar sua função típica sem autorização do Executivo, porquanto, em certa medida, toda lei acarreta gastos (ADIn n. 2008.036480-5, de Jaraguá do Sul, rel. Des. Sérgio Izidoro Heil).

Conforme se extrai da decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina na ADI n. 2009.063965-7, toda Constituição que se estrutura sob o princípio da separação dos poderes e tenha como objetivo a efetivação dos direitos fundamentais – dentre eles os de segunda geração, que, por sua própria natureza implicam que o Poder Executivo atue positivamente – não pode concentrar exclusivamente nas mãos do Administrador Público o controle dos gastos, sob pena de inviabilizar a sua própria concretização no plano fático (ADIn n. 2009.063956-7, de Balneário Camboriú, rel. Des. Luiz César Medeiros).

Nesse sentido: “caso só o Poder Executivo pudesse criar despesas, ter-se-ia que julgar inconstitucionais todas as leis assistenciais de iniciativa parlamentar, vale dizer, as que tratam da saúde, da previdência, do acesso à moradia e à justiça, etc” (precedente retrocitado), vez que, de alguma maneira, importam despesa.

Acerca do tema, colaciona-se julgado do Supremo Tribunal Federal:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGOS 1º, 2º E 3º DA LEI N. 50, DE 25 DE MAIO DE 2004, DO ESTADO DO AMAZONAS. TESTE DE MATERNIDADE E PATERNIDADE. REALIZAÇÃO GRATUITA. EFETIVAÇÃO DO DIREITO À ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA. LEI DE INICIATIVA PARLAMENTAR QUE CRIA DESPESA PARA O ESTADO-MEMBRO. ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL NÃO ACOLHIDA. CONCESSÃO DEFINITIVA DO BENEFÍCIO DA ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. QUESTÃO DE ÍNDOLE PROCESSUAL. INCONSTITUCIONALIDADE DO INCISO I DO ARTIGO 2º. SUCUMBÊNCIA NA AÇÃO INVESTIGATÓRIA. PERDA DO BENEFÍCIO DA ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. INCONSTITUCIONALIDADE DO INCISO III DO ARTIGO 2º. FIXAÇÃO DE PRAZO PARA CUMPRIMENTO DA DECISÃO JUDICIAL QUE DETERMINAR O RESSARCIMENTO DAS DESPESAS REALIZADAS PELO ESTADO-MEMBRO. INCONSTITUCIONALIDADE DO INCISO IV DO ARTIGO 2º. AFRONTA AO DISPOSTO NO ARTIGO 61, § 1º, INCISO II, ALÍNEA “E”, E NO ARTIGO 5º, INCISO LXXIV, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL.

1. Ao contrário do afirmado pelo requerente, a lei atacada não cria ou estrutura qualquer órgão da Administração Pública local. **Não procede a alegação de que qualquer projeto de lei que crie despesa só poderá ser proposto pelo Chefe do Executivo. As hipóteses de limitação da iniciativa parlamentar estão previstas, em numerus clausus, no artigo 61 da Constituição do Brasil – matérias relativas ao funcionamento da Administração Pública, notadamente no que se refere a servidores e órgãos do Poder Executivo** (ADI 3394, rel. Min. Eros Grau).

Ainda, segundo a jurisprudência catarinense:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEI QUE CRIA DIÁRIO OFICIAL ELETRÔNICO DO MUNICÍPIO DE SÃO JOSÉ (LEI N. 4.948/2010) – INICIATIVA DO PODER LEGISLATIVO – VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES NÃO CARACTERIZADO – IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO.

Leis que disciplinam a publicidade de atos oficiais ‘independem de reserva de iniciativa do Chefe do Poder Executivo estadual, visto que não versam sobre criação, estruturação e atribuições dos órgãos da Administração Pública [...] (CF, artigo 61, § 1º, II, e)’ (ADI-MC n. 2.472, Min. Maurício Corrêa). Essa compreensão alcança lei de iniciativa parlamentar que cria ‘Diário Oficial Eletrônico’ para publicação de atos governamentais. Ademais, ‘o Poder Legislativo pode editar leis que criem despesas, pois, caso contrário, não poderá ele legislar sobre a maioria das matérias. Regras restritivas dos Poderes devem ser interpretadas também restritivamente. O art. 63 da Constituição Federal veda o aumento de despesas apenas em projetos de iniciativa exclusiva do Presidente da República, permitindo-o, porém, nos projetos de iniciativa concorrente (ADI n. 2009.063965-7, Des. Luiz César Medeiros; ADI n. 2.472, Min. Maurício Corrêa; ADI 3.394-8, Min. Eros Grau; ADI n. 2008.007242-1, Des. Newton Janke) (Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2010.017993-5, de São José, rel. Des. Newton Trisotto) (grifos no original).

A própria inicial reconheceu que a lei em referência é de todo meritória (fl. 5).

Reitere-se que a matéria de fundo versada na Lei n. 16.577/2015 é apenas um programa de inclusão profissional, já previsto na Lei n. 8.069/1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA):

Art. 68. O programa social que tenha por base o trabalho educativo, sob responsabilidade de entidade governamental ou não-governamental sem fins lucrativos, deverá assegurar ao adolescente que dele participe condições de capacitação para o exercício de atividade regular remunerada.

§ 1º Entende-se por trabalho educativo a atividade laboral em que as exigências pedagógicas relativas ao desenvolvimento pessoal e social do educando prevalecem sobre o aspecto produtivo.

§ 2º A remuneração que o adolescente recebe pelo trabalho efetuado ou a participação na venda dos produtos de seu trabalho não desfigura o caráter educativo.

Art. 69. O adolescente tem direito à profissionalização e à proteção no trabalho, observados os seguintes aspectos, entre outros:

I - respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento;

II - capacitação profissional adequada ao mercado de trabalho.

Ora, os direitos fundamentais vinculam o Legislativo, que tem até mesmo a obrigação de editar leis que os promovam.

Nesse mesmo sentido, Maria Paula Dallari Bucci afirma ser

[...] relativamente tranquila a ideia de que as grandes linhas das políticas públicas, as diretrizes, os objetivos, são opções políticas que cabem aos representantes do povo, e, portanto, ao Poder Legislativo, que as organiza sob a forma de leis de caráter geral e abstrato, para execução pelo Poder Executivo, segundo a clássica separação de poderes de Montesquieu (Políticas públicas e direito administrativo, disponível em http://unisc.br/portal/upload/com_arquivo/1349877514.pdf, acesso em 20-10-2015).

De outra banda, o receio de aumento de despesas para o Poder Executivo, **sem previsão orçamentária, não procede**, pois o art. 5º é claro ao dispor que tais despesas se limitam às dotações próprias do Orçamento Geral do Estado. Isto é, **aquelas já previstas** para que o Executivo possa operacionalizar o Programa instituído pela Lei hostilizada.

Aliás, apenas se tornou legal o que o Estado, com todo louvor, já vem praticando, segundo o diretor do Departamento de Administração Sócio Educativa do Estado de Santa Catarina, Roberto Augusto Lajus, ressaltando a existência de convênios atuais e previsão de outros, para cursos profissionalizantes a jovens que cumprem medidas sócio-educativas (<http://portal.tjsc.jus.br/web/sala-de-imprensa>, acesso em 19-10-2015).

Tal realidade decorre do vitorioso “Projeto Novos Caminhos”, criado mediante parceria do Poder Judiciário Barriga-Verde com a Federação das Indústrias de Santa Catarina – FIESC. Veja-se que, diante da semelhança de conformidade, então este projeto também poderia ser questionado quanto à participação estatal.

Sintetizando: a Lei Estadual Promulgada n. 16.577, de 12 de agosto de 2015, apenas formula e detalha políticas públicas já previstas nos direitos e garantias fundamentais da Constituição Federal e que obriga os Estados membros, com aplicação imediata, não se confundindo com a “organização e o funcionamento da administração estadual”, muito menos cria novas despesas não previstas no orçamento estadual, na medida em que apenas se remete à faculdade de utilização dos meios de que a Administração Estadual já dispõe (convênios, parcerias, etc.)

Em face do exposto, o voto é pela improcedência da demanda.
Florianópolis, 17 de dezembro de 2015.

PEDRO MANOEL ABREU
DESEMBARGADOR

Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2015.021853-1, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina

Relator: Des. Lédio Rosa de Andrade

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI 9.734/2015 DO MUNICÍPIO DE FLORIANÓPOLIS QUE TORNA OBRIGATÓRIA A DISPONIBILIZAÇÃO DE BÍBLIAS NAS ESCOLAS EXISTENTES NA CAPITAL DO ESTADO. VÍCIOS FORMAL E MATERIAL RECONHECIDOS. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO DE INCONSTITUCIONALIDADE.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2015.021853-1, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, em que é requerente Ministério Público do Estado de Santa Catarina, e requerida Câmara Municipal de Florianópolis e outro:

O Órgão Especial decidiu, por votação unânime, julgar procedente o pedido para declarar a inconstitucionalidade da Lei 9.734/2015 do Município de Florianópolis. Custas Legais.

Presidiu o julgamento, realizado em 2 de dezembro de 2015, o Exmo. Sr. Desembargador Nelson Schaefer Martins, e dele participaram os Exmos. Srs. Des. Lédio Rosa de Andrade – Relator, 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, Newton Trisotto, Luiz César Medeiros, Marcus Túlio Sartorato, Cesar Abreu, Ricardo Fontes e Salim Schead dos Santos.

Funcionou como Representante do Ministério Público a Exma. Sra. Dra. Vera Lúcia Copetti.

Obs. Impedido o Exmo. Sr. Desembargador Nelson Schaefer Martins.

Florianópolis, 4 de dezembro de 2015.

Lédio Rosa de Andrade
RELATOR

RELATÓRIO

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, com pleito de natureza cautelar, ajuizada pelo Coordenador-Geral do Centro de Apoio Operacional do Controle de Constitucionalidade - CECCON, em face da Lei n. 9.734/2015 do Município de Florianópolis, que *“Torna obrigatória a disponibilização de bíblias e dá outras providências”*.

O requerente sustenta a inconstitucionalidade da referida Lei, por vícios formal e material.

Argumenta que a referida lei é formalmente inconstitucional, pois viola o disposto no artigo 50, § 2º, inciso II c/c o artigo 71, inciso IV, da Constituição do Estado de Santa Catarina, isto é, apresenta vício de iniciativa, uma vez que foi proposta pela Câmara de Vereadores quando, em razão do princípio da simetria das normas constitucionais, o Chefe do Poder Executivo é quem possui competência exclusiva para propor leis que disponham sobre a criação e estruturação das atribuições das secretarias, departamentos e órgãos da administração pública.

Além disso, afronta o Pacto Federativo, pois provoca ingerência do Município em escolas públicas estaduais e federais, bem como fere os princípios da isonomia e impessoalidade, quando demonstra a intenção do legislador em privilegiar a Bíblia, dando-lhe realce, em detrimento dos veículos de propagação da doutrina de outras religiões.

Justificou o deferimento da liminar.

Por fim, requereu *“a procedência do pedido para declarar a inconstitucionalidade da Lei n. 9.734/2015, do Município de Florianópolis,*

por afrontar os arts. 1º, 4º, caput, 16, caput e 50, §, inciso VI, da Constituição do Estado de Santa Catarina, que guardam consonância com os arts. 1º, caput, 5º, inciso VI, 19, inciso I, 37, caput, e 61, § 1º, inciso II, alínea “e”, da Constituição Federal; “

Liminar concedida *ad referendum* (fls. 22/29).

Decisão referendada (fls. 41/49)

Intimada a Câmara de Vereadores, não se manifestou.

A Procuradoria-Geral do Município manifestou-se pela inconstitucionalidade formal da Lei em debate.

A Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra da Subprocuradoria-Geral de Justiça, Dra. Vera Lúcia Ferreira Copetti, opinou pela procedência do pedido de inconstitucionalidade da norma.

Este é o relatório.

VOTO

O pedido de inconstitucionalidade merece procedência.

Confira-se o teor da Lei 9.734/2015:

TORNA OBRIGATÓRIA A DISPONIBILIZAÇÃO DE BÍBLIAS, E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS.

O Presidente da Câmara Municipal de Florianópolis, no uso das atribuições que lhe confere o § 7º do art. 58 da Lei Orgânica do Município de Florianópolis, promulga a seguinte Lei:

Art. 1º Ficam as unidades escolares públicas e privadas de ensino fundamental e médio obrigadas a manter em suas bibliotecas Bíblias para consulta de seus alunos.

Parágrafo Único - Os exemplares deverão ficar em local de destaque, sendo disponibilizados na forma impressa, em braile e áudio.

Art. 2º Durante e semana que antecede o Dia do Livro, será permitido a instituições que assim desejarem distribuir exemplares da Bíblia nos pátios da escola, desde que acordado previamente com a direção escolar.

Art. 3º As despesas decorrentes da execução desta Lei correrão por conta de dotações orçamentárias próprias, suplementadas, se necessário.

Art. 4º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Câmara Municipal de Florianópolis, 11 de março de 2015.

a) Vício Formal

A presente lei teve origem em projeto de iniciativa parlamentar. O referido regramento, ao dispor sobre a obrigatoriedade de disponibilização nas escolas públicas e privadas de bíblias na forma impressa, em braile e áudio, ao determinar a exibição desse livro em local de destaque, e, ainda, obrigar a permissão de distribuição da obra nas instituições de ensino, determinando que as despesas decorrentes da Lei correrão por conta das dotações orçamentárias, extrapola as escancaras a prerrogativa legislativa e invade as atribuições de iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo. Isso porque o conteúdo infringe a independência e harmonia entre os poderes delineadas no art. 32 da Constituição Estadual.

Entre as atribuições exclusivas do Chefe do Poder Executivo, encontra-se a de dirigir a administração, dispondo sobre a organização e o funcionamento da máquina administrativa.

Como é cediço, tratando-se de município, a competência legislativa deriva das normas contidas na Constituição do Estado que pertencem, as quais, por sua vez obedecem os princípios e regras da Constituição Federal.

Em Santa Catarina, o artigo 50 da Constituição Estadual prevê, em seu § 2º, inciso VI, que são de iniciativa privativa do Governador do Estado as leis que dispõem sobre a criação, estruturação e atribuições das Secretarias de Estado e órgãos da administração pública.

Art. 50 – A iniciativa das Leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou comissão da Assembleia Legislativa, ao Governador do Estado, ao Tribunal de Justiça, ao Procurador-Geral de Justiça e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição.

[...]

§ 2º - São de iniciativa privativa do Governador do Estado as leis que disponham sobre:

[...]

II – a criação de cargos e funções públicas na administração direta, autárquica e fundacional ou aumento de sua remuneração;

[...]

VI – a criação e extinção das Secretarias de Estado e órgãos da administração pública, observado o disposto no art. 71, IV.

Além disso, o artigo 71 da referida Carta Estadual dispõe que, a organização e funcionamento da administração estadual, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos, é atribuição exclusiva do Governador do Estado.

Pelo princípio da simetria, então, cabe ao Chefe do Poder Executivo Municipal a propositura de projetos de lei para disciplinar a estruturação, organização e funcionamento da administração pública, por meio dos seus quadros funcionais.

Assim, o legislativo municipal usurpou a competência legiferante exclusiva do Prefeito Municipal, violando, sobremaneira, os artigos 50, § 2º, inciso VI e 71, IV da Constituição Estadual, mostrando-se, dessa forma, manifestamente inconstitucional.

No mesmo sentido, há precedente deste relator na ADIN n. 2009.062.357-5:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI MUNICIPAL 2.962/2009 QUE AUTORIZA O MUNICÍPIO DE BALNEÁRIO CAMBORIÚ A FIRMAR CONVÊNIOS COM ENTIDADES DE ENSINO SUPERIOR. PRELIMINAR DE PERDA DE OBJETO EM FACE DA EDIÇÃO DA LEI 3.014/2009, REGULAMENTADORA DOS REFERIDOS CONVÊNIOS. REJEIÇÃO. LEI POSTERIOR QUE NÃO REVOGOU A

ANTERIOR, APENAS COMPLEMENTOU A MAIS ANTIGA. INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI RECONHECIDA. VÍCIO DE ORIGEM. MATÉRIA DE INICIATIVA EXCLUSIVA DO CHEFE DO PODER EXECUTIVO (ART. 50, § 2º, II E VI e 71, IV, DA CESC). QUEBRA DA HARMONIA E INTERDEPENDÊNCIA ENTRE OS PODERES (ART. 32, DA CESC). PROCEDÊNCIA DO PEDIDO.

b) Vício Material

Do Estado Laico

A Constituição Estadual com relação à laicização do Estado, em consonância com a Constituição Federal, permite o ensino religioso, de forma facultativa. Em respeito à liberdade religiosa a Carta Magna não permite a obrigatoriedade e, muito menos, a imposição de uma doutrina religiosa em detrimento de outras e até mesmo de nenhuma.

Desta forma, deve o conteúdo programático da disciplina constar a exposição das doutrinas, das práticas, da história e de dimensões sociais das diferentes religiões – bem como de posições não religiosas, como o ateísmo e o agnosticismo – sem qualquer tomada de partido por parte dos educadores. Conforme está preconizado em seus arts. 4º, 164 e 210:

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:

(...)

§ 1º 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.

Precedente do Órgão Especial, relatado pelo Des. Sérgio Roberto Baasch Luz n. 2013.075796-5:

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 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)

Assim, sob o aspecto de fundo, a constituição garante a liberdade religiosa e isso proíbe a imposição de qualquer culto, rito, livro, símbolo ou prática religiosa específica em detrimento de outras.

Não é lícito, sob o aspecto constitucional, impor, por ilustração, a uma instituição de ensino atea ou muçumana ter de ler ou expor em lugar privilegiado a bíblia. Esse tipo de imposição é uma afronta à liberdade religiosa e levará, sem dúvida, à intolerância e ao sectarismo, senão ao fundamentalismo, responsável por inúmeras guerras e matanças na história da humanidade.

Desta forma, ao dispor sobre a obrigatoriedade de disponibilizar livro de determinada religião em detrimento das demais, resta forçoso reconhecer a inconstitucionalidade material da norma, por ofender a liberdade religiosa prevista no ordenamento constitucional do Estado de Santa Catarina e do Brasil.

Além disso, haverá considerável aumento de despesas para a Administração Pública sem prévia previsão orçamentária. Será gasto de dinheiro público de forma inútil e ilegal.

Diante do exposto, reconhecidos os vícios formal e material, a procedência do pedido de inconstitucionalidade da Lei n. 9.734/2015, do Município de Florianópolis é medida que se impõe.

Este é o voto.

Agravo (§ 3º art. 4º da Lei 8.437/92) em Pedido de Suspensão de Liminar n. 2015.027490-0/0001.00, de São José

Relator: Des. Torres Marques

AGRAVO EM PEDIDO DE SUSPENSÃO DE LIMINAR. DECISÃO QUE DETERMINOU A FORMAÇÃO, NO PRAZO DE NOVENTA DIAS, DE EQUIPE COM DOZE SERVIDORES EFETIVOS PARA ATENDIMENTO EM PROGRAMAS SOCIOEDUCATIVOS. INEXISTÊNCIA DE CARGOS PARA REALOCAÇÃO. PRAZO EXÍGUO PARA CRIAÇÃO DE CARGOS E REALIZAÇÃO DE CONCURSO. FLAGRANTE ILEGITIMIDADE E RISCO DE LESÃO À ORDEM PÚBLICA. PROVIDÊNCIA QUE DEMANDARIA DESPESA DE ELEVADA MONTA EM CARÁTER PRECÁRIO. RISCO DE LESÃO À ECONOMIA PÚBLICA. SUSPENSÃO MANTIDA. RECURSO NÃO PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo (§ 3º art. 4º da Lei 8.437/92) em Pedido de Suspensão de Liminar n. 2015.027490-0/0001.00, da comarca de São José (Vara da Infância e da Juventude e Anexos), em que é agravante o Ministério Público do Estado de Santa Catarina, e agravado o Município de São José:

O Órgão Especial decidiu, por votação unânime, negar provimento ao recurso. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Des. Nelson Schaefer Martins, e dele participaram os Exmos. Des. Marcus Tulio Sartorato, Ricardo Fontes, Maria do Rocio Luz Santa Ritta, Jaime Ramos, Moacyr de Moraes Lima Filho, Marli Mosimann Vargas, José Carlos Carstens Köhler, Jânio Machado, Ronei Danielli, Rodrigo Collaço, Pedro Manoel Abreu, Cláudio Barreto Dutra, Luiz César Medeiros e Fernando Carioni.

Funcionou pela Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Dr. Francisco Bissoli Filho.

Florianópolis, 16 de setembro de 2015.

Torres Marques
RELATOR

RELATÓRIO

Trata-se de agravo interposto pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina contra o comando singular que deferiu, em parte, o pedido de suspensão da antecipação de tutela concedida nos autos da Ação Civil Pública n. 0900216-07.2014.8.24.0064, para obstar a eficácia da determinação de formação de equipe composta por 12 (doze) profissionais, no prazo de 90 (noventa) dias, para atuação exclusiva nos Programas Socioeducativos de Liberdade Assistida e Prestação de Serviços à Comunidade do Município de São José, diante da comprovação de que sua execução poderia acarretar grave lesão à ordem e à economia públicas, além de configurar flagrante ilegitimidade (fls. 704/714).

Sustentou o agravante que a ordem de primeiro grau pode ser cumprida por outros meios além da contratação de novos servidores, inclusive sem qualquer impacto financeiro, cabendo à administração optar pela alternativa que considerar mais conveniente.

Asseverou que a Secretaria Municipal de Assistência Social admitiu, em resposta ao Memorando n. 31/2015/PGM, que há, nos quadros municipais, os cargos de assistente social e psicólogo, sendo que o último conta com duas vagas.

Nesses termos, requereu o provimento do recurso, para que seja restabelecida a eficácia da tutela antecipada deferida nos autos da ação originária.

O Estado de Santa Catarina apresentou contrarrazões (fls. 733/746).

Em juízo de retratação, a decisão agravada foi mantida (fl. 757).

VOTO

O Ministério Público do Estado de Santa Catarina interpôs o presente agravo com vistas à reforma da decisão monocrática que obstou a eficácia da determinação, imposta ao Município de São José, de formar equipe multidisciplinar composta por 12 (doze) servidores concursados para atuação exclusiva em Programas de Atendimento Socioeducativo em Meio Aberto, no prazo de 90 (noventa) dias.

Da análise do processado, extrai-se que o Órgão Ministerial requereu, na petição vestibular da ação originária, a constituição da referida equipe e ressaltou a necessidade de que o corpo funcional fosse composto por profissionais efetivos, porquanto ausentes os requisitos da temporariedade e excepcionalidade dispostos no art. 37, IX, da Constituição da República (fls. 153/163).

Na sequência, aditou a peça inaugural reconhecendo a impossibilidade fática da contratação imediata de efetivos, considerando o lapso imprescindível aos trâmites burocráticos obrigatórios para tanto (fls. 195/200). Nessa manifestação, pontuou:

Afigura-se fundamental a urgência na implantação dessa equipe para o sucesso dos serviços de LA e PSC, porém se reconhece também que os trâmites burocráticos possam exigir tempo mais dilatado para eventual contratação por concurso dos profissionais em questão (se o município optar por essa alternativa, na falta de profissionais para serem remanejados de outras áreas), nada obstante, por outro vértice, que até a conclusão do processo de criação dos cargos e realização do concurso público se ultimar, possa esse serviço contar com alguns servidores temporários, em todas as 12 funções necessárias, cuja contratação poderia ser exigida com maior brevidade do Município (fl. 197).

Não obstante o aditamento, a decisão antecipatória consignou expressamente a ilegalidade da contratação de servidores em regime temporário para os fins almejados pelo Ministério Público, em face do caráter permanente das atividades a serem desenvolvidas e, nos termos pleiteados na inicial, determinou ao Município de São José:

[...] formar e manter equipe composta por 12 (doze) profissionais, sendo (3) três assistentes sociais, três (3) psicólogos, (2) dois pedagogos, (1) um advogado, (2) dois auxiliares administrativos e (1) um coordenador (cargo em comissão, mas indicado entre os técnicos concursados do Município), todos concursados pelo Município, para desempenharem com exclusividade suas atividades no Serviço Liberdade Assistida – LA e Prestação de Serviços à Comunidade – PSC de São José/SC, num prazo máximo de 90 dias, cominando-se, caso descumprida a ordem, *astreinte* no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) por cada dia de atraso, nos termos do art. 461 do CPC e art. 213 e parágrafos do Estatuto da Criança e do Adolescente (fls. 237/238).

Observa-se, dessarte, que a decisão suspensa não permitiu à Administração cumprir o comando da maneira que melhor lhe apossesse dentro das margens autorizadas pelo juízo discricionário, tal como alega o agravante, mas limitou as possibilidades à realocação ou contratação de funcionários admitidos por concurso.

No tocante à realocação, infere-se da declaração prestada pelo Secretário Municipal de Administração que inexistem cargos ou vagas suficientes a satisfazer por completo o atendimento da determinação, *verbis*:

Informo a Vossa Senhoria que foi deflagrado Concurso Público 001/2011 com vigência até 29/04/2015, para o cargo de Psicólogo e Assistente Social, com classificados para ainda serem chamados. Comunicamos que o cargo de Auxiliar Administrativo foi extinto com a implantação do plano de cargos e salários e carreira (Lei Complementar 053/11). Informamos ainda que não há o cargo de Pedagogo, bem como o cargo de Advogado. Salientamos que não existe o cargo efetivo com a nomenclatura de Coordenador, mas existem outros cargos comissionados na estrutura administrativa da Secretaria de Assistência Social. Salientamos ainda a necessidade de criação de novas vagas para os cargos de Assistente Social e Psicólogo (fls. 529/530).

Na Resposta ao Memorando n. 31/2015/PGM, a Secretaria Municipal de Assistência Social informou que, em fevereiro deste ano, os programas socioeducativos de liberdade assistida e prestação de serviços

à comunidade contavam com o quadro de servidores composto por “1 (uma) assistente social efetiva, na função de Coordenação, 3 (três) assistentes sociais e 3 (três) psicólogos, dentre efetivos e admitidos em caráter temporário” (fl. 336).

E, com relação aos cargos faltantes, acrescentou:

Os cargos de auxiliar administrativo, advogado e pedagogo foram extintos pelo Plano de Carreira (LC 53/2011). Informamos, outrossim, que no Concurso Público 001/2011, com vigência até 29/04/2015, há uma vaga livre para o cargo de Assistente Social (que já está sendo convocado um candidato para a vaga pela Secretaria de Administração) e duas vagas livres para o cargo de Psicólogo (carecendo serem nomeados, observados os critérios da Secretaria de Administração). Por isso, caso seja mantida a referida decisão judicial, teremos que efetuar a impactação orçamentária e encaminhar Projeto de Lei criando esses cargos e suas respectivas vagas para aprovação da Câmara Municipal (fls. 336/337).

A listagem dos cargos existentes e transformados do quadro do Poder Executivo Municipal corrobora as informações supratranscritas, conforme consta dos anexos da Lei Complementar n. 53/11, do Município de São José (fls. 558/582).

Portanto, da documentação acostada ao feito é possível concluir, em síntese, que os cargos de Auxiliar Administrativo, Advogado e Pedagogo foram extintos pelo novo plano de carreira (instituído pela Lei Complementar n. 53/2011), bem como que as vagas dos cargos ainda existentes – Psicólogo e Assistente Social – foram preenchidas por servidores aprovados no Concurso Público n. 1/11, que expirou no último dia 29 de abril.

Desse modo, depreende-se que o comando alvo da contracautela apenas poderia ser integralmente cumprido após a criação de cargos novos e o aumento do número dos atuais, tudo por meio de lei específica, de forma a autorizar a deflagração de concurso público com vistas a completar a equipe a ser formada.

Segundo a jurisprudência, constitui flagrante ilegitimidade, prevista no art. 4º da Lei n. 8.437/92, a ordem judicial que determina a contratação de servidores públicos sem que haja vagas a serem preenchidas nos quadros administrativos, sobretudo por se tratar de conduta que transborda o âmbito das atribuições do Poder Executivo e adentra na esfera de atuação do Legislativo, visto que apenas por lei é possível a criação de cargos públicos.

A propósito, consignou o Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LIMINAR. OBRIGAÇÃO DE MANUTENÇÃO DE SERVIDORES TEMPORÁRIOS CONTRATADOS EM ANO ELEITORAL ATÉ REALIZAÇÃO DE CONCURSO. INEXISTÊNCIA DE VAGAS E DESNECESSIDADE DA CONTRATAÇÃO. FAVORECIMENTO COM FINS ELEITOREIROS. GRAVE LESÃO À ORDEM ADMINISTRATIVA E ÀS FINANÇAS DO MUNICÍPIO. SUSPENSÃO DA LIMINAR. AGRAVO INTERNO. NÃO COMPROVAÇÃO DA NECESSIDADE DA CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA, E DA EXISTÊNCIA DE VAGAS PARA A REALIZAÇÃO DE CONCURSO. I - Ordem judicial impondo à Administração Municipal a manutenção de servidores temporários, contratados pela Administração anterior em ano eleitoral, sem a efetiva comprovação da necessidade dessa contratação, bem como a imposição de realização de concurso, sem a correspondente existência de vagas no quadro de pessoal do Município, para a substituição daqueles servidores temporários, é suscetível de causar grave lesão à ordem administrativa e às finanças do Município. II - A realização de concurso público pressupõe a existência de cargos vagos criados por lei, e a respectiva reserva orçamentária, não podendo o Estado-juiz determinar ao Administrador que realize concurso sem a existência de cargos vagos, máxime, para substituir servidores temporários contratados irregularmente, e flagrantemente desnecessários ao serviço público. III - Correta exegese do art. 12 da Lei Federal nº 7.347/1985 induz à compreensão de que a fundamentação do recurso de agravo que ataca decisão de presidente do tribunal que suspendeu a execução de liminar deferida em Ação Civil Pública é restrita à comprovação de que a liminar a

quo não seria capaz de causar grave lesão aos bens públicos juridicamente tutelados pelo citado dispositivo legal, v.g., à ordem, à saúde, à segurança ou à economia públicas. IV - Agravo interno conhecido, mas não provido. (SL 4000155-93.2013.8.04.0000, rel. Des. Ari Jorge Moutinho da Costa, Tribunal Pleno, j. 27/8/2013). (grifou-se).

Nessa perspectiva, forçoso concluir que o comando suspenso configura flagrante ilegitimidade e representa risco de lesão à ordem pública ao determinar o provimento de cargos, no prazo de 90 (noventa) dias, sem observar a necessidade de levar o tema ao debate legislativo.

Além disso, não se pode ignorar a imprescindibilidade de inclusão das despesas decorrentes da criação dos novos cargos e da respectiva contratação na Lei de Diretrizes Orçamentárias e na Lei Orçamentária Anual, em observância aos preceitos da Lei de Responsabilidade Fiscal, uma vez que a realização de concurso público pressupõe a existência de reserva financeira suficiente.

Nesse contexto, sobressai do caderno processual que, em 12 de março de 2015, o Município de São José recebeu a Notificação de Alerta n. 75774/15, do Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina, de que “a despesa total com pessoal do Poder Executivo de São José, no 3º Quadrimestre de 2014, ultrapassou 90% do limite máximo legal previsto na alínea ‘b’ do inciso III do art. 20 da Lei Complementar n. 101/00” (fl. 701), de forma a exigir especial cautela na assunção de qualquer gasto a título precário, sob pena de lesão ao erário.

Por outro lado, na Resposta ao Memorando n. 201/2015/PGM, a Secretaria Municipal de Administração realizou cálculo preliminar sobre o impacto da contratação dos 12 (doze) servidores necessários ao atendimento da ordem judicial e, com isso, estimou que a medida ensejará um custo mensal de R\$ 36.178,04 (trinta e seis mil, cento e setenta e oito reais e quatro centavos), valor que, ao final de 1 (um) ano, acrescido do décimo terceiro salário, alcançará a monta de R\$ 470.314,52 (quatrocentos e setenta mil, trezentos e quatorze reais e cinquenta e dois

centavos), de modo que se afigura temerário impor ao ente público a referida obrigação em sede de cognição perfunctória, tal qual é o juízo da decisão liminar.

Assim, denota-se que, além da presença da flagrante ilegitimidade e ofensa à ordem pública, a decisão cuja eficácia o agravante pretende ver restabelecida, ao determinar a admissão de servidores efetivos no prazo máximo de 90 (noventa) dias, é capaz de comprometer a economia do ente.

Convém ressaltar, por derradeiro, que os precedentes trazidos pelo agravante, referentes às Suspensões de Liminar ns. 2014.035331-8 e 2014.009689-1, cujos efeitos foram modulados com estipulação de prazo certo, não se amoldam ao caso concreto, visto que, naqueles, a antecipação da tutela limitou-se à determinação de realização de estudos de impacto financeiro e encaminhamento de projeto de lei ao Poder Legislativo para a criação de cargos públicos, enquanto na hipótese em tela a ordem é para a efetiva admissão de servidores mediante concurso.

Diante disso, verifica-se que persistem na hipótese os requisitos previstos no art. 4º da Lei n. 8.437/92, os quais autorizaram a suspensão da determinação liminar.

Ante o exposto, nega-se provimento ao agravo.

CÂMARA CIVIL ESPECIAL

Agravo Regimental em Agravo de Instrumento n. 2015.054800-1/0001.00, de Laguna

Relator: Des. Subst. Luiz Zanelato

AGRAVO INTERNO (ART. 557, § 1º, DO CPC) EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. AGRAVO DE INSTRUMENTO QUE ATACAVA DECISÃO DE PRIMEIRO GRAU A QUAL RECEBEU NOS EFEITOS DEVOLUTIVO E SUSPENSIVO APELAÇÃO INTERPOSTA PELO AGRAVANTE. PRETENDIDA A ANTÉCIPAÇÃO DA TUTELA RECURSAL NA APELAÇÃO. DECISÃO MONOCRÁTICA ORA AGRAVADA QUE NEGOU SEGUIMENTO, LIMINARMENTE, AO AGRAVO DE INSTRUMENTO, POR AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL, TENDO POR BASE DOIS FUNDAMENTOS: A) IMPOSSIBILIDADE DE SE ANTECIPAR, EM AGRAVO DE INSTRUMENTO, A TUTELA PRETENDIDA EM APELAÇÃO (CABIMENTO DO AGRAVO QUE SE RESTRINGE A CONFERIR EFEITO SUSPENSIVO NEGADO PELO JUÍZO A QUO À APELAÇÃO, MAS QUE NÃO SE PRESTA A ANTECIPAR A TUTELA ALMEJADA NAQUELE RECURSO); B) TUTELA PRETENDIDA, ADEMAIS, QUE ULTRAPASSA OS LIMITES OBJETIVOS DA DEMANDA DE ORIGEM, VIOLANDO O PRINCÍPIO DA ADSTRIÇÃO.

AGRAVO INTERNO QUE SE LIMITOU A DEFENDER A POSSIBILIDADE DE ANTECIPAR A TUTELA DA APELAÇÃO POR MEIO DO AGRAVO DE INSTRUMENTO. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE RECURSAL. RECURSO QUE, AO NÃO COMBATER O OUTRO FUNDAMENTO DETERMINANTE PARA A NEGATIVA DE SEGUIMENTO DO AGRAVO ORIGINÁRIO, NÃO SE APRESENTA COMO MEIO HÁBIL À MODIFICAÇÃO DA DECISÃO RECORRIDA. IRREGULARIDADE FORMAL DESTES RECURSO. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL.

RECURSO NÃO CONHECIDO.

“Inútil o recurso que apresenta insurgência apenas contra um dos vários fundamentos utilizados na sentença, quando esses são autônomos e atinentes a um único pedido, pois ainda que se reconheça a legitimidade dos argumentos do recurso, o fundamento remanescente tem o condão de manter inalterada a decisão”. (TRT-10 RO n. 280200901510007/DF, Relator: Desembargador Pedro Luis Vicentin Foltran, j. em 23/02/2010).

Não conhecimento do recurso.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Regimental em Agravo de Instrumento n. 2015.054800-1/0001.00, da comarca de Laguna (2ª Vara Cível), em que é agravante Consórcio Camargo Corrêa/Aterpa M. Martins/Construbase e outros, e agravado Município de Laguna:

A Câmara Civil Especial decidiu, por votação unânime, não conhecer do recurso. 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.

Funcionou como representante do Ministério Público o Exmo. Sr. Dr. Plínio Cesar Moreira.

Florianópolis, 15 de outubro de 2015.

Luiz Zanelato
RELATOR

RELATÓRIO

Consórcio Camargo Corrêa/Aterpa M. Martins/Construbase interpôs, às fls. 935-945, agravo regimental, que, na verdade se trata de agravo interno por fundamentado no § 1º art. 557 do CPC, da decisão monocrática de fls. 926-933, que negou seguimento liminarmente ao

agravo de instrumento em epígrafe, nos termos dos art. 527, I e 557, *caput*, do CPC, com fundamento na ausência de interesse.

Alega, o recorrente, em síntese, que o recurso de agravo de instrumento foi devidamente instruído, fazendo-se necessária a reforma da decisão de 1º Grau, no intuito de se expedir o alvará para liberação do valor incontroverso depositado em juízo, bem como seja excluída a multa aplicada.

Requer o provimento do recurso a fim de que seja conhecido o agravo de instrumento originário, sendo-lhe concedido efeito suspensivo, pugnando, ao final, pela reforma da decisão emanada no juízo de 1º grau.

VOTO

Em análise aos elementos constantes nos autos, verifica-se que o agravante não tratou de combater apropriadamente a decisão recorrida, como se passa a demonstrar.

Oportuno, antes, transcrever a lição de Celso Scarpinella Bueno sobre o tema:

O recurso tem de combater a decisão jurisdicional naquilo que ela o prejudica, naquilo que ela lhe nega pedido ou posição de vantagem processual, demonstrando o seu desacerto, do ponto de vista procedimental (*error in procedendo*) ou do ponto de vista do próprio julgamento (*error in iudicando*). Não atende ao princípio aqui examinado o recurso que se limita a afirmar a sua posição jurídica como a mais correta. Na perspectiva recursal, é a decisão que deve ser confrontada [...] (*Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*, 5: *recursos, processos e incidentes nos tribunais, sucedâneos recursais: técnicas de controle das decisões jurisdicionais*, 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 62, grifou-se).

A decisão atacada foi proferida nos seguintes termos (fl. 926-933):

I - Consórcio Camargo Corrêa/Aterpa M. Martins/Construbase interpôs agravo de instrumento da decisão à fl. 412 do volume 3 de 5, proferida pelo Juízo da 2ª Vara Cível da comarca de Laguna, que, nos autos do

Mandado de Segurança n. 03025426120148240040, impetrado contra ato do Secretário da Fazenda do Município de Laguna, recebeu no efeito devolutivo e suspensivo a apelação manejada pelo agravante contra sentença que, denegando a segurança pleiteada, revogou a medida liminar anteriormente deferida ao *mandamus*.

Requer a concessão, liminarmente, de efeito suspensivo-ativo ao agravo, pugnando, ao final, pelo provimento do recurso com a reforma da decisão recorrida.

II - O presente agravo de instrumento não pode ser conhecido por manifestamente inadmissível, tendo em vista a ausência de interesse da agravante para recorrer.

O interesse recursal é um dos requisitos de admissibilidade intrínsecos ou subjetivos e consiste na utilidade e na necessidade da parte recorrente em obter a invalidação ou a reforma da decisão que lhe seja desfavorável ou prejudicial.

Na conceituação de Araken de Assis:

O interesse em impugnar os atos decisórios acudirá ao recorrente quando visar à obtenção de situação mais favorável do que a plasmada no ato sujeito ao recurso e, para atingir semelhante finalidade, a via recursal se mostrar caminho necessário. **À luz dessa novação básica, o interesse em recorrer resulta da conjugação de dois fatores autônomos, mas complementares: a utilidade e a necessidade do recurso. (...)** **Da interposição do recurso porventura cabível há de resultar ao recorrente situação mais favorável que a defluente do ato impugnado.** É óbvio que alguém recorre para obter uma vantagem. O recurso deve servir para alguma coisa. (Manual dos recursos. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 170/171 - grifou-se)

Nesse contexto, **a interposição de recurso somente será útil e necessária quando, interposto o recurso adequado, a partir de eventual resultado exitoso do seu julgamento, for possível à parte recorrente obter situação mais vantajosa que aquela imposta pela decisão recorrida. Do contrário, inexistente para a parte interesse recursal.**

Na espécie, tem-se que o agravante, Consórcio Camargo Corrêa/Aterpa M. Martins/Construbase, impetrou, na origem, Mandado de

Segurança no intuito de ver garantido seu direito à benefício fiscal revogado pela autoridade dita coatora.

Recebida a inicial, o juízo *a quo* deferiu em parte a medida liminar, apenas para obstar cobrança retroativa dos tributos enquanto o agravante gozou irregularmente do benefício concedido, medida, inclusive, revogada pela sentença denegatória de segurança.

A controvérsia, no caso, cinge-se à decisão do juízo *a quo* que recebeu “apenas” nos efeitos devolutivo e suspensivo a apelação interposta pelo impetrante.

Sustenta, o recorrente, em síntese, que seria imprescindível o deferimento da antecipação da tutela recursal na apelação dado o enorme prejuízo a que se encontra exposto em razão do protesto de dívida tributária e do bloqueio de valores determinado em ação cautelar fiscal, assim requerendo no presente Agravo de Instrumento (fl. 18):

[...] Em face ao todo exposto requer seja o presente Agravo recebido na forma instrumental, bem como seja concedido o Efeito Ativo (Antecipação de Tutela Recursal) à decisão que recebeu o recurso de apelação em seu duplo efeito, para:

- a) Oficiar o DNIT para imediata liberação dos valores em favor do agravante em face do cumprimento do disposto no agravo de instrumento 2015.037783-5.**
- b) Determinar a imediata sustação dos protestos com expedição do ofício ao Tabelionato de Protestos de Laguna, até decisão final transitada em julgado no processo 0302542-61.2014.8.24.0040.**
- c) Seja obstada qualquer medida administrativa constritiva em face do deferimento da presente antecipação de tutela recursal.**

De início, convém destacar que não cabe agravo de instrumento para o deferimento da antecipação de tutela recursal em apelação por total ausência de previsão legal.

Neste sentido, há que se esclarecer que, diversamente do agravo de instrumento, em que há previsão expressa da possibilidade de concessão da tutela antecipada recursal (art. 527, III, do CPC),

também entendida por efeito suspensivo ativo, o diploma processual civil não concede tal efeito, de forma ordinária, à apelação.

A apelação, assim, via de regra, é recebida nos efeitos devolutivo e suspensivo, havendo casos em que será recebida meramente no efeito devolutivo.

Nesses casos, em que a apelação é recebida somente no efeito devolutivo, poderá o relator conceder o efeito suspensivo nas hipóteses delineadas no art. 558, parágrafo único, do CPC. Mas é apenas o efeito suspensivo puro o previsto no art. 558, tendo em vista que o dispositivo mencionado apenas contempla a possibilidade de o relator suspender o cumprimento da decisão proferida na sentença. Tanto o é que o art. 527, III, do CPC, ao disciplinar a decisão liminar do agravo remete ao art. 558 apenas quando trata do efeito suspensivo, diferenciado tal hipótese da antecipação da tutela recursal, *verbis*:

Art. 527. Recebido o agravo de instrumento no tribunal, e distribuído incontinenti, o relator:

III - poderá atribuir efeito suspensivo ao recurso (art. 558), ou deferir, em antecipação de tutela, total ou parcialmente, a pretensão recursal, comunicando ao juiz sua decisão;

A ausência de tal previsão, na realidade, em nada importa na negativa de jurisdição, em oposição ao que considera parte da doutrina. Mas é que não haveria mesmo sentido em tal antecipação, pois, diferentemente do agravo, em que o recurso da decisão interlocutória ainda pende da oportunização do contraditório ao chegar ao órgão *ad quem*, na apelação, já se percorreu todo o iter do processo de conhecimento, o recurso já ascende ao órgão *ad quem* com o contraditório formado, pronto para o julgamento definitivo, que se reveste na revisão de uma decisão de cognição exauriente.

Outrossim, ainda que coubesse antecipar a tutela em sede de apelação, por certo, tal possibilidade, enquanto efeito extraordinário, caberia apenas ao próprio relator da apelação. Isto porque o juízo de primeiro grau já esgotou sua jurisdição com a prolação da sentença, cabendo a ele apenas, quando da admissibilidade do recurso, recebê-lo nos efeitos ordinariamente previstos (devolutivo/devolutivo e suspensivo), mesmo porque não seria dado ao mesmo magistrado a

contradição de negar na sentença o direito pleiteado após constatar sua ausência em cognição exauriente, e, logo após, num juízo de cognição sumária, antecipar um direito que concluiu inexistente.

Aliás, apenas a título ilustrativo, é de se consignar que a apelação em Mandado de Segurança possui como regra o recebimento no efeito meramente devolutivo (art. 14, § 1º e 3º, da Lei n. 12.016/2009), e, ainda que equivocadamente tenha o juízo *a quo* conferido à apelação o duplo efeito, a suspensão da decisão que nega o direito pleiteado, em nada auxiliaria o agravante, que dependeria verdadeiramente de se antecipar os efeitos da tutela pretendida na própria apelação, como reconhecido na petição inicial do presente agravo.

Mas fato é que, a previsão de cabimento do agravo de instrumento para atacar os efeitos em que é recebida a apelação (art. 522 do CPC) apenas se dá para a concessão dos efeitos ordinariamente previstos, devolutivo e suspensivo, que poderiam ter sido conferidos pelo juízo *a quo*, não cabendo o agravo, portanto, para o deferimento da antecipação da tutela recursal pleiteada na apelação.

Neste sentido, extrai-se da jurisprudência:

CIVILEPROCESSUALCIVIL.REVISÃOCONTRATUAL.PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DA TUTELA EM SEDE DE APELAÇÃO. DESCABIMENTO. INOVAÇÃO RECURSAL. LIMITAÇÃO DA TAXA ANUAL DE JUROS A 12%. IMPOSSIBILIDADE. CAPITALIZAÇÃO MENSAL DE JUROS. ILEGALIDADE. COBRANÇA DE TAXA DE ABERTURA DE CRÉDITO. ABUSIVIDADE. REPETIÇÃO DO INDÉBITO SIMPLES. 1. NÃO CABE ANTECIPAÇÃO DA PRETENSÃO RECURSAL EM SEDE DE APELAÇÃO. TAL POSSIBILIDADE É RESTRITA AO AGRAVO DE INSTRUMENTO. 2. NÃO É PERMITIDO INOVAR NO JUÍZO DE APELAÇÃO, SENDO DEFESO ÀS PARTES MODIFICAR A CAUSA DE PEDIR OU O PEDIDO, SOB PENA DE RESTAR CONFIGURADA A SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. 3. O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, NO ENUNCIADO 596 DE SUA SÚMULA, CONSOLIDOU O ENTENDIMENTO DE QUE OS LIMITES À ESTIPULAÇÃO DA TAXA DE JUROS, CONSTANTES DO DECRETO Nº 22.626/33, NÃO SE

APLICAM ÀS OPERAÇÕES REALIZADAS POR INSTITUIÇÕES QUE INTEGRAM O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL. ASSIM SENDO, AS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS NÃO SE SUJEITAM À LIMITAÇÃO DE JUROS, SENDO, A PRINCÍPIO, LIVRES PARA FIXAR COM O CONTRATANTE OS JUROS A SEREM APLICADOS, DESDE QUE A TAXA DE JUROS NÃO ULTRAPASSE A MÉDIA APURADA PELO BANCO CENTRAL DO BRASIL EM CONTRATOS DA MESMA ESPÉCIE. 4. A CAPITALIZAÇÃO MENSAL DE JUROS É PRÁTICA VEDADA PELO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO, INCLUSIVE, O COLENDO CONSELHO ESPECIAL DESTES TRIBUNAL JÁ DECLAROU A INCONSTITUCIONALIDADE ART. 5º, DA MEDIDA PROVISÓRIA Nº 2.170-34/2001. 5. A COBRANÇA DA TAXA DE ABERTURA DE CADASTRO CARACTERIZA VERDADEIRO REPASSE AO CONSUMIDOR DOS CUSTOS ADMINISTRATIVOS DO FORNECEDOR, INERENTES AO CONTRATO DE ABERTURA DE CRÉDITO, SEM QUALQUER CONTRAPRESTAÇÃO EM BENEFÍCIO DO PRIMEIRO, DE MODO QUE SE AFIGURA MANIFESTAMENTE ABUSIVA. 6. RECONHECIDA A EXISTÊNCIA DE COBRANÇAS ILEGAIS NO CONTRATO, IMPÕE-SE A DEVOLUÇÃO SIMPLES DOS VALORES PAGOS INDEVIDAMENTE PELO DEVEDOR. 7. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA. (TJ-DF - APL: 913404120098070001 DF 0091340-41.2009.807.0001, Relator: ARNOLDO CAMANHO DE ASSIS, Data de Julgamento: 25/04/2012, 4ª Turma Cível, Data de Publicação: 04/06/2012, DJ-e Pág. 207)

PREVIDENCIÁRIO. APELAÇÃO CÍVEL. RESTABELECIMENTO DE AUXÍLIO DOENÇA. VERIFICAÇÃO DA INCAPACIDADE ALEGADA PELA DEMANDANTE. PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA EM SEDE RECURSAL. IMPOSSIBILIDADE. APELO PROVIDO PARCIALMENTE. - Segundo a Lei 8.213/91, a aposentadoria por invalidez será devida ao segurado que for considerado incapaz e insusceptível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência, enquanto que o auxílio-doença será devido ao segurado que estiver incapacitado para o seu trabalho habitual, sendo passível de recuperação e adaptação em

outra atividade, mediante reabilitação profissional. - Tratando-se de auxílio-doença ou aposentadoria por invalidez, o Julgador firma a sua convicção, via de regra, por meio da prova pericial, muito embora, nos termos do art. 436, do CPC, o Magistrado não fique vinculado à prova pericial, podendo decidir de maneira diversa, segundo a sua livre convicção. - Nesse sentido, inobstante conste do bem elaborado aludido laudo pericial que a autora 'é portadora de lesões caracterizadas como não incapacitantes', por outro lado, porém, verifica-se que o mesmo é, de fato, contraditório, tendo em vista que esclarece que "(...) No caso da autora, não se pode negar que existe perda da força de trabalho por idade avançada para mulher e trabalho de natureza pesada (...)", sendo de suma importância destacar-se que a Apelante afirmou exercer a função de lavadeira/passadeira para sobreviver, já que vive sozinha, sendo certo que, a cada ano que passa, o desenvolvimento daquelas tarefas se torna mais árduo e cansativo pela própria perda da força de trabalho da demandante. - Em casos como o presente, é preciso levar em consideração, não obstante a autora preservar parte de sua capacidade laborativa em relação a determinadas atividades, que a mesma se encontra com idade avançada (64 anos), além de ser pessoa simples e de pouca instrução, fatores que estabelecem dificuldades praticamente insuperáveis para o exercício de quaisquer outras funções, quadro que justifica o restabelecimento do benefício de auxílio-doença, desde a data da elaboração do laudo médico pericial (28 de agosto de 2008). - A natureza da tutela antecipada é inerente ao primeiro grau de jurisdição, sendo que o Autor sequer formulou requerimento neste sentido em sua peça inicial. O que pretende o Apelante, na realidade, é a execução provisória de uma decisão de segundo grau que ainda não transitou em julgado. Portanto, indeferido o pedido de antecipação dos efeitos da tutela. - Apelo provido parcialmente. (TRF-2 - AC: 200751040033896 , Relator: Desembargador Federal PAULO ESPIRITO SANTO, Data de Julgamento: 28/03/2012, PRIMEIRA TURMA ESPECIALIZADA, Data de Publicação: 16/04/2012)

DIREITO CIVIL E PROCESSO CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. CONTRATO DE ARRENDAMENTO MERCANTIL. CAPITALIZAÇÃO MENSAL DE JUROS. SUBSTITUIÇÃO DA TABELA PRICE PELO SISTEMA SAC. INOVAÇÃO

RECURSAL. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA EM SEDE RECURSAL. IMPOSSIBILIDADE. HONORÁRIOS FIXADOS DE OFÍCIO. 1. NÃO CABE ANTECIPAÇÃO DA TUTELA EM SEDE DE APELAÇÃO 2. NOS CONTRATOS DE ARRENDAMENTO MERCANTIL, NÃO HÁ SE DISCUTIR ACERCA DA LEGALIDADE DA APLICAÇÃO DE JUROS REMUNERATÓRIOS OU DE CAPITALIZAÇÃO DE JUROS, EIS QUE NÃO SE TRATA DE FINANCIAMENTO OU DE MÚTUO. 3. NÃO DEVE SER ANALISADA QUESTÃO NOVA TRAZIDA EM SEDE RECURSAL. 4. NÃO HÁ QUE SE FALAR EM CUMULAÇÃO DE PERMANÊNCIA COM OUTROS ENCARGOS QUANDO NÃO HÁ QUALQUER CLÁUSULA CONTRATUAL PREVENDO SUA OCORRÊNCIA. 5. É POSSÍVEL, EM SEDE RECURSAL, A FIXAÇÃO, DE OFÍCIO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS QUANDO A SENTENÇA A QUO EXTINGUIU O FEITO COM JULGAMENTO DE MÉRITO NOS TERMOS DO ART. 285-A E A P ARTE RECORRIDA NÃO FORMULOU PEDIDO EXPRESSO EM SUAS CONTRARRAZÕES RECURSAIS. 5. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. HONORÁRIOS FIXADOS DE OFÍCIO. (TJ-DF - APL: 534408720108070001 DF 0053440-87.2010.807.0001, Relator: SILVA LEMOS, Data de Julgamento: 29/03/2012, 1ª Turma Cível, Data de Publicação: 12/04/2012, DJ-e Pág. 94).

No mais, os pedidos antecipatórios sequer fazem parte do objeto da demanda subjacente.

A liberação de valores do DNIT em favor do agravante é providência debatida nos autos da ação Cautelar Fiscal n. 03011011120158240040, e não pode ser determinada nos autos do Mandado de Segurança Subjacente, assim como o protesto realizado pela recorrida também não foi alvo de impugnação judicial, não cabendo determinar sua suspensão em sede de recurso cuja ação não remonta ao respectivo objeto.

Desta forma, manifestamente incabível o agravo de instrumento para os fins almejados pelo recorrente, impossível

não reconhecer a ausência de interesse para o processamento do recurso, porquanto, se a medida pleiteada em sede de agravo não seria passível de trazer ao recorrente qualquer posição de vantagem processual, nítida está a ausência do interesse recursal.

Deste modo, o agravo de instrumento deve ter negado seu seguimento por falta de requisito intrínseco de admissibilidade recursal, conforme preceitua o art. 557, *caput*, do CPC:

Art. 557. O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior.

III - Ante o exposto, nego seguimento, liminarmente, ao agravo de instrumento, com fundamento nos arts. 527, I, e 557, *caput*, ambos do CPC.

Comunique-se o juízo de origem.

Publique-se.

Intimem-se. [grifou-se]

A decisão combatida, portanto, como se observa acima, negou seguimento ao agravo de instrumento original a partir da constatação da ausência de interesse recursal, conclusão que se pautou em dois fundamentos, quais sejam: a) a impossibilidade de se antecipar, por meio do agravo de instrumento, os efeitos da tutela pretendida na apelação; b) as providências práticas requeridas pelo agravante extrapolam os limites objetivos da demanda de origem.

A par disso, o agravante sustenta, no presente recurso, possuir sim interesse recursal, dado que a decisão do juízo de primeiro grau viria a lhe prejudicar, destacando a necessidade de se atribuir “efeito suspensivo” à apelação interposta da sentença do mandando de segurança, conforme se verifica a partir dos seguintes excertos da peça recursal (fls. 938-941):

[...] Em que pese o magistrado tenha conferido duplo efeito à apelação, a agravante não logrou nenhum efeito prático decorrente da referida medida [...].

[...] Portanto, o agravo de instrumento ora manejado é a única forma para o agravante obter o efeito suspensivo pretendido, eis que todos os prejuízos decorrem da sentença que denegou a segurança.

Logo, o agravante manejou todos os instrumentos possíveis para afastar os efeitos decorrentes da sentença que denegou a segurança, no entanto, as medidas não foram efetivadas pelo 1º Grau.

Portanto, o agravo de instrumento de instrumento em tela é a única forma de reverter a decisão que gerou os prejuízos informados pela agravante, que advém da sentença que denegou a segurança, assim a única forma de evitar os efeitos que por ela tem sido produzidos é com a concessão do efeito suspensivo pleiteado. [...]

No mais, afirma que busca apenas a “suspensão do cumprimento da decisão proferida na sentença, em razão dos efeitos negativos trazidos por esta decisão” (fl. 940), mas, em sequência, invocando o art. 273 do CPC, defende a possibilidade de concessão da antecipação da tutela recursal à apelação, encerrando o recurso da seguinte forma (fl. 944-945):

[...] Ante o exposto, requer seja o presente Agravo Regimental recebido e provido, caso não reconsiderada a decisão, bem como seja apresentado em mesa para pronunciamento da Câmara, de modo a:

A) Oficiar o DNIT para imediata liberação dos valores em favor do agravante em face do cumprimento do disposto no agravo de instrumento 2015.037783-5;

B) Determinar a imediata sustação dos protestos com expedição do ofício ao Tabelionato de Protestos de Laguna, até decisão final transitada em julgado no processo 0302542-61.2014.8.24.0040;

C) Obstar qualquer medida administrativa constritiva em face do deferimento da presente antecipação de tutela recursal. [...] (grifou-se)

A isto se resume a fundamentação recursal, na qual, novamente, o agravante confunde a natureza do efeito suspensivo com a do efeito

ativo/antecipação da tutela recursal, contraditoriamente afirmando que pretende apenas suspender os efeitos da sentença de origem (fl. 940-9416) - o que já foi deferido pelo juízo de primeiro grau -, mas, logo em seguida, requerendo no agravo a antecipação da tutela recursal da apelação.

Acerca de tal confusão, a decisão ora agravada já havia bem esclarecido ao recorrente que, suspender a decisão que lhe nega o direito (provimento este de cunho negativo que impede a alteração do *status quo* atual até a revisão da sentença) não equivale a substituir a manifestação judicial atacada por uma decisão que lhe confira o direito pleiteado na origem (provimento de natureza positiva que justamente altera de forma precária o atual *status quo*, e que não pode ser deferido por meio do agravo de instrumento no presente caso).

Não bastasse, assim, o recorrente não lograr êxito naquilo que impugna da decisão agravada, como se vê, o Consórcio Camargo Corrêa/Aterpa M. Martins/Construbase também não tratou de combater, no presente recurso, todos os fundamentos contidos na decisão recorrida e que levaram à negativa de seguimento do agravo de instrumento.

Vale dizer, ainda que se entendesse possuir razão o Consórcio Camargo Corrêa/Aterpa M. Martins/Construbase ao suscitar a possibilidade de antecipação da tutela da apelação por meio do agravo de instrumento, não impugnou a tese de que aquele recurso não serviria para o deferimento das medidas práticas nele requeridas, por extrapolarem estas os limites objetivos do Mandado de Segurança de origem. Tese que, assim mantida, ainda importaria na negativa de seguimento do agravo de instrumento.

Tal circunstância, que evidencia a violação ao princípio da dialeticidade recursal, torna formalmente irregular o agravo interno. Isto porque, combatendo apenas parte dos fundamentos da decisão recorrida, o presente recurso se mostra ineficaz, e, portanto, inútil para sua reforma,

apontando que também quanto ao agravo interno se manifesta ausente o interesse do recorrente.

É o que se extrai da aplicação analógica das Súmulas n. 283 do Supremo Tribunal Federal e n. 182 do Superior Tribunal de Justiça, ao prescreverem que “É inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles” (STF, Súmula n. 283) e “É inviável o agravo do art. 545 do CPC que deixa de atacar especificamente os fundamentos da decisão agravada” (STJ, Súmula n. 182).

Neste sentido, extrai-se da jurisprudência pátria:

DECISÃO FIRMADA EM FUNDAMENTOS AUTÔNOMOS. IMPOSSIBILIDADE DE CONHECIMENTO DO RECURSO QUE NÃO COMBATE TODOS OS FUNDAMENTOS DA SENTENÇA.

Inútil o recurso que apresenta insurgência apenas contra um dos vários fundamentos utilizados na sentença, quando esses são autônomos e atinentes a um único pedido, pois ainda que se reconheça a legitimidade dos argumentos do recurso, o fundamento remanescente tem o condão de manter inalterada a decisão. (TRT-10 - RO: 280200901510007 DF 00280-2009-015-10-00-7 , Relator: Desembargador Pedro Luis Vicentin Foltran, Data de Julgamento: 23/02/2010, 1ª Turma, Data de Publicação: 05/03/2010, grifou-se)

Em casos semelhantes, já se posicionou esta Corte:

REVISIONAL. Contratos bancários. Relação de consumo. Possibilidade de revisão. Juros remuneratórios. Princípio da dialeticidade inobservado. Capitalização. Falta de cláusula expressa. Correção monetária. Indexador ausente. Comissão de permanência contratada. Incidência. Cumulação com outros encargos. Vedação. Multa contratual e juros moratórios. Análise prejudicada. Mora. Afastamento. Cadastros de proteção ao crédito. Inscrição. Inviabilidade. Repetição de indébito. Vedação do enriquecimento sem causa. Forma simples. Em razão do princípio da dialeticidade, o recorrente deve impugnar especificamente todos os fundamentos da decisão recorrida, sob pena de não conhecimento em

relação aos temas onde ausente tal requisito. Capitalização de juros é vedada quando ausente pactuação expressa. O INPC incide como índice de atualização quando outro não é previsto no ajuste. Comissão de permanência é admitida desde que contratada e não cumulada com outros encargos. A inclusão do nome do consumidor em cadastros de órgãos restritivos de crédito é inviável quando afastada a mora, ante a cobrança de encargos ilegais e indefinido eventual saldo devedor. Verificada a existência de cláusulas abusivas em contrato bancário, justificada restituição dos valores pagos a maior, ante o princípio que veda o enriquecimento sem causa. (TJSC, Apelação Cível n. 2007.058537-2, de Blumenau, rel. Des. José Inácio Schaefer, j. 03-08-2010, grifou-se).

PLANO DE SAÚDE. OBRIGAÇÃO DE FAZER COM PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA E INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. INSURGÊNCIA DAS PARTES PASSIVA E ATIVA. DIALETICIDADE. ART. 514, II, DO CPC. IMPOSIÇÃO, AO INSATISFEITO, DE IMPUGNAR OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO ATACADA. AUSÊNCIA DE PERTINÊNCIA TEMÁTICA. REPRESENTAÇÃO PROCESSUAL, ADEMAIS, EQUIVOCADA. APELO E RECURSO A ELE ADESIVO NÃO CONHECIDOS. O princípio da dialeticidade, materializado no art. 514, inciso II, do CPC, impõe ao recorrente a obrigação de impugnar todos os fundamentos da decisão atacada, de maneira a demonstrar que o julgamento merece ser alterado. Não basta meras alegações genéricas em sentido contrário às afirmações do julgado, tampouco remissões, a exibição de fotocópia das peças já apresentadas ou, pior, utilização de modelo de peças que tratam de matéria diversa da debatida. Trata-se, pois, de um limite ao efeito devolutivo dos recursos, visto que só se pode analisar a controvérsia claramente impugnada, e, muito além disto, de uma exigência que decorre do próprio princípio do contraditório, uma vez que a correta exposição das razões do inconformismo é indispensável para que a parte adversa possa se defender em contrarrazões. O instrumento de defesa recursal deve indicar, mesmo tímida ou infimamente, quais são os erros in judicando ou in procedendo que maculam a decisão atacada, sob pena de não conhecimento da insurgência. [...]. (TJSC, Apelação Cível n. 2014.068427-0, da Capital, rel. Des. Gilberto Gomes de Oliveira, j. 23-04-2015, grifou-se).

Não é outro o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. SIMPLES REITERAÇÃO DAS ALEGAÇÕES VEICULADAS NO RECURSO ANTERIOR. AUSÊNCIA DE COMBATE A FUNDAMENTOS AUTÔNOMOS DO ACÓRDÃO. RAZÕES DISSOCIADAS DE VIOLAÇÃO A DISPOSITIVO DE LEI FEDERAL. DEFICIÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS 283 E 284 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. I - A falta de combate a fundamento suficiente para manter o acórdão recorrido, bem como as razões recursais dissociadas daquilo que restou decidido pelo Tribunal de origem, demonstra deficiência de fundamentação do recurso, o que atrai, por analogia, os óbices das Súmulas n. 283 e 284, do Supremo Tribunal Federal. II - O Agravante não apresenta argumentos capazes de desconstituir a decisão agravada, apenas reiterando as alegações veiculadas no recurso anterior. III - Agravo regimental improvido. (STJ - AgRg no AREsp: 439895 SP 2013/0391079-0, Relator: Ministra Regina Helena Costa, Data de Julgamento: 12/02/2015, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 26/02/2015, grifou-se)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. TELECOM. RAZÕES DO AGRAVO REGIMENTAL DISSOCIADAS DA DECISÃO AGRAVADA. ENUNCIADO 182 DA SÚMULA DO STJ. NÃO CONHECIMENTO. APLICAÇÃO DE MULTA.

1. “É inviável o agravo do art. 545 do CPC que deixa de atacar especificamente os fundamentos da decisão agravada” (Enunciado 182 da Súmula do STJ).

2. Agravo regimental de que não se conhece, com aplicação de multa de 5% sobre o valor atualizado da causa (CPC, art. 557, § 2º), ficando a interposição de novos recursos condicionada ao prévio recolhimento da penalidade imposta (AgRg no Ag 1417191/SC, rela. Mina Maria Isabel Gallotti, j. 15-3-2012, grifou-se)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. SIMPLES REITERAÇÃO DAS ALEGAÇÕES VEICULADAS NO RECURSO ANTERIOR. AUSÊNCIA DE

COMBATE A FUNDAMENTOS AUTÔNOMOS DO ACÓRDÃO. APLICAÇÃO DO ÓBICE DA SÚMULA 283/STF. OFENSA À RESOLUÇÃO DO CONSELHO NACIONAL DE TRÂNSITO - CONTRAN. CONCEITO DE TRATADO OU LEI FEDERAL. NÃO ENQUADRAMENTO. INCIDÊNCIA, POR ANALOGIA, DA SÚMULA 518/STJ. I - A falta de combate a fundamento suficiente para manter o acórdão recorrido justifica a aplicação, por analogia, da Súmula 283 do Supremo Tribunal Federal. II - Consoante pacífica jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, o conceito de tratado ou lei federal, previsto no art. 105, inciso III, a, da Constituição da República, deve ser considerado em seu sentido estrito, não compreendendo súmulas de Tribunais, bem como atos administrativos normativos. Incidência, por analogia, da Súmula 518 do Superior Tribunal de Justiça. III - O Agravante não apresenta argumentos capazes de desconstituir a decisão agravada, reiterando apenas as alegações veiculadas no recurso anterior. IV - Agravo regimental improvido. (STJ - AgRg no AREsp: 605345 RS 2014/0282389-4, Relator: Ministra Regina Helena Costa, Data de Julgamento: 17/03/2015, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 24/03/2015, grifou-se).

Frente a estas ponderações, conclui-se que o presente recurso de agravo interno não pode ser conhecido, vez que não impugnou todos os fundamentos autônomos da decisão combatida, desta forma ferindo o princípio da dialeticidade recursal.

Ante o exposto, voto pelo não conhecimento do presente recurso.

Agravo (§ 1º art. 557 do CPC) em Agravo de Instrumento n. 2015.045774-8/0001.00, de Blumenau

Relator: Des. Subst. Luiz Zanelato

AGRAVO (ART. 557, § 1º, DO CPC) EM AGRAVO DE INSTRUMENTO.

COMBATE A DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGOU, LIMINARMENTE, SEGUIMENTO AO RECURSO, POR INTEMPESTIVO. INTERPOSIÇÃO FORA DO DECÊNDIO PREVISTO NO ART. 522 DO CPC.

DECISÃO DE PRIMEIRO GRAU PROFERIDA EM 4-4-2011. ARGUIÇÃO DE INVALIDADE DA CITAÇÃO REALIZADA EM 19-4-2011, EM NOME DE PESSOA NÃO COMPONENTE DO QUADRO SOCIETÁRIO DA EMPRESA RÉ. DESCABIMENTO. TEORIA DA APARÊNCIA. ATO CITATÓRIO VÁLIDO. INTERPOSIÇÃO DO AGRAVO DE INSTRUMENTO EM 24-7-2015. INTEMPESTIVIDADE EVIDENCIADA. DECISÃO ESCORREITA.

RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

“A jurisprudência do STJ, no que concerne a citações de pessoas jurídicas, adota a teoria da aparência, segundo a qual considera-se válida a citação feita na pessoa de quem, sem nenhuma reserva, identifica-se como representante da sociedade empresária, mesmo sem ter poderes expressos de representação, e assina o documento de recebimento”. (STJ, AgRg no REsp 1224875 / SP. rel. Min. Luis Felipe Salomão. Julgado em 28/06/2011).

Caracteriza-se, como intempestivo e, por isso, manifestamente inadmissível, o recurso de agravo de instrumento apresentado além do prazo de 10 (dez) dias previsto no art. 522 do CPC, e, por isso, não pode ser conhecido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo (§ 1º art. 557 do CPC) em Agravo de Instrumento n. 2015.045774-8/0001.00, da comarca de Blumenau (1ª Vara da Fazenda Acidentes do Trab e Reg Público), em

que é agravante Nordica Projetos e Decorações Ltda. - ME, e agravada Agência Catarinense de Fomento S.A. BADESC:

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, 15 de outubro de 2015.

Luiz Zanelato
RELATOR

RELATÓRIO

Nordica Projetos e Decorações Ltda. - ME interpôs agravo interno em agravo de instrumento da decisão monocrática de fls. 202-206 que negou, liminarmente, seguimento ao recurso, nos termos do art. 557, *caput*, c/c art. 527, I, ambos do CPC, fundada na intempestividade e ausência de dialeticidade entre o fundamento do recurso e as razões de fato e de direito deduzidas na decisão recorrida.

Nas razões recursais sustenta, em síntese, que, embora a decisão originalmente agravada tenha sido proferida em 4-4-2011, e a citação e intimação tenha ocorrido na pessoa da Sra. Alzira Brites, no dia 19-4-2011, a empresa não tomou ciência de seu teor, tendo em vista que ela se retirou da sociedade em 6-10-2004. Assim, tomando conhecimento da ação por terceiro, foi que compareceu espontaneamente aos autos, na data de 15-7-2015, não havendo falar em intempestividade do recurso.

Por outro lado, sustenta que o tema do presente recurso já foi alvo de apreciação no agravo de instrumento n. 2011.083151-9, existindo, pois, congruência entre as razões recursais e a decisão hostilizada.

Ao finalizar, requer o provimento deste recurso para o fim de ser reformada a decisão recorrida e, por consequência, admitido o agravo de instrumento.

VOTO

Reexaminados os autos, constata-se que, a despeito da dialeticidade entre o recurso e a fundamentação reproduzida na decisão recorrida, o agravo de instrumento foi interposto intempestivamente.

Ao dispor sobre a tempestividade do agravo de instrumento, o Código de Processo Civil, no art. 522, assim estabelece:

Art. 522. Das decisões interlocutórias caberá agravo, no prazo de 10 (dez) dias, na forma retida, salvo quando se tratar de decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação, bem como nos casos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida, quando será admitida a sua interposição por instrumento.

À luz do dispositivo transcrito, depreende-se que o recurso de agravo de instrumento, ao ser interposto perante o Judiciário, precisa ser apresentado no prazo de 10 (dez) dias a contar da data seguinte à da ciência da decisão a ser agravada ou da juntada do mandado de intimação executado por oficial de justiça, ou da juntada do aviso de recebimento (AR) se a intimação foi feita por via postal.

Conforme salientado na decisão ora combatida, emerge dos autos que Nordica Projetos e Decorações Ltda. - ME interpôs agravo de instrumento contra a decisão de fls. 80-86 que, na data de 4-4-2011, recebeu a petição inicial da ação civil pública n. 008.11.00500-1, e decretou a indisponibilidade de bens dos demandados.

A certidão de intimação coligida à fl. 16, revela que a empresa agravante foi citada e intimada em 19-4-2011, por correspondência com aviso de recebimento (fl. 150 dos autos originários) assinado por Alzira Brites.

Nas razões recursais, a recorrente assevera que referida citação é inválida, porquanto a receptora do documento não faz parte do quadro societário da empresa desde a data de 6-10-2004, momento anterior ao ajuizamento da demanda exordial.

Tal alegação, por si só, não é hábil em derruir a ciência da empresa acerca da decisão de primeira instância, tendo em vista que não é imprescindível que o recebimento do ato citatório se dê por um dos representantes legais da sociedade.

A propósito disso, reputa-se válida a citação da pessoa jurídica por qualquer pessoa física que se apresente, indicando ter aptidão, para o ato, com arrimo na teoria da aparência e do princípio da boa-fé objetiva.

Com efeito, extrai-se da obra de Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery:

Pessoa jurídica. Teoria da aparência. Validade da citação. **Ato efetivado em pessoa não mais detentora de plenos poderes de representação. Aplicação da teoria da aparência.** (1º TACivSP, Ap. 457276, rel. Sílvio Venosa, v.U., j. 14.4.1992). [...] Procurador. Poderes para receber citação. **Não é preciso que, à data da citação, quem foi procurador ainda seja. O que se exige é que o ato tenha sido praticado por pessoa que tinha poderes quando o praticou, ou que alegou tê-los** (Pontes de Miranda. Parecer sobre a) extensão do conteúdo do art. 9º da Lei 3.912, de 3 de julho de 1961; b) citação na pessoa do procurador que assinou negócio jurídico e c) valor da causa (8 de abril de 1963) [Dez anos de pareceres, TJ: Francisco Alves, v.1. Parecer n. 7, p. 48). (*Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante*. 13.Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 561) (grifou-se)

No mesmo sentido, é o entendimento consolidado na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CITAÇÃO DE PESSOA JURÍDICA VIA POSTAL. RECEBIMENTO DA CARTA POR FUNCIONÁRIO DO ESTABELECIMENTO. VALIDADE. APLICAÇÃO DA TEORIA DA

APARÊNCIA. PRECEDENTES.1. **“Esta Corte possui entendimento no sentido de que é válida a citação realizada na pessoa que se identifica como funcionário da empresa e que a recebe sem qualquer ressalva a respeito da falta de poderes para tanto”** (AgRg no AREsp 180.504/SP, Relator o Ministro SIDNEI BENETI, DJe de 29/6/2012).2. Agravo regimental a que se nega provimento. (STJ, AgRg no AREsp 402.052/MS, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 26/11/2013, DJe 19/12/2013).

[...] “A jurisprudência do STJ, no que concerne a citações de pessoas jurídicas, adota a teoria da aparência, segundo a qual considera-se válida a citação feita na pessoa de quem, sem nenhuma reserva, identifica-se como representante da sociedade empresária, mesmo sem ter poderes expressos de representação, e assina o documento de recebimento”. (STJ, AgRg no REsp 1224875 / SP. rel. Min. Luis Felipe Salomão. Julgado em 28/06/2011).

E, desta Corte de Justiça:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSO CIVIL. CITAÇÃO. PESSOA JURÍDICA. ENDEREÇO FORNECIDO DESATUALIZADO. NÃO CONFIGURADO. RECEBIMENTO DE AVISO DE RECEBIMENTO CITATÓRIO POR PESSOA DESPROVIDA DE PODERES. TEORIA DA APARÊNCIA. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ IMPOSTA AO RECORRENTE. ART. 17, II DO CPC. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

Havendo provas que convençam o magistrado de que o endereço fornecido pelo autor é o do réu, e verificado que foi digitado corretamente no envelope da carta citatória deve ser considerado válido o ato de citação.

A jurisprudência desta Corte e a do Superior Tribunal de Justiça, já se encontram sedimentadas no sentido da aplicação da teoria da aparência, reputando-se válida a citação de pessoa jurídica pela via postal em qualquer de seus estabelecimentos, seja sede ou filial, assim como pela desnecessidade de que o recebimento se dê por pessoa dotada de poderes para receber citação.

“De acordo com o entendimento desta Corte, que adota a teoria da aparência, considera-se válida a citação da pessoa jurídica efetivada na

sede ou filial da empresa a uma pessoa que não recusa a qualidade de funcionário. Precedentes”. (AgRg no AREsp 601.115/RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, j. 24.3.2015, DJe 30.3.2015). (Agravado de Instrumento n. 2014.051039-1, de Blumenau, rel. Des. Sebastião César Evangelista, j. 16-7-2015).

Portanto, considerando que a empresa agravante, foi regularmente citada em 19-4-2011, e que o presente agravo foi interposto em 24-7-2015 (fl. 2), é flagrante a inobservância do prazo recursal de 10 (dez) dias, previsto no art. 522 do CPC.

Por consequência de sua interposição intempestiva, o recurso em análise apresenta-se inadmissível e, por conseguinte, não pode ser conhecido.

Nesse sentido, é a orientação da jurisprudência desta Corte:

AGRAVO (§ 1º ART. 557 DO CPC) EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGOU SEGUIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO POR INTEMPESTIVIDADE. PEÇA RECURSAL PROTOCOLIZADA A DESTEMPO. INOBSERVÂNCIA DO PRAZO ESTABELECIDO NO ARTIGO 522 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (Agravado (§ 1º art. 557 do CPC) em Agravo de Instrumento n. 2014.029441-1, de Catanduvas, rela. Des. Denise de Souza Luiz Francoski, j. 17-7-2014).

[...] Intempestivo é o recurso de agravo quando interposto após o decêndio legal, conforme a redação do artigo 522 do Código de Processo Civil. (Agravado de Instrumento n. 2010.083235-0, de Garuva, Rel. Luiz Carlos Freyesleben, Segunda Câmara de Direito Civil, j. 22-6-2011).

[...] O agravo de instrumento deve ser interposto no prazo de 10 (dez) dias (CPC, art. 522), contados da intimação ou ciência inequívoca da decisão agravada. Decorrido esse interregno sem manifestação, o recurso interposto após é intempestivo, razão por que não pode ser conhecido. (Agravado Regimental em Agravo de Instrumento n. 2011.024354-9, de Capital / Estreito, Rel. Rodolfo C. R. S. Tridapalli, Câmara Civil Especial, j. 27-7-2011).

O defeito em comento autoriza o relator a negar seguimento, liminarmente, ao agravo de instrumento, por falta de requisito extrínseco do recurso, o qual, conseqüentemente, apresenta-se manifestamente inadmissível, nos termos do art. 557, *caput*, do CPC, que assim preceitua:

Art. 557. O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior.

Frente a estas ponderações, decorre a conclusão de que está acertada a decisão monocrática hostilizada pela via do agravo interno ora em apreciação, e sua manutenção é medida que se impõe, uma vez que consonante com o direito.

Pronuncio-me, pois, para conhecer e negar provimento ao presente recurso de agravo inominado ou interno.

É como voto.

CÂMARA ESPECIAL REGIONAL DE CHAPECÓ

Apelação Cível n. 2015.024447-1, de Concórdia

Relator: Des. Subst. Luiz Antônio Zanini Fornerolli

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO INDENIZATÓRIA – SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA – PRESTAÇÃO DE SERVIÇO MÉDICO – INCIDÊNCIA DO PRAZO PRESCRICIONAL QUINQUENAL – ART. 27 DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – PREJUDICIAL RECONHECIDA *EX OFFICIO* EM RELAÇÃO À PARTE DOS PEDIDOS – RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO NOSOCÔMIO – INTELIGÊNCIA DO ART. 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL *C/C* ART. 14, *CAPUT*, DO CDC – PARTO REALIZADO SEM A PRESENÇA DE PEDIATRA OU NEONATOLOGISTA – INOBSERVÂNCIA DA PORTARIA N. 31 DO MINISTÉRIO DA SAÚDE – INEXISTÊNCIA DE ATENDIMENTO IMEDIATO E ADEQUADO ÀS INTERCORRÊNCIAS OCORRIDAS APÓS O PARTO DO AUTOR – NEXO DE CAUSALIDADE VERIFICADO ENTRE O SERVIÇO DEFEITUOSO DO HOSPITAL E OS DANOS APONTADOS NA EXORDIAL – OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR – DANOS MATERIAIS – ART. 1.538, *CAPUT*, DO CÓDIGO CIVIL DE 1916 – DESPESAS COM TRATAMENTO, MEDICAMENTOS E EDUCAÇÃO ESPECIAL A SEREM SUPOSTADAS PELO NOSOCÔMIO – DANOS MORAIS E ESTÉTICOS RECONHECIDOS – INDENIZAÇÕES CORRESPONDENTES QUE DEVEM BUSCAR A COMPENSAÇÃO DOS PREJUÍZOS SUPOSTADOS – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

I – Em se tratando de ação de responsabilidade por vício do serviço, a prescrição ocorre em 05 (cinco) anos, consoante art. 27 do CDC, contados da data do conhecimento do dano.

II – A responsabilidade civil dos hospitais é objetiva, uma vez que atuam na condição de prestadores de serviço público de saúde (art. 14, *caput*, do CDC, *c/c* art. 37, § 6º, da CRFB), de modo que, independentemente de prova de culpa, demonstrado o defeito no serviço prestado e não provada

qualquer excludente de responsabilidade, devem eles responder pelos danos causados aos pacientes.

III – Verificada a responsabilidade do nosocômio pela prestação de serviço defeituoso, cabe-lhe indenizar o prejudicado das despesas do tratamento até o fim da convalescença (CC/1916, art. 1.538, *caput*).

IV – As indenizações por danos morais e estéticos devem ser fixadas a partir de elementos próprios do caso em concreto, levando em consideração, dentre outros elementos, a idade da vítima, a extensão e o caráter permanente das lesões, a condição econômica das partes e o grau de culpa do ofensor.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2015.024447-1, da comarca de Concórdia (1ª Vara Cível), em que é apelante Sérgio Luis Atolini e outros, e apelada Beneficência Camiliana do Sul Hospital São Francisco:

A Câmara Especial Regional de Chapecó decidiu, por votação unânime, reconhecer, ex officio, a prescrição em relação à parte dos pedidos iniciais, não se comprometendo o Exmo. Des. Raulino Jacó Brüning com a tese, e dar parcial provimento ao recurso, nos termos do voto, invertendo-se a sucumbência. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, o Exmo. Des. Raulino Jacó Brüning, presidente com voto, e a Exma. Des. Hildemar Meneguzzi de Carvalho, como revisora.

Chapecó, 23 de novembro de 2015.

Antônio Zanini Fornerolli
RELATOR

RELATÓRIO

Cuida-se de apelação cível interposta por Sérgio Luís Atolini, Ana Maria Klein Atolini e Jonathan Klein Atolini contra sentença que

reconheceu a ocorrência da prescrição em relação ao pedido condenatório por danos morais formulado pelos autores Sergio e Ana Maria e rejeitou os demais pedidos formulados em face de Beneficência Camiliana do Sul – Hospital São Francisco.

Nas suas razões recursais, os apelantes defendem, inicialmente, não ter ocorrido a prescrição com relação a parte do petitório. No mérito, sustentam a responsabilidade do nosocômio, argumentando estarem demonstradas as condutas culposas do hospital e do seu preposto, por terem procedido de maneira negligente, imprudente e imperita. Assim, postulam o afastamento da prescrição, com o acolhimento dos pedidos iniciais para condenar a casa de saúde ao pagamento dos danos descritos na exordial.

Recebido o recurso, ascenderam os autos a este Tribunal com a apresentação de contrarrazões.

A Procuradoria-Geral de Justiça, por meio do seu representante, manifestou-se pelo desprovimento do recurso (fls. 1664-1673).

Ante a inexistência de vista da sentença ao Parquet no juízo de origem, determinou-se o retorno dos autos para cumprimento do ordenado pelo sentenciante à fl. 1623 (fls. 1675-1676).

A representante do Ministério Público no primeiro grau, após ter vista da sentença, entendeu desnecessária a sua manifestação (fls. 1678-1679).

Este é o relatório.

VOTO

Cuida-se de apelação cível interposta por Sérgio Luís Atolini, Ana Maria Klein Atolini e Jonathan Klein Atolini contra sentença que reconheceu a ocorrência da prescrição em relação ao pedido condenatório por danos morais formulado pelos autores Sergio e Ana Maria e rejeitou

os demais pedidos formulados em face de Beneficência Camiliana do Sul – Hospital São Francisco.

I – Da prescrição

Inicialmente, tem-se que os apelantes se insurgem contra o reconhecimento da prescrição em relação ao pedido para a condenação do nosocômio ao pagamento de indenização por danos morais em favor dos autores Sérgio e Ana Maria, pais de Jonathan, que também demanda nesta ação.

Na ótica do sentenciante, incidindo o prazo prescricional de 05 (cinco) anos no caso da pretensão dos pais Jonathan, na forma do art. 27 do CDC, e tendo ele iniciado sua contagem em 18.02.1995, com o parto do filho, teria a prescrição ocorrido em 19.02.2000, mais de 5 (cinco) anos antes do ajuizamento da presente demanda, ocorrido em 15.06.2005.

Doutro norte, para os autores, haveria necessidade de ser aplicada a legislação civil, mais benéfica para o caso, valendo-se dos prazos vintenário (CC/1916, art. 177) e trienal (CC/2002, art. 206, § 3º, V), e também da regra de direito intertemporal constante do art. 2.208 do CC/2002. Assim, proposta a ação em 15.06.2005, não teria ocorrido a prescrição, segundo os autores.

No entanto, a despeito do inconformismo dos autores, a 2ª Seção do Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento de que a ação de responsabilidade por vício do serviço prescreve em 05 (cinco) anos, consoante art. 27 do CDC, contados da data do conhecimento do dano, sendo inaplicável o prazo prescricional vintenário, previsto na legislação civil de 1916 (REsp n. 489.895/SP, rel. Min. Fernando Gonçalves, j. em 10.03.2010).

Desse modo, harmonizando-se a sentença com o entendimento sedimentado junto à Corte Cidadã, forçoso o desprovimento do reclamo no tocante à prescrição.

II – Do mérito

a) Um breve resumo do caso

Sérgio, Ana Maria e Jonathan (sendo este, filho daqueles) ajuizaram ação indenizatória em face do nosocômio recorrido, asseverando a prestação de serviço defeituoso na ocasião do nascimento de Jonathan. Narraram em síntese que, desde o momento da entrada de Ana Maria no hospital até o problemático nascimento de Jonathan, os prepostos do recorrido teriam agido com negligência, imprudência e até certa dose de imperícia.

O feito seguiu (e ainda segue) um longo trâmite, tendo sido inicialmente processado e julgado pelo juízo federal, que entendeu por bem afastar o trânsito em julgado da sentença lá proferida e reconhecer, *ex officio*, a ilegitimidade passiva da União e, conseqüentemente, a incompetência da Justiça Federal, anulando todo o processo.

Remetidos os autos à Justiça Comum, o juízo competente convalidou as provas amealhadas até então (fl. 1.303) e, após parecer do Ministério Público pela procedência da demanda, rejeitou os pedidos aviados na exordial, concluindo, com base na prova pericial, pela inexistência de nexo causal entre as sequelas de Jonathan e o atendimento médico-hospitalar.

Estranhamente, a despeito dos sucessivos pleitos do Ministério Público (sobretudo no juízo especializado) no sentido do acolhimento dos pedidos iniciais, os representantes ministeriais de primeiro e segundo grau conformaram-se com o *decisum* desafiado agora pelos autores, inclusive deixando de se manifestar quando instados.

Essa inércia do *Parquet*, convém registrar, rendeu ensejo à nulidade do julgamento anterior, mostrando-se nitidamente contrária ao mandamento do art. 82, I, do CPC, diante dos interesses de Jonathan (incapaz). De qualquer sorte, não se verifica agora qualquer nulidade em

razão dela, haja vista que o apelo dos autores merece ser acolhido, a fim de reformar a sentença e acolher a maior parte dos pedidos inaugurais.

b) Da responsabilidade do nosocômio

A rejeição dos pedidos iniciais teve por base as conclusões alcançadas na prova pericial, tendo em vista as questões de ordem técnica que permeiam a causa de pedir e o próprio direito dos autores. Tais conclusões, na ótica do sentenciante, seriam capazes de demonstrar a inexistência de nexos causal entre o dano apontado na exordial e a conduta do nosocômio.

A hipótese dos autos gravita em torno da responsabilidade do hospital recorrido por ato comissivo, sendo, pois, objetiva, nos moldes do art. 37, § 6º, da CRFB, c/c art. 14, *caput*, do CDC. Prescindível, por isso, investigar a existência de culpa do nosocômio, bastando a demonstração do nexo de causalidade entre o serviço prestado e os danos.

Um fato que passou despercebido na instância originária, que guarda direta relação com o dito nexo causal, refere-se à conduta do recorrido logo após o nascimento de Jonathan. Isso foi levantado pelo Ministério Público Federal às fls. 1.032-1.041-v, tão logo restou prolatada a sentença de improcedência no juízo especializado (posteriormente anulada).

A falha do serviço médico, e que torna evidente o nexo de causalidade entre a conduta do recorrido e os danos apontados pelos autores, encontra-se em não ter o hospital fornecido atendimento médico imediato e adequado a Jonathan no momento do seu nascimento, uma vez que não acompanhava o parto um médico pediatra ou neonatologista.

Qualquer um desses médicos especialistas, se presente estivesse na sala de parto, poderia ter prestado a assistência imediata e adequada ao recém-nascido, enfrentando os problemas apresentados ao nascer, consoante bem explicitado no laudo técnico. O defeito no serviço, dessa forma, não ocorreu na espera para a realização do parto, e sim na falta

de profissional capacitado para atender às intercorrências no parto de Jonathan.

Na ocasião, encontrava-se vigente a Portaria n. 31, de 15 de fevereiro de 1993, do Ministério da Saúde, que em seu item 1.2 estabelecia (e até hoje estabelece) que o atendimento na sala de parto consiste na assistência ao recém-nascido pelo neonatologista ou pediatra, do período imediatamente anterior ao parto até que o recém-nato seja entregue aos cuidados da equipe profissional do berçário/alojamento do conjunto.

Nesse sentido, é o Parecer n. 7/11 do Conselho Federal de Medicina, segundo o qual toda a legislação vigente no país aponta para a necessidade de um pediatra/neonatologista estar presente na sala de parto no momento do nascimento, para o devido atendimento ao recém-nascido. O pediatra, a partir da sua formação como especialista, adquire conhecimento para atuar no atendimento em sala de parto e, caso queira, pode aprofundar os seus conhecimentos para atuar na subárea da neonatologia.

A perícia realizada no curso da instrução processual (fls. 583-595 e 713-726) dá conta de que Jonathan não apresentava qualquer problema anteriormente ao parto e que os distúrbios manifestados por ele após o nascimento teriam decorrido da falta de oxigênio no período de transição do meio intrauterino para o meio extrauterino, que fez com que necessitasse de ajuda para realizar respiração espontânea.

Como bem ressaltou o Sr. Procurador da República, merece ser vista com ressalva a afirmação do Dr. João LANZIOTTI, no sentido de que o tempo em que Jonathan ficou sem respirar não poderia ser a causa das suas sequelas, porque foi ele o médico que realizou o parto em questão, possuindo interesse direto na causa, sobretudo diante da possibilidade de regresso contra si.

A propósito, com relação às afirmações do Dr. João LANZIOTTI, é preciso destacar que, em audiência, chegou ele a asseverar ser dispensável

a presença do pediatra no parto normal e que, havendo alguma intercorrência com o recém-nascido, quem chamava o pediatra era a moça que ficava circulando na sala (vide questionamento feito pelo juiz, à fl. 862).

Quanto à hipótese específica dos autos, o Dr. João Lanziotti disse ainda que, após o parto de Jonathan, como ele demorou um pouco para chorar, foi levado para “onde a menina faz a... aspira né, aspira líquidos e tal, que sempre tem na cavidade nasal, na boca e aí foi chamada a pediatra, pediatra que fica ali do lado [...] não sei o tempo, mas geralmente quando acontece isso é muito rápido, porque tem pediatra dentro do hospital do lado” (fl. 861-v).

Evidencia-se a partir disso, tranquilamente, a prestação de um serviço defeituoso, à vista da não disponibilização imediata de pediatra e/ou neonatologista a Jonathan. Como a problemática suportada por Jonathan teve gênese na falta de oxigênio ao nascer (sofrimento fetal agudo, taquipneia transitória do recém-nascido e infecção neonatal), não se tem dúvida de que, tivesse sido adequadamente atendido, o cenário poderia ser outro, com menores ou até mesmo nenhuma sequela.

Nesse particular, então, paira o nexo causal entre os danos suportados por Jonathan (e, conseqüentemente, pelos seus genitores, por ricochete) e a conduta negligente (especialmente em função de não ter observado a Portaria n. 31/93 do Ministério da Saúde) do nosocômio recorrido. Manifesta, por isso, a responsabilidade da casa de saúde, na modalidade objetiva, e a sua obrigação de indenizar.

Assim, há ser provido o recurso nesse tocante, modificando a sentença para reconhecer a obrigação de indenizar do recorrido.

c) Dos danos indenizáveis

No que diz respeito aos danos, buscam os autores a condenação do nosocômio ao pagamento de indenizações por danos materiais, morais e estéticos, além do pagamento de pensão mensal vitalícia.

Com relação aos danos morais dos autores Sérgio e Ana Maria, a pretensão condenatória restou alcançada pela prescrição, conforme tópico próprio, tornando desnecessária sua análise.

Dito isso, tem-se que, quanto aos danos materiais, são eles devidos, dispensando-se maiores comentários. Incide, na hipótese, o art. 1.538, *caput*, do Código Civil de 1916, vigente à época dos fatos, no qual era previsto que, no caso de ferimento ou outra ofensa à saúde, o ofensor indenizará ao ofendido as despesas do tratamento até o fim da convalescença.

Consequência disso, os danos materiais relacionados à condição de saúde de Jonathan, não só os já comprovados nos autos, mas também os futuros, devem ser todos custeados pelo nosocômio. Aí se incluem despesas com tratamentos (médico-cirúrgico, ambulatorial, psicológico, fisioterápico, fonoaudiológico, ortopédico e neurológico, por exemplo), medicamentos e educação especial de Jonathan.

O mesmo se diga em relação às despesas suportadas pelos genitores de Jonathan, os autores Sérgio e Ana Maria, durante a tramitação do feito, bastando para o ressarcimento que sejam comprovadas nos autos os gastos realizados com o tratamento, observada a prescrição quinquenal, contada da data do ajuizamento da ação (CDC, art. 27).

Abre-se aqui um parêntese, porque a questão da pensão mensal vitalícia e dos danos materiais perseguidos pelos autores Sérgio e Ana Maria em nome próprio (condenação do hospital no pagamento de tratamento/acompanhamento psicológico a eles) deixou de ser enfrentada pelo juízo de origem. É que, assim como no caso do pleito de condenação do nosocômio ao pagamento de indenização por danos morais a esses autores, a pretensão relacionada aos danos materiais e à pensão vitalícia encontra-se igualmente prescrita.

Logo, em função do decurso de 05 (cinco) anos entre a data do dano e o ajuizamento da ação, é preciso reconhecer também a prescrição em

relação ao pleito de Sérgio e Ana Maria para a condenação do recorrido no pagamento de tratamento/acompanhamento psicológico e de pensão mensal vitalícia em favor deles.

No que se refere aos danos morais e estéticos suportados pelo autor Jonathan, entende-se que esses se encontram ínsitos nas deformidades e sequelas apresentadas, tudo em decorrência do serviço médico defeituoso prestado pelo hospital, danos esses que dispensam maiores comprovações de suas extensões, porquanto evidenciados pelas circunstâncias de fato.

Com efeito, transparece o dano psicológico, uma vez que Jonathan, desde o seu nascimento, teve limitada sua vida. Tais limitações acompanham-no por mais de 20 (vinte) anos, impedindo o gozo normal da sua infância e, agora, da sua juventude. Além do mais, é entristecedor pensar que, durante metade desse tempo, aguarda uma resposta do Judiciário para o reconhecimento da responsabilidade do hospital que lhe trouxe toda essa privação.

O mesmo raciocínio vale para o dano estético, considerando que Jonathan foi obrigado a carregar desde cedo as inúmeras sequelas da sua paralisia cerebral, uma deficiência motora que tem como consequência um problema irreversível, responsável por alterar a sua coordenação motora e equilíbrio, da sua tetraplegia e dos seus demais problemas, inclusive relacionados à fala e escrita (fl. 584).

Em vista disso, sopesando a impossibilidade de afastar as moléstias suportadas pelo autor, é imprescindível que a obrigação de reparar passe a ser concebida como uma obrigação de compensar. Isso porque as indenizações, no caso específico dos autos, somente podem cumprir essa finalidade, e não desfazer o ocorrido.

O valor de cada indenização deve atender a determinados vetores que dizem respeito à pessoa do ofendido e do ofensor, fazendo-se imprescindível avaliar a extensão da lesão, a intensidade do sofrimento,

a duração do constrangimento desde a ocorrência do fato, as condições econômicas dos envolvidos e a suportabilidade do encargo pelo responsável.

Da mesma forma, o arbitramento da verba indenizatória precisa observar a gravidade do dano e o caráter pedagógico da medida, sempre com esteio no bom senso e na razoabilidade, de modo a evitar, em contrapartida, eventual enriquecimento ilícito por parte do ofendido.

Dessarte, considerando a natureza da lesão, as graves e eternas consequências, bem como a repercussão na vida pessoal do autor – cujas sequelas suportadas jamais lhe permitirão uma vida plena e sadia, necessitando de acompanhamento e auxílio muito provavelmente para o resto de sua existência –, conclui-se que a indenização por danos morais deve ser fixada em R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais) e a indenização por danos estéticos, por sua vez, em R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais).

Ante o exposto, o voto é pelo reconhecimento, *ex officio*, da prescrição em relação à pretensão dos autores Sérgio e Ana Maria à condenação do hospital recorrido ao pagamento de tratamento psicológico e de pensão mensal vitalícia¹ a eles e pelo parcial provimento da apelação, a fim de acolher parte dos pedidos iniciais e condenar o nosocômio ao pagamento de:

(i) indenização por danos materiais, que consubstanciam as despesas com tratamentos (médico-cirúrgico, ambulatorial, psicológico, fisioterápico, fonoaudiológico, ortopédico e neurológico, por exemplo), medicamentos e educação especial de Jonathan, bem como os gastos suportados pelos seus genitores nesse sentido, observada a prescrição quinquenal, contada da data do ajuizamento da ação (CDC, art. 27); e

¹ O Exmo Des. Raulino Jacó Brüning não se compromete com a tese acerca do reconhecimento da prescrição, podendo, em outras oportunidades, votar em sentido contrário.

(ii) indenizações por danos morais e estéticos, sendo esta no valor de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais) e aquela no montante de R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais),

Os danos materiais deverão ser corrigidos a partir do efetivo desembolso (STJ, Súmula n. 43). Doutrou norte, a correção monetária das indenizações por danos morais e estéticos deve observar a data do arbitramento (STJ, Súmula n. 362), isto é, quando da prolação do acórdão. Em ambos os casos, os indexadores a serem utilizados são o IPC-r (até junho de 1995) e o INPC (de julho de 1995 em diante).

Os juros moratórios, no caso dos danos materiais, fluem a partir das mesmas datas da correção monetária. Na vigência do Código Civil de 1916, serão de 0,5% (meio por cento) ao mês (CC/1916, art. 1.062) e, a partir da vigência do atual Código Civil (10.01.2003), calculados à taxa de 1% (um por cento) ao mês (art. 406 do CC c/c art. 161, § 1º, do CTN). Por outro lado, no caso dos danos morais, os juros de mora deverão ser calculados a partir do evento danoso (STJ, Súmula n. 54), ou seja, da data do nascimento de Jonathan.

Diante do parcial provimento do recurso, com o acolhimento da grande maioria dos pedidos iniciais, é preciso reconhecer que os autores decaíram de parte mínima dos pedidos. Consequentemente, deve ser condenado o hospital recorrido no pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em 20% (vinte por cento) sobre o valor corrigido da condenação, conforme art. 20, § 3º, c/c art. 21, parágrafo único, ambos do CPC.

Este é o voto.

Apelação Cível n. 2015.055801-9, de Maravilha

Relator: Des. Subst. Luiz Felipe Schuch

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. RELAÇÃO AMOROSA SEGUIDA DE UNIÃO ESTÁVEL APÓS NOTÍCIA DE GRAVIDEZ. NASCIMENTO DA CRIANÇA E RECONHECIMENTO VOLUNTÁRIO DA FILIAÇÃO PELO GENITOR NO PRESSUPOSTO DA LEGITIMIDADE DO VÍNCULO BIOLÓGICO. RUMORES POSTERIORES NA COMUNIDADE LOCAL COLOCANDO EM DÚVIDA A CONDIÇÃO DE PAI. INSUPOORTABILIDADE DA DESCONFIANÇA INSTALADA. RUPTURA DA CONVIVÊNCIA E AJUIZAMENTO DA AÇÃO JUDICIAL. MENOR COM QUATRO ANOS DE IDADE. FATOS INCONTROVERSOS PELA AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA. DEMANDADA QUE SE LIMITA, EM CONTESTAÇÃO, A AFIRMAR A CONDUTA EXEMPLAR DA GENITORA E A CERTEZA DA PATERNIDADE, SEM REFERIR A EXISTÊNCIA DE VÍNCULO AFETIVO OU PSICOLÓGICO COM O PAI REGISTRAL. INSTRUÇÃO RESUMIDA A PERÍCIA DE DNA EXCLUDENTE DA PATERNIDADE. PROVA INCONTESTE DA TRAIÇÃO PERPETRADA PELA GENITORA DA CRIANÇA, VIOLADORA DO DEVER DE FIDELIDADE E LEALDADE COM O COMPANHEIRO. AUSÊNCIA DE ELEMENTO COMPROBATÓRIO DA CIÊNCIA DO PAI PRESUMIDO SOBRE SER A MENOR FILHA BIOLÓGICA DE TERCEIRO AO TEMPO DO RECONHECIMENTO ESPONTÂNEO DA PATERNIDADE. VÍCIO DE CONSENTIMENTO MANIFESTO. ERRO DE FATO. POSSIBILIDADE DE RETIFICAÇÃO DO REGISTRO DE NASCIMENTO (CCB, ART. 1.604). RELAÇÃO SOCIOAFETIVA INDEMONSTRADA. ÔNUS PROBATÓRIO DA ACIONADA QUANTO A FATO IMPEDITIVO, MODIFICATIVO OU EXTINTIVO DO DIREITO POSTULADO (CPC, ART. 333, II) PREVALÊNCIA DA VERDADE BIOLÓGICA SOBRE O REGISTRO CIVIL VICIADO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

Nas ações negatórias, comprovada a ausência de vínculo genético entre o pai registral e o filho ou filha reconhecidos voluntariamente, e

demonstrado o erro substancial na manifestação da vontade ao tempo do registro, decorrente do desconhecimento de infidelidade da esposa ou companheira, abre-se caminho legítimo para a retificação do registro civil de nascimento.

Todavia, ainda que o marido ou companheiro tenha o direito de contestar a paternidade dos filhos nascidos de sua mulher, sendo a ação imprescritível (CCB, art. 1.601), cabe ao julgador modular a pretensão, sempre atento ao conceito jurídico atual de paternidade, mais abrangente do que a identidade biológica e que também admite reconhecer a figura do pai socioafetivo e do pai intencional, conforme tem avançado a interpretação doutrinária e jurisprudencial.

Nesse palmilhar, no âmbito das relações de parentesco, quando verificada a carência de prova segura sobre a existência de intimidade socioafetiva construída ao longo do tempo entre o suposto pai e a prole investigada, somada ao desinteresse daquele na manutenção de qualquer vínculo, recomendável a retificação do registro civil elaborado por erro de vontade no tocante a filiação, para nele fazer prevalecer a verdade biológica revelada em exame de DNA, solução que, antes de trazer prejuízo, permite ao titular do registro impugnado a abertura de um novo horizonte para a busca das suas origens, do conhecimento de sua real história, e de uma efetiva e saudável relação paterno-filial.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2015.055801-9, da comarca de Maravilha (1ª Vara), em que é apelante V. B., e apelada R. D. da R. B.:

A Câmara Especial Regional de Chapecó decidiu, por unanimidade, conhecer do recurso, e, por maioria, dar-lhe provimento, para declarar a ausência de relação de paternidade entre as partes e determinar a retificação do registro civil de nascimento da apelada, vencida a Desembargadora Hildemar Meneguzzi de Carvalho (Relatora originária), invertendo-se os ônus da sucumbência, nos termos do voto do Desembargador Relator. Custas legais.

O julgamento, realizado em 7 de dezembro de 2015, foi presidido pelo Desembargador Raulino Jacó Brüning, com voto, e dele participou o Desembargador Substituto Rubens Schulz.

Funcionou como representante do Ministério Público o Procurador de Justiça Narcísio Geraldino Rodrigues.

Chapecó, 9 de dezembro de 2015.

Luiz Felipe Schuch
RELATOR

RELATÓRIO

V. B. ajuizou Ação Negatória de Paternidade contra R. D. da R. B., menor impúbere e devidamente representada, na qual aduz ter mantido relacionamento amoroso com a mãe da infante – N. R. da R., do qual resultou gravidez e o nascimento da ré, em 15 de agosto de 2008.

Informa que reconheceu a criança como filha legítima em razão do vínculo mantido com a mãe da requerida, mas, pouco tempo depois, começou a ouvir comentários que contestavam a paternidade assumida, fato agravado recentemente (2012) ao tomar conhecimento de comentários da própria genitora colocando em dúvida a situação, levando a desconfiar ao limite da suportabilidade e paz de espírito, razão pela qual ajuizou a presente demanda.

Requeru a procedência do pleito para retificar o registro civil da requerida, retirando o nome do autor como pai. Juntou documentos. Valorou a causa.

Citada, a requerida ofertou contestação, oportunidade em que exaltou a honra da genitora e reafirmou a paternidade reconhecida voluntariamente, negando a ocorrência de qualquer traição por parte da mãe. Postulou a realização de exame de DNA.

Houve réplica.

Em audiência, inexitosa a conciliação e determinada a realização de perícia – DNA, esta restou consumada e com o laudo anexado à fls. 37/40.

Parecer ministerial à fls. 60/62, pelo inacolhimento da pretensão.

A sentença julgou improcedente o pedido.

Contra o julgamento restou interposto o presente recurso de apelação, no qual reitera o recorrente a ocorrência de erro na manifestação da vontade ao assumir voluntariamente a requerida como filha, não sendo o caso de reconhecimento de paternidade socioafetiva, razão pela qual insiste na reforma do julgado.

Contrarrazões à fls. 79/81.

Lavrou parecer pela douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Vânio Martins de Faria, pugnando pelo desprovimento do apelo.

Este é o relatório.

VOTO

Conheço do recurso porque tempestivo (fls. 76), dispensado o preparo em razão do benefício da Justiça Gratuita deferido em primeiro grau.

Cuida-se de apelação interposta contra sentença que julgou improcedente ação negatória de paternidade, por meio da qual o apelante pretende retificar o registro civil da apelada, para ver excluído o seu nome como genitor.

Insurge-se o recorrente contra o resultado da demanda em primeiro grau, porquanto restou comprovado por exame de DNA a ausência de vínculo genético entre as partes, bem como porque ressentem-se o processo de prova sobre a existência de liame socioafetivo a justificar a manutenção

do registro viciado, ressaltando que o reconhecimento espontâneo da paternidade se deu por erro sobre circunstância fundamental.

Pois bem.

A matéria relativa às relações de parentesco, no atual Código Civil, sofreu alterações e atualizações importantes em comparação ao Código Civil revogado.

Dentre elas, temos a possibilidade agora amplificada de impugnação da paternidade pelo marido, em seu artigo 1.601 (sem as restrições presentes nos revogados artigos 344 e 178 do Código Civil de 1916), cuja ação passou a ser legalmente imprescritível, confirmando, aliás, entendimento já sumulado pelo Supremo Tribunal Federal (Súmula 149. “É imprescritível a ação de investigação de paternidade, mas não o é a de petição de herança.”).

Diz o caput do citado artigo 1.601, do vigente Código Civil:

“Art. 1.601. Cabe ao marido o direito de contestar a paternidade dos filhos nascidos de sua mulher, sendo tal ação imprescritível.”

Todavia, importante advertir que a autorização legal para a impugnação à filiação declarada no registro civil não deve ser interpretada de forma literal e irrestrita, mas sim conjugada com as disposições dos artigos 1.603 e 1.604, da Lei Material Civil referida, *verbis*:

“Art. 1.603. A filiação prova-se pela certidão do termo de nascimento registrado no Registro Civil.”

“art. 1.604. Ninguém pode vindicar estado contrário ao que resulta do registro de nascimento, salvo provando-se erro ou falsidade do registro.”

Isso porque, como se pode perceber, a interpretação combinada dos dispositivos acima alinhados revela que a impugnação à paternidade registral não pode ser exercitada sem fundamento relevante, dado o caráter de publicidade, gravidade e legalidade do registro civil e dos efeitos jurídicos dele decorrentes, ao que se soma a cláusula de irrevogabilidade

do reconhecimento da filiação, estatuída como trava pelo ordenamento civil em vigor ao eventual arrependimento (CC, arts 1.609, I, e 1.610), com efeito positivo também no que se refere a estabilidade da verdade registral e sua credibilidade social.

Neste particular, quando se trata de documento público, importante ter em mente que uma violação ao bem social “confiança coletiva” está implicitamente presente no caso de alteração, na medida em que essa espécie de documento, ao trazer em si o selo oficial, naturalmente provoca a aceitação como verdadeiro e autêntico na sua forma e conteúdo pelo cidadão comum.

Nas palavras de Walter Ceneviva,

A segurança, como libertação do risco, é, em parte, atingida pelos registros públicos. Aperfeiçoando-se seus sistemas de controle e sendo obrigatórias as remissões recíprocas, tendem a constituir malha firme e completa de informações.

Eficácia é aptidão de produzir efeitos, calcada na segurança dos assentos, na autenticidade dos negócios e declarações para eles transpostos. O registro, propiciando publicidade em relação a todos os terceiros, no sentido mais amplo, produz o efeito de afirmar a boa-fé dos que praticam atos jurídicos baseados na presunção de certeza daqueles assentamentos. (Lei dos Registros Públicos, Saraiva, 1995:4,5)

Com efeito, se ao marido ou companheiro é possível, a qualquer tempo, contestar a paternidade dos filhos de sua mulher, o reconhecimento voluntário da paternidade anotado no Registro Civil e que faz prova da filiação, para ser retificado, exige prova de que houve erro ou falsidade no momento em que o suposto pai assumiu essa condição em relação ao registrado.

Mas a questão não se limita a esses elementos.

Também deve ser aferido pelo julgador, em casos desse jaez, a situação socioafetiva decorrente do registro civil, ou seja, o estágio e

o estado do vínculo de intimidade, carinho, amor, atenção e cuidado eventualmente mantidos entre as partes envolvidas, na medida em que o conceito jurídico de paternidade, hodiernamente, ultrapassa os lindes da identidade genética, da identidade biológica.

Conforme a moderna doutrina,

A paternidade é um conceito jurídico, axiológico, diverso da confrontação de genes; tanto assim que, na adoção, na procriação assistida heteróloga e até mesmo no reconhecimento voluntário e paternidade presumida não impugnada pelo marido da mãe, a paternidade se dá, pelo direito, independentemente da identidade biológica.

Inexiste, e com razão, uma fórmula estanque; estamos diante de uma equação dinâmica onde diversas variáveis serão consideradas.

A perspectiva não se restringe à identificação de quem teria fornecido o material genético.

Todos estes valores envolvendo a relação paterno-filial devem ser agitados na discussão da paternidade. Assim, o elemento intencional, a relação socioafetiva e evidentemente a hereditariedade genética serão conjuntamente apreciados sem hierarquia entre eles. (Silvio Rodrigues, Direito Civil, vol. 6, Saraiva, 2007:312)

Amolda-se, aqui, o adágio popular segundo o qual “pai é quem cria”, cunhado das regras da experiência, sempre tão úteis e que em muitas oportunidades auxiliam na compreensão das querelas sociais.

Sob esse prisma complexo, portanto, é que a ação negatória de paternidade deve ser analisada, pois em determinadas situações haverá de prevalecer a paternidade socioafetiva, o reconhecimento voluntário e irreatável, ao passo que, em outros momentos, a prevalência deverá recair sobre a paternidade biológica.

Traçadas essas balizas, no caso concreto, temos como fato incontroverso (CPC, art. 334, III) que o reconhecimento voluntário da paternidade da menor apelada se deu porque o apelante, ao tempo da concepção, mantinha relacionamento amoroso com a genitora da

criança, ao que se adiciona a imputação indubitosa da paternidade pela mãe da menina, com a qual veio a viver em união estável. Ou seja, diante das circunstâncias, acreditava o apelante ser o pai biológico da criança, e não tinha motivos, até então, para suspeitar de outra realidade que não aquela que se lhe apresentava.

De sua vez, embora negado veementemente em contestação, restou completamente comprovado pela prova pericial de DNA produzida em juízo (fls.37-40) que a mãe da apelada foi infiel no curso do relacionamento amoroso mantido com o apelante, dando azo a comentários na comunidade causadores de grande sofrimento e desconforto após o nascimento da suposta filha comum.

A traição e a violação dos deveres de fidelidade e lealdade conjugais, diga-se, despontaram com clareza solar nestes autos, e, tanto é verdade que, apresentado o resultado da perícia, a apelada não só reconheceu a validade do laudo, como também declinou da produção de qualquer outra prova, silenciando sobre uma realidade de expressiva gravidade.

Demais disso, em nenhum momento a apelada alegou ou mesmo fez prova de que o apelante tinha ciência da paternidade de terceiro e, ainda assim, voluntariamente assumiu a condição de pai da menor R. D. da R. B.

Não bastasse o que se viu até o momento, diante da irrefutável prova excludente da paternidade biológica, a apelada não trouxe ao processo o menor indício de eventual paternidade socioafetiva, revelando-se incontroverso o afastamento entre os litigantes pelo menos desde o ajuizamento da demanda (2012), perfazendo mais de três anos, ou seja, desde quando R. D. da R. B. tinha quatro anos de idade.

Por conseguinte, o erro na manifestação da vontade do apelante exsurge candente, incontestável. Baseou sua decisão em circunstância substancial inexistente. Acreditava ser, mas não era o pai biológico da apelada. Esse vício na manifestação da vontade inquinou de nulidade

absoluta o reconhecimento voluntário da paternidade, porquanto induzido ao erro em decorrência da falsa verdade apresentada pela genitora da menor, em relação a quem não tinha motivos para desconfiar.

Temos, neste ponto, perfeitamente caracterizada a figura do erro substancial.

Ensinava Carvalho Santos, ainda sob a égide do Código Civil de 1916, ao comentar o art. 86, como regra geral dominante:

“o erro para viciar a vontade deve ser tal que, sem ele, o ato não se celebraria. É o que se denomina erro substancial, cujas modalidades o Código acentua nos arts. 87 e 88. Ou em outras palavras: o erro de fato ou de direito não é causa de nulidade se não é o motivo principal e determinante do ato.” (Código Civil Brasileiro Interpretado, vol. II, 13 ed, p. 294)

No mesmo sentido seguiu o atual Código Civil (art. 138), conforme esclarece Caio Mário da Silva Pereira ao comentar o instituto:

“O mais elementar dos vícios do consentimento é o erro. Quando o agente, por desconhecimento ou falso conhecimento das circunstâncias, age de um modo que não seria a sua vontade, se conhecesse a verdadeira situação, diz-se que procede em erro. Há, então, na base do negócio jurídico realizado, um estado psíquico decorrente da falsa percepção dos fatos, conduzindo a uma declaração de vontade desconforme com o que deveria ser, se o agente tivesse conhecimento dos seus verdadeiros pressupostos fáticos. Importa na falta de concordância entre a vontade real e a vontade declarada.” (Instituições de Direito Civil, vol. I, Forense, 2006:517)

Nesse quadro emoldurado, pois, encaixe-se com perfeição a citada regra excepcional do artigo 1.604 do Código Civil, apontando o contexto fático-jurídico amealhado de forma robusta para a procedência do pedido inaugural e o provimento do recurso interposto, com todas as vênias às manifestações do Ministério Público lançadas neste caderno processual.

Por certo, a improcedência da ação negatória é recomendável nos casos em que houve o reconhecimento voluntário da paternidade,

com a ciência prévia do fato de não ser o pai biológico, ou naqueles em que o filho foi concebido com o sêmen de terceiro em procedimento consentido e autorizado pelo marido ou companheiro da genitora.

Contudo, como destaca a doutrina, afigura-se incontornável a injustiça de impor ao ex-marido ou ex-companheiro, após tornado público o adultério, a infidelidade, a traição de sua ex-esposa ou ex-companheira, a paternidade de um filho que biologicamente não é seu, e com o qual nunca estabeleceu vínculo de afetividade ou convivência ou teve os elos rompidos com a inglória notícia, mormente quando se verifica a prematura dissolução da sociedade conjugal. (Silvio Rodrigues, *Direito Civil*, vol. 6, Saraiva, 2007:313).

Nesse palmilhar, gize-se, tem caminhado de forma segura a jurisprudência, a qual, ainda que reconhecendo a paternidade socioafetiva, vem estabelecendo balizas para a solução de questões desta natureza.

O Superior Tribunal de Justiça tem assentado em casos paradigma ao presente:

Direito civil. Família. Recurso especial. Ação negatória de paternidade. Exame de DNA.

- Tem-se como perfeitamente demonstrado o vício de consentimento a que foi levado a incorrer o suposto pai, quando induzido a erro ao proceder ao registro da criança, acreditando se tratar de filho biológico.
- A realização do exame pelo método DNA a comprovar cientificamente a inexistência do vínculo genético, confere ao marido a possibilidade de obter, por meio de ação negatória de paternidade, a anulação do registro ocorrido com vício de consentimento.
- A regra expressa no art. 1.601 do CC/02, estabelece a imprescritibilidade da ação do marido de contestar a paternidade dos filhos nascidos de sua mulher, para afastar a presunção da paternidade.
- Não pode prevalecer a verdade fictícia quando maculada pela verdade real e incontestável, calcada em prova de robusta certeza, como o é o exame genético pelo método DNA.

- E mesmo considerando a prevalência dos interesses da criança que deve nortear a condução do processo em que se discute de um lado o direito do pai de negar a paternidade em razão do estabelecimento da verdade biológica e, de outro, o direito da criança de ter preservado seu estado de filiação, verifica-se que não há prejuízo para esta, porquanto à menor socorre o direito de perseguir a verdade real em ação investigatória de paternidade, para valer-se, aí sim, do direito indisponível de reconhecimento do estado de filiação e das conseqüências, inclusive materiais, daí advindas.

Recurso especial conhecido e provido. (REsp 878.954/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 07/05/2007, DJ 28/05/2007, p. 339)

E mais recente:

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. 1. PREFACIAL. PRINCÍPIOS DA CONCENTRAÇÃO DA DEFESA NA CONTESTAÇÃO E DA ADSTRIÇÃO. VIOLAÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. EMENDA DA INICIAL, AQUIESCIDA PELA PARTE REQUERIDA, COM REITERAÇÃO DAS MATÉRIAS DE DEFESAS DESENVOLVIDAS NO CURSO DO PROCESSO. 2. MÉRITO. DECLARANTE, SOB A PRESUNÇÃO PATER IS EST, INDUZIDO A ERRO. VERIFICAÇÃO. RELAÇÃO DE AFETO ESTABELECIDADA ENTRE PAI E FILHO REGISTRAIS CALCADA NO VÍCIO DE CONSENTIMENTO ORIGINÁRIO. ROMPIMENTO DEFINITIVO. FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA. NÃO CONFIGURAÇÃO. 3. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. Afigura-se absolutamente estéril a discussão afeta à observância ou não dos princípios da eventualidade e da adstrição, notadamente porque a tese de paternidade socioafetiva, não trazida inicialmente na contestação, mas somente após o exame de DNA, conjugada com a também inédita alegação de que o demandante detinha conhecimento de que não era o pai biológico quando do registro, restou, de certo modo, convalidada no feito. Isso porque o autor da ação pleiteou a emenda da inicial, para o fim de explicitar o pedido de retificação do registro de nascimento do menor, proceder aquiescido pela parte requerida, que, posteriormente, ratificou os termos de sua defesa como um todo desenvolvida no processo.

2. A controvérsia instaurada no presente recurso especial centra-se em saber se a paternidade registral, em desacordo com a verdade biológica, efetuada e declarada por indivíduo que, na fluência da união estável estabelecida com a genitora da criança, acredita, verdadeiramente, ser o pai biológico desta (incidindo, portanto, em erro), daí estabelecendo vínculo de afetividade durante os primeiros cinco/seis anos de vida do infante, pode ou não ser desconstituída.

2.1. Ao declarante, por ocasião do registro, não se impõe a prova de que é o genitor da criança a ser registrada. O assento de nascimento traz, em si, esta presunção, que somente pode vir a ser ilidida pelo declarante caso este demonstre ter incorrido, seriamente, em vício de consentimento, circunstância, como assinalado, verificada no caso dos autos. Constatase, por conseguinte, que a simples ausência de convergência entre a paternidade declarada no assento de nascimento e a paternidade biológica, por si, não autoriza a invalidação do registro. Ao marido/companheiro incumbe alegar e comprovar a ocorrência de erro ou falsidade, nos termos dos arts. 1.601 c.c 1.604 do Código Civil. Diversa, entretanto, é a hipótese em que o indivíduo, ciente de que não é o genitor da criança, voluntária e expressamente declara o ser perante o Oficial de Registro das Pessoas Naturais (“adoção à brasileira”), estabelecendo com esta, a partir daí, vínculo da afetividade paterno-filial. A consolidação de tal situação (em que pese antijurídica e, inclusive, tipificada no art. 242, CP), em atenção ao melhor e prioritário interesse da criança, não pode ser modificada pelo pai registral e socioafetivo, afigurando-se irrelevante, nesse caso, a verdade biológica. Jurisprudência consolidada do STJ.

2.2. A filiação socioativa, da qual a denominada adoção à brasileira consubstancia espécie, detém integral respaldo do ordenamento jurídico nacional, a considerar a incumbência constitucional atribuída ao Estado de proteger toda e qualquer forma de entidade familiar, independentemente de sua origem (art. 227, CF).

2.3. O estabelecimento da filiação socioafetiva perpassa, necessariamente, pela vontade e, mesmo, pela voluntariedade do apontado pai, ao despender afeto, de ser reconhecido como tal. É dizer: as manifestações de afeto e carinho por parte de pessoa próxima à criança somente terão o condão de convolverem-se numa relação de filiação, se, além da caracterização do estado de posse de filho, houver, por parte daquele que despende o afeto,

a clara e inequívoca intenção de ser concebido juridicamente como pai ou mãe daquela criança. Portanto, a higidez da vontade e da voluntariedade de ser reconhecido juridicamente como pai, daquele que despende afeto e carinho a outrem, consubstancia pressuposto à configuração de toda e qualquer filiação socioafetiva. Não se concebe, pois, a conformação desta espécie de filiação, quando o apontado pai incorre em qualquer dos vícios de consentimento.

Na hipótese dos autos, a incontroversa relação de afeto estabelecida entre pai e filho registrais (durante os primeiros cinco/seis anos de vida do infante), calcada no vício de consentimento originário, afigurou-se completamente rompida diante da ciência da verdade dos fatos pelo pai registral, há mais de oito anos. E, também em virtude da realidade dos fatos, que passaram a ser de conhecimento do pai registral, o restabelecimento do aludido vínculo, desde então, nos termos deduzidos, mostrou-se absolutamente impossível.

2.4. Sem proceder a qualquer consideração de ordem moral, não se pode obrigar o pai registral, induzido a erro substancial, a manter uma relação de afeto, igualmente calcada no vício de consentimento originário, impondo-lhe os deveres daí advindos, sem que, voluntária e conscientemente, o queira. Como assinalado, a filiação socioafetiva pressupõe a vontade e a voluntariedade do apontado pai de ser assim reconhecido juridicamente, circunstância, inequivocamente, ausente na hipótese dos autos.

Registre-se, porque relevante: Encontrar-se-ia, inegavelmente, consolidada a filiação socioafetiva, se o demandante, mesmo após ter obtido ciência da verdade dos fatos, ou seja, de que não é pai biológico do requerido, mantivesse com este, voluntariamente, o vínculo de afetividade, sem o vício que o inquinava.

2.5. Cabe ao marido (ou ao companheiro), e somente a ele, fundado em erro, contestar a paternidade de criança supostamente oriunda da relação estabelecida com a genitora desta, de modo a romper a relação paterno-filial então conformada, deixando-se assente, contudo, a possibilidade de o vínculo de afetividade vir a se sobrepor ao vício, caso, após o pleno conhecimento da verdade dos fatos, seja esta a vontade do consorte/companheiro (hipótese, é certo, que não comportaria posterior alteração).

3. Recurso Especial provido, para julgar procedente a ação negatória de paternidade. (REsp 1330404/RS, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 05/02/2015, DJe 19/02/2015)

Este Tribunal de Justiça também tem assentado:

APELAÇÃO CÍVEL. FAMÍLIA. AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. - PROCEDÊNCIA NA ORIGEM. PRESUNÇÃO DE CONCEPÇÃO NA CONSTÂNCIA DO RELACIONAMENTO. VÍCIO DE CONSENTIMENTO. ART. 1.604 DO CC. EXAME DE DNA EXCLUDENTE. ROMPIMENTO DA SOCIOAFETIVIDADE. AUSÊNCIA DE SUSTENTÁCULO À MANUTENÇÃO DA PATERNIDADE. - É insuficiente para o reconhecimento da paternidade socioafetiva a alegação, por parte da filha, de que reconhece o pai registral como seu verdadeiro genitor. O inequívoco e definitivo afastamento do pai após a descoberta de ausência do vínculo genético e a indiferença mútua se estabeleceu entre as partes denotam a ausência de socioafetividade e, portanto, de fundamento para a manutenção da paternidade. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO. (TJSC, Apelação Cível n. 2015.003220-9, de Joinville, rel. Des. Henry Petry Junior, j. 28-05-2015).

E ainda:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. AUTOR QUE REGISTRA FILHO ALHEIO COMO PRÓPRIO. FILIAÇÃO GENÉTICA EXCLUÍDA POR MEIO DE EXAME DE DNA. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. RECURSO DO DEMANDANTE. 1. VÍNCULO BIOLÓGICO INEXISTENTE. PATERNIDADE SOCIOAFETIVA NÃO VERIFICADA. RELACIONAMENTO AMOROSO CASUAL ENTRE RECORRENTE E GENITORA. POUCO CONTATO POSTERIOR COM A FILHA REGISTRAL. PREPONDERÂNCIA DA VERDADE REAL. 2. GENITORA QUE, APÓS A EXCLUSÃO DA ASCENDÊNCIA DO REQUERENTE, INDICA O SUPOSTO PAI BIOLÓGICO. EXAME GENÉTICO CONFIRMANDO A PATERNIDADE. DEPOIMENTO DO INDIGITADO DEMONSTRANDO INTERESSE NO ESTREITAMENTO DE

RELAÇÕES. 3. SOLUÇÃO QUE MELHOR POSSIBILITA UMA SADIÁ CONDICÃO FAMILIAR 4. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. “Nãodeve prevalecer o reconhecimento de filho, realizado de forma voluntária, se excluída a paternidade biológica e não existente entre as partes qualquer vínculo socioafetivo. Decisão que melhor atende aos interesses do menor, na medida em que permite que se possa buscar a verdadeira filiação e, conseqüentemente, estabelecer a partir de então verdadeiros vínculos de afeto com o verdadeiro pai” (TJDFT, Acórdão n. 487572, 20080610002747APC. Relator: Cesar Laboissiere Loyola. Data: 02/03/2011). (TJSC, Apelação Cível n. 2012.091239-3, de Caçador, rel. Des. Raulino Jacó Brüning, j. 12-02-2015).

Esta Câmara já trilhou igual caminho:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. RECONHECIMENTO ESPONTÂNEO. INDUZIMENTO EM ERRO. EXAME DE DNA EXCLUDENTE. AUSÊNCIA DE VÍNCULO SOCIOAFETIVO. SENTENÇA CONFIRMADA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

I - A prova pericial produzida (exame de DNA) acabou derruindo a relação entre as partes e o que permaneceu foi apenas e tão somente o liame registral.

II - A confirmação da sentença permitirá ao apelante buscar sua verdadeira origem e a possibilidade de encontrar o vínculo afetivo que tanto enseja.

III - [...] Comprovada a inexistência de paternidade biológica e socioafetiva entre o suposto pai registral e o menor que pretende o registro, acolhe-se a negatória de paternidade, com a retificação do registro civil. (Apelação Cível n. 2011.062125-5, de São Bento do Sul, rel. Des. Monteiro Rocha, dj 21.6.2012). (TJSC, Apelação Cível n. 2015.051871-6, de Itapiranga, rel. Des. Hildemar Meneguzzi de Carvalho, j. 09-11-2015).

Enfim, caracterizado o erro substancial no reconhecimento da paternidade por parte de V. B., aplicável a exceção do artigo 1.604 do Código Civil em vigor, razão pela qual é declarada a inexistência de vínculo de paternidade entre apelante e apelada, determinando-se a conseqüente modificação do registro de nascimento, para excluir o sobrenome do apelante, seu nome como pai e o nome dos avós paternos.

Em consequência, invertem-se os ônus sucumbenciais, condenando a apelada ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, que se arbitram, com base no artigo 20, §4º, do Código de Processo Civil em R\$1.000,00 (mil reais), suspensa a exigibilidade em face da Lei n. 1.060/1950.

Após o trânsito em julgado, deverá o juízo singular comunicar a presente decisão ao Cartório de Registro Civil das Pessoas Naturais da Comarca de Maravilha, local onde consta o assento de nascimento da jovem (fl. 7), para as devidas providências.

Este é o voto.

Declaração de voto vencido da Exma. Sra. Desa. Hildemar Meneguzzi de Carvalho

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. INDUZIMENTO EM ERRO NÃO COMPROVADO. ATO VOLUNTÁRIO E CONSCIENTE. EXAME DE DNA EXCLUDENTE. IRRELEVÂNCIA. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. IRRESIGNAÇÃO DO PAI REGISTRAL. CONJUNTO PROBATÓRIO ANÊMICO PARA AFASTAR O VÍNCULO SOCIOAFETIVO. ÔNUS DO AUTOR, A TEOR DO ART. 333, I, DO CPC. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Nos termos do art. 333, inc. I, do CPC, é ônus processual do autor comprovar cabalmente o fato constitutivo do seu direito, o que não ocorreu na espécie.

Ousei divergir da douta maioria por entender que, no presente caso, o induzimento em erro não foi comprovado e que o conjunto probatório é anêmico para afastar o vínculo socioafetivo entre o pai registral e a infante, pela razões que passo a explicar.

Colhe-se dos autos que o autor, ora apelado, ajuizou ação negatória de paternidade contra R. D. da R. B. (nascida em 15-8-20018, fl. 9), com o objetivo de desconstituir o vínculo familiar por ele voluntariamente reconhecido (fl. 9), bem como os deveres e direitos inerentes ao poder familiar, com a consequente retificação do registro de nascimento.

A apelada, por sua vez, insistiu na questão da irrevogabilidade do reconhecimento espontâneo, face à inexistência de provas acerca do erro substancial e realça a existência de vínculo afetivo com o apelante.

Registre-se que a teor do art. 1.609 do Código Civil, o reconhecimento de paternidade é irrevogável.

E de acordo com o art. 1.604 do referido Código: “Ninguém pode vindicar estado contrário ao que resulta do registro de nascimento, salvo provando-se erro ou falsidade do registro.”

Cumpra assinalar que a ação negatória de paternidade se constitui, como cediço, em demanda que visa anular o registro de nascimento e se embasadas em vício de consentimento, como erro, dolo ou coação (art. 138 do Código Civil), acaba por relativizar a irrevogabilidade do reconhecimento voluntário da paternidade,

Desta feita, como qualquer anulatória de ato jurídico, a presente ação exige a existência de vício de consentimento, que, no caso, seria o erro.

Entretanto, no caso em tela, o autor, ora apelante, não arrolou testemunhas na inicial, e, limitou-se a requerer a produção de exame de DNA.

Após a juntada do laudo pericial (fls. 37-40), o representante do Ministério Público, manifestou-se pela intimação das partes para manifestarem-se acerca do interesse na produção de provas em audiência ou para dizer se concordam como o julgamento no estado em que se encontra (fls. 45-47).

Devidamente intimado (fl. 49) o autor ficou inerte e somente a requerida manifestou-se à fl. 51, pelo julgamento do feito no estado em que se encontra.

Além disso, há entendimento de que, após efetuado o registro, de forma livre e consciente, não é possível sua revogação. Salvo alegado e provado algum vício de consentimento, o que não se vislumbra na hipótese em comento.

Nesse aspecto:

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO DE FAMÍLIA. AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE C/C RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL. ESTADO DE FILIAÇÃO RECONHECIDO VOLUNTARIAMENTE. IMPOSSIBILIDADE DE MODIFICAÇÃO DO RESPECTIVO REGISTRO, ANTE A NÃO COMPROVAÇÃO DE VÍCIO DE CONSENTIMENTO. DESNECESSIDADE DE REALIZAÇÃO DE EXAME DE DNA. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO IMPROVIDO. “[...] O reconhecimento espontâneo da paternidade somente pode ser desfeito quando demonstrado vício de consentimento, isto é, para que haja possibilidade de anulação do registro de nascimento de menor cuja paternidade foi reconhecida, é necessária prova robusta no sentido de que o “pai registral” foi de fato, por exemplo, induzido a erro, ou ainda, que tenha sido coagido a tanto” (REsp 1022763/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 18/12/2008, DJe 03/02/2009)” (TJSC, Apelação Cível n. 2012.076370-7, de Videira, rel. Des. Marcus Túlio Sartorato, j. 04-12-2012). (TJSC, Apelação Cível n. 2013.003835-3, de Xanxerê, rel. Des. Eduardo Mattos Gallo Júnior, j. 26-03-2013).

CIVIL. FAMÍLIA. AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. RECONHECIMENTO VOLUNTÁRIO DE FILHO ALHEIO. IMPOSSIBILIDADE DE ANULAÇÃO DO REGISTRO CIVIL. AUSÊNCIA DE VÍCIO. APLICAÇÃO DO ART. 1.604 DO CC. LAUDO PERICIAL EXCLUDENTE DA PATERNIDADE. IRRELEVÂNCIA. IRREVOGABILIDADE DO ATO. PRESSUPOSTOS LEGAIS NÃO PREENCHIDOS. RECURSO DESPROVIDO. “O reconhecimento espontâneo da paternidade

somente pode ser desfeito quando demonstrado vício de consentimento, isto é, para que haja possibilidade de anulação do registro de nascimento de menor cuja paternidade foi reconhecida, é necessária prova robusta no sentido de que o ‘pai registral’ foi de fato, por exemplo, induzido a erro, ou ainda, que tenha sido coagido a tanto” (Ministra Nancy Andrighi). (TJSC, Apelação Cível n. 2010.044998-0, de Itajaí, rel. Des. Luiz Carlos Freyesleben, j. 17-11-2011).

Ainda, como bem pontuou o magistrado *a quo* (fl. 64v.):

A jurisprudência da Corte Catarinense, seguindo a orientação dos demais Pretórios e do próprio S.T.J., é uníssona no sentido de não admitir a retratação da paternidade reconhecida de forma voluntária, exceto em caso de comprovação de vício no ato do reconhecimento. Ademais, o reconhecimento da paternidade produz efeitos imediatos no momento em que se procede o lançamento no ofício do Registro Civil, tornando-se irrevogável, conforme estatuído no art. 1.610 do Código Civil e art. 26 do ECA.

Veda-se, de tal forma, a desconstituição da declaração válida de vontade exarada no momento de reconhecimento de paternidade, que, por se tratar de ato unilateral, gera efeitos imediatos, se ausentes vícios de consentimento.

Outrossim, inobstante a comprovação da inexistência da paternidade biológica, mediante a realização de exame de DNA (fls. 37-40), deve ser analisada a existência, ou não, de vínculo afetivo entre as partes envolvidas.

Embora o apelante insista que não há vínculo afetivo com a requerida, não logrou êxito em comprovar a inexistência de afetividade entre as partes. Ademais, denota-se que a ação foi ajuizada praticamente quatro anos após o nascimento da infante, o que leva a crer que foi estabelecido um sentimento de afeição entre as partes.

Registre-se ainda, que nos termos do art. 333, inc. I, do CPC, é ônus processual do autor comprovar cabalmente o fato constitutivo do seu direito, o que não ocorreu na espécie.

Esses são os motivos da minha divergência.

Chapecó, 11 de dezembro de 2015.

Hildemar Meneguzzi de Carvalho
Desembargadora Substituta

GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO CIVIL

Embargos Infringentes n. 2014.034731-0, de Tubarão

Relator: Des. João Batista Góes Ulysséa

EMBARGOS INFRINGENTES EM APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL.

PRELIMINAR. CERCEAMENTO DE DEFESA. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. AUSÊNCIA DE PLEITO DE PRODUÇÃO DE PROVAS PELO RÉU, QUANDO DA APRESENTAÇÃO DA IMPUGNAÇÃO. MATÉRIA QUE NÃO FOI OBJETO DA DIVERGÊNCIA INSTAURADA. OBSERVÂNCIA AO ART. 530, *IN FINE*, DO CPC. PEDIDO NÃO CONHECIDO.

Os embargos infringentes tem por objeto somente a matéria centro da divergência instaurada por ocasião do julgamento do recurso apelatório. Ademais, o Réu, ao impugnar o pleito exordial, sequer fez constar em sua peça contestatória, pedido de produção de provas.

MÉRITO. DIVERGÊNCIA INSTAURADA EM RELAÇÃO A SUPRESSÃO DO AGNOME “FILHO”. HOMENAGEM PRESTADA AO PAI, POR VONTADE DE AMBOS OS CÔNJUGES À ÉPOCA DO NASCIMENTO. PLEITO DEDUZIDO APÓS A SEPARAÇÃO CONJUGAL. INCLUSÃO DO SOBRENOME MATERNO QUE NÃO ACARRETA A IMEDIATA EXCLUSÃO DO AGNOME. MENOR QUE, COM DEZ ANOS DE IDADE, ESTÁ ADAPTADO AO REFERIDO AGNOME, ESPECIALMENTE NO SEIO FAMILIAR, SOCIAL E ESCOLAR. DISCORDÂNCIA ENTRE OS PAIS QUE NÃO PODE ATINGIR O DIREITO DE PERSONALIDADE DO INFANTE. AUSÊNCIA DE EXCEPCIONALIDADE E JUSTO MOTIVO PARA A EXCLUSÃO. OBSERVÂNCIA DOS ARTS. 57 E 109 DA LEI N. 6.015/1973. QUESTÃO QUE PODERÁ SER DIRIMIDA PELO PRÓPRIO MENOR QUANDO ATINGIR A MAIORIDADE CIVIL. ART. 56 DA LEI DE REGISTROS PÚBLICOS. PREVALÊNCIA DO VOTO VENCIDO. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO DE SUPRESSÃO DO AGNOME “FILHO”. RECURSO PROVIDO.

A supressão de agnome “Filho”, colocado pelos genitores em acordo de vontades à época do nascimento da criança, somente pode ocorrer quando cabalmente comprovado justo motivo para tanto, como diante de situação excepcional, não caracterizando estes pressupostos o fato de ser acrescentado o sobrenome materno ao nome do menor, após a separação judicial de seus pais, especialmente quando o agnome mencionado decorre de homenagem à linhagem paterna.

“No caso dos autos, entretanto, não há como se chancelar a pretendida supressão de patronímico paterno, haja vista que os requerentes são menores impúberes, contando apenas 10 e 11 anos de idade, e certamente não possuem discernimento e maturidade suficientes para compreender a extensão e a magnitude do ato de excluir o sobrenome que identifica um dos seus troncos familiares. Se for o caso, poderão eles, após o implemento da maioridade, pleitear motivadamente a alteração de seu nome. O que não se pode fazer é ceifar prematuramente o direito personalíssimo ao nome, de titularidade dos infantes.” (Apelação Cível n. 70057954653, rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos, j. 13-3-2014).

EMBARGOS INFRINGENTES CONHECIDOS EM PARTE E, NESTA FRAÇÃO, PROVIDOS.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos Infringentes n. 2014.034731-0, da comarca de Tubarão (Vara da F. Púb. E. Fisc. A. do Trab. e Reg. Púb.), em que é embargante C. Z. de M., e embargados P. U. E. e outros:

O Grupo de Câmaras de Direito Civil decidiu, por votação unânime, conhecer em parte do recurso e, nesta fração, dar-lhe provimento. Custas legais.

O julgamento, realizado no dia 11 de novembro de 2015, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Eládio Torret Rocha, com voto, e dele participaram os Exmos. Srs. Des. Sebastião César Evangelista, Jorge Luis Costa Beber, Marcus Túlio Sartorato, Maria do Rocio Luz Santa Ritta, Henry Petry Júnior, Alexandre d'Ivanenko, Sérgio Izidoro Heil,

Domingos Paludo, Denise Volpato, Jairo Fernandes Gonçalves e Fernando Carioni.

Funcionou pela douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Paulo César Ramos de Oliveira, tendo lavrado parecer o Exmo. Sr. Dr. Sandro José Neis.

Florianópolis, 17 de novembro de 2015.

João Batista Góes Ulysséa
RELATOR

RELATÓRIO

I. U. E. Z. e C. Z. de M. F., menores representados por P. U. E., ajuizaram ação de retificação de registro civil contra C. Z. de M., postulando a procedência dos seguintes pedidos: (a) alteração no registro de nascimento dos filhos do casal com a averbação do nome da mãe que, após a separação judicial, voltou a utilizar o nome de solteira; e, (b) retificação no assento de nascimento do infante C. Z. de M. F. para constar como C. U. E. Z. de M., excluindo-se o agnome “filho”.

A sentença amparou parcialmente os pedidos, alterando o registro de nascimento dos infantes, com a averbação do nome de solteira da mãe P. U. E.

Os Autores interpuseram a Apelação Cível n. 2012.038910-9, requerendo provimento e a reforma da decisão, para inclusão do sobrenome da mãe aos nomes dos filhos e a retificação do nome de C. Z. de M. F. para C. U. E. Z. de M.

A Quarta Câmara de Direito Civil, sob a relatoria do e. Des. Jorge Luis Costa Beber, em sessão de julgamento, em 16-8-2012, por unanimidade, proveu parcialmente o recurso, para acrescentar o sobrenome materno aos nomes dos infantes, mas, por maioria, vencido o saudoso Des. Victor

Ferreira, concedeu provimento ao apelo, para excluir o agnome “Filho” do nome de C. Z. de M. F.

Inconformado com a decisão proferida aos embargos declaratórios, o Réu/Apelado opôs embargos infringentes objetivando a prevalência do voto vencido, argumentando: (a) em sede preliminar, o cerceamento de defesa, por ausência de dilação probatória, nos termos do art. 109, § 1º, da Lei n. 6.015/1973, visto que inexistem provas acerca da motivação ao pedido de retificação do nome do menor, além de não lhe ter sido possibilitada a comprovação das maléficas consequências à criança com a modificação, além do pleito ter impugnado tanto pelo pai, como pelo Ministério Público, considerando afronta ao devido processo legal, ao contraditório e a ampla defesa, previstos no art. 5º, incisos LIV e LV, da CF; (b) como admitida a supressão de parte do nome, quando excepcional situação que exponha a pessoa ao ridículo, o que não ocorre no caso, sendo o agnome “filho” uma homenagem ao pai, representando também ao genitor relação de identificação e laços genealógicos; (c) a criança com 9 anos de idade, alfabetizada, com reconhecimento no meio social, escolar e familiar como “Filho”; (d) a exclusão do agnome “filho” como causa de constrangimento tanto à criança, como ao pai, especialmente em relação aos questionamentos da motivação da supressão, além de excluir a homenagem prestada por seu filho e, na época, por sua esposa; (e) o acréscimo do sobrenome materno, com a retirada do agnome “filho”, como verdadeira alteração do nome da criança, com violação à Lei de Registros Públicos, além da escolha do nome do infante ter origem na vontade do casal, representando a supressão do agnome mero capricho pela separação conjugal, o que não motiva o acolhimento do pedido; e, (f) não se tratando de questão urgente, sensato aguardar-se a maioridade da criança, nos termos do art. 56 da Lei n. 6.015/1973, para que esta exerça seu direito de personalidade e decida acerca da questão.

Postulou o provimento do recurso, com acolhimento da prefacial suscitada e declarada a nulidade do processo desde a sentença, com o retorno do feito ao juízo de origem, ou, caso ultrapassada, no mérito, a

reforma do acórdão, com a adoção do voto dissidente e o restabelecimento do comando sentencial, mantendo-se o agnome “filho” no menor C. Z. de M. F.

Os Embargados ofertaram contrarrazões e apontaram, que: (a) a alegação de cerceamento de defesa não foi objeto do acórdão impugnado, não podendo ser examinado nos embargos infringentes, além do Embargante não ter se insurgido acerca da produção de provas oportunamente; (b) a inserção do patronímico materno e exclusão do agnome “filho” não é mero capricho ou vingança da genitora, mas realça sua identificação com a linhagem materna, não prejudicando a identificação social do infante que, ao contrário do aduzido no recurso, é conhecido como “C.” e não como “Filho”, além de não causar prejuízos a terceiros; e, (c) a decisão observou os princípios da dignidade da pessoa humana, da segurança jurídica e da verdade real, sendo que a inclusão do sobrenome da mãe tem como consequência a exclusão do agnome “filho”, visto que não mais se revela necessária a distinção entre pai e filho.

Pugnou pelo não conhecimento do recurso no que tange à preliminar de cerceamento de defesa, como, no mérito, o seu improvimento, com a manutenção do acórdão atacado, além do reconhecimento de se tratar de recurso protelatório.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Exmo. Sr. Dr. Sandro José Neis, manifestou-se pelo conhecimento e parcial provimento do recurso, com o afastamento da preliminar deduzida, e, no mérito, a reforma do aresto objurgado e a prevalência do voto vencido.

Esse é o relatório.

VOTO

Objetiva o ora Embargante a reforma parcial do acórdão, não unânime, que concedeu provimento à Apelação Cível n. 2012.038910-9,

e julgou procedente o pleito exordial formulado pelos ora Embargados, na supressão do agnome filho do nome do menor C. Z. de M. F.

O Recorrente postulou a nulidade do processo por cerceamento de defesa, haja vista a necessidade de dilação probatória, conforme dicção do art. 109, § 1º, da Lei n. 6.015/1973, especialmente à comprovação das consequências maléficas para a criança com a alteração do seu nome, aliando-se ao fato de que a questão também foi impugnada pelo Ministério Público.

A matéria – cerceamento de defesa – não pode ser conhecida. O art. 530, in fine, do Código de Processo Civil impõe: Se o desacordo for parcial, os embargos serão restritos à matéria objeto da divergência.

Nesse sentido, leciona Ernane Fidélis dos Santos:

Rigorosa, todavia, é a limitação dos embargos infringentes. Sua incidência fica única e exclusivamente restrita à matéria que é objeto de divergência. Em grau de embargos, a não ser que faça parte da matéria em desacordo, não pode o Tribunal conhecer nem daquela que seria de interesse público e que, na apelação, exigiria o conhecimento de ofício, como as nulidades absolutas, os pressupostos processuais, incluindo coisa julgada, litispendência e perempção (art. 267, § 3º). (*Manual de Direito Processual Civil 1 – Processo de Conhecimento*. 15ª ed. Ed. Saraiva, São Paulo: 2012. P. 785).

Inclusive, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. ART. 530 DO CPC. EMBARGOS INFRINGENTES. DISCUSSÃO QUANTO A PONTO INALTERADO DA SENTENÇA. NÃO CABIMENTO.

1. Nos termos do art. 530, parágrafo único, do CPC, se o desacordo for parcial, os embargos infringentes serão restritos à matéria objeto da divergência.
2. Ocorrendo reforma apenas parcial da sentença, não cabem embargos infringentes quanto à matéria em torno da qual se manteve o juízo realizado em primeiro grau.

Agravo regimental improvido. AgRg no REsp n. 1.367.175/PE, rel. Min. Humberto Martins, j. 21-3-2013).

Assim, considerando que a questão da necessidade de dilação probatória não foi objeto do apelo e que, por óbvio, não houve divergência no julgado, não pode ser alvo destes embargos infringentes, que deve se restringir ao desacordo exposto no voto vencido do Exmo. Sr. Des. Victor Ferreira.

Vale ressaltar, ainda, que o Réu/Embargante, ao apresentar sua impugnação (fls. 22/24), não fez qualquer requerimento de produção de provas, limitando-se a refutar os argumentos da peça exordial, com pedido de improcedência dos pleitos, com a prova documental encartada nos autos servindo para o exame da matéria. Nesse sentido, inclusive, bem elucidou o ilustre Procurador de Justiça, Dr. Sandro José Neis, no judicioso parecer de fls. 377/380:

Deste modo, ante os elementos que se apresentavam nos Autos, o Magistrado *a quo* proferiu seu julgamento, o qual se mostrou providência acertada, porquanto consentâneo com o pedido e com as provas apresentadas, não ocorrendo cerceamento de defesa, ante a suficiente prova constante do processo.

Portanto, afasta-se a prefacial de cerceamento de defesa.

No mérito, a divergência estabelecida se refere a supressão do agnome “Filho” do nome do menor C. Z. de M. F.

Por ocasião do julgamento do apelo, reformou-se o comando sentencial, conforme se observa no voto condutor da lavra do Exmo. Sr. Des. Jorge Luis Costa Beber:

Ora, o acréscimo dos sobrenomes maternos basta, por si, à diferenciação das pessoas de pai e filho. Portanto, nada obstante o agnome “Filho” não traga em si qualquer conotação depreciativa, penso que a sua inutilidade para o fim a que se destina de distinguir parentes próximos autoriza a sua exclusão.

[...].

Finalmente, a homenagem ao apelado persiste intacta no prenome do filho, pouco importando se o nome civil contém ou não o respectivo agnome.

Deve, portanto, ser operada a retificação do registro civil do recorrente, a fim de que, a partir de agora, conste de seu assento de nascimento o nome C. U. E. Z. de M.

Por sua vez, o saudoso Des. Victor Ferreira divergiu da douta maioria, conforme se extrai do seu voto vencido:

3 Por outro lado, *data venia*, ousou discordar quanto à exclusão do agnome “Filho”.

É que em momento algum ficou demonstrado que a sua permanência causará situação de constrangimento à Apelante, ao filho ou a qualquer pessoa. Ao contrário, como bem ponderou o Procurador de Justiça Francisco José Fabiano,

[...] o agnome “Filho” cuida de uma honrosa homenagem ao respectivo genitor que deve ser mantida, inclusive sob pena de prejuízo à sua identificação como pessoa, posto ser conhecido com o emprego daquela partícula perante familiares e amigos de escola.

Portanto, se o agnome “Filho” foi utilizado para diferenciar o menor apelante de seu pai, uma vez que ambos detêm o mesmo prenome e sobrenome, pois necessário para identificá-los como pessoas distintas no meio social e familiar, torna-se legalmente inviável, em face dessa relevante circunstância, destarte, sua supressão (fl. 67).

Destarte, considerando que a escolha do nome do infante resultou da vontade do casal - e, ao que parece, a retirada do agnome, agora, é um mero capricho decorrente da separação - e que a sua manutenção não gera qualquer prejuízo, deve ser mantido.

4 Votei, assim, pelo conhecimento e parcial provimento do recurso, para incluir o patronímico materno ao nome civil da criança, sem a retirada do agnome.

Nesse rumo, o Embargante sustenta a prevalência do voto vencido, pelos motivos acima já destacados.

E procede. Ao contrário do esposado no voto vencedor, a inclusão do sobrenome materno no nome da criança não conduz automaticamente à exclusão do agnome “Filho”, que, ao tempo de seu nascimento, serviu como homenagem ao seu pai, em comum acordo do casal.

A inutilidade de tal agnome asseverado no voto condutor não pode ser considerada após 10 (dez) anos de sua utilização; ao contrário, a permanência do agnome “Filho” em nada prejudicará o menor e seus familiares, nem mesmo terceiros.

Com a devida *venia*, é mais fácil e útil a permanência do agnome, do que simplesmente suprimi-lo, inclusive com envolvimento da criança com explicações ou dos motivos da exclusão. Parece mais crível que a criança tenha a honra de apontar que ao seu sobrenome foi acrescentado o patronímico materno, do que dizer que excluíram o agnome, especialmente perante suas relações familiares, sociais e, principalmente, escolar.

É interessante observar, ainda, que a supressão do agnome deve ser excepcional e por justo motivo, como refletem os arts. 57 e 109 da Lei n. 6.015/1973:

Art. 57. A alteração posterior de nome, somente por exceção e motivadamente, após audiência do Ministério Público, será permitida por sentença do juiz a que estiver sujeito o registro, arquivando-se o mandado e publicando-se a alteração pela imprensa, ressalvada a hipótese do art. 110 desta Lei.

Art. 109. Quem pretender que se restaure, supra ou retifique assentamento no Registro Civil, requererá, em petição fundamentada e instruída com documentos ou com indicação de testemunhas, que o Juiz o ordene, ouvido o órgão do Ministério Público e os interessados, no prazo de cinco dias, que correrá em cartório.

Nesse rumo, os Demandantes/Embargantes não sustentaram de forma suficiente, fundamentada e motivada, situação que efetivamente

venha justificar a supressão excepcional do agnome “Filho”. O argumento sustentado na inutilidade do agnome pela inclusão do sobrenome materno não se enquadra como motivação à supressão pretendida, visto que tal alegação não se sobrepõe a vontade livre e espontânea dos pais em prestar a homenagem ao genitor por ocasião do nascimento da criança.

Nesse sentido, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO ESPECIAL. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. ACRÉSCIMO DO PATRONÍMICO PATERNO AO NOME DO AUTOR. DIREITO DO MENOR. RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE. HOMOLOGAÇÃO DE ACORDO. AGNOME. BISNETO. SUBSTITUIÇÃO PELO PATRONÍMICO DO GENITOR. POSSIBILIDADE. ACRÉSCIMO APÓS A MAIORIDADE.

1. É direito subjetivo do menor crescer ao seu nome no registro de nascimento o patronímico do genitor em decorrência de declaração posterior de paternidade.

2. A identificação da origem familiar, por meio do patronímico, visa proteger os vínculos de parentesco e de ancestralidade.

3. É imprescindível a caracterização de justo motivo para exclusão do sobrenome do genitor do nome registral da criança meramente para manter o agnome “Bisneto”, a fim de prestar homenagem à linha materna, no caso, o bisavô do menor.

4. A alteração das regras previstas na Lei de Registros Públicos somente é admitida em caráter excepcional e em decorrência de fundamentação adequada, ausente no caso concreto.

5. Recurso não provido. (REsp. n. 1.104.743/RR, rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 22-5-2014, grifamos).

Na mesma direção, extrai-se da jurisprudência pátria:

Retificação de nome - Pretensão de ser acrescentado o sobrenome materno, com exclusão do agnome Júnior - Inadmissibilidade - Hipótese que não se enquadra nos casos legais e jurisprudenciais que autorizam a retificação do nome da pessoa civil - Recurso não provido. (TJSP, Apelação Cível n. 100.816-4/8, de Indaiatuba, rel. Des. Arthur Del Guércio, j. 29-3-2000).

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL. AGNOME. JUSTO MOTIVO NÃO COMPROVADO. SENTENÇA MANTIDA. A alteração do nome para que se inclua um sobrenome paterno e o agnome “Júnior” pode ser requerida por menor. Todavia, a procedência do pedido depende de prova robusta de justo motivo para a retificação do registro civil. (TJMG, Apelação Cível n. 1.0069.12.000235-2/001, rel. Des. Peixoto Henriques, j. 17-12-2013).

Além disso, como ressaltado no voto vencido, chama a atenção que a vontade de suprimir o agnome “Filho” somente veio à apreciação após a separação do casal, representando mais uma vontade da ex-esposa em ver alterado o nome do filho, o que não pode ser amparado, sob pena de, diante de cada separação ou divórcio, uma das partes sempre buscar alterações. Ao contrário, deve ser preservada a vontade do casal que prevaleceu à época do nascimento da criança, sendo, no caso, a de homenagear o pai.

Acerca da celeuma, anotou com propriedade o e. Procurador de Justiça, Dr. Sandro José Neis (fls. 377/380):

Ao que tudo indica, a divergência sobre o agnome do filho C. iniciou-se após o divórcio do casal (2010), seguido do ajuizamento da presente Ação de Retificação de Registro Civil pela genitora do infante.

Observa-se que o filho do casal nasceu no ano de 2005, recebendo o nome do pai, acompanhado do agnome Filho, sendo que tal decisão foi tomada, à época, em comum acordo pelo casal e para homenagear ao pai, sendo uma forma carismática de demonstração de afeto.

Outrossim, destaca-se que a criança é reconhecida pela sociedade, amigos e familiares como C. Z. de M. Filho, sendo que a exclusão do agnome causará consequência negativa para seu crescimento e sua alfabetização, uma vez que trocar o nome sem entender o real motivo poderá causar uma confusão nos pensamentos da criança, pois conta ela, atualmente, com apenas dez anos de idade e, certamente, não possui pleno entendimento e nem opinião formada a respeito do pedido da presente Ação, que foi proposta pela mãe.

Ademais, a criança não está exposta a nenhuma situação vexatória ao manter o agnome “Filho”, pois sua formação e desenvolvimento não

serão afetadas, razão pela qual não há motivos plausíveis e suficientes para que ocorra a pretendida exclusão do agnome.

Enfim, faz-se extremamente necessário que seja demonstrada e comprovada razão justa, concreta, negativa para que seja realmente evidenciado motivos para que o agnome “Filho” seja excluído, o que não ocorre no caso sob análise. Aliás, tem-se que o nome do pai e do filho são exatamente iguais, sendo o agnome “Filho” utilizado para diferenciar o nome da criança do nome de seu pai e, portanto, indispensável.

Por fim, o nome e sobrenome são direitos de personalidade, destacando o art. 16 do Código Civil: Toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome. “Assim, considerando no caso em exame extremas divergências entre os genitores, por certo, a criança C., ao atingir a maioridade civil poderá melhor avaliar a questão em relação ao seu nome e a manutenção do agnome “Filho”, nos termos do art. 56 da Lei n. 6.015/1973; afinal, não se pode exigir de uma criança maturidade suficiente no atual estágio para que decida o que é melhor para si, especialmente quando os pais apresentam severas divergências.

Inclusive, já decidiu o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

APELAÇÃO CÍVEL. REGISTRO CIVIL. AÇÃO DE RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL. PEDIDO DE SUPRESSÃO DO PATRONÍMICO PATERNO. DESCABIMENTO, NO CASO. DIREITO PERSONALÍSSIMO AO NOME. 1. Nos termos no art. 16 do Código Civil, o nome da pessoa, nele compreendido o prenome e o sobrenome, se constitui direito personalíssimo, corolário do princípio da dignidade da pessoa humana. Por tais razões, inobstante o disposto na Lei de Registros Públicos acerca da alteração do nome, no sentido de não se admitir a prejudicialidade aos apelidos de família, o Colendo Superior Tribunal de Justiça tem reconhecido, em casos excepcionais, a possibilidade de alteração de nome, inclusive com supressão de apelidos de família, desde que haja motivação justa e plausível. Para tanto, conforme o art. 56 da LRP, o interessado poderá requerer a alteração de seu nome após atingir a maioridade.

2. No caso dos autos, entretanto, não há como se chancelar a pretendida supressão de patronímico paterno, haja vista que os requerentes

são menores impúberes, contando apenas 10 e 11 anos de idade, e certamente não possuem discernimento e maturidade suficientes para compreender a extensão e a magnitude do ato de excluir o sobrenome que identifica um dos seus troncos familiares. Se for o caso, poderão eles, após o implemento da maioridade, pleitear motivadamente a alteração de seu nome. O que não se pode fazer é ceifar prematuramente o direito personalíssimo ao nome, de titularidade dos infantes. NEGARAM PROVIMENTO. UNÂNIME. (Apelação Cível n. 70057954653, rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos, j. 13-3-2014, grifo nosso).

Portanto, ausente justa motivação e não se tratando de excepcionalidade, não deve ser procedida a supressão do agnome “Filho” ao nome do menor C. Z. de M. F., ressalvando a possibilidade dele, ao completar a maioridade civil e em observância ao art. 56 da Lei de Registros Públicos, buscar a referida modificação.

Ante ao exposto, conhece-se em parte do recurso, concedendo-se-lhe provimento nesta fração, para prevalecer o voto vencido, reformando-se o acórdão embargado, julgando-se improcedente o pleito de supressão do agnome “Filho” do nome do menor C. Z. de M. F.

Esse é o voto.

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

Apelação Cível n. 2012.047890-1, de São José

Relator: Des. Sebastião César Evangelista

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS MORAIS. CRIANÇA QUE TRAVOU O PÉ EM ESCADA ROLANTE NO INTERIOR DE SHOPPING CENTER. LESÃO LIGAMENTAR. IMOBILIZAÇÃO DO PÉ DIREITO POR 7 (SETE) DIAS. ALEGAÇÃO DE OMISSÃO DO RÉU POR AUSÊNCIA DE MANUTENÇÃO DO EQUIPAMENTO. RELAÇÃO DE CONSUMO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. REQUERIDO QUE NÃO COMPROVOU, CONFORME DEVERIA, QUE EFETUAVA A CONSERVAÇÃO DA ESCADA ROLANTE. EXCLUDENTES DE RESPONSABILIDADE NÃO VERIFICADAS (ART. 14, § 3º, DO CDC). FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. DEVER DE INDENIZAR. DANO MORAL. *IN RE IPSA*. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

Tem-se entendido que o sucesso da empreitada judicial do consumidor fundada no fato do produto ou serviço depende apenas da prova do ato lesivo e do nexo de causalidade, circunstâncias que, se provadas, caracterizam o dever de indenizar do ofensor. De sua parte, o fornecedor, para esquivar-se da obrigação de reparar o dano, há de provar a existência de uma das causas excludentes de responsabilidade, alinhadas no parágrafo terceiro do artigo 14 do Código Consumerista: a inexistência do defeito ou a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro. Ausente a prova de que se trata, impõe-se condenar o réu à reparação dos prejuízos materiais e morais impostos ao consumidor (Ap. Cív. n. 2011.066014-7, de São José, rel. Des. Luiz Carlos Freyesleben, j. 8.9.2011).

O valor da indenização por dano moral deve ser arbitrado em atenção ao princípio da proporcionalidade, levando-se em consideração, de um lado, a gravidade do ato danoso e do abalo suportado pela vítima e, de outro, o aspecto sancionatório ao responsável pelo dano, a fim de coibir a reiteração da conduta lesiva.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2012.047890-1, da Comarca de São José (3ª Vara Cível), sendo parte apelante E. L. D., repr. p/ genitores G. L. D. e R. J. D., e parte apelada Brooklyn Empreendimentos Imobiliários S/A:

A Primeira Câmara de Direito Civil decidiu, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento para condenar o réu a pagar indenização por dano moral arbitrado em R\$ 10.000,00 (dez mil reais). Ônus sucumbenciais pelo requerido, fixados os honorários em 15% sobre o valor da condenação. 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. Domingos Paludo.

Funcionou como Representante do Ministério Público o Exmo. Sr. Dr. Tycho Brache Fernandes, Procurador de Justiça.

Florianópolis, 22 de outubro de 2015.

Sebastião César Evangelista
Relator

RELATÓRIO

Cuida-se de Apelação Cível interposta por Eduarda Leite Dutra da decisão proferida na 3ª Vara Cível da comarca de São José nos autos do processo n. 06409017695-6 em que contende com Brooklyn Empreendimentos Imobiliários S/A.

A sentença julgou improcedente o pedido formulado pela parte apelante na inicial e, em consequência, condenou-a ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, esses fixados em R\$ 800,00 (oitocentos reais). A exigibilidade das respectivas verbas, no entanto, ficaram suspensas em razão de a parte autora ser beneficiária da Justiça Gratuita. Na fundamentação, consignou-se que a requerente

não comprovou a culpa do estabelecimento réu no acidente narrado na exordial e que não era possível inverter-se o ônus da prova, pois as suas alegações não apresentavam o requisito da verossimilhança (fls. 100/103).

A parte recorrente, em sua insurgência, alegou que o próprio réu confessou a ocorrência do acidente e que caberia, pois, a ele comprovar que os danos foram causados por culpa exclusiva da apelante. Aduziu que as fotografias juntadas pelo requerido apenas comprovam que existiam placas de advertências aos usuários na escala rolante, mas não demonstram que era dada a devida assistência técnica ao equipamento (fls. 108/113).

Ofertadas as contrarrazões (fls. 120/139), vieram os autos conclusos.

Em parecer da lavra do Exmo. Sr. Dr. Alexandre Herculano Abreu, Procurador de Justiça, opinou-se pelo conhecimento e provimento do recurso para que o recorrido seja condenado ao pagamento de indenização por danos morais (fls. 173/179).

Este é o relatório.

VOTO

1 O recurso é tempestivo (CPC, art. 508). A intimação da decisão recorrida foi feita em 17.11.2011 (fl. 106), tendo sido protocolizada a apelação em 22.11.2011. A parte recorrente é beneficiária da gratuidade de Justiça (decisão de fl. 105). As razões do apelo desafiam os fundamentos da sentença e o interesse recursal é manifesto. Estão presentes, pois, os requisitos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade.

2 No mérito, o apelo merece provimento.

Ao contrário do que considerou o Magistrado *a quo*, é inconteste a necessidade de análise do caso vertente sob a égide das determinações legais constantes no Código de Defesa do Consumidor (CDC).

Isso porque a relação jurídica existente entre as partes é tipicamente de consumo, visto que ambas enquadram-se nos conceitos de consumidor e fornecedor ditados pelos artigos 2º e 3º da legislação consumerista, que dispõem o que segue:

Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

(...)

Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

Em decorrência disso, tem-se que a responsabilidade do estabelecimento réu é objetiva, ou seja, independe de culpa para restar configurada. É suficiente, para tanto, a prova da conduta, do dano e do nexo causal entre eles. O próprio CDC dispõe que a responsabilidade do fornecedor de serviços independe da existência de culpa:

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

Ademais, a hipossuficiência e a vulnerabilidade da consumidora são evidentes perante o fornecedor de serviços requerido.

Assim, para eximir-se da responsabilidade o fornecedor deveria comprovar, de forma satisfatória, a inexistência de nexo causal ou ainda a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro (art. 14, § 3º, do CDC).

Retira-se dos autos que em 30.4.2005 a parte autora, que à época contava 3 (três) anos de idade, na companhia de seus pais, descia a escada rolante existente no interior do estabelecimento réu, quando o degrau da escadaria cedeu, trancando o seu pé direito. Em razão do acidente a

autora sofreu lesões ligamentares e teve que imobilizar o referido pé por 7 (sete) dias.

Importante ressaltar que a existência do fato e do dano sofrido pela autora restaram incontroversos nos autos, pois o próprio réu confirma, na peça defensiva, que a autora prendeu o pé no equipamento e foi encaminhada para o ambulatório do shopping center. Portanto, resta analisar apenas a causa da situação danosa experimentada pela autora.

Na inicial a requerente aponta como causa do fato danoso a ausência de assistência técnica e manutenção, por parte do réu, à escada rolante.

O réu, por sua vez, apesar de alegar que oferece periodicamente a assistência devida às escadarias do estabelecimento e que o fato ocorreu por culpa exclusiva da vítima, não traz aos autos nenhum indício de prova que corrobore a sua tese. Não junta ao caderno processual nenhum recibo, orçamento, ou contrato com prestadora de serviço que demonstre de forma suficiente que a manutenção das escadas rolantes era feita periodicamente. Nega que o degrau do equipamento tenha “cedido”, porém defende que a escada rolante travou e quebrou justamente porque o pé da autora ficou preso à ela.

O simples fato de o pé da autora ter ficado preso à escada rolante e supostamente quebrado o equipamento já demonstra que o equipamento não oferecia a segurança necessária aos frequentadores. Disso decorre a responsabilidade da requerida pelos danos por eles sofridos.

Como se sabe, nos termos do art. 6, I, do CDC, é também direito básico do consumidor a sua segurança contra riscos eventualmente provocados pelo serviço utilizado.

Os shoppings centers são fornecedoras de serviços ao público consumidor e devem sempre garantir aos seus clientes os seus direitos básicos. A segurança é, por exemplo, um deles. O serviço que não oferece a segurança esperada de acordo com o local, o fornecimento, entre outras

circunstâncias, é considerado defeituoso e, por ele, deve o fornecedor ser responsabilizado (art. 14, § 1º, I, II e III do CDC).

Ora, não é razoável concluir que a escada rolante de um shopping center, que teoricamente recebe a devida assistência técnica, e em consequência, deveria oferecer a segurança necessária aos seus frequentadores, tão facilmente “prenda” e torça o pé de uma criança a ponto de, ainda, “quebrar” o degrau do equipamento.

Demais disso, o réu não logrou comprovar a alegada culpa exclusiva da consumidora (art. 14, § 3, II, do CDC), ônus que lhe incumbia.

Em casos análogos, já decidiu este Tribunal de Justiça:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO INDENIZATÓRIA POR DANOS MORAIS E ESTÉTICOS. PROCEDÊNCIA PARCIAL. ACIDENTE COM PORTA AUTOMÁTICA OCORRIDO NO INTERIOR DE SHOPPING CENTER. TRANSAÇÃO EXTRAJUDICIAL FIRMADA ENTRE AS PARTES, ANTES DO AJUIZAMENTO DA DEMANDA. VULNERABILIDADE DA CONSUMIDORA PERANTE O FORNECEDOR DE SERVIÇOS. VALOR ÍNFIIMO PACTUADO. ACORDO INTERPRETADO DE FORMA RESTRITA. POSSIBILIDADE DE PLEITEAR JUDICIALMENTE O RESSARCIMENTO DOS DANOS SOFRIDOS. OCORRÊNCIA DE FRATURAS NO NARIZ DA AUTORA. NECESSIDADE DE TRATAMENTOS MÉDICOS COM INTERVENÇÃO CIRÚRGICA. ALEGADA CULPA EXCLUSIVA DA AUTORA. AUSÊNCIA DE PROVA NESTE SENTIDO. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA (ART. 6º, VIII, DO CDC). EXCLUDENTES DE RESPONSABILIDADE NÃO VISLUMBRADAS (ART. 14, § 3, DO CDC). FALHA NA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA CARACTERIZADA. DEVER DE INDENIZAR INCONTESTE. PLEITO DE MINORAÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO A TÍTULO DE DANOS MORAIS. VALOR QUE ATENDE AOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO. (Ap. Cív. n. 2012.093097-5, da Capital, rel. Des. Sérgio Izidoro Heil, j. 13.11.2014).

CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE NAS DEPENDÊNCIAS DE SHOPPING CENTER. QUEDA DA CONSUMIDORA DE ESCADARIA INTERNA. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. APELO DA AUTORA. NULIDADE POR CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO CARACTERIZADA. PROVAS SUFICIENTES PARA O CONVENCIMENTO JUDICIAL E AUSÊNCIA DE PREJUÍZO PARA A AUTORA (CPC, ART. 249, § 1º). MÉRITO. MÁ CONSERVAÇÃO DOS DEGRAUS DA ESCADARIA. PISO MOLHADO. RESPONSABILIDADE DA EMPRESA CARACTERIZADA. EXEGESE DO ART. 14 DO CDC. PROVIMENTO DO APELO DA AUTORA PARA A REFORMA INTEGRAL DA SENTENÇA. CONDENAÇÃO DO RÉU AO PAGAMENTO DE INDENIZAÇÕES POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. LIDE SECUNDÁRIA. PROCEDÊNCIA PARCIAL. CONDENAÇÃO DA SEGURADORA A RESTITUIR APENAS DANOS MATERIAIS, CUSTAS PROCESSUAIS E HONORÁRIOS. DANOS MORAIS EXPRESSAMENTE AFASTADOS NA APÓLICE. FALTA DE COBERTURA PROVADA.

Conforme o artigo 249, § 1º, do Código de Processo Civil e em atenção ao postulado da razoável duração do processo (CF/88, art. 5º, LXXVIII), não há falar em nulidade processual quando não houver prova do efetivo prejuízo para qualquer das partes. Tem-se entendido que o sucesso da empreitada judicial do consumidor fundada no fato do produto ou serviço depende apenas da prova do ato lesivo e do nexo de causalidade, circunstâncias que, se provadas, caracterizam o dever de indenizar do ofensor. De sua parte, o fornecedor, para esquivar-se da obrigação de reparar o dano, há de provar a existência de uma das causas excludentes de responsabilidade, alinhadas no parágrafo terceiro do artigo 14 do Código Consumerista: a inexistência do defeito ou a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro. Ausente a prova de que se trata, impõe-se condenar o réu à reparação dos prejuízos materiais e morais impostos ao consumidor. Não se nega que, reiteradamente, este Tribunal e, em particular, esta Câmara, têm decidido que a previsão de cobertura de danos corporais compreende os danos morais, pois estes nada mais são do que espécie daqueles. Contudo, não menos verdade é que, se a própria apólice afastar, especificamente, a cobertura dos danos morais, como na

espécie, a negativa da seguradora ao seu pagamento é válida. (Ap. Cív. n. 2011.066014-7, de São José, rel. Des. Luiz Carlos Freyesleben, j. 8.9.2011).

Desse modo, demonstrado o defeito na prestação de serviço, impõe-se ao fornecedor a reparação dos danos causados à consumidora, conforme dispõe o art. 14 do CDC.

Passa-se à análise do pedido de indenização por dano moral.

2.1 O dano moral é indenizável, pretensão que encontra suporte nos artigos 186 e 944 do Código Civil, devendo o *quantum* ser fixado levando-se em consideração a extensão do dano sofrido, o grau de reprovabilidade da conduta e a capacidade econômica do réu, ante o caráter sancionatório da indenização.

Conforme assente na jurisprudência, a quantificação do dano deve, de um lado, compensar a vítima pelo abalo sofrido e, de outro, ter caráter pedagógico ao infrator, a fim de que não lhe seja infligida sanção irrelevante, incapaz de estimular uma mudança de comportamento.

Sobre o tema, registra-se precedente do Superior Tribunal de Justiça:

A fixação da indenização por dano moral deve revestir-se de caráter indenizatório e sancionatório, adstrito ao princípio da razoabilidade e, de outro lado, há de servir como meio propedêutico ao agente causador do dano. (REsp 582.047/RS, rel. Min. Massami Uyeda, j. 17.2.2009)

No caso concreto a prova dos autos demonstrou que a autora sofreu lesões ligamentares que a obrigaram a imobilizar o pé direito pelo período de sete dias, um transtorno – sobretudo porque à época contava apenas 3 (três) anos de idade e, certamente, a dor e o incômodo da imobilização foram ainda maiores – que poderia ser evitado pelo adequado serviço do shopping réu. Nesse contexto, seguindo-se a orientação adotada nesta Câmara em situações similares, arbitra-se a indenização em R\$ 10.000 (dez mil reais).

A correção monetária será feita a partir da data deste julgamento (Súmula 362/STJ). Em relação aos juros moratórios, contam-se a partir do início do evento danoso (Súmula 54/STJ).

2.2 Por decorrência da reforma na sentença, invertem-se os ônus sucumbenciais reconhecidos em 1º Grau, condenando-se o réu ao pagamento das custas e despesas processuais, bem como dos honorários advocatícios.

Seguindo-se os parâmetros fornecidos pelo art. 20, § 3º, a, b e c, 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, mostra-se razoável, na hipótese, a fixação da verba honorária em 15% sobre o valor atualizado da condenação.

3 Por todo o exposto, conhece-se do recurso e dá-se-lhe provimento.

É o voto.

Apelação Cível n. 2013.055216-9, de Joinville

Relator: Des. Sebastião César Evangelista

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS E MORAIS. ALEGAÇÃO DE FURTO DE COFRE PESSOAL EM HOTEL. QUANTIA ELEVADA. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. INVIABILIDADE, ANTE A AUSÊNCIA DE VEROSSIMILHANÇA DAS ALEGAÇÕES TRAZIDAS NA EXORDIAL. NÃO COMPROVAÇÃO DA EXISTÊNCIA DESTE NUMERÁRIO, BEM COMO DA SUA PROCEDÊNCIA. ÔNUS DA PARTE AUTORA, EXEGESE DO ART. 333, I, DO CPC. DEVER DE REPARAR NÃO CONSUBSTANCIADO. PREQUESTIONAMENTO. APELO CONHECIDO E DESPROVIDO. RECURSO ADESIVO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. MAJORAÇÃO DEVIDA. FIXAÇÃO DE ACORDO COM OS CRITÉRIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. RECURSO ADESIVO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

A inversão do ônus da prova é regra de instrução que deve ser utilizada pelo magistrado *a quo* com prudência, tendo-se em vista a verossimilhança da alegação formulada e a dificuldade na produção da prova.

Sujeita-se a discricionariedade do magistrado o cabimento da inversão do ônus da prova previsto no art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, cabendo-lhe sopesar a verossimilhança da alegação e a facilidade ou dificuldade das partes em promover a diligência requestada.

A inversão do ônus da prova cria a presunção de veracidade de alegação específica, impondo à parte contrária a incumbência de comprovar o contrário. A arguição genérica formulada pelo autor não admite a inversão, sob pena de sujeitar a parte ré à dificuldade excessiva, além de criar embaraço ao julgador caso a prova não seja produzida, resultando incerto o fato sob o qual militaria a presunção de veracidade.

O *quantum* da indenização por dano material se mede pela extensão do dano, devendo ser rejeitado o pedido se o autor não comprova lesão ao seu patrimônio (CC, arts. 403 e 944 c/c CPC, art. 333, I). A ausência de

prova obsta o acolhimento do pedido de indenização por danos materiais, ainda que evidente a ocorrência de evento danoso.

Os honorários advocatícios devem ser fixados em atenção aos critérios estabelecidos no art. 20 do Código de Processo Civil, levando-se em consideração o grau de zelo do profissional, o lugar de prestação do serviço, a natureza e a importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

Não existe razão para manifestação genérica de prequestionamento de matéria quando esse foi realizado ao longo da fundamentação expressa no voto, com enfrentamento adequado dos pontos de controvérsia suscitados.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2013.055216-9, da Comarca de Joinville (1ª Vara Cível), sendo apelante/recorrido adesivo Antônio Luz Neto e apelado/recorrente adesivo Blue Tree Hotels e Resorts do Brasil S/A e outro:

A Primeira Câmara de Direito Civil decidiu, por unanimidade, conhecer do recurso de apelação e negar-lhe provimento; por maioria de votos, conhecer do recurso adesivo, vencido o Desembargador Raulino Jacó Brüning, e no mérito, por unanimidade, dar-lhe parcial provimento. 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. Domingos Paludo.

Florianópolis, 20 de agosto de 2015.

Sebastião César Evangelista
Relator

RELATÓRIO

Cuida-se de Apelação Cível interposta por Antônio Luz Neto, da decisão proferida na 1ª Vara Cível da comarca de Joinville nos autos da

Ação Indenizatória n. 038.04.063159-9, em que contende com Blue Tree Hotels e Resorts do Brasil S/A e outro.

A sentença julgou improcedentes os pedidos formulados pelo requerente, por conseguinte, condenou-o ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios, esses fixados em R\$ 1.000,00 (mil reais). Na fundamentação, no que toca aos danos materiais, consignou-se que o autor não comprovou que mantinha consigo o valor mencionado na peça póstica, bem como que tal quantia seria utilizada a título de entrada em suposto negócio imobiliário. Pontuou-se que “extremamente vultuoso e fora de qualquer padrão normal, realmente estivesse em seu poder, motivo pelo qual inviável a condenação pelo dano hipotético” (fl. 404). Quanto aos danos morais, ponderou-se que a situação dos autos não retrata a ocorrência de abalo anímico presumido, de modo que caberia ao autor comprovar tal ocorrência, contudo, o autor não se desincumbiu do ônus de comprovar, conforme preconiza o art. 333, inc. I, do Código de Processo Civil (fls. 399-406).

Irresignada, a parte autora interpôs recurso (fls. 420-435), requerendo a reforma da sentença. Em suas razões recursais, pleiteou pela aplicação do Código de Defesa do Consumidor e pela inversão do ônus da prova. Aduziu que o ônus de provar a exclusão de sua responsabilidade era das apeladas, conforme dita o art. 6, inc. VIII, do CDC. Sustentou, que a parte ré é fornecedora de serviço, devendo responder independente de culpa. Asseverou que restou demonstrada a responsabilidade dos apelados e o valor furtado, em especial pelo boletim de ocorrência (documento de fl. 39), onde declarou expressamente o valor subtraído no estabelecimento aos apelados. Asseverou que restaram claramente evidenciados os danos morais sofridos pela falha na prestação dos serviços da parte ré. Subsidiariamente, prequestionou violação ao art. 5º, inc. V, da Constituição Federal; aos arts. 2º, 3º, *caput* e §§ 2º, 6º, inc. VIII e 14, do Código de Defesa do Consumidor e aos arts. 649 e 932, inc. IV, do Código Civil.

A parte ré apresentou recurso adesivo (fls. 440-458), em que postulou a majoração da condenação em honorários advocatícios para que correspondam ao mínimo de 10 (dez) a 20% (vinte por cento) do valor atribuído à causa.

Ofertadas as contrarrazões às fls. 447-458 e 462-468, ascenderam os autos a esta instância.

Este é o relatório.

VOTO

1 O recurso de apelação é tempestivo (CPC, art. 508). A intimação da decisão recorrida foi feita em 23.11.2012 (fl. 419), tendo sido protocolizada a apelação em 10.12.2012. O preparo foi recolhido (fl. 436). As razões do apelo desafiam os fundamentos da sentença e o interesse recursal é manifesto. Estão presentes, pois, os requisitos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade.

Da mesma forma, o recurso adesivo é tempestivo (CPC, art. 508). A intimação da decisão para apresentar contrarrazões foi feita em 30.4.2013 (fl. 439), tendo sido protocolizado o recurso adesivo em 16.5.2013. O preparo foi recolhido (fls. 445-446). As razões do recurso adesivo desafiam os fundamentos da sentença e o interesse recursal é manifesto. Estão presentes, pois, os requisitos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade.

2 Antônio Luz Neto ajuizou demanda indenizatória em desfavor de Hotel Blue Tree Hotels & Resorts do Brasil S/A e Blue Tree Towers Joinville, almejando a condenação dos demandados ao pagamento de danos morais e materiais em razão de suposto furto de R\$ 58.000,00 (cinquenta e oito mil reais) que teria acontecido nas dependências da segunda demandada, a qual teria faltado com seu dever de vigilância em relação aos bens armazenados dentro do cofre pessoal existente no quarto ocupado pelo demandante.

Cinge-se, portanto, a controvérsia não apenas à alegada responsabilidade dos réus pelos danos sofridos pelo autor, mas, também, à existência ou não de quantia em espécie que supostamente teria sido furtada no estabelecimento hoteleiro.

3 Inicialmente, registre-se que são aplicáveis ao caso as disposições do Código de Defesa do Consumidor, em razão da natureza consumerista da relação jurídica existente entre as partes, uma vez que ambas se enquadram nos conceitos de consumidor e fornecedor estabelecidos pelos artigos 2º e 3º do Código de Defesa do Consumidor.

Apesar da aplicação do Código consumerista ao caso em apreço, a inversão do ônus da prova somente se opera quando for o consumidor hipossuficiente em relação ao fornecedor de produtos e serviços, ou nas hipóteses em que o Juiz considerar verossímeis as alegações do autor.

A mera alegação de que o autor possuía R\$ 58.000,00 (cinquenta e oito mil reais) e que esta quantia foi furtada nas dependências da parte ré não se coaduna, na espécie, com a pretendida inversão do *onus probandi*, ainda que sujeita a relação sob exame às normas do Código de Defesa do Consumidor.

Deve-se considerar que é competência do Magistrado, atento às peculiaridades do caso concreto, o cabimento da inversão do ônus da prova previsto no art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, cabendo-lhe sopesar a verossimilhança da alegação e a facilidade ou dificuldade das partes em promover a diligência requestada.

Dessarte, nem sempre, a despeito de estar-se diante de relação consumerista, a inversão do ônus da prova será deferida. Sobre o tema, registra-se julgado recente desta Câmara, da lavra do signatário:

Mesmo reconhecida a possibilidade de aplicação das norma do Código de Defesa do Consumidor a relações comerciais entre sociedades empresárias, a inversão do *onus probandi* há de ser feita dentro de padrões de razoabilidade, de forma a balancear a relação de forças entre as partes.

Nesse passo, reconhecido que o litigante, a despeito de hipossuficiente, controla e tem fácil acesso às informações necessárias à comprovação do direito alegado, não há espaço para a inversão pretendida. (AI n. 2012.027692-9, de Joaçaba, j. 3.7.2014).

A inversão do ônus da prova cria a presunção de veracidade de alegação específica, impondo à parte contrária a incumbência de comprovar o contrário. Na espécie, a arguição formulada pelo autor não admite a inversão, sob pena de sujeitar a parte ré à dificuldade excessiva, além de criar embaraço ao julgador caso a prova não seja produzida, resultando incerto o fato sob o qual militaria a presunção de veracidade.

Dessa feita, não merece acolhida o pleito de inversão do ônus da prova.

4 Na hipótese dos autos, a prova dos danos sofridos em decorrência do sustentado furto toca em aspecto complexo do *onus probandi*, já que extremamente difícil para as partes a apresentação de prova a fim de derruir e comprovar se algo foi ou não subtraído do cofre do quarto, no qual o autor havia sido hospedado.

Em síntese, na peça póstica, o autor alegou que, no dia 17.4.2004, às 15:30 horas, dirigiu-se ao apartamento que fora reservado em seu nome e que por ele seria ocupado até o dia 19.4.2004. Afirmou que questionado pelo recepcionista para declarar se portava consigo alguma bagagem, esclareceu que estaria residindo em Joinville, porém, devido ao fato de seu apartamento estar em reforma ficaria, provisoriamente, hospedado no hotel durante o final de semana. Disse que portava um envelope contendo o valor de R\$ 58.000,00 (cinquenta e oito mil reais) quando da realização do *check-in*, e que montante seria destinado ao pagamento da primeira parcela de uma negociação imobiliária.

Por outro lado, de acordo com os argumentos expostos pela defesa da parte ré, resumidamente, o demandante teria se apresentado às dependências do hotel sem nada nas mãos, tanto que nada lhe foi explicado sobre os procedimentos-padrão de armazenagem de grandes

valores, os quais deveriam ser depositados no cofre da recepção, e não nos cofres individuais de cada quarto. De mesma forma, contestou, a parte ré, a afirmação do autor de que havia uma reserva em seu nome até o dia 19.4.2004.

Pois bem, a jurisprudência, em casos tais, tem-se orientado pela preservação da boa-fé das declarações da vítima do furto. Uma vez comprovada a ocorrência do crime, presumem-se verdadeiras as declarações da pessoa furtada, contanto que plausíveis, compatíveis com o que se poderia razoavelmente esperar que efetivamente estivesse em sua posse.

A contrario sensu, a hipótese dos autos trata do suposto furto de R\$ 58.000,00 (cinquenta e oito mil reais), de modo que não é algo razoável/comum, presumir que o apelante teria consigo o referido numerário. Além disso, sequer restou apurada, tampouco comprovada a ocorrência do alegado furto na esfera criminal. Impõe-se, portanto, a necessidade de apresentação de alguma prova da existência dessa quantia.

Deveras, o comum é que quantia em espécie em montante considerável como o aduzido pelo autor na inicial, seja depositada em instituições bancárias, não sendo plausível mantê-la em quarto de hotel. Considerando-se que o que se revela fora do que ordinariamente acontece deve ser provado, o ônus da prova competia ao demandante, uma vez que lhe cabia demonstrar o fato constitutivo de seu direito, conforme estabelece o art. 333, I, do Código de Processo Civil.

4.1 Não se descuida que os arts. 649 e 932, inc. IV, do Código Civil preveem a responsabilidade dos hotéis pela reparação civil, derivada do desaparecimento de pertences do hóspede, devendo o estabelecimento hoteleiro figurar na lide como depositário. A lei imputa aos hospedeiros responsabilidade objetiva por eventuais furtos ou roubos que vierem a ser cometidos por seus empregados ou por outras pessoas admitidas em seu estabelecimento.

Dessarte, a obrigação de ressarcir qualquer dano advindo da má prestação do serviço é objetiva, razão pela qual não há que se perquirir na hipótese dos autos a culpa pelo ocorrido, mas apenas o dano e nexo de causalidade.

Passa-se, portanto, à análise das provas carreadas a fim de perquirir a existência ou não dos requisitos ensejadores da responsabilidade civil objetiva.

O demandante afirmou que possuía no cofre pessoal (quarto 1005), da segunda demandada o valor de R\$ 58.000,00 e que tal quantia seria utilizada “para a quitação da primeira parcela da aquisição de um apartamento, negócio que já havia sido entabulado tendo, tendo portanto, a preocupação de ter que contornar a desaparecimento do dinheiro e a necessidade de cumprimento do avençado no respectivo contrato” (fls. 15-16). Entretanto, deixou de comprovar por qualquer meio de prova a existência da alegada negociação.

O boletim de ocorrência que repousa à fl. 39, não comprova que o autor tenha sofrido abalo extrapatrimonial na dependências da parte ré. Isso porque, é certo que tal prova foi lavrada de forma unilateral pelo requerente, motivo pelo qual não goza de presunção de veracidade, devendo estar em consonância com os demais elementos probatórios presentes nos autos.

Nesse sentido colhem-se da jurisprudência desta Corte:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. ALEGADO FURTO DE MOTOCICLETA DENTRO DAS DEPENDÊNCIAS DO CONDÔMINO ONDE MORA O AUTOR.

[...] Além disso, não há nos autos prova da ocorrência do furto, nem de que ele tenha ocorrido dentro das dependências do condomínio, não se podendo valer, nesses casos, unicamente do boletim de ocorrência que terá presunção relativa de veracidade, uma vez que confeccionado a partir das informações prestadas pelo interessado. (Ap. Cív. n. 2010.003263-7, de Chapecó, rel. Des. Júlio César M. Ferreira de Melo, j. 27.10.2014).

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. IMPROCEDÊNCIA PROCLAMADA NO JUÍZO SINGULAR. IRRESIGNAÇÃO OFERTADA PELA PARTE AUTORA. PEDIDO INDENIZATÓRIO CENTRADO NA TESE DE QUE O REPRESENTANTE DA RÉ TERIA ACUSADO A AUTORA DA PRÁTICA DE FURTO DE UM ANEL. INSUBSISTÊNCIA. AUSÊNCIA DE PROVAS DA OFENSA SUSCITADA. ÔNUS QUE COMPETIA À DEMANDANTE. EXEGESE DO ART. 333, INC. I, DO CPC. BOLETIM DE OCORRÊNCIA PRODUZIDO DE FORMA UNILATERAL. AUSÊNCIA DE PRESUNÇÃO DE VERACIDADE. [...]. DEVER DE INDENIZAR INEXISTENTE. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. (Ap. Cív. n. 2014.014254-5, de Joaçaba, rel. Des. Jorge Luis Costa Beber, j. 3.7.2014).

Da prova testemunhal, colhida em Juízo no dia 20.7.2010, ou seja, passados mais de 6 (seis) anos do fatos narrados na exordial, extrai-se do relatos das testemunhas do autor, Margarete Mira Santos Fischer e Maguio Vanderlei de Aviz, respectivamente:

[...] que trabalha no Banco Bradesco e solicitou o depoente o aluguel de um cofre, o que não foi possível, em razão de o banco não fornecer este serviço; que não se recorda exatamente a data; que não se recorda das operações financeiras realizadas pelo autor. DADA A PALAVRA AO PROCURADOR DO AUTOR: que o autor era correntista da agência em que trabalha a depoente; *que se recorda de ter o autor afirmado que precisava do cofre para guardar um valor em espécie que havia recebido por conta da compra de um imóvel; que não se recorda o nome do vendedor do imóvel, mas lembra que era um médico; que acredita que o fato ocorreu mais ou menos entre 2003 ou 2004; DADA A PALAVRA AO PROCURADOR DA RÉ: que não se recorda se o dinheiro foi tirado da agência (grifou-se).* (fl. 240).

[...] *que acompanhou uma pessoa até o banco, onde foi retirada uma quantia em dinheiro, cerca de cinquenta ou sessenta mil reais; que levou esta pessoa até o escritório do autor no edifício Deville; que o autor tinha uma conta para pagar, mas a pessoa que iria receber não estava na cidade, tratando-se*

de um médico; que saíram de carro para procurar um cofre no banco Real e no banco Bradesco Prime, tendo o autor ligado do interior do carro para solicitar um cofre; que como não conseguiu um cofre, se hospedou no hotel ré, tencionando deixar o dinheiro em um cofre; que o depoente deixou o autor no hotel com o envelope que continha o dinheiro; que no dia seguinte, num sábado, retornou ao hotel porque iria lá ficar por causa do dinheiro até segunda-feira para que o autor pudesse viajar; que não conseguiu entrar no hotel por já ter o autor feito o check-out; que ligou para o autor e este retornou ao local; que o autor subiu ao quarto e constatou que o dinheiro não estava lá. DADA A PALAVRA AO PROCURADOR DO AUTOR: que não tem certeza, mas acredita que o dinheiro era destinado para um médico chamado Salomão, tratando-se o dinheiro de uma parcela da compra de um apartamento; [...] (grifou-se). (fl. 239).

Os relatos acima expostos não comprovam a existência de tal quantia na posse do autor ao se hospedar no hotel. Os fatos narrados pela Sra. Margarete não se coadunam com o testemunho do Sr. Maguio. A primeira afirmou que os valores eram provenientes da venda de imóvel, que não se recordava o nome do vendedor do imóvel, mas lembrava que era um médico, já o segundo afirmou que a acompanhou uma pessoa para retirar a quantia no banco (sem identificar qual a instituição financeira) e que dinheiro seria utilizado para pagar uma parcela da compra de um apartamento, negociado com um médico chamado Salomão (5ª, 6ª e 15ª linhas, fl. 239).

Não se descuidou que o autor arrolou como testemunha o Sr. Salomão Nassif Sfeir Filho (fls. 179-180), o qual foi indicado pela testemunha Maguio como o destinatário do dinheiro. Todavia, embora intimado para que comparecesse à audiência de instrução e julgamento (certidão de fl. 233), não se fez presente na solenidade, de modo que foi expedido mandado de condução, a fim de que este comparecesse na continuação do ato, realizado no dia 26.11.2010. Contudo, em 23.11.2010, sem justificar, o demandante simplesmente requereu a desistência da ouvida do referido médico (fl. 245).

Ademais, não é crível que ao ligar para as agências dos banco Bradesco Prime e Real almejando o aluguel de um cofre, o autor tenha explicado para a Sra. Margarete a procedência desse dinheiro que, como narrado por ela em Juízo, era proveniente da venda de um imóvel e que teria sido recebido de um médico. Outrossim, não é habitual que motoristas particulares detenham conhecimento de tantos detalhes da vida financeira (compra e venda de imóveis, forma de pagamento, valores transacionados) dos seus empregadores. Desse modo, a situação dos autos refoge do cotidiano, reforçando a tese de que a existência do *quantum* aduzido na exordial, na posse do autor ao se hospedar no hotel, deve ser devidamente comprovado por este.

Registre-se, ainda, o relato da testemunha de defesa, João Marcos Reis:

Que foi o depoente quem realizou o check-in do autor no hotel; que o autor não tinha reserva e chegou sem bagagem; que esclarece que o autor chegou sem nada nas mãos; que o autor preencheu a ficha de hospedagem e dirigiu-se ao quarto que lhe foi concedido; que ao chegar para trabalhar na tarde do dia seguinte, tomou conhecimento dos fatos narrados na inicial, que nada sabe acerca de discussão ente o autor e outro funcionário dos réus; que não se recorda se o autor requereu na ficha de hospedagem a utilização do cofre; que o autor nada mencionou no momento do check-in a respeito de estar portando algum documento valioso ou elevada quantia financeira; que a instrução do hotel é que quando algum hóspede informa que porta bens de valor, os funcionários são instruídos para orientar ao cliente que tais bens sejam depositados no cofre da gerência e não utilizados aqueles existentes nos quartos (grifou-se). (fl. 249).

Nesse contexto, o autor não logrou êxito em comprovar que, ao adentrar nas dependências da segunda demandada, levava consigo R\$ 58.000,00 (cinquenta e oito mil reais) dentro de um envelope, tampouco que o valor que seria utilizado a título de entrada em negócio imobiliário (não comprovado nos autos).

Ora, não se pode simplesmente presumir que o montante, extremamente considerável, realmente estivesse em seu poder dentro do cofre do quarto no qual hospedou. Até mesmo pois, como cediço, os danos materiais devem corresponder ao efetivamente despendido, comprovando o prejuízo, não se justificando dano hipotético. Além disso, no caso, o ônus da prova dos alegados danos era do autor (CPC, art. 333, I), que dele não se desincumbiu.

Sobre o tema, registra-se precedente desta Câmara, da lavra do signatário:

O *quantum* da indenização por dano material se mede pela extensão do dano, devendo ser rejeitado o pedido se o autor não comprova lesão ao seu patrimônio (CC, art. 944 c/c CPC, art. 333, I). (Ap. Cív. n. 2014.000209-0, de Joinville, j. 27.3.2014).

Na hipótese dos autos, não comprovado o dano patrimonial, mostra-se insubsistente o pedido de reparação, amparado em argumento de furto nas hospedagens da ré, mormente porque totalmente inviável a condenação pelo dano hipotético.

5 Quanto ao dano moral pleiteado, infere-se que o referido pleito possui como fundamento a suposta ilegalidade do protesto efetivado, no valor de R\$ 167,04 (cento e sessenta e sete reais e quatro centavos), que teria sido indevidamente cobrado pelos réus, bem como os alegados infortúnios decorrentes do furto, em tese, do dinheiro guardado no cofre do apartamento.

Depreende-se do caderno processual que o protesto de fl. 48 foi absolutamente legal, haja vista que o autor, independentemente dos motivos que o levaram a tanto, realmente deixou o estabelecimento sem pagar sua conta, no valor acima descrito. No que toca aos danos supostamente sofridos pelos constrangimentos e angústias provocados pela alegada má prestação dos serviços da ré, entretanto, na hipótese dos autos, não há falar em abalo moral presumido, devendo ser demonstrado o prejuízo decorrente do furto ocorrido nas dependências do hotel.

Isso porque, nem sempre o dano moral é embutido na própria ação originária, uma vez que não se pode presumir, de toda e qualquer situação, a ocorrência de dano psíquico de tamanha proporção a justificar o ingresso no mundo jurídico e merecer reparação, cabendo ao ofendido comprovar o prejuízo moral (CPC, art. 333, I).

Como bem consignou o Magistrado sentenciante às fls. 405-406:

[...] o autor pretende a condenação da ré ao pagamento de danos morais em razão dos infortúnios que alega ter suportado em razão do desaparecimento de expressiva quantia em dinheiro.

Entretanto, cumpre salientar que a simples alegação não é suficiente para demonstrar as ofensas que teria sofrido em seu íntimo, especialmente porque, para tanto, poderia o autor ter demonstrado a impossibilidade de realizar o negócio pretendido, eventuais atrasos em seu cronograma ou mesmo a impossibilidade de buscar sua noiva no aeroporto de Florianópolis em razão dos trâmites relacionados ao furto ocorrido, o que, de fato, não fez.

Considerando, portanto, que só deve ser reputado como dano moral a dor, o vexame ou a humilhação que efetivamente interfiram no comportamento psicológico do indivíduo, tenho que os fatos narrados no presente caso se constituem em mero dissabor, não sendo intensos e duradouros a ponto de romper o equilíbrio do demandante.

Diante de tais considerações, não tendo o autor comprovado a existência do dano e o nexo de causalidade, a sentença de improcedência dos pedidos expostos na exordial deve ser mantida.

6 Com relação ao prequestionamento, nada obstante a parte autora tenha feito constar pretensão para que este Colegiado manifeste-se sobre artigos de lei mencionados nas suas razões de apelação, no intuito de ingressar nas instâncias superiores, cumpre anotar que a presente decisão está devidamente fundamentada e enfrentou a questão de maneira pormenorizada, especificando os dispositivos legais em que se ampara.

7 Ultrapassada as irresignações do autor, passa-se à análise do recurso adesivo da parte ré, que pugnou pela majoração dos honorários

advocatícios fixados na instância *a quo* para algo entre 10 (dez) e 20% (vinte por cento) do valor atribuído à causa.

No entanto, o § 4º do artigo 20 do Código de Processo Civil prevê que nas causas em que não houver condenação, como no caso em questão, os honorários sucumbenciais serão fixados consoante apreciação equitativa do Juiz, pelo que lhe é facultado fixar a verba honorária além ou aquém daquele percentual estabelecido no § 3º do artigo 20 do Código de Processo Civil.

Nesse sentido:

Tratando-se de improcedência de pedido formulado em ação declaratória, possui o magistrado a faculdade de fixar honorários com base na equidade, balizado em aspectos objetivos, faculdade essa que, no entanto, deve ser aliada ao dever de remunerar condignamente o causídico patrocinante, vedando-se a cominação de verba advocatícia ínfima ou, também, excessiva. (Ap. Cív. n. 2012.006447-2, de Tubarão, rel. Des. Trindade dos Santos, j. 10.5.12).

No caso em questão, entende-se que os honorários fixados não condizem com o trabalho desenvolvido pelo procurador da recorrente adesiva. Ponderando-se as normas legais e a harmonização com os elementos fixados nas alíneas “a”, “b” e “c” do § 3º e o § 4º do artigo 20 do Código de Processo Civil, mostra-se razoável, na hipótese, a majoração da verba honorária para o importe de R\$ 4.000,00 (quatro mil reais).

Ante o exposto, o voto é no sentido de conhecer dos recursos, negar provimento ao recurso de apelação e dar parcial provimento ao recurso adesivo para fixar honorários advocatícios em R\$ 4.000,00 (quatro mil reais).

É o voto.

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

Apelação Cível n. 2015.052109-8, de Jaraguá do Sul

Relator: Des. João Batista Góes Ulysséa

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE DESTITUIÇÃO DE PODER FAMILIAR. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA.

PRELIMINAR. NULIDADE DO PROCESSO. COLIDÊNCIA DE DEFESAS REALIZADAS PELO MESMO DEFENSOR PÚBLICO. ALEGAÇÃO FEITA A DESTEMPO. PRECLUSÃO. ART. 245 DO CPC. PREFACIAL RECHAÇADA.

“Ademais, em sede de alegações finais nada se arguiu a respeito da tese de colidência da defesa, o que levou à preclusão da matéria.” (STJ, HC n. 143.643/SP, rel. Min. Og Fernandes, j. 19-5-2011).

DESTITUIÇÃO DA AUTORIDADE PARENTAL. CRIANÇA, ATUALMENTE, COM DOIS ANOS DE IDADE. DESCUMPRIMENTO DOS DEVERES INERENTES AO PODER FAMILIAR. MÃE SEMPRE ENVOLVIDA EM ENTREVOS, EXPONDO A CRIANÇA A SITUAÇÕES DE RISCO, ALÉM DE NEGLIGÊNCIA COM A SAÚDE DA INFANTE E SEM TRABALHO FIXO, INCLUSIVE COM INDÍCIOS DE QUE TENHA ASSUMIDO OS NEGÓCIOS DO COMPANHEIRO, PRESO POR TRÁFICO DE DROGAS. GENITOR PRESO POR TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES NA RESIDÊNCIA DA FAMÍLIA. CONFISSÃO DO RÉU DE QUE PERTENCE A ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. LAUDO PSICOLÓGICO QUE APONTA PARA A AGRESSIVIDADE DO GENITOR. LAUDOS ESPECIALIZADOS QUE CONCLUEM PELA DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR. INTELIGÊNCIA DO ART. 1.638 DO CÓDIGO CIVIL. DESTITUIÇÃO DA AUTORIDADE PARENTAL QUE SE IMPÕE. DECISÃO MANTIDA. RECURSO IMPROVIDO.

A destituição do poder familiar é medida extrema, que deve ser aplicada quando verificada a impossibilidade de manutenção da autoridade parental com os genitores. Todavia, observado à luz dos melhores

interesses da criança que seus direitos estavam sendo negligenciados pelos genitores, imperiosa torna-se a destituição do poder familiar, com o encaminhamento para família substituta, capaz de prover o afeto e cuidados necessários ao seu crescimento sadio. No caso, os genitores não demonstraram condições de desempenhar os deveres inerentes ao poder familiar, visto que o pai está preso por tráfico de drogas, realizado na residência familiar, inclusive pertencendo a organização criminosa, além de seu frio e agressivo perfil retratado pelo laudo psicológico, como a mãe sempre envolvida em brigas, não laborar, além de indícios de continuidade dos negócios delitivos do marido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2015.052109-8, da comarca de Jaraguá do Sul (Vara da Família, Infância e Juventude), em que são apelantes D. S. D. e outro, e apelado Ministério Público do Estado de Santa Catarina:

A Segunda Câmara de Direito Civil decidiu, por votação unânime, negar provimento ao recurso. Custas legais.

O julgamento, realizado no dia 14 de dezembro de 2015, foi proferido pelo Exmo. Sr. Des. Newton Trisotto, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. Gilberto Gomes de Oliveira.

Funcionou pela douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Alexandre Herculano Abreu, tendo lavrado parecer a Exma. Sra. Dra. Lenir Roslindo Piffer.

Florianópolis, 17 de dezembro de 2015.

João Batista Góes Ulysséa
RELATOR

RELATÓRIO

D. S. D. e P. C. F. interpuseram apelação cível contra a sentença que, proferida na ação de destituição do poder familiar promovida pelo

Ministério Público do Estado de Santa Catarina, julgou procedente o pleito deduzido na peça exordial e decretou a perda do poder familiar dos Réus em relação a criança Y. P. S. D. F.

Em suas razões, os Apelantes argumentaram: (a) em preliminar, a nulidade do processo, diante do conflito de interesses dos Requeridos, tendo sido ambos defendidos pela Defensoria Pública, que, anteriormente à instrução do processo, não evidenciou o referido prejuízo, motivo pelo qual deve ser renovada a instrução processual e nomeado defensor dativo para D. S. D.; (b) a destituição do poder familiar como medida excepcional e extrema, sendo direito da criança a convivência familiar e comunitária, não restando comprovada como a única possibilidade à resolução da lide, porque a rede de proteção em nenhum momento tentou inserir a família em programa assistencial de proteção ao menor, nem aplicou qualquer medida de proteção em seu favor, à manutenção no seio da família natural; (c) que o representante do Ministério Público, na peça exordial, reconheceu a ausência de situações concretas de risco a ensejar a adoção da destituição do poder familiar, com a pretensão calcada apenas no histórico familiar, sem considerar as alterações decorrentes da segregação do pai, ou seja, a sentença está baseada apenas no contexto histórico familiar, sem observar a situação fática; (d) que o testemunho da Conselheira E. M. aponta fatos que não foram objeto de representação pelo Conselho Tutelar, em especial a afirmação de omissão da genitora nos períodos pré e perinatal, que teria começado o acompanhamento apenas no quarto mês de gestação, quando a gravidez somente foi descoberta no quinto mês, afastando o argumento de descuido nos referidos períodos; (e) não ser motivo à destituição do poder familiar, o fato de inserir “miojo e danone” na alimentação da filha, ainda que não seja referência nutricional e alimentar; (f) não comprovação de que a Ré se dedicaria a atividade criminosa, não passando de meras conjecturas, sendo evasivas as alegações do Conselho Tutelar de que ao passar em frente a residência da família, em determinada noite, presenciou três rapazes com produtos eletrônicos; (g) quanto ao Apelante P. C. F., que o

art. 23, § 2º, do Estatuto da Criança e do Adolescente é claro ao apontar que a condenação criminal do pai ou da mãe não implica na destituição do poder familiar, sendo que o comando sentencial utilizou a segregação cautelar como principal fundamento à destituição do seu poder familiar, destacando que o crime do qual foi acusado não foi praticado contra a prole, além do argumento da sentença ser da improbabilidade da ressocialização do Apelante, o que ignora o sistema constitucional de política criminal baseado na ressocialização; (h) em relação a declaração do Réu em audiência, consabido que na atual situação carcerária do País, o presidiário é obrigado, por questão de sobrevivência, a se moldar a certos grupos, mas pretende ele retomar sua vida, exercer atividade lícita e emprego formal, para dar vida digna aos seus filhos, sendo que exerce atividade no presídio e tem bom comportamento, além de ser extremamente afetuoso com a filha; (i) não existir provas de o Réu ser pessoa violenta, sendo que tal informação foi procedida nos relatórios das assistentes sociais, que se limitaram a ouvir pessoas interessadas no processo, além de estar preso por crime de tráfico de drogas não conduzir a tal conclusão, pois tal infração penal não é cometida mediante violência contra a pessoa; e, (j) que a menor não precisa ficar acolhida, podendo permanecer com a família extensa.

Postularam o provimento do recurso, para que seja acolhida a preliminar suscitada e anulado o processo desde a intimação da Defensoria Pública para a defesa da Ré/Apelante, ou, no mérito, a reforma da sentença, com a improcedência do pleito exordial.

O Apelado ofertou contrarrazões e requereu o improvimento do recurso.

Pela decisão de fls. 309/310 foi ratificada a sentença pelo juízo a quo.

Em parecer da lavra da Exma. Sra. Dra. Lenir Roslindo Piffer, a douta Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se pelo desprovimento do apelo.

Esse é o relatório.

VOTO

Objetivam os Apelantes a reforma da sentença proferida na ação de destituição do poder familiar promovida pelo Ministério Público de Santa Catarina, que julgou procedente o pedido deduzido na petição inicial e decretou a perda do poder familiar dos Réus em relação a filha Y. P. S. D. F., atualmente com dois anos de idade.

Em sede preliminar, os Apelantes alegaram a nulidade do processo, visto que ambos foram defendidos pela Defensoria Pública, mesmo diante do conflito de interesses.

Todavia, imperativo é o reconhecimento da preclusão em relação a alegada nulidade processual. Isso porque, impunha-se o ataque pela parte na primeira oportunidade em que lhe coubesse falar nos autos, no caso, quando do oferecimento das alegações finais, conforme o art. 245 do Código de Processo Civil: “A nulidade dos atos deve ser alegada na primeira oportunidade em que couber à parte falar nos autos, sob pena de preclusão.”

Sobre a preclusão, ensina Fredie Didier Jr.:

A preclusão temporal consiste na perda do poder processual em razão do seu não exercício no momento oportuno; a perda do prazo é inércia que implica preclusão (art. 183, CPC). (*Curso de Direito Processual Civil*. 11ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2009. p. 281).

Em situação semelhante, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

HABEAS CORPUS. ESTELIONATO. ALEGAÇÃO DE COLIDÊNCIA DE DEFESAS. IMPROCEDÊNCIA. NOMEAÇÃO DE DEFENSORES DIVERSOS PELO MAGISTRADO SINGULAR. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. INEXISTÊNCIA.

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

2. No caso, não há falar em colidência de defesas, pois o Magistrado singular, ao tomar conhecimento da irregularidade, nomeou novo patrono ao paciente, diverso daquele encarregado de atuar na defesa do corréu.
3. Afora isso, de se ver que o paciente tinha conhecimento das imputações sobre ele dirigidas - houve citação pessoal -, optando por permanecer revel, o que motivou a nomeação da defensoria pública.
4. Ademais, em sede de alegações finais nada se arguiu a respeito da tese de colidência da defesa, o que levou à preclusão da matéria.
5. Ordem denegada. (HC n. 143.643/SP, rel. Min. Og Fernandes, j. 19-5-2011, grifamos).

Afasta-se, pois, a prefacial suscitada.

No mérito, a ação de destituição do poder familiar foi ajuizada pelo Ministério Público de Santa Catarina sob a alegação de que a criança Y. P. S. D. F., nascida em 8-12-2013, era vítima de maus tratos praticados pelos pais, especialmente pelo fato de o genitor ser traficante de entorpecentes, com índole violenta, submetendo a menor a companhias indesejáveis, além de expô-la a situação de risco, como, por exemplo, a fuga durante tiroteio em sua residência.

Por sua vez, a mãe revela conduta omissiva e negligente, inclusive em relação a sua outra filha R., submetendo a prole à convivência com o Réu P. C. F., que é agressivo, já tendo praticado violência doméstica contra a também Ré, além de agressões contra a menor R.

Após a regular tramitação do feito, sobreveio a sentença.

Os Apelantes, por sua vez, alegam que jamais receberam ajuda ou advertência da rede de assistência, inexistindo situações concretas que possam amparar o pleito de destituição, estando sustentada apenas no contexto histórico familiar, sem provas das alegadas atividades ilícitas ou do comportamento violento do pai, nem mesmo da negligência da mãe em relação á criança.

Contudo, razão não assiste aos Recorrentes.

Por primeiro, em relação à genitora D. S. D., as provas são contundentes, especialmente quanto a sua conduta de envolvimento em brigas com o pai de Y., bem como com terceiros.

O Plano Individual de Atendimento (PIA) da menor Y. P. S. D. F., traz em seu corpo, as seguintes informações, declaradas por R. S. D., irmã da criança e filha da ora Ré (fls. 23/31):

A criança afirma que a mãe cuida bem dela e de Y., mas relata com riqueza de detalhes inúmeros conflitos que já presenciou envolvendo a mãe e o padrasto e cenas nas quais a mãe agredia verbalmente e fisicamente vizinhas. Além disso, em alguns momentos dizia que não podia falar algumas coisas para a equipe a pedido de sua mãe.

Na mesma direção, o estudo social de fls. 84/94, expõe acerca da mãe:

D. conta também que duas semanas antes do acolhimento foi provocada por parentes da ex-esposa de P. na rua e acabou envolvendo-se em uma luta corporal, onde uma das mulheres (E.) chegou a ameaçar-lhe com uma faca. Diz que neste episódio Y. estava com ela, porém foi entregue aos braços de uma amiga e mantida longe da briga. Foi necessária intervenção policial nesse dia. Relata que no dia seguinte sua sogra, Sra. C. veio de Curitiba a pedido do filho buscar Y. e como a requerida negou-se a entregar a filha acredita que a sogra denunciou-a levando as meninas a serem acolhidas. Relatos tanto da família, quanto de vizinhos dão conta de que D. costuma se envolver em conflitos com frequência no bairro onde mora. Altera-se com facilidade e é bastante agressiva. (grifamos).

Ora, além da gravidade do fato narrado, ao expor a filha com menos de um ano de idade a uma situação de perigo e constrangimento, as provas evidenciam a conduta e o caráter agressivo da Apelante, ao se envolver em diversas confusões e brigas, demonstrando que não possui condições de conceder à prole valores e condições morais para um pleno desenvolvimento emocional.

Ademais, a negligência da genitora também se revela ao sair com a criança até mesmo durante a noite, conforme apontado pela irmã da Ré, no citado estudo social (fl. 89): “Quando ouvida a irmã da requerida, Sra. K. relatou que a requerida tinha o hábito de “andar por aí” (sic) carregando a menina, mesmo que fosse durante a noite, não considerando isso uma boa atitude da genitora”.

Além disso, devem ser observadas as condições de saúde da pequena Y., no momento do acolhimento institucional, conforme se observa do PIA (fl. 29):

Foi consultada por pediatra devido a alergia apresentada desde o acolhimento, devido à qual chegou ao serviço de acolhimento com intensa vermelhidão e escamações em ambos os lados da face. Em outro momento foi ao médico por apresentar febre e coriza devido a um resfriado.(sic)

Não bastasse isso, pairam sérias dúvidas acerca das atividades profissionais da Apelante e seu modo de sobrevivência.

Por ocasião do PIA (fls. 23/31), ficou consignado:

Em visita ao local na Rua [...], a residência estava fechada. Buscando informações com vizinhos um senhor confirmou que havia uma facção na residência, porém só quem trabalhava lá era J. A proprietária da residência alugada para J. afirmou que não há uma facção funcionando no local, que é alugado somente para moradia, porém percebe grande movimentação de pessoas na casa.

Segundo uma moradora do bairro, não há uma empresa de facção funcionando no local, ao contrário do que foi informado. Conforme relatos de pessoas da comunidade há indícios de que D. esteja dando continuidade aos negócios do companheiro, porém esta afirma que o sustento da família é obtido através do valor mensal enviado pelo mesmo e anteriormente pelo trabalho na facção, o qual nos últimos atendimentos informou que já não realiza mais.

E, do referido estudo social (fls. 84/94), extrai-se:

Atualmente a requerida diz que trabalha como recicladora, porém quando visitamos sua residência a encontramos em casa no horário em

que deveria estar trabalhando. Além dela haviam outras duas pessoas na residência, as quais segundo ela eram amigos. Observa-se que a requerida primeiramente negou-se a permitir nossa entrada no local, e após muita insistência concedeu permissão para visita, pedindo para que seus amigos fosse para os fundos da casa a fim de que não tivéssemos contato, ou pudéssemos vê-los.

Apesar das informações prestadas pela requerida, há indícios de que a requerida tenha seguido as atividades ilegais do companheiro, a própria criança R. traz relatos nesse sentido. Assim como mencionado pelas profissionais da instituição de acolhimento no PIA, foi verificado que muitas das informações prestadas pela genitora são falsas, o que dificulta sobremaneira o levantamento de dados. (grifo nosso).

Outrossim, do documento de fls. 51/53, referente ao Relatório de Inteligência da Polícia Militar, constata-se que por ocasião da prisão de P. C. F., a ora Recorrente também foi presa, com a atividade de tráfico na residência da família, com conhecimento da mãe, expondo a filha recém-nascida em ambiente criminoso. A propósito, à Ré incidia a comprovação de suas atividades profissionais; mas tal prova não consta nos autos, com informações evasivas e inverossímeis constatadas pelas equipes do Conselho Tutelar e do Abrigo.

Nesse rumo, ao contrário do alegado na peça recursal, as situações de exposição da menor em risco, pela mãe, são contundentes, não guardando relação com alimentação ou período pré-natal, nem mesmo com o contexto familiar, embora o presente caso seja a repetição do que aconteceu com a outra filha R. M. D. L. Aliás, as atitudes da Ré em se envolver em brigas, não comprovar trabalho e negligenciar a saúde da filha são graves, faltando com seus deveres decorrentes do poder familiar.

No que tange ao Réu P. C. F., os argumentos de ausência de comprovação de sua ligação com a atividade criminosa, como de não ser pessoa violenta, e que o crime do qual é acusado não ter sido cometido contra a prole, não enseja a destituição do poder familiar, não merecem amparo.

De início, as constatações da psicóloga judiciária no laudo psicológico de fls. 68/72:

[...]. Com relação ao genitor de I, P., o mesmo foi entrevistado em processo que envolvia a regulamentação de visitas de outros filhos que teve em sua primeira união, e na ocasião do primeiro acolhimento institucional de R., durante a visita domiciliar. Nessas oportunidades, pudemos avaliar que, inicialmente, P. Se apresenta como uma pessoa cordial e de poucas palavras. Escuta mais do que fala, pois parece ter medo de se comprometer. No entanto, por meio da análise de seu comportamento, em outras situações em que esteve envolvido, revela-se com um perfil frio, ciumento e agressivo. Não aceita ser contrariado. Resolve os problemas à sua maneira, valendo-se muitas vezes da agressividade. [...]. (sem grifo no original).

As conclusões acerca do perfil do Apelante foram traçadas por uma psicóloga forense, profissional habilitada para tanto, o que afasta a alegação de ausência de provas de seu perfil violento.

De outro lado, a defesa não trouxe qualquer prova para desconstituir tais conclusões. Não bastasse isso, o envolvimento do pai P. C. F. com a prática criminosa está demonstrada nos autos e, muito mais grave, a própria confissão de pertencer a uma organização criminosa.

Colhe-se da informação da assistente judicial do juízo de origem, acostado às fls. 145/147, que o próprio Réu reconhece: “Sobre seu envolvimento com o tráfico de drogas, relata que ocorreu há cerca de dois anos, um ano antes de sua prisão”.

Outrossim, o Relatório de Inteligência da Polícia Militar narra com detalhes a prisão do Réu, por tráfico de entorpecentes, na residência da família (fls. 51/53):

Por volta das 01h30m do dia 17/07/2013 guarnições em rondas na área central avistaram um jovem em atitude suspeita. Foi efetuado abordagem e durante a busca pessoal no suspeito foi localizado com o mesmo 3gr de crack, sendo este identificado como sendo E. S., vulgo “Paraná”. Ao ser indagado sobre a procedência do entorpecente, o mesmo relatou

ter adquirido de um traficante chamado de “P.” residente da Rua [...]. Diante da informação os policiais informaram ao Sargento comandante do policiamento, Sgt Leôncio, o qual solicitou apoio da guarnição da Agência de Inteligência e do Canil do 14º BPM para deslocar ao endereço informado pelo abordado. Ao chegar ao endereço indicado pelo usuário as guarnições viram que se tratava de P. C. F., pois contra o mesmo já havia várias denúncias que este praticava comércio de entorpecentes, sendo que o mesmo vinha sendo monitorado por esta Agência de Inteligência, confirmando assim a veracidade das informações do usuário. Foi efetuado cerco na residência e solicitado que o morador abrisse a porta, sendo que antes de atender a ordem dada, se trancou no banheiro da casa onde as guarnições envolvidas ouviram barulho de algo sendo quebrado bem como também este estava dando descarga no sanitário de forma ininterrupta, como que se estivesse se desfazendo de algo, provavelmente entorpecentes. Após a entrada dos policiais na residência iniciou-se busca por material ilícito, foi localizado no banheiro pedaços de uma balança de precisão quebrada. Além disso foram localizados diversos materiais de procedência duvidosa escondido no forro da casa, tais como celulares, relógios, câmeras fotográficas e correntes douradas. Foi então dada voz de prisão em flagrante ao acusado que em seguida foi encaminhado até a Delegacia de Polícia onde foi entregue com todo o material apreendido, [...].

Em resumo, é incontestável a atividade criminosa do Apelante, especificamente no tráfico de drogas, confessado por ele, estando preso.

Ademais, o próprio P. C. F. reconheceu em seu depoimento pessoal, prestado em juízo, pertencer a organização criminosa “Comando Vermelho”, como bem observou a ilustre Procuradora de Justiça, Dra. Lenir Roslindo Piffer, no judicioso parecer de fls. 8/11 dos autos físico:

Há prova confessional nesse sentido. O Réu P. F., em depoimento pessoal (fl. 222), para além de confirmar a prática espúria no interior da sua residência, aduz pertencer a facção criminosa “Comando Vermelho”, e que, a despeito do interesse em abandonar o grupo, teme represálias por parte daquele bando. [...].

Ora, ao contrário do alegado na peça recursal - de pertencer a organização criminosa por questão de sobrevivência no presídio -,

é grave e denota a periculosidade do genitor, que inclusive tem plena consciência de possíveis represálias, que podem recair sobre a própria criança. Portanto, em relação ao Réu P. C. F., as provas são fartas acerca de sua atividade criminosa, com o tráfico de drogas dentro da residência da família, expondo a criança a um ambiente completamente desfavorável ao seu desenvolvimento, além de estar atestada sua personalidade agressiva.

Feitas tais digressões, sabe-se que a destituição do poder familiar é medida última, que somente deve ser tomada quando verificada a total impossibilidade de manutenção da autoridade parental nas pessoas dos genitores. Conforme expõe Romero de Oliveira Andrade, em livro coordenado por Munir Cury:

procura-se, em regra, manter a criança e o adolescente em sua família de origem, que é a encarregada da intenção social primária daqueles. Unicamente em casos-limites, previstos em lei, é que se permitirá como que o afetamento do poder familiar (*Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado*. 11^a ed. Ed. Malheiros, São Paulo: 2010. p. 125).

Esse também é o posicionamento preconizado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, como explica Wilson Donizeti Liberati:

O § 3º do art. 19 determina que a manutenção ou a reintegração de criança ou adolescente à sua família terão preferência sobre qualquer outra providência; ou seja, a equipe interprofissional deverá envidar todos os esforços possíveis para manter ou reintegrar a criança na sua família natural, mesmo que seja necessária sua inclusão em programas de orientação e auxílio previstos no art. 23, nos incisos I e IV do *caput* do art. 101 e nos incisos I a IV do *caput* do art. 129 do ECA. [...] os filhos deverão permanecer, sempre que possível, com os pais, que têm a obrigação de criá-los e mantê-los (*Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. 11^a ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2009. p. 26).

No caso, a situação vivenciada pela menor Y. P. S. D. F. é de total descaso e descuido por parte dos genitores. Isso porque, a prática de atos contrários à moral e aos bons costumes é hipótese clara da perda do poder familiar dos pais (art. 1.638, inciso III, do Código Civil).

Dispõem os artigos 1.637 e 1.638 do Código Civil:

Art. 1.637. Se o pai, ou a mãe, abusar de sua autoridade, faltando aos deveres a eles inerentes ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao juiz, requerendo algum parente, ou o Ministério Público, adotar a medida que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres, até suspendendo o poder familiar, quando convenha.

Parágrafo único. Suspende-se igualmente o exercício do poder familiar ao pai ou à mãe condenados por sentença irrecorrível, em virtude de crime cuja pena exceda a dois anos de prisão.

Art. 1.638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que:

I - castigar imoderadamente o filho;

II - deixar o filho em abandono;

III - praticar atos contrários à moral e aos bons costumes;

IV - incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente (grifamos).

Na verdade, dos autos se extrai que a criança não encontra, no seio da família natural, um ambiente de socialização saudável, permeado por relações de afeto, confiança, segurança, educação e cuidado com sua saúde e sua formação moral. Ora, por mais que, atualmente, a sociedade brasileira esteja acostumada com famílias se distanciando do perfil tradicional, com formações e valores diferenciados entre si e que, por isso, devem ser respeitadas e protegidas pelo Estado, na forma do artigo 226 da Constituição Federal, por atribuir ao Poder Público o dever de amparar toda entidade familiar, é certo que ao menos um elemento distintivo deve ser observado para que sejam colocadas sob o manto da juridicidade: “a presença de um vínculo afetivo a unir as pessoas com identidades de projetos de vida e propósitos comuns, gerando comprometimento mútuo” (DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 42).

Continua Maria Berenice Dias, na obra supracitada:

É necessário ter uma visão pluralista da família, abrigando os mais diversos arranjos familiares, devendo-se buscar o elemento que permite enlaçar no conceito de entidade familiar todos os relacionamentos que têm origem em um elo de afetividade, independentemente de sua conformação. O desafio dos dias de hoje é achar o toque identificador das estruturas interpessoais que autorize nominá-las como família. Esse referencial só pode ser identificado no vínculo que une seus integrantes. É o envolvimento emocional que leva a subtrair um relacionamento do âmbito do direito obrigacional – cujo núcleo é a vontade – para inseri-lo no direito das famílias, que tem como elemento estruturante o sentimento do amor que funde as almas e confunde patrimônios, gera responsabilidades e comprometimentos mútuos. Esse é o divisor entre o direito obrigacional e o familiar: os negócios têm por substrato exclusivamente a vontade, enquanto o traço diferenciador do direito da família é o afeto. A família é um grupo social fundado essencialmente nos laços de afetividade após o desaparecimento da família patriarcal, que desempenhava funções procriativas, econômicas, religiosas e políticas (op. cit., p. 43 - grifamos).

No caso, a reclusão do pai em razão do tráfico de drogas dentro da própria residência familiar, inclusive pertencendo à organização criminosa, e sua personalidade agressiva, demonstram que o genitor não possui capacidade de exercer o poder familiar. E, na mesma direção a genitora, sempre envolvida em confusões, não possui trabalho comprovado, inclusive com indicativos da continuidade dos negócios escusos do esposo, além da negligenciar a saúde da filha. Nesse sentido, são as conclusões dos estudos sociais, do laudo psicológico e do PIA:

Diante das interações familiares descritas, a equipe técnica do abrigo sugere a destituição do poder familiar dos genitores, e tão logo a suspensão das visitas [...]. (PIA, fls. 23/31).

[...]. Todavia, com relação a Y., ambos os genitores apresentam comportamento de risco para a infante, devido ao perfil psicológico de ambos e ao envolvimento com o tráfico de drogas, denotando que

possuem condições psicológicas insatisfatórias para o exercício da maternidade/paternidade (laudo psicológico, fls. 68/72).

6 - Parecer Social:

Após estudo realizado, foi possível constatar que os requeridos não apresentam condições de exercer a guarda de Y. O genitor encontra-se recolhido e a genitora negligencia e coloca, tanto Y., quanto a filha R. em risco, não oferecendo um ambiente saudável ao pleno desenvolvimento das crianças. [...]. A fim de garantir a proteção integral de Y. entende-se que a destituição do poder familiar dos genitores seria a medida mais adequada. [...].

Diante desse cenário, forçoso é reconhecer que não há, neste caso, uma verdadeira *família* a ser preservada, porque inexistente o vínculo de afeto capaz de “gerar responsabilidades e comprometimentos mútuos”, nas palavras de Maria Berenice Dias.

Assim, considerando todos os elementos até aqui expostos, há de se reconhecer que, infelizmente, os Apelantes não dispõem de condições para exercer o poder familiar sobre a filha menor e cumprir seus deveres de pais, na forma do artigo 1.634 do Código Civil.

Sobre as hipóteses de perda ou suspensão do poder familiar trazidas pelo art. 1.638 do Código Civil em seu inciso III, qual seja, prática de atos contrários à moral, leciona Carlos Roberto Gonçalves:

III - Praticar atos contrários à moral e aos bons costumes. Visa o legislador evitar que o mau exemplo dos pais prejudique a formação moral dos infantes. O lar é uma escola onde se forma a personalidade dos filhos. Sendo eles facilmente influenciáveis, devem os pais manter uma postura digna e honrada, para que nela se amolde o caráter daqueles. [...].

Mas o dispositivo em tela tem uma amplitude maior, abrangendo o procedimento moral e social sob diversos aspectos. Assim, o alcoolismo, a vadiagem, a mendicância, o uso de substâncias entorpecentes, a prática da prostituição e muitas outras condutas antissociais se incluem na expressão “atos contrários à moral e aos bons costumes”. (*Direito Civil Brasileiro*. v. 6. 9ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012. p. 429/430 - grifamos).

Nesse ponto, importante colacionar lição de Rolf Madaleno, que entende:

[...] ser o lar a primeira escola dos filhos e onde eles formam a sua personalidade, devendo os pais ter todo o cuidado e a inquestionável obrigação de manter uma postura digna e honrada, na qual a sua prole irá se espelhar, pois das atitudes dos genitores os filhos tiram os seus primeiros exemplos, bastando a convivência para o bom ou mau aprendizado.

Assim, o uso imoderado de bebidas alcóolicas, ou de drogas e entorpecentes, os abusos físicos ou sexuais e as agressões morais e pessoais para com os filhos, parceiro ou cônjuge, ou mesmo para com terceiros, são mostras nefastas de uma prática condenável e de nenhuma contribuição para a sadia formação do sujeito criado em ambiente desintegrado, disfuncional, depravado ou de reprovável comportamento, a vulnerar a integridade moral e psíquica da prole (*Curso de Direito de Família*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011, p. 671, sem grifos no original).

Maria Berenice Dias, no mesmo sentido, manifesta-se:

A identificação da prática de atos que afrontem a moral e os bons costumes é aferida objetivamente, incluindo as condutas que o direito considera lícitas. Porém, não se pode subtrair a possibilidade de o juiz decidir pela exoneração por fatos que considere incompatíveis com o poder familiar, não se podendo falar em abuso de autoridade. Em qualquer circunstância, o supremo valor é o melhor interesse do menor. Como o afastamento do filho do convívio de um ou de ambos os pais certamente produz sequelas que podem comprometer seu desenvolvimento psicológico, recomendável que, ao ser decretada a suspensão ou perda do poder familiar, seja aplicada alguma medida protetiva de acompanhamento, apoio e orientação ao filho (ECA 100) e aos pais (ECA 129) (*ob. cit.* p. 388, grifo nosso).

No caso, diante dos estudos psicossociais realizados, mostra-se imperativa a destituição do poder familiar dos Apelantes, a fim de proteger os interesses da infante Y. P. S. D. F., que antes de ser institucionalizada, estava sendo privada de grande parte dos seus direitos, convivendo em um ambiente de práticas sociais prejudiciais ao seu desenvolvimento -

tráfico de drogas, denúncia de maus-tratos, negligência com a saúde e descaso da mãe. Além disso, não podem ser ignorados os fortes indícios de que a genitora ainda se encontra inserida nesse círculo social, o que compromete o desenvolvimento moral e psicossocial dos filhos.

Para arrematar, bem elucidou a douta Procuradoria-Geral de Justiça, no parecer da ilustre Dra. Lenir Roslindo Piffer, o qual também se adota como razão de decidir:

[...].

Nesse contexto, não se pode aqui dizer que não houve prévia intervenção das redes de proteção no tocante a tentativa de manter a prole sob os cuidados da família natural. Tais medidas foram exaustivamente implementadas, embora sem sucesso, haja vista a renitência dos genitores quanto ao escorreito cumprimento dos programas de acompanhamento.

No que concerne aos fatos que justificaram a procedência do pleito proemial, há provas suficientes que caracterizem a negligência e os maus-tratos perpetrados pelos Apelantes, cujos comportamentos, ressalte-se, são indignos da autorização de terem consigo qualquer ser humano em desenvolvimento.

Em situações semelhantes, já decidiu este Tribunal de Justiça:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR. PROCEDÊNCIA NA ORIGEM. INSURGIMENTO DOS GENITORES. ABANDONO MATERIAL E FÍSICO EVIDENCIADO. FILHOS DE DOZE, CATORZE E DEZESSEIS ANOS DE IDADE. PAIS CONDENADOS PELA PRÁTICA DOS CRIMES DE TRÁFICO, ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE ENTORPECENTES E CORRUPÇÃO DE MENORES. COMERCIALIZAÇÃO E CONSUMO DE DROGAS QUE OCORRIA DENTRO DA RESIDÊNCIA. MENORES EXPOSTOS A SITUAÇÃO DE RISCO. NEGLIGÊNCIA PARENTAL CARACTERIZADA. OBSERVÂNCIA DO MELHOR INTERESSE DOS ADOLESCENTES. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (Apelação Cível n. 2015.030211-3, de Maravilha, rel. Des. Luiz Cesar Schweitzer, j. 6-7-2015).

AÇÃO DE DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR. PEDIDO FORMULADO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO PARA DETERMINAR A DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR DOS REQUERIDOS SOBRE OS DOIS FILHOS MENORES. IRRESIGNAÇÃO DOS REQUERIDOS. AÇÃO CAUTELAR PRECEDENTE NA QUAL FOI DETERMINADA A SUSPENSÃO DO PODER FAMILIAR DA GENITORA EM RAZÃO DE ENVOLVIMENTO COM USO DE ENTORPECENTES (CRACK). FALTA DE CONDIÇÕES PARA CUIDAR DOS FILHOS MENORES. ABANDONO MATERIAL E INTELECTUAL. RECOLHIMENTO DAS CRIANÇAS EM INSTITUIÇÃO DE ACOLHIMENTO. GUARDA DOS FILHOS POSTULADA PELO PAI QUE RESIDIA EM OUTRO MUNICÍPIO. DEFERIMENTO DO PEDIDO. MENORES QUE PERMANECERAM NA COMPANHIA DO PAI DURANTE UM ANO E TRÊS MESES. PRISÃO EM FLAGRANTE DO GENITOR NO ESTADO DO PARANÁ POR TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. NOVO RECOLHIMENTO DAS CRIANÇAS NA INSTITUIÇÃO. INTERNAÇÃO DA GENITORA EM CLÍNICA DE REABILITAÇÃO. POSTERIOR RECAÍDA COMPROVADA EM EXAME TOXICOLÓGICO. PAI QUE FOI CONDENADO E ENCONTRA-SE CUMPRINDO PENA EM PRESÍDIO COM PREVISÃO DE PROGRESSÃO DE REGIME PARA O MÊS DE FEVEREIRO/2016. PAIS QUE NÃO CUMPRIRAM COM OS DEVERES DE SUSTENTO, GUARDA E EDUCAÇÃO DOS FILHOS, INERENTES AO PODER FAMILIAR (ART. 22 DO ECA). ABANDONO MATERIAL E AFETIVO DOS MENORES. COMPROVADA SITUAÇÃO DE RISCO. INEXISTÊNCIA DE FAMILIARES PRÓXIMOS INTERESSADOS EM TER A GUARDA DOS MENORES. DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR. CRIANÇA DE IDADE MENOR QUE JÁ SE ENCONTRA EM FAMÍLIA SUBSTITUTA HÁ APROXIMADAMENTE DOIS ANOS COM PEDIDO DE GUARDA EM TRÂMITE. PROVIDÊNCIAS PERTINENTES PARA COLOCAÇÃO TAMBÉM DO ADOLESCENTE, ATUALMENTE COM TREZE ANOS DE IDADE,

EM FAMÍLIA SUBSTITUTA MEDIANTE ADOÇÃO. DECISÃO ACERTADA. RECURSOS CONHECIDOS E DESPROVIDOS.

Comprovado nos autos que os genitores dos menores não cumpriram com os deveres de sustento, guarda e educação dos filhos, inerentes ao poder familiar, deixando-os em situação de risco, abandono material e afetivo, e não proporcionaram, durante o curso do processo, as condições necessárias para reinserção das crianças no seio da família, a destituição do poder familiar é medida que se impõe, a teor do que prescreve o art. 1.638 do Código Civil e art. 24 do Estatuto da Criança e do Adolescente, pois representa o melhor interesse dos menores. (Apelação Cível n. 2015.052495-3, de Turvo, rel. Des. Saul Steil, j. 20-10-2015).

Portanto, por fartos elementos probatórios demonstrando a ocorrência das hipóteses justificadoras da destituição do poder familiar (art. 1.638 do CC), nega-se provimento ao recurso, mantendo incólume a sentença atacada, com vistas a destituir D. S. D. E P. C. F. da autoridade parental, em relação à criança Y. P. S. D. F.

Esse é o voto.

Apelação Cível n. 2014.073795-9, de Joinville

Relator: Des. João Batista Góes Ulysséa

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE REVISÃO DE CONTRATO. PLANO DE SAÚDE. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. APELO DOS AUTORES. PLANO DE SAÚDE MANTIDO PELA ASSOCIAÇÃO DOS SERVIDORES MUNICIPAIS DE JOINVILLE. ENTIDADE FECHADA ADMINISTRADA NO MODELO DE AUTOGESTÃO. MAJORAÇÃO DAS MENSALIDADES APROVADA PELOS PRÓPRIOS ASSOCIADOS EM ASSEMBLEIA REGULARMENTE CONVOCADA. NECESSIDADE DE REAJUSTE DIANTE DE COMPROVADA INSOLVÊNCIA. OBSERVÂNCIA DAS NORMAS ESTATUTÁRIAS. POSSIBILIDADE. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO.

Tratando-se de plano de saúde administrado por entidade fechada, no modelo de autogestão, desde que cumpridas as formalidades estatutárias, não há óbice ao reajuste das mensalidades dos associados, nem à modificação da forma de coparticipação visando à continuidade da prestação do serviço, sobretudo diante de farta comprovação da iminente insolvência da associação.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2014.073795-9, da comarca de Joinville (5ª Vara Cível), em que são apelantes Benta Xavier Habizenreuter e outro, e apelada Associação de Assistência à Saúde dos Servidores Públicos do Município de Joinville VITASERV:

A Segunda Câmara de Direito Civil decidiu, por votação unânime, negar provimento ao recurso. Custas legais.

O julgamento, realizado no dia 8 de outubro de 2015, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Newton Trisotto, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. Gilberto Gomes de Oliveira.

Florianópolis, 13 de outubro de 2015.

João Batista Góes Ulysséa
RELATOR

RELATÓRIO

Benta Xavier Habizenreuter e José Habizenreuter interpuseram apelação cível contra a sentença que, proferida na ação de revisão de contrato promovida contra Associação de Assistência à Saúde dos Servidores Públicos do Município de Joinville VITASERV, julgou improcedentes os pedidos formulados na peça exordial, condenando-os ao pagamento dos ônus sucumbenciais.

Em suas razões, os Recorrentes afirmaram que: (a) são associados da Apelada, na qualidade de beneficiários do plano de saúde Vitaserv, desde a sua constituição; (b) foram surpreendidos com o repentino aumento da mensalidade, de aproximadamente 170%, no custo de manutenção do plano, composto pela coparticipação de 30% em consultas e pagamentos de R\$ 200,00, na hipótese de internação e despesas não previstas originalmente; (c) a abusiva majoração nos custos do plano de saúde contraria o art. 15 do Estatuto do Idoso e o art. 51 do Código de Defesa do Consumidor, aplicáveis à hipótese; (d) as decisões da assembleia da Apelada, que culminaram na implementação dos reajustes abusivos, são prejudiciais aos associados e expressamente contrariam dispositivos legais; e (e) o fato de a Apelada ser associação sem fins lucrativos, em regime de autogestão, não a autoriza a instituir reajustes abusivos, mormente por não estar provada a alegada crise financeira que, em tese, legitimaria a majoração das despesas de rateio.

Postularam o provimento do recurso, para que seja reformada a sentença e julgado procedente o pedido revisional de contrato, com o afastamento do reajuste das mensalidades do plano de saúde, além da condenação da Apelada ao pagamento dos ônus sucumbenciais.

Em contrarrazões, a Recorrida requereu o improvimento do apelo.

Pela petição de fl. 457, a Ré/Apelada informou o desligamento voluntário dos Autores/Apelantes da associação, requerendo a extinção do processo, sem resolução de mérito, pela falta de interesse processual superveniente.

Às fls. 471/472, os Recorrentes esclareceram que o desligamento decorreu da impossibilidade de pagamento das mensalidades do plano, ratificando as razões de apelo e o pedido de reforma integral do julgado.

Esse é o relatório.

VOTO

Trata-se de apelação cível interposta por Benta Xavier Habizenreuter e José Habizenreuter contra a sentença de improcedência dos pedidos formulados em ação de revisão contratual promovida contra Associação de Assistência à Saúde dos Servidores Públicos do Município de Joinville VITASERV.

Inicialmente, esclarece-se que não é hipótese de extinção processual, sem resolução de mérito, apesar do desligamento voluntário dos Autores da associação Apelada.

Acerca do interesse processual, leciona Arruda Alvim:

O interesse processual ou de agir é diverso do interesse substancial ou material, pois é aquele que leva alguém a procurar uma solução judicial, sob pena de, não o fazendo, ver-se na contingência de não poder ver satisfeita sua pretensão (o direito por vir a ser afirmado), i.e., possível perda do interesse material (direito material de que se julga titular). O interesse de agir, normalmente, decorre da demonstração de que a outra parte omitiu-se ou praticou ato justificador do acesso ao Judiciário. Se isto pode ser aceito, integralmente, em relação ao Direito Privado, parece-nos que, em face do Direito Público, o problema se altera. O interesse substancial é aquele diretamente protegido pelo direito material; é um interesse de índole primária, dado que incide diretamente sobre o bem.

[...] Quando, porém, ante o titular do direito – mais rigorosamente, da pretensão – surge um obstáculo impeditivo do gozo desse direito, ou da satisfação do mesmo, nasce um outro interesse, diverso daquele primário. Trata-se de um interesse dirigido à supressão do obstáculo, de molde a que o direito possa novamente ser objeto de gozo e utilização normal (Manual de Direito Processual Civil. 15. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. pp. 415/417).

Como esclareceram os Autores ao longo do processo, o desligamento decorreu da impossibilidade de pagamento da mensalidade, que era descontada automaticamente do contracheque dos associados, desconto este que, caso mantido até o julgamento do apelo, causaria a inadimplência.

Ressalte-se que os Demandantes, inicialmente, obtiveram tutela antecipada para ser mantida a cobrança das mensalidades sem o aumento considerado abusivo, razão pela qual lograram honrar os pagamentos até o comando sentencial. Mas, com a sentença de improcedência dos pedidos exordiais, a tutela antecipada foi revogada, e, assim, a Associação Vitaserv voltou a descontar a mensalidade no preço completo, o que impossibilitou a continuidade da permanência dos Recorrentes na associação.

No entanto, os Apelantes continuam detendo o necessário interesse processual para buscar a revisão do contrato, sobretudo porque, se lograrem êxito em seu intento, poderão voltar a adimplir as mensalidades exigidas pela Apelada.

De outro lado, os Recorrentes apontam que a questão deve ser examinada à luz das leis n. 8.078/1990 (CDC) e 10.741/2003 (Estatuto do Idoso), como por haver reputado adequados os aumentos impostos pela entidade aos associados.

Sem razão, contudo.

No caso, trata-se de plano de saúde denominado fechado, operando no modelo de autogestão, desprovido do intuito de lucro, para atender

aos interesses dos servidores públicos municipais de Joinville. Portanto, são os próprios associados que gerem o plano, inclusive para traçar a cobertura, as mensalidades, as taxas de coparticipação e internação, a abrangência e a validade, conforme se infere do Estatuto acostado às fls. 87/107.

Partindo-se dessa premissa, os Apelantes, na qualidade de associados, também têm poder de gerenciar o plano de saúde em questão, votando nas deliberações das assembleias, compondo mesa diretiva e conselho deliberativo, entre outros. Assim, não se evidencia a existência de uma relação de consumo, razão pela qual não se aplicam os ditames do Código de Defesa do Consumidor, sob pena de violação ao equilíbrio atuarial do plano de saúde, como de se inviabilizar as mensalidades de baixo custo.

Nesse sentido, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO ESPECIAL - PLANO DE SAÚDE DE AUTOGESTÃO - NORMA OU RESOLUÇÃO RESTRITIVA DE COBERTURA OU RESSARCIMENTO DE EVENTOS - POSSIBILIDADE E NÃO ABUSIVIDADE - RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

I - Os planos de autogestão, em geral, são administrados paritariamente e no seu conselho deliberativo ou de administração há representantes do órgão ou empresa instituidora e dos associados ou usuários. O objetivo desses planos fechados é baratear o custo, tendo em vista que não visam o lucro e evitam despesas da intermediação.

II - Nos planos de saúde fechados, a mensalidade dos associados é um percentual da remuneração, criando um sistema solidário entre os participantes, pois, quem tem maior salário, contribui com mais para o todo, e o custo adicional por dependentes é menor, sendo que em algumas caixas de assistência não há cobrança adicional por dependente.

III - A questão ultrapassa a aplicação ou não do Código de Defesa do Consumidor. Nos planos de autogestão, os regulamentos e normas restritivas que buscam a proteção do equilíbrio atuarial e mensalidades de custo menor, não podem ser vistas como cláusulas contratuais abusivas. A relação jurídica desses planos tem peculiaridades, seja na sua

constituição, administração, obtenção de receitas e forma de associar-se, completamente diferentes dos contratos firmados com empresas que exploram essa atividade no mercado e visam o lucro. A Lei dos planos de saúde dá tratamento diferenciado a essa modalidade (Lei 9.656/98 - art. 10, § 3º).

IV - O tratamento legal a ser dado na relação jurídica entre os associados e os planos de saúde de autogestão, os chamados planos fechados, não pode ser o mesmo dos planos comuns, sob pena de se criar prejuízos e desequilíbrios que, se não inviabilizarem a instituição, acabarão elevando o ônus dos demais associados, desrespeitando normas e regulamentos que eles próprios criaram para que o plano desse certo. Os associados que seguem e respeitam as normas do plano, arcarão com o prejuízo, pois a fonte de receita é a contribuição dos associados acrescida da patronal ou da instituidora.

V - Portanto, as restrições de cobertura ou de ressarcimento a eventos nos planos de autogestão não violam princípios do Código de Defesa do Consumidor.

VI - Recurso especial provido. (Resp n. 1.121.067/PR, rel. Min. Massami Uyeda, j. 21-6-2011, grifou-se).

Portanto, de pouca valia é a análise do estatuto da entidade sob o prisma do Código de Defesa do Consumidor e do Estatuto do Idoso, uma vez que se enfrenta associação constituída pelos próprios Apelantes em benefício de uma classe particular e fechada, com regramento criado pelos próprios associados, segundo a vontade destes, sem fins lucrativos.

Esclarecido, portanto, que a Apelada está constituída na forma de associação sem fins lucrativos com o objetivo de operar plano de assistência à saúde dos associados, na modalidade de autogestão, a fim de baratear os custos da operação em benefício dos servidores públicos municipais de Joinville, é preciso asseverar que as decisões tomadas em assembleia são soberanas e, por isso mesmo, aplicam-se indiscriminadamente a todos os seus membros, exceto na hipótese de ilegalidades na convocação e realização da assembleia geral em que se deliberou o aumento das mensalidades.

Na hipótese, a justificativa para a convocação da Assembleia Geral Extraordinária realizada em 5-6-2012 (fls. 275/278) foi pela necessidade de recálculo das mensalidades dos associados, como dos custos de coparticipação e internação, em razão de crise financeira que assolou a Vitaserv. A respeito disso, destaca-se a conclusão adotada pela perícia atuarial trazida às fls. 279/282, realizada por meio de auditoria:

A entidade possui eventos a liquidar conhecidos há mais de 60 dias, os quais não estão suportados por ativos garantidores, conforme regulamentado pela RN n. 227/2010 (fl. 281, grifou-se).

Da mesma forma, ao detectar que a margem de solvência da Vitaserv deveria ser de R\$ 1.486.169,69 positivos, mas é de R\$ 4.152.874,18 negativos, a empresa de consultoria arrematou:

Se através do resultado de suas operações a associação não consiga adequar seu Patrimônio Social à Margem de Solvência, conforme critérios definidos pelo artigo 6º, Seção III, da RN 209/09 da ANS, haverá a necessidade de complementação através de aporte de capital.

Diante de tais conclusões, ocorreu a convocação de assembleia geral extraordinária nos moldes do artigo 32 do Estatuto Social (fls. 357/361), que deliberou, em 5-6-2012, acerca da majoração de 40% das mensalidades dos associados, a partir de 1º-7-2012 (fls. 275/278).

Posteriormente, em 16-6-2011, nova assembleia dos associados votou majoritariamente favorável à alteração na forma de cobrança, que passaria a considerar o número de dependentes, além de cobrança de taxa de coparticipação limitada a de R\$ 70,00 por evento e a R\$ 200,00 por internação hospitalar (fls. 310/313).

As deliberações foram objeto de escrutínio pela Agência Nacional de Saúde - ANS (fls. 320/321), que não identificou qualquer irregularidade no procedimento de reajuste das mensalidades e de modificação da forma de cobrança das taxas de coparticipação (fl. 319).

De outro lado, a Vitaserv é entidade fechada, administrada nos moldes da autogestão. Por isso, seu *modus operandi* dá-se pela participação dos associados nas assembleias gerais, como expressamente previsto no art. 4º do Estatuto Social. Logo, era direito/dever dos Autores/Apelantes não só participar da reunião dos associados, mas de deliberar acerca dos rumos da entidade; se não o fizeram, devem acatar as deliberações da maioria participativa, que, como visto, não se revelam ilegais ou ilegítimas.

Ademais, o fato de os Apelantes não terem participado – *sponte sua* – das deliberações citadas, não autoriza a conclusão de que as deliberações da assembleia tenham lhes sido impostas unilateralmente. Ao contrário, foram os próprios associados/beneficiários que decidiram pelo reajuste das mensalidades, prospecto mais interessante do que a bancarrota da entidade e a dissolução da associação.

Considerando, assim, que a Vitaserv – entidade de previdência fechada na modalidade de autogestão – procedeu regularmente à convocação e à realização de assembleias gerais extraordinárias que deliberaram legitimamente a necessidade de majoração das mensalidades e da alteração na forma da cobrança dos associados, indispensáveis à própria continuidade da associação, sob pena de insolvência, não há que se acolher o pedido de revisão contratual formulado pelos Autores/Apelantes.

A jurisprudência pátria já decidiu de forma semelhante:

Apelação cível. Seguros. Plano de saúde. GEAP. Alteração do modelo contributivo. Entidade de autogestão. Ausência de abusividade na readequação do modelo de contribuição aprovado pelo Conselho Deliberativo de plano de autogestão multipatrocinada. Demonstração de paridade na representação no órgão deliberativo entre participantes assistidos e patrocinadores. Apelo não provido. (TJRS, Apelação Cível n. 70065882540, rel. Des. Ney Wiedemann Neto, j. 3-8-2015).

APELAÇÃO - CONTRIBUIÇÃO PARA O PLANO DE SAÚDE (CASSEMS) - AUMENTO APROVADO EM ASSEMBLEIA

- AUTORIZAÇÃO EM ESTATUTO DA ENTIDADE E AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO À LEI Nº 9.656/98 - ASSISTÊNCIA COMPLEMENTAR DE SAÚDE - LIVRE FILIAÇÃO - INAPLICABILIDADE DAS REGRAS CONCERNENTES À SAÚDE OU PREVIDÊNCIA OFICIAL DO ESTADO - AUTOGESTÃO - NECESSIDADE DE CUSTEAR AS ATIVIDADES - ILEGALIDADE NÃO RECONHECIDA - RESTITUIÇÃO INDEVIDA - RECURSO IMPROVIDO.

A adesão do servidor público ao sistema de saúde complementar, de natureza privada, não é obrigatória, tal como ocorre no sistema de assistência (previdência ou saúde oficiais), de modo que, havendo autorização de aumento das contribuições, de acordo com as regras estatutárias e sem violação da Lei nº 9.656/98, que prestigiam a autogestão, não há se falar em ilegalidade, e conseqüentemente na necessidade de restituição das alegadas diferenças. (TJMS, Apelação Cível n. 0000088-42.2011.8.12.0002, rel. Des. Claudionor Miguel Abss Duarte, j. 30-7-2013).

APELAÇÃO - AÇÃO ORDINÁRIA - ENTIDADE DE PREVIDÊNCIA PRIVADA - PLANO DE SAÚDE - ALTERAÇÃO DE VALORES DE CONTRIBUIÇÃO DOS ASSOCIADOS E DEPENDENTES - CRITÉRIO DE FAIXA ETÁRIA - AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE - FINS SOCIAIS.

Se de decisão do Conselho Deliberativo resulta aumento das contribuições dos associados de plano de saúde gerido por entidade de previdência privada fechada, sem qualquer afronta à Lei ou ao Estatuto Social, por se tratar de questão que implica no mérito que se observa internamente, deve ser mantida a majoração de preços das contribuições a cargo dos associados quando voltada à viabilização do regular desenvolvimento da entidade em seus fins sociais (TJMG, Apelação Cível n. 1.0713.06.066044-4/001(1), rel. Des. Domingos Coelho, j. 1-8-2007).

PLANO DE PREVIDÊNCIA PRIVADA SOB A FORMA DE AUTOGESTÃO - PREVIMINAS - AUMENTO DAS CONTRIBUIÇÕES - OBSERVÂNCIA DAS NORMAS ESTATUTÁRIAS - POSSIBILIDADE.

Nos planos de previdência sob a forma de autogestão, uma vez observadas as normas estabelecidas no regulamento que rege a relação entre seus participantes, não há óbice para que seja modificada a forma de contribuição, visando a manutenção do serviço prestado (TJMG, Apelação Cível n. 2.0000.00.430449-4/000(1), rel. Des. Guilherme Luciano Baeta Nunes, j. 24-6-2004).

Assim, legal o aumento aprovado pelos próprios associados em assembleia geral extraordinária, não há outra solução senão desprover o recurso.

Esse é o voto.

TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

Apelação/ Estatuto da Criança e do Adolescente n. 2015.077383-1, de Mafra

Relator: Des. Fernando Carioni

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR. ACOLHIMENTO INSTITUCIONAL. CRIANÇAS DE TENRA IDADE. SITUAÇÃO DE NEGLIGÊNCIA E ABANDONO PELA GENITORA. AMBIENTE FAMILIAR INAPTO AO DESENVOLVIMENTO SADIO DOS INFANTES. VÍNCULOS AFETIVOS ENTRE OS FILHOS E A MÃE NÃO CONSOLIDADOS. ACERVO PROBATÓRIO POSITIVO À DESTITUIÇÃO. TUTELA ESTATAL DEFERIDA. PRESERVAÇÃO DO BEM-ESTAR DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. GARANTIA DE UMA VIDA DIGNA E LIVRE DE RISCOS PARA O DESENVOLVIMENTO FÍSICO E MENTAL SALUTAR. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO.

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com a mais absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à dignidade, ao respeito, à liberdade, e, especialmente, à convivência familiar, ainda que em família substituta, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. Nesse contexto de total proteção aos interesses da criança, é que se defere a medida extrema de destituição do poder familiar.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação / Estatuto da Criança e do Adolescente n. 2015.077383-1, da comarca de Mafra (1ª Vara Cível), em que é apelante S. A. A., e apelado Ministério Público do Estado de Santa Catarina:

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

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Exmos. Srs. Des. Marcus Túlio Sartorato e Maria do Rocio Luz Santa Ritta. Funcionou como Representante do Ministério Público a Exma. Sra. Dra. Walkyria Ruicir Danielski.

Florianópolis, 15 de dezembro de 2015.

Fernando Carioni
PRESIDENTE E RELATOR

RELATÓRIO

Trata-se de Ação de Destituição do Poder Familiar n. 0001769-86.2014.8.24.0041 proposta pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina contra S. A. A. e M. V. R. da S., na qual relatou que a requerida é genitora de D. V. A. e de G. A., este de paternidade desconhecida, e aquele de possível filiação do requerido, o que está sendo apurado em ação de investigação de paternidade.

Destacou que as crianças encontram-se abrigadas desde janeiro de 2014, uma vez que a genitora as deixou aos cuidados de duas irmãs suas menores de idade e desapareceu, em virtude do que, outras duas irmãs assumiram a responsabilidade para si, posteriormente entregando os infantes ao Conselho Tutelar, ante a notícia da intenção da genitora retornar para levar os filhos para morar consigo em um bar.

Mencionou que, em ação de aplicação de medida protetiva, a autora admitiu a assistente social ter trabalhado em local de prostituição no Paraná e que, atualmente, não exercia atividade profissional, tendo seu sustento subsidiado por uma irmã, história que se mostrou infundada por não saber informar sequer o nome dela.

Afirmou naqueles autos, ainda, que a entrega dos filhos para estranhos seria o melhor para eles, o que foi confirmado por seu irmão, em razão do comportamento da genitora e do seu envolvimento com drogas e álcool.

Ressaltou que, além dos dois menores em questão, a requerida possui outros três filhos, que residem com o pai e a avó paterna, o que confirma a inaptidão para a maternidade.

Informou ter sido constatado pelo Conselho Tutelar, também, os maus-tratos e o abandono dos filhos pela requerida, o abuso de bebidas alcoólicas e o envolvimento com prostituição, comportamentos que não foram corrigidos com a proposta de reestruturação do lar, por desinteresse da requerida em implementar mudanças significativas para conferir aos filhos a proteção devida.

Alegou a inexistência de pessoa na família extensa apta a receber os menores, bem como o descaso do demandado com seu suposto filho, uma vez que está se ocultando para receber a citação no processo investigatório de paternidade.

Requeru, diante disso, o deferimento in limine da suspensão do poder familiar e, ao final, pugnou pela procedência do pedido, destituindo o poder familiar relativamente aos menores D. V. A. e G. A.

Deferido o pleito formulado liminarmente, foi determinado o acolhimento institucional dos infantes (fls. 7-8).

Citado o requerido por edital (fl. 98), foi-lhe nomeado curador (fl. 103), que apresentou defesa sob a forma de contestação (fls. 108-112), para alegar, preliminarmente, a nulidade da citação e, no mérito, promoveu a negativa geral dos fatos arrolados na inicial, para requerer a improcedência do pedido.

Citada (fl. 19), a requerida apresentou resposta na forma de contestação (fls. 113-115), em que sustentou a ocorrência de mudanças significativas em seu comportamento, que possibilita a sua reestruturação familiar, haja vista possuir situação conjugal estável e trabalho fixo.

Requeru, diante disso, a improcedência do pedido.

Afastada a preliminar arguida pelo requerido na contestação (fl. 128), foi elaborado estudo social do caso (fls. 130-134).

Realizada audiência de instrução e julgamento (fl. 144), promovida a tentativa de conciliação, não houve acordo entre as partes. Foi tomado o depoimento pessoal da requerida e inquirida uma testemunha por ela arrolada, bem como foram inquiridas cinco testemunhas arroladas pelo Ministério Público (fls. 145-146). Ainda, foi indeferido o pedido de visitas formulado pela genitora.

As partes apresentaram alegações finais por memoriais (fls. 210-216, 220-222 e 226).

Pelo MM. Juiz de Direito Dr. Fernando Orestes Rigoni, da 1ª Vara Cível da comarca de Mafra, proferiu-se sentença nos seguintes termos (fls. 227-245):

Por tais razões, JULGO PROCEDENTE O PEDIDO INICIAL formulado na ação de Destituição do Poder Familiar (autos 0001769-86.2014.8.24.0041), para decretar a perda do poder familiar de S. A. A. e M. V. R. da S. em relação ao filho D. V. A., e do poder familiar de S. A. A. em relação ao filho G. A., resolvendo o mérito da lide, nos termos do artigo 269, I, do Código de Processo Civil e com fundamento nos artigos 1.630, 1.634, 1.635, 1.637 e 1.638, todos do Código Civil, bem como 21, 22 e 24 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Sem custas. Fixo ao defensor dativo nomeado ao requerido M. honorários de R\$660,00 (seiscentos e sessenta reais), observando o zeloso trabalho realizado, o comparecimento a audiência, a formulação de defesa e alegações finais, a justificar, assim, a fixação equivalente a 10 URHs, patamar máximo previsto quando da vigência da Lei complementar 155/97.

Inconformada, a requerida interpôs apelação cível (fls. 252-257), alegando não estarem presentes no caso nenhuma das hipóteses autorizadoras da medida excepcional de destituição do poder familiar.

Defendeu não ter sido configurado o abandono, nem a prática da prostituição.

Sustentou que o Conselho Tutelar não aplicou as medidas previstas em lei para a manutenção e fortalecimento dos vínculos familiares

naturais, ingressando diretamente com medidas restritivas de direitos, em afronta aos princípios contidos no Estatuto da Criança e do Adolescente e da Constituição Federal.

Requeru, ao final, o provimento do recurso.

Com contrarrazões (fls. 270-272), ascenderam os autos a este Tribunal.

Lavrou parecer pela douda Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Vânio Martins de Faria, que se manifestou pelo desprovimento do recurso (fls. 279-288).

Este é o relatório.

VOTO

O Ministério Público promoveu a presente demanda objetivando a destituição do poder familiar exercido pela apelante sobre seus filhos D. V. da S. e G. A.

De início, cumpre esclarecer o desconhecimento acerca da identidade do pai biológico do menor G. e o esgotamento das diligências para a tentativa de localização do suposto pai de D. V., transcorrendo a demanda somente em face da genitora, ora apelante.

Feita a devida ressalva, anteriormente ao ingresso da presente ação, o ilustre representante do *Parquet* havia promovido ação para aplicação de medida de proteção, uma vez que os infantes foram acolhidos por ordem do Conselho Tutelar, nos dias 21 e 22 de janeiro de 2014, quando contavam, um deles oito meses de vida, e o outro dois anos de idade, em razão da denúncia realizada pelas tias maternas, que noticiaram o abandono das crianças pela genitora.

Extrai-se do ofício encaminhado ao Juízo pelo Conselho Tutelar, por ocasião do acolhimento institucional, que “A mãe S. A., abandonou seus filhos V. e G., com duas irmãs menores no km 111, sem ajuda

financeira e fraldas. Irmãs mais velhas de S., R. e J. denunciaram o fato e se prontificaram a cuidar dessas crianças e até levariam para suas casas. Assim a tia que cuidava de G. nos ligou dizendo que, estava entregando-nos a criança pois S. mandou um bilhete para as menores, dizendo que, viria na outra semana buscar as crianças, para morar com ela em um bar na cidade da Lapa. Diante disso J. A. disse que não queria enfrentar a irmã visto que a mesma nem sabia que as crianças, não mais estavam com as menores, no dia seguinte R., outra tia, que estava com D. V., entregou-nos pelo mesmo motivo.” (fl. 11 - autos em apenso)

Com efeito, observa-se do processado que, além do recorrente abandono materno, noticiado pelo Conselho Tutelar e que caracterizou a negligência nos cuidados com os filhos de tão tenra idade, há notícias do envolvimento da apelante com prostituição, ingestão imoderada de bebidas alcoólicas e denúncia de violência doméstica supostamente praticada pelo seu atual companheiro.

No depoimento pessoal colhido no curso da instrução processual, a apelante admite ter deixado as crianças sob os cuidados de duas irmãs menores de idade para ir para a Lapa trabalhar em uma boate, que esclareceu se tratar de local de prostituição. Afirmou, ainda, que à época fazia uso de entorpecentes e bebia muito.

Essa situação foi confirmada pelas testemunhas, que, porém, destacaram mudanças significativas no seu comportamento desde então. Disseram que a apelante atualmente está mais sossegada, pois arrumou um companheiro, possui residência certa e o local é limpo e ajeitado, e não bebe mais da forma como fazia antes.

Muito embora, não transmitiram segurança quanto à estabilidade desse novo comportamento da recorrente, como se sugerissem não terem certeza quanto à possível novo desvirtuamento, bem como quanto à possibilidade de melhorar ainda mais.

O estudo social, realizado no dia 2 de julho do corrente ano, corrobora essa desconfiança com o comprometimento da apelante em

assumir novo modo de vida, na medida em que demonstra descaso com o tratamento de saúde de que necessita, além de sugerir a existência de conflitos no âmbito doméstico. Vejamos:

A referida senhora é soropositivo – vírus HIV, e conforme relato faz tratamento no Núcleo Materno Infantil. No contato com a profissional Luciana– enfermeira responsável por esse trabalho, recebemos a informação que S. está fazendo o acompanhamento médico, mas nem sempre o faz como deveria, e às vezes precisam ir atrás dela para fazer os exames necessários ao tratamento da doença. A referida profissional nos informou ainda que nos relatos de S. e do companheiro atual, ambos já usaram drogas.

[...]

A situação da genitora no momento atual, do ponto de vista social, parece ser razoável, mas não parece ser estável, pois a mesma nos relatou que “por enquanto estamos vivendo bem, (se referindo ao companheiro atual Sr. S) é porque faz pouco tempo, daqui a pouco, começam as brigas” sic. A observação colocada por S sugere que a situação aparentemente estável pode mudar, então a “estrutura familiar atual” também pode mudar. (fl. 133)

Ressalta-se que, aproximadamente 1 (um) ano antes da elaboração da referida avaliação social, especificamente em 30 de julho de 2014, a apelante havia registrado boletim de ocorrência contra seu companheiro, noticiando ter sido vítima de agressões físicas por ele supostamente perpetradas, fato que desencadeou representação criminal (fl. 149).

Conforme se observa, a situação de tranquilidade e amparo é aparente na vida da apelante e contradiz os elementos contidos nos autos. Seu lar não é tão acolhedor quanto quer fazer parecer e não evidencia ambiente seguro e sadio para o desenvolvimento dos infantes.

Ademais, fortalece o entendimento de que a destituição do poder familiar e o encaminhamento dos menores para adoção é a medida mais adequada ao caso e aos seus interesses pelo fato de não terem consolidado vínculos afetivos com a genitora.

Tal situação se deve ao fato de terem compartilhado pouco tempo de suas vidas com a mãe, considerando que o abandono é pretérito ao abrigamento das crianças que, como dito anteriormente, ocorreu quando o mais velho contava dois anos de idade; e o mais moço, oito meses de vida.

Significa que o diminuto lapso em que estiveram na companhia da mãe foi insuficiente para que criassem afeições recíprocas, o que pode ser corroborado pelo depoimento prestado em Juízo pela assistente social da Casa de Passagem para onde as crianças foram encaminhadas.

De acordo com ela, os meninos estão muito bem, frequentam regularmente a escola e se desenvolvem de acordo com a idade. Acrescentou que D. V. nunca chamou pela mãe, nem demonstrou apego; e G. era muito pequeno quando foi abrigado.

No mesmo sentido é o estudo familiar realizado pela assistente social forense, conforme se observa:

Com relação aos meninos acolhidos, sabe-se que D. V. e G., praticamente não tiveram convivência com S., pois quando os mesmos foram acolhidos, estavam sob a responsabilidade de suas irmãs R. e J., eles tinham 02 anos e 08 meses, respectivamente.

[...]

Os meninos estão no acolhimento institucional desde janeiro de 2014. Não tiveram visitas da mãe durante esse um ano e seis meses que estão acolhidos. Há poucos dias é que S. esteve neste Serviço Social para solicitar visitas, sendo que a orientamos procurar o advogado que a representa no presente processo. As crianças praticamente não a conhecem. (fl. 132-133).

E ao final, concluiu:

No caso em tela, as crianças não tem vínculo familiar, nem com a mãe, nem com os demais familiares, pois não tiveram contato com as crianças após o acolhimento institucional há mais de um ano.

A ausência de contatos e visitas da família biológica para com G. e D. V. praticamente rompeu qualquer vinculação afetiva entre eles, mais de um ano no acolhimento significa muito tempo na vida de crianças sem qualquer vínculo com a família de origem. (fl. 133)

Desse modo, na ausência de certezas de que as crianças serão acolhidas em um ambiente sadio se retornaram para o lar materno, bem como pela inexistência de vínculos afetivos entre os filhos e a mãe, entende-se ser mais conveniente aos infantes a destituição do poder familiar.

Como bem ponderou o Togado sentenciante:

A preservação do interesse dos meninos, infelizmente, não coincide com os interesses da mãe. Embora seja natural que toda mãe busque manter os filhos próximos de si, aos seus cuidados, a conduta da requerida não condiz com esse dever de cuidado e sustento. O acolhimento institucional se mostrou medida adequada à preservação dos interesses dos pequenos, e a procedência da ação de destituição lhes permitirá a colocação em família substituta que lhes propicie o sadio desenvolvimento e a melhor proteção.

O retorno ao lar materno seria representaria apenas um experimento, uma tentativa sem se ter concreta projeção de sucesso de criação de vínculos entre os pequenos e a genitora.

G. e D. V. não podem ser expostos a mais esse risco. Não podem esperar que a mãe comprove – agora já com a guarda dos filhos – que tem efetivas condições de tê-los sob sua guarda e proteção. O momento para essa demonstração já passou – e o tempo pouco usual de tramitação deste processo teria sido mais que suficiente para a efetiva alteração e prova de alteração das condições – e a providência que melhor protege os direitos dos pequenos é a colocação em família substituta. (fl. 244)

Nesse panorama, evidenciada a situação de negligência e risco a que foram expostos os infantes desde a tenra idade, caracterizada pela falta de cuidados básicos em um ambiente de abandono materno, está autorizada a destituição do poder familiar, conforme preceitua o art. 1.638, II e IV, do Código Civil.

Vale lembrar, ainda, que a solução da demanda deve privilegiar o interesse da criança ou do adolescente, atendendo-se ao princípio da proteção integral, conforme estabelece o art. 227 da Constituição Federal, *verbis*:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Não divergindo, o Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu art. 3º, determina que “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”.

Por essas razões, ainda que a destituição do poder familiar seja medida extrema, revela-se ela como a mais adequada à hipótese.

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso de apelação.

Este é o voto.

QUARTA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

Apelação Cível n. 2014.056784-0, de Gaspar

Relator: Des. Subst. Jorge Luis Costa Beber

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE COBRANÇA. TÍTULOS DE CAPITALIZAÇÃO. TELE SENA PRIMAVERA. PRÊMIO INSTANTÂNEO. RASPADINHA.

ALEGAÇÃO DA AUTORA DE QUE ENCONTROU TRÊS VALORES IGUAIS NAS CARTELAS. IMPRESSÃO, CONTUDO, IMPRECISA DE UM DOS MONTANTES. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA FUNDAMENTADA EM CÓPIAS DE SEGURANÇA COLACIONADAS PELA RÉ, AS QUAIS DEMONSTRAM A INEXISTÊNCIA DE TRÊS IMPORTES IDÊNTICOS. IMPOSSIBILIDADE. ESCRITOS PRODUZIDOS DE FORMA UNILATERAL. PRODUÇÃO DE PROVA PERICIAL REQUERIDA POR AMBAS AS PARTES. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE INCABÍVEL.

DESLINDE DA *QUAESTIO* QUE DEPENDE SOMENTE DO EXAME DOS VALORES EXISTENTES NOS BILHETES. EXPRESSA INFORMAÇÃO NAS CARTELAS DA ÚNICA NECESSIDADE DE ENCONTRAR TRÊS VALORES IGUAIS PARA FAZER JUS AO PRÊMIO. INAPLICABILIDADE DA CLÁUSULA LIMITATIVA CONSTANTE NAS CONDIÇÕES GERAIS DO TÍTULO, CONCERNENTE À NECESSIDADE DO ENCONTRO DE FRASES IDÊNTICAS, ACOMPANHADAS DA EXPRESSÃO “LIGUE 0800...”. CIRCUNSTÂNCIA PREVISTA NA PARTE INTERNA DO TÍTULO E EM LETRAS MIÚDAS. INTERPRETAÇÃO MAIS FAVORÁVEL AO CONSUMIDOR.

CERCEAMENTO DE DEFESA CONFIGURADO. SENTENÇA DESCONSTITUÍDA. RETORNO DOS AUTOS À ORIGEM PARA PRODUÇÃO DA PROVA PERICIAL.

RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2014.056784-0, da comarca de Gaspar (2ª Vara), em que é apelante Sílvia Goretti Meurer, e apelada Liderança Capitalização S/A:

A Quarta Câmara de Direito Civil decidiu, por votação unânime, conhecer do recurso e dar-lhe provimento. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Des. Eládio Torret Rocha, com voto, e dele participou o Exmo. Des. Dinart Francisco Machado.

Florianópolis, 9 de julho de 2015.

Jorge Luis Costa Beber
RELATOR

RELATÓRIO

Sílvia Goretti Meurer interpôs recurso de apelação contra a sentença que julgou improcedente o pedido formulado na ação de cobrança ajuizada em face de Liderança Capitalização S/A.

Suscitou, preliminarmente, a ocorrência de cerceamento de defesa em virtude do julgamento antecipado da lide, justo que não lhe foi oportunizada a produção da prova pericial requerida na peça de ingresso.

No mérito, sustentou que da simples leitura dos títulos acostados às fls. 06/08 é possível constatar a existência de três valores iguais de R\$ 5.000,00 e que o caso em liça encerra inegável propaganda enganosa e indução do consumidor a erro, o que é vedado pela Legislação Consumerista.

Defendeu que, havendo dúvida acerca dos importes encontrados nos títulos, deve-se favorecer o consumidor, já que o título produzido pela ré tinha que se apresentar de forma clara e legível, devendo, por esta razão, ser imputado o ônus à demandada de comprovar que o título não está premiado.

Disse que os documentos de fls. 76/85 foram produzidos de forma unilateral pela ré, não se prestando para o fim pretendido. Além disso, realçou que a exigência da presença da informação “ligue 0800” fere os direitos consumeristas, pois não consta na frente do título de capitalização, gerando ambiguidade que pode levar o consumidor a erro.

Clamou, à luz dessas circunstâncias, pelo provimento do reclamo para que o julgado *a quo* seja anulado, determinando-se o retorno dos autos à origem para a produção das provas requeridas na inicial. Subsidiariamente, pugnou pela reforma da decisão vergastada, julgando-se procedentes os pleitos vertidos na exordial.

Ofertadas as contrarrazões, os autos ascenderam a esta Corte.

VOTO

Conheço do recurso, porque atendidos os pressupostos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade.

A preliminar de cerceamento de defesa, adianto, merece ser acolhida.

Pois bem, flui do autuado que a demandante adquiriu títulos de capitalização da empresa ré, denominados “Tele Sena Primavera”, e três deles, de n. 2637995-7, n. 2637982-5 e n. 263737-0, encontravam-se premiados com relação à modalidade “premiação instantânea”, mas a acionada negou-se ao pagamento.

Com efeito, os títulos em questão, acostados às fls. 06, 07 e 08, referem-se à “Tele Sena Primavera – Novidade Salário Extra por um ano”, a qual apresenta, em sua parte externa, uma “raspadinha” com a seguinte informação: “Achando três valores iguais você ganha o prêmio correspondente”, necessitando que o consumidor, para tanto, remova seis películas no local.

A demandante sustenta que faz jus ao recebimento da premiação instantânea em razão de ter encontrado, em cada título, três valores idênticos de “R\$ 5.000,00 por mês durante 1 ano”.

Sucedo, contudo, que da análise dos documentos de fls. 06/08 não é possível aferir, *icto oculi*, se há, de fato, três campos referentes ao valor de R\$ 5.000,00. Isso porque o importe constante na última linha da segunda coluna de todos os títulos não se encontra devidamente legível para o fim de evidenciar se o valor ali anunciado refere-se a R\$ 5.000,00 ou R\$ 3.000,00.

Nesse sentido, a demandada colacionou ao caderno processual os escritos de fls. 77/85, os quais representam as “cópias de segurança (espelho do título)” e, segundo o seu teor, refletem o montante de R\$ 3.000,00 no campo controverso.

Essa a razão que levou o magistrado singular a refutar o pleito de cobrança, julgando antecipadamente a lide.

Tal proceder, contudo, cerceou o direito da parte autora de comprovar a veracidade das alegações expostas na peça de ingresso, sobretudo a confecção da prova pericial requerida com o intuito de provar a existência de três valores de R\$ 5.000,00 nos títulos de capitalização trazidos aos autos.

A despeito das cópias de segurança dos títulos em epígrafe demonstrarem, como visto, que o excerto controvertido refere-se a R\$ 3.000,00, e não R\$ 5.000,00 conforme sustentado pela autora, é certo que os aludidos escritos foram produzidos de forma unilateral pela parte ré, sem o crivo do contraditório, e, portanto, não podem ser considerados de maneira isolada para o deslinde da questão.

A propósito, destaca-se:

“A produção de prova unilateral, sem o crivo do contraditório e da ampla defesa, por si só, não é suficiente para agasalhar o pedido

formulado pela autora. (...)” (Grifos meus, TJSC, Apelação cível n. 2003.005050-7, de Joinville, rel. Des. Joel Dias Figueira Júnior, julgado 27/03/2007).

“[...] O documento elaborado unilateralmente e firmado tão-somente pela parte que dele possa se beneficiar não se reveste, obviamente, de força probatória hábil e suficiente para ensejar força obrigacional contra terceiro que não o elaborou e muito menos o subscreveu. [...]” (Grifos meus, TJSC, Apelação Cível n. 2005.016174-3, de Blumenau, rel. Des. Eládio Torret Rocha, j. 16-07-2009).

Não bastasse, a autora impugnou os referidos documentos na réplica, invocando, mais uma vez, a necessidade da produção de perícia técnica para a apuração da verdade real. Na mesma linha, aliás, a peça de resistência oferecida pela ré, também pugnando pela prova pericial (fls. 31).

Destarte, não se pode cercear o direito da autora de comprovar o fato constitutivo do seu direito, sobretudo diante da existência de prova unilateral produzida pela parte adversa que, em tese, refuta a pretensão vertida na preambular.

É da jurisprudência desse Areópago:

“É nulo o julgamento antecipado quando a causa exige instrução para aferição de aspectos relevantes. A composição do litígio deve esgotar os meios probatórios que se fizerem necessários ao alcance da verdade” (AC n. 1997.008205-3, Des. Orli Rodrigues)” (Apelação Cível n. 2011.078477-7, de Blumenau, rel. Des. Marcus Tulio Sartorato, j. em 25-11-2011).

No mesmo sentido:

“Se a comprovação dos fatos constitutivos do direito do autor depender, necessariamente, de produção de prova pericial e/ou testemunhal, o julgamento antecipado da lide - por meio de sentença inacolhedora do pedido exordial - configura incontornável cerceamento de defesa, impondo-se, nesse caso, a desconstituição

da sentença, para permitir a pertinente dilação probatória.” (TJSC, Apelação Cível n. 2010.050009-9, de Criciúma, rel. Des. Eládio Torret Rocha, j. 21-10-2010, grifei).

THEOTÔNIO NEGRÃO, discorrendo acerca do cerceamento de defesa, observa:

Existindo necessidade de dilação probatória para aferição de aspectos relevantes da causa, o julgamento antecipado da lide importa em violação do princípio do contraditório, constitucionalmente assegurado às partes e um dos pilares do devido processo legal (STJ-4ª T. Resp 7.004, Min Sálvio de Figueiredo, j. 21.8.91, deram provimento, v.U., DJU 30.9.91, p. 13.489)”. (Código de Processo Civil e legislação processual em vigor. 34 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 433).

E, mais adiante:

Se o juiz dispensou a prova e julgou antecipadamente a lide, reconhecendo a pretensão da autora, não podia tal decisão ser invertida em favor da outra parte, ao fundamento de ausência de prova. Cabia, sim, cassar a decisão e mandar que se abrisse dilação probatória, para elucidação dos fatos alegados pelas partes (RTJ 119/1.235). No mesmo sentido RSTJ 27/499. (*op. cit.*, p. 434).

O Superior Tribunal de Justiça também já proclamou:

SE A PRETENSÃO DO AUTOR DEPENDE PRODUÇÃO DA PROVA REQUERIDA, ESTA NÃO LHE PODE SER NEGADA, NEM REDUZIDO O ÂMBITO DE SEU PEDIDO COM UM JULGAMENTO ANTECIPADO, SOB PENA DE CONFIGURAR-SE UMA SITUAÇÃO DE AUTÊNTICA DENEGAÇÃO DE JUSTIÇA (RSTJ 21/416, grifei).

Logo, deve a sentença ser desconstituída para viabilizar a realização de prova pericial nos títulos encartados às fls. 06/08, sobretudo com relação ao último campo da segunda coluna das “raspadinhas”, averiguando-se se ele se refere a “R\$ 5.000,00 por mês durante 1 ano”, como sustentado pela autora, ou a “R\$ 3.000,00 por mês durante 1 ano”, segundo a tese defensiva.

A propósito, colhe-se da jurisprudência:

“**AÇÃO DE COBRANÇA - NECESSIDADE - PROVA PERICIAL PECULIARIDADE DO CASO** - ALEGAÇÃO DE CONTEMPLAÇÃO DE PRÊMIO EM TÍTULO DE CAPITALIZAÇÃO DENOMINADO “TELESENA”

- **Premiação que ocorreria com a existência de três indicadores idênticos. Impressão no título que alega ser premiado que demonstra que uma das indicações possui imperfeições e que não torna possível a sua apreciação.**” (Grifos meus, TJSP, Apelação n. 9143119-51.2009.8.26.0000, de Porto Feliz, Rel. Roberto Mac Cracken, j. 16.09.2010).

Ou ainda:

“**Ação Ordinária. Título de capitalização Tele Sena. Raspadinha. Prêmio instantâneo. Bilhete com impressão imprecisa. Perícia grafotécnica.** Premiação. Não preenchimento dos requisitos. Dentre outras possibilidades o título de capitalização denominado Tele Sena oferece um prêmio instantâneo equivalente a salário extra por um ano se ao raspar a película for encontrado três valores iguais. Constatado pelo exame pericial a presença de apenas dois valores coincidentes, não é devido o pagamento do prêmio.” (Grifos meus, TJMG, Apelação Cível n. 10024094731627001, Relator: Estevão Lucchesi, Data de Julgamento: 11/07/2013, Câmaras Cíveis / 14ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 19/07/2013).

Anoto, por oportuno, que o exame do aludido numerário é essencial ao acolhimento ou não da pretensão vertida na peça de ingresso, uma vez que não se aplica à hipótese enfocada as limitações previstas no item 6.3 das condições gerais apostas nos títulos, *in verbis*:

“**6.3 – PREMIAÇÃO INSTANTÂNEA:** Para efeito desta modalidade de premiação, cada título apresentará na sua parte EXTERNA 6 películas raspáveis, que deverão ser desvendadas pelo subscritor. Depois de removidas as películas, serão ganhadores os portadores que encontrarem no “RASPE AQUI” três frases iguais, **sempre acompanhadas da expressão “Ligue 0800...”**, conforme segue: “Você ganhou R\$ 12.000,00 ou R\$ 1.000,00 por mês durante 1 ano – Ligue para 0800...” ou “Você

ganhou R\$ 36.000,00 ou R\$ 3.000,00 por mês durante 1 ano – Ligue para 0800...” ou “Você ganhou R\$ 60.000,00 ou R\$ 5.000,00 por mês durante 1 ano – Ligue para 0800...” [...]

Conforme aludida disposição, para fazer jus ao prêmio referente à “raspadinha”, o consumidor deve encontrar nas seis películas três **frases** iguais, acompanhadas da **expressão “Ligue 0800...”**.

No entanto, tendo em vista que a relação jurídica instaurada entre as litigantes sofre a incidência do regramento consumerista, é certo que qualquer cláusula restritiva ou limitadora dos direitos do consumidor deve ser destacada e evidenciada de forma clara. Além disso, nos termos do art. 47 do CDC, as cláusulas contratuais devem sempre ser interpretadas de maneira mais favorável para o consumidor.

No caso em liça, ainda que a necessidade do encontro dos excertos iguais **acompanhados** da expressão “Ligue 0800...” esteja grifada, note-se que aludida informação encontra-se redigida em letras miúdas e, sublinhe-se, na parte **interna** dos títulos, não constando este anúncio em sua parte frontal, o que era de todo necessário para informar adequadamente o consumidor, no momento da aquisição do título, acerca do produto e suas especificidades.

O consumidor, ao contrário, ao se deparar com o título constando o anúncio “Tele Sena Primavera – premiação instantânea” e a informação “*achando três valores iguais você ganha o prêmio correspondente*”, abaixo do local destinado à raspagem, é certo que resulta induzido a erro, acreditando que basta, para ter direito ao recebimento do prêmio, encontrar três valores iguais (**e não frases**), sem a necessidade de qualquer informação complementar (como a ligação para o 0800).

Sobre a publicidade dos produtos, dispõem os arts. 30 e 31 do CDC:

“Art. 30. Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a

produtos e serviços oferecidos ou apresentados, **obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado.**

Art. 31. A oferta e apresentação de produtos ou serviços devem **assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas** e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como **sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores.**” (grifos meus).

Assim, porque a autora não foi devidamente cientificada acerca da necessidade de encontrar **frases iguais**, acompanhadas do complemento **Ligue 0800...**, mas apenas de **três valores iguais**, não há que se falar na incidência das disposições limitativas contidas no item 6.3.

Em situações envolvendo os mesmos títulos de capitalização, a Corte Catarinense já decidiu:

ACÇÃO DE COBRANÇA C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. TÍTULO DE CAPITALIZAÇÃO. PRÊMIO INSTANTÂNEO. CARTELA DA AUTORA QUE CONTÉM TRÊS FRASES IGUAIS. **CLÁUSULA DAS CONDIÇÕES GERAIS NO SENTIDO DE QUE AS FRASES DEVEM ESTAR ACOMPANHADAS DA EXPRESSÃO “LIGUE 0800...”. IRRELEVÂNCIA. INTERPRETAÇÃO DAS CLÁUSULAS RESTRITIVAS DE MODO MAIS FAVORÁVEL AO CONSUMIDOR.** DIREITO À PREMIAÇÃO CONFIGURADO. AUSÊNCIA, ENTRETANTO, DE ABALO OU DOR MORAL. DANOS MORAIS NÃO CONFIGURADOS. VERBA INDEVIDA. PARCIAL PROVIMENTO DO APELO. (Grifos meus, TJSC, Apelação Cível n. 2010.024856-0, de Itajaí, rel. Des. Maria do Rocio Luz Santa Ritta, j. 30-11-2010).

No mesmo rumo:

APELAÇÃO CÍVEL. TÍTULO DE CAPITALIZAÇÃO. TELE SENA. PREMIAÇÃO INSTANTÂNEA. SALÁRIO EXTRA POR UM ANO. CONSUMIDORA QUE ENCONTROU TRÊS VALORES IGUAIS NA CARTELA. NEGATIVA DE PAGAMENTO. **EXIGÊNCIA**

DE QUE OS VALORES ESTIVESSEM ACOMPANHADOS DA EXPRESSÃO “LIGUE 0800”, CONFORME CLÁUSULA DAS CONDIÇÕES GERAIS DO CONTRATO. ILEGALIDADE. VIOLAÇÃO AO DISPOSTO NOS ARTIGOS 30 E 31 DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. OFERTA PUBLICITÁRIA VINCULATIVA, SEM RESSALVAS, QUE OBRIGA O FORNECEDOR QUE A FIZER VEICULAR OU DELA SE UTILIZA E INTEGRA O CONTRATO QUE VIER A SER CELEBRADO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

Comercialização em massa de títulos de capitalização, cuja finalidade nos termos do art. 1º, parágrafo único, do Decreto-lei nº 261/67, é estimular o público a poupar, economizar um capital mínimo determinado, com forte campanha publicitária, tendo como garoto propaganda respeitado apresentador de televisão, que tinha, na verdade, como ponto central motivador da aquisição dos produtos pelo consumidor a premiação ofertada.

“O dever de informação exige comportamento positivo e ativo, pois o CDC afasta a regra do caveat emptor e não aceita que o silêncio equivalha à informação, caracterizando-o, ao contrário, como patologia repreensível, que só é relevante em desfavor do fornecedor, inclusive como oferta e publicidade enganosa por omissão, punida civil, administrativa e criminalmente no CDC. Comportamento positivo e ativo quer dizer que o microsistema de proteção do consumidor não se coaduna com meia-informação, semi-informação, proto-informação ou informação parcial, qualquer que seja o termo que se escolha. Informação ou é prestada de forma completa, ou não é informação no sentido jurídico (e prático) que lhe atribui o CDC.

Por outro lado, informação adequada, como exigida pelo art. 6º, III, do CDC, é aquela que se apresenta simultaneamente completa, gratuita e útil, vedada, quanto a este último aspecto, a diluição de informações efetivamente relevantes ou o uso de informações soltas, destituídas de qualquer serventia para o consumidor (...)(Recurso Especial n. 586.316, rel. Min. Hermann Benjamin).” (Grifos meus, TJSC, Apelação Cível n. 2010.042426-3, de Santo Amaro da Imperatriz, rel. Des. Ronei Danielli, j. 30-06-2011).

Bem como:

“CONSUMIDOR. EMBARGOS INFRINGENTES. TÍTULO DE CAPITALIZAÇÃO. PREMIAÇÃO INSTANTÂNEA. PUBLICIDADE NA PARTE FRONTAL E EXTERNA DO TÍTULO, NO SENTIDO DE QUE, AO RASPAR A CARTELA E ENCONTRAR TRÊS VALORES IGUAIS, O CONSUMIDOR GANHARIA O PRÊMIO CORRESPONDENTE. **LIMITAÇÃO CONSTANTE DAS CONDIÇÕES GERAIS, GRAFADAS, EM LETRAS MIÚDAS, NA PARTE INTERNA DO TÍTULO LACRADO. NEGATIVA DE PAGAMENTO. VIOLAÇÃO AOS ARTS. 6º, 30, 31 E 47 DO CDC. DEVER DE INDENIZAR CONFIGURADO.** PREVALÊNCIA DOS VOTOS VENCEDORES. RECURSO DESPROVIDO.

Para a proteção efetiva do consumidor, indispensável é que o fornecedor informe, positivamente, de que forma dar-se-á a premiação, expondo, a contento o direito do consumidor, porquanto este faça jus à informação completa e exata acerca do produto ou do serviço posto à sua vista para aquisição. Assim, **se empresa emitente de título de capitalização informa, na parte frontal e externa de título lacrado, que o consumidor, após raspar a cartela e encontrar três valores iguais, terá direito a certo e determinado prêmio, deixando, todavia, de cientificá-lo, previamente, de forma clara e bem visível, que os três valores iguais, existentes na cartela, deverão estar acompanhados da frase “ligue 0800”, tem a obrigação de pagar-lhe o prêmio.** (Grifos meus, TJSC, Embargos Infringentes n. 2011.083662-9, de Santo Amaro da Imperatriz, rel. Des. Luiz Carlos Freyesleben, j. 14-12-2011).

Dessa forma, porque, para lograr êxito em seu pleito inicial, a autora necessita demonstrar que encontrou três valores iguais nas raspadinhas dos títulos, imprescindível, como visto, a realização de prova pericial por inexistir clareza nos resultados descobertos.

Voto, pois, pelo conhecimento e provimento do reclamo da autora, para desconstituir a sentença singular e determinar o retorno dos autos à origem para a confecção da perícia. É como voto.

Apelação Cível n. 2012.027567-3, de Içara

Relator: Des. Subst. Jorge Luis Costa Beber

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE COBRANÇA DE QUINHÃO HEREDITÁRIO. PRETENSÃO DE DIVISÃO DOS VALORES RECEBIDOS PELAS RÉS A TÍTULO DE PENSÃO ESPECIAL POR MORTE DE EX-COMBATENTE E A INCLUSÃO DOS AUTORES COMO BENEFICIÁRIOS. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA DO PRIMEIRO PLEITO E EXTINÇÃO DO PROCESSO, SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO, COM RELAÇÃO AO SEGUNDO. INSURGÊNCIA DOS AUTORES.

DIVISÃO DO MONTANTE RECEBIDO PELAS RÉS. VALOR REFERENTE ÀS PARCELAS ATRASADAS DA PENSÃO. RÉS QUE INGRESSARAM COM AÇÃO EM FACE DA UNIÃO E OBTIVERAM A REVERSÃO DO BENEFÍCIO RELATIVA AOS CINCO ANOS ANTERIORES À PROPOSITURA DA DEMANDA. IMPORTE QUE NÃO INTEGRA O ACERVO PATRIMONIAL DO *DE CUJUS*. VALOR QUE PERTENCE AOS BENEFICIÁRIOS E NÃO AO FALECIDO. PARTILHA INVIÁVEL.

INCLUSÃO DOS AUTORES COMO BENEFICIÁRIOS DA PENSÃO. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE DA PRETENSÃO NA VIA PROCESSUAL ELEITA. PEDIDO QUE DEVE SER FORMULADO EM FACE DO ÓRGÃO COMPETENTE. AUSÊNCIA, DEMAIS, DE IMPUGNAÇÃO AOS FUNDAMENTOS DA SENTENÇA. MANUTENÇÃO DA DECISÃO QUE SE IMPÕE.

RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2012.027567-3, da comarca de Içara (1ª Vara), em que são apelantes Osmarina Maria Cabral Duarte e outros, e apelados Maria Selma Duarte Ribeiro 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. Stanley da Silva Braga, com voto, e dele participou o Exmo. Des. Leopoldo Augusto Brüggemann.

Florianópolis, 17 de setembro de 2015.

Jorge Luis Costa Beber
RELATOR

RELATÓRIO

Perante a 1ª Vara da Comarca de Içara, o magistrado Fernando de Medeiros Ritter, nos autos da “ação sumária de cobrança de quinhão hereditário” ajuizada por Osmarina Maria Cabral Duarte e outros em face de Maria Selma Duarte Ribeiro e outros, julgou improcedente o pedido de divisão da indenização recebida pelas rés e extinto o processo, sem resolução de mérito, nos termos do art. 267, inc. VI, do CPC, com relação ao pleito de inclusão dos autores na divisão da pensão recebida pelas demandadas.

Inconformados com o teor decisório, os demandantes interpuseram recurso de apelação, sustentando que ao tempo da propositura da ação visando o recebimento de indenização frente à qualidade de ex-combatente do *de cujus* somente as rés qualificaram-se como autoras, deixando de informar os apelantes acerca da existência da demanda.

Destacaram que a citada demanda foi julgada procedente e a União condenada a indenizar todos os herdeiros do ex-combatente, mas, em razão de apenas as rés encontrarem-se no polo ativo, acharam-se no direito de dividir tão somente entre si o *quantum* indenizatório.

Anunciaram que tentaram realizar um acordo extrajudicial com as rés, mas não lograram êxito, uma vez que elas ajuizaram a ação com o nítido intuito de excluí-los da partilha.

Defenderam que a indenização pertence em quinhões iguais a todos os onze filhos do ex-combatente, porquanto a Lei n. 4.242/63, que dispõe sobre os direitos dos ex-combatentes, ampliou o direito aos herdeiros do último, concedendo indenização e pensão independentemente de sexo, idade ou estado civil, conforme se verifica do seu art. 30.

Afirmaram que o seu genitor faleceu em 28.05.1984, ou seja, na vigência das Leis n. 3.765/60 e n. 4.242/63, ressaltando que a última concede o direito de indenização e pensão a todos os herdeiros do ex-combatente, face ao instituto constitucional do direito adquirido, independente de ser homem ou mulher.

Clamaram, à luz dessas circunstâncias, pelo provimento do reclamo com a consequente reforma da decisão vergastada, julgando-se procedentes os pleitos vertidos na peça de ingresso. Ofertaram, ainda, prequestionamento dos dispositivos de lei federal citados no corpo das razões recursais.

Decorrido *in albis* o prazo para a apresentação de contrarrazões, os autos ascenderam a esta Corte.

VOTO

Satisfeitos os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Os autores ingressaram com a presente demanda anunciando que são herdeiros de **Pedro Duarte**, falecido em **28.05.1984** (fls. 19).

Da análise dos documentos que acompanharam a peça exordial, verifica-se que Pedro Duarte Filho, José Duarte, Luiz Duarte e Altair Duarte são **filhos do de cujus** (fls. 12/15), enquanto Edson Luiz Gomes, Edna Regina Gomes Búrgio e Rosângela Gomes José são seus **netos** (filhos de Aracy Duarte Gomes – fls. 16/17, falecida em 21.02.2005 – fls. 27), e Osmarina Maria Cabral Duarte é **viúva de um dos seus filhos** (Aristeu Duarte – fls. 11 e 21). As rés, por sua vez, são **filhas** do falecido,

impedindo destacar que ele era casado com Pedra Dias Duarte, falecida em **06.08.1995** (fls. 20).

Em **25.08.2005**, as ora rés ingressaram com ação ordinária em face da União Federal, pleiteando a reversão de pensão militar especial recebida pela sua genitora em razão da qualidade de ex-combatente do pai, haja vista o óbito da beneficiária. O pedido foi julgado improcedente na origem, bem como negado provimento ao recurso de apelação cível n. 2005.72.00.009309-2 pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

O Superior Tribunal de Justiça, contudo, deu provimento ao Recurso Especial n. 950.273-SC para conceder a reversão do benefício, relativo aos cinco anos anteriores à propositura da ação, fixando juros moratórios de 6% ao ano e correção monetária desde a data em que deveria ter sido efetuado o pagamento de cada parcela.

À luz dessas circunstâncias, alegando que fazem jus à partilha do numerário recebido pelas rés (concernentes ao valor da pensão retroativa aos cinco anos antes do ajuizamento da referida ação), pois também são herdeiros do *de cuius*, os autores postularam pela divisão do aludido importe e pela sua inclusão como beneficiários da pensão.

O magistrado sentenciante, como anunciado no relatório, refutou o primeiro pedido e extinguiu o feito, sem resolução de mérito, quanto ao segundo, cuja conclusão merece prosperar.

Com efeito, o objeto da pretensão exordial refere-se, como visto, à pensão especial recebida pelas filhas em razão da qualidade de ex-combatente da Segunda Guerra Mundial do genitor falecido.

Não há, de fato, como examinar o pedido de inclusão dos autores como beneficiários da aludida pensão nos autos da presente ação, uma vez que aludida pretensão deve ser direcionada ao órgão competente, e não às demais beneficiárias, sendo certo, ademais, que figurando a União como a responsável pelo pagamento do benefício, a competência refoge do âmbito estadual.

Nesse sentido, *mutatis mutandis*, destaca-se:

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO ORDINÁRIA. RECONHECIMENTO DOS AUTORES DA CONDIÇÃO DE EX-COMBATENTES POR ESTA CORTE. DECISÃO CONFIRMADA PELO COLENO STJ E TRANSITADA EM JULGADO. PEDIDO DE HABILITAÇÃO DOS HERDEIROS. DEFERIMENTO. **PEDIDO DE IMPLANTAÇÃO DA PENSÃO EM FAVOR DE VIÚVA DE UM AUTOR E DA FILHA MAIOR INVÁLIDA DO OUTRO. IMPOSSIBILIDADE EM FACE DA DIVERSIDADE DA CAUSA DE PEDIR. NECESSIDADE DE REQUERIMENTO NA VIA ADMINISTRATIVA OU DE INTERPOSIÇÃO DE AÇÃO JUDICIAL PRÓPRIA.** [...]

4. A pensão por morte, na verdade, **exige a análise do preenchimento das condições necessárias ao seu deferimento, o que se fará, como assim ressalvou o julgador singular na decisão agravada, mediante requerimento na via administrativa ou através de ação própria, onde seja deduzido pedido específico de pensão;** 5. Agravo regimental prejudicado; 6. Agravo de instrumento improvido. (Grifos meus, TRF-5 - AGTR: 77875 PE 0032632-59.2007.4.05.0000, Relator: Desembargador Federal Petrucio Ferreira, Data de Julgamento: 21/08/2007, Segunda Turma, Data de Publicação: Fonte: Diário da Justiça - Data: 13/09/2007 - Página: 609 - Nº: 177 - Ano: 2007).

Se tanto não bastasse, os apelantes não redigiram nas razões do recurso qualquer fundamento apto a refutar a conclusão sentencial de extinção da ação com relação ao pedido em liça, presumindo-se a sua concordância.

Alusivamente à pretensão de divisão dos valores recebidos pelas rés nos autos da citada ação ordinária, melhor sorte não socorre aos recorrentes.

O importe, cuja divisão é pleiteada, refere-se, como visto, a parcelas atrasadas do benefício de pensão especial de ex-combatente, nos últimos cinco anos anteriores ao ajuizamento da ação ordinária, em virtude do deferimento da reversão do benefício em favor das filhas do *de cuius*.

O aludido numerário, portanto, não integra o patrimônio do *de cujus* e, por consequência, não figura como objeto de herança e necessária partilha entre todos os herdeiros necessários.

Diferentemente ocorreria se o montante correspondesse a benefício ou indenização devida **exclusivamente** em favor do falecido, quando, tratando-se de direito personalíssimo, ele figuraria como o seu único titular, de modo que, com o seu óbito, os valores correspondentes, recebidos ou pleiteados em vida, integrariam os bens do espólio.

É dizer: os valores recebidos pelas rés da União não são importes de titularidade do falecido e/ou que ele teria direito de ter percebido em vida, mas, ao revés, pensão especial devida em favor das filhas/beneficiárias.

A propósito, colhe-se da jurisprudência:

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO DE SENTENÇA. **RECEBIMENTO DE PARCELAS ATRASADAS DO BENEFÍCIO DE PENSÃO ESPECIAL DE EX-COMBATENTE.** DEFERIMENTO DA HABILITAÇÃO DA VIÚVA E INDEFERIMENTO DA HABILITAÇÃO DOS FILHOS MAIORES.

I. Agravo de instrumento interposto contra decisão que, em execução de sentença, deferiu o pedido de habilitação da viúva para a percepção dos atrasados da pensão de ex-combatente devida ao autor falecido, e indeferiu o pedido de habilitação dos filhos, ora agravantes.

II. **A decisão agravada foi exata ao fixar que os valores atrasados, relativos ao benefício previdenciário pensão especial de ex-combatente,** deixados pelo falecido exequente AMARO RODRIGUES DE SOUZA, **não são considerados herança,** devendo ser partilhada na forma da lei específica que trata do assunto, no caso, a Lei nº 8.059, de 1990.

III. Agravo de instrumento improvido. (Grifos meus, TRF-5 - AG: 411754120134050000, Relator: Desembargadora Federal Margarida Cantarelli, Data de Julgamento: 26/11/2013, Quarta Turma, Data de Publicação: 28/11/2013).

Destarte, porque os valores recebidos pelas rés não integram o patrimônio deixado por Pedro Duarte, não há que se falar na sua divisão entre todos os herdeiros, na proporção de cada quinhão hereditário, como postulado na exordial.

Anoto, por oportuno, a desnecessidade de exame dos argumentos iniciais e recursais referentes ao direito da parte autora também fazer jus ao recebimento da pensão especial do ex-combatente, em virtude da qualidade de sucessores do *de cujus*, de acordo com a análise e interpretação dos dispositivos insculpidos nas Leis n. 4.242/1963 e n. 3.765/1960, porquanto essa circunstância deverá ser objeto de análise na ação e/ou requerimento próprios, tal como realizado pelas demandadas.

Derradeiramente, observo que não se faz necessária a manifestação expressa acerca de todos os dispositivos legais invocados para configuração do pressuposto de prequestionamento. De todo modo, a fim de evitar a interposição de embargos de declaração, ainda que para fins de presquestionamento e acesso à instância recursal superior, afirma-se a ausência de violação aos artigos citados nas razões de apelação, que foram, mesmo que implicitamente, aqui examinados e considerados para o resultado encontrado.

Ante o exposto, voto pelo conhecimento e desprovemento do apelo, mantendo-se *in totum* o julgado *a quo*.

Apelação Cível n. 2015.008490-9, de São José

Relator: Des. Subst. Jorge Luis Costa Beber

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA/CCOMINATÓRIA. PRETENSÃO DE RECONHECIMENTO DE AQUISIÇÃO DE IMÓVEL E DETERMINAÇÃO PARA QUE OS RÉUS PROCEDAM À TRANSFERÊNCIA. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. IRRESIGNAÇÃO OFERTADA PELA PARTE AUTORA.

REVELIA DA PARTE RÉ QUE NÃO IMPLICA, POR SI SÓ, NO ACOLHIMENTO DOS PEDIDOS. PRESUNÇÃO RELATIVA QUE DEVE SER COMPATIBILIZADA COM A PROVA PRODUZIDA PELA PARTE DEMANDANTE.

“A jurisprudência deste Tribunal é remansosa no sentido de que, “na revelia, a presunção de veracidade é relativa, de forma que a sua ocorrência conduz à procedência do pedido se, com as provas dos autos, o magistrado se convencer da existência dos fatos alegados e não contestados” [...]” (AgRg no REsp 1239961/SC, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 27/08/2013, DJe 10/09/2013).

ALEGAÇÃO DE QUE OS PROPRIETÁRIOS DO BEM IMÓVEL DOARAM-NO VERBALMENTE A DUAS FILHAS E, APÓS, UMA DELAS CASOU E, JUNTAMENTE COM O ESPOSO, ADQUIRIU A FRAÇÃO PERTENCENTE À IRMÃ. AUSÊNCIA DE QUALQUER ELEMENTO PROBATÓRIO NESSE SENTIDO. PROVA DOCUMENTAL QUE DEVE ACOMPANHAR A INICIAL. OITIVA DE TESTEMUNHAS IRRELEVANTE NO CASO CONCRETO.

DOAÇÃO QUE É ATO SOLENE. NECESSIDADE DE FORMA ESCRITA. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 541 E 108 DA LEI CIVIL. ATO JURÍDICO NÃO IMPLEMENTADO. IMPROCEDÊNCIA DOS PEDIDOS CORRETAMENTE PROCLAMADA.

PEDIDO DE REDUÇÃO DA VERBA HONORÁRIA. QUANTIA QUE SE AFIGURÁ EXCESSIVA FRENTE OS VETORES TIMBRADOS NAS ALÍNEAS DO ART. 20, §3º, DO CPC. MINORAÇÃO QUE SE IMPÕE.

RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2015.008490-9, da comarca de São José (1ª Vara Cível), em que é apelante Espólio de Telmo da Silva Leite, repr. p/ invent. Sebastião Alaor Borges Leite, e apelados Sebastião Bento dos Santos e outros:

A Quarta Câmara de Direito Civil decidiu, por votação unânime, conhecer do recurso e dar-lhe parcial provimento. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Des. Eládio Torret Rocha, com voto, e dele participou o Exmo. Des. Stanley da Silva Braga.

Florianópolis, 30 de julho de 2015.

Jorge Luis Costa Beber
RELATOR

RELATÓRIO

Espólio de Telmo da Silva Leite, representado pelo inventariante Sebastião Alaor Borges Leite, interpôs recurso de apelação contra a sentença que julgou improcedentes os pedidos formulados na ação declaratória cumulada com obrigação de fazer ajuizada em face de Sebastião Bento dos Santos, Avani da Silva Santos e Kelle dos Santos.

Sustentou, em compendiado, que deve ser considerada a revelia na hipótese enfocada e o princípio do *pacta sunt servanda*, asseverando que os negócios jurídicos foram realizados de maneira informal entre os litigantes dado o vínculo de parentesco entre eles.

Defendeu que a avença verbal pela qual os réus Sebastião e Avani doaram o bem imóvel às filhas Kelly e Shelle, bem como a posterior aquisição por Shelle e Telmo da fração do bem que pertencia a Kelly, não é vedada pelo ordenamento jurídico, fazendo lei entre as partes.

Clamou, à luz dessas circunstâncias, pelo provimento do reclamo, com a conseqüente reforma da decisão vergastada, julgando-se procedentes os pleitos vertidos na exordial, para que seja reconhecida a aquisição do imóvel pelo casal Shelle e Telmo e determinada a transferência do bem. Subsidiariamente, pugnou pela redução da verba honorária, haja vista o julgamento antecipado da lide e o pequeno trabalho desenvolvido pelo patrono da parte adversa.

Ofertadas as contrarrazões, os autos ascenderam a esta Corte.

VOTO

Conheço do recurso, porque presentes os requisitos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade.

Colhe-se da narrativa exordial que os réus Sebastião e Avani eram proprietários do lote n. 40, quadra n. 07, situado no Loteamento Dona Wanda II, no Município de São José/SC, matriculado sob o n. 9.980, e o **doaram** às filhas Kelle e Shelle dos Santos Leite.

Em 22.07.2005, Shelle e Telmo contraíram matrimônio pelo regime da comunhão universal de bens e, posteriormente, **adquiriram de Kelle a fração** do aludido imóvel que lhe pertencia.

Sucedo, contudo, que o imóvel permaneceu registrado em nome dos réus Sebastião e Avani, os quais, com o óbito de Shelle e Telmo na data de 03.06.2006 e a abertura do inventário deste último (autos n. 090.06.029994-0), no qual foi arrolado o bem em liça, negam a existência dos negócios jurídicos.

À luz dessas circunstâncias, o espólio de Telmo ingressou com a presente ação, objetivando seja declarada por sentença a aquisição do imóvel pelo casal falecido, determinando-se que os demandados providenciem a transferência da propriedade.

Os réus, apesar de devidamente citados, não contestaram a ação, e, mediante julgamento antecipado da lide, o togado singular refutou a pretensão vertida na peça de ingresso, diante da aplicação do disposto no art. 227 da Lei Civil.

Pois bem, embora tenha sido decretada a revelia dos réus, tal fato, só de si, não implica automaticamente no acolhimento dos pedidos deduzidos na inicial, sobretudo porque os efeitos que promanam do art. 319 do Código Civil conduzem tão somente à **presunção relativa** dos fatos afirmados pela parte autora, que merecem, à discricionariedade do julgador, arrimo nos demais elementos existentes nos autos.

A propósito, destacam LUIZ GUILHERME MARINONI e SÉRGIO CRUZ ARENHART:

“Tratando-se de presunção iures tantum (relativa) a fixada pelo art. 319 do CPC, poderá ser afastada pelo magistrado à vista de outras circunstâncias que lhe impulsionem o convencimento em contrário. Logo, “a presença no processo de qualquer elemento que conflite com a aplicação tout court da presunção material da revelia pode, a critério do magistrado, afastar sua incidência, fazendo preponderar a realidade sobre a ficção” (*in Manual do Processo de Conhecimento*, 4 ed. São Paulo: RT, 2005, p. 129, grifos meus).

No mesmo rumo, colhe-se do magistério de JOEL DIAS FIGUEIRA JÚNIOR:

“Assim, o Código de Processo Civil prevê uma série de conseqüências advindas do não oferecimento de contestação eficaz e tempestiva. Trata-se, em realidade, de verdadeiras “sanções” aplicadas ao demandado ausente, decorrentes do descumprimento do ônus processual que lhe é imposto por lei. Os fatos mais graves decorrentes da revelia são: a) a **presunção de veracidade dos fatos articulados pelo autor**; b) o transcurso dos prazos independentemente de intimação, se o revel não tiver patrono constituído nos autos (art. 322), e c) a possibilidade de julgamento antecipado da lide (art. 330, II).

[...].

Contudo, conforme analisaremos mais adiante, **esses efeitos não são absolutos (art. 320), razão pela qual não deve o autor descurar do ônus de a lei, também, lhe atribui na distribuição do ônus da prova, a respeito dos fatos constitutivos de seu direito, pois, em qualquer caso, mesmo que ocorra a revelia, haverá de demonstrar ao Estado-juiz ao menos um início de prova em favor de sua tese.**” (in *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 4, tomo II, 2 ed. São Paulo: RT, 2007, p. 395-397, grifos meus).

O STJ, nesse sentido, também já decidiu:

“...na revelia, a presunção de veracidade é relativa, de forma que a sua ocorrência conduz à procedência do pedido se, **com as provas dos autos, o magistrado se convencer da existência dos fatos alegados e não contestados**” (AgRg no REsp 439.931/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 20/11/2012, DJe 26/11/2012, grifos meus).

Ou ainda:

“AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. **REVELIA. PRESUNÇÃO RELATIVA DE VERACIDADE.** OBSERVÂNCIA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. INOCORRÊNCIA DE OFENSA AO TEXTO DA LEGISLAÇÃO FEDERAL.

1.- **A jurisprudência deste Tribunal é remansosa no sentido de que, “na revelia, a presunção de veracidade é relativa, de forma que a sua ocorrência conduz à procedência do pedido se, com as provas dos autos, o magistrado se convencer da existência dos fatos alegados e não contestados**” (AgRg no REsp 439.931/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 20/11/2012, DJe 26/11/2012).

2.- O recurso não trouxe nenhum argumento capaz de modificar a conclusão do julgado, a qual se mantém por seus próprios fundamentos.

3.- Agravo Regimental improvido.” (AgRg no REsp 1239961/SC, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 27/08/2013, DJe 10/09/2013, grifos meus).

Esta Corte, de igual forma, já proclamou:

“(...) Ainda que reconhecida a revelia, os seus efeitos não se fazem de imediato, **impondo-se ao magistrado o dever de apreciar todo o conjunto probatório, dali extraindo o melhor direito. 3. É do autor o ônus de trazer para o processo a prova dos fatos que sustentam o pedido inicial**”. (TJSC, Apelação Cível n. 2011.035758-7, de Caçador, rel. Des. Jânio Machado, j. 19-09-2013, grifos meus).

E ainda:

“APELAÇÃO CÍVEL. REINTEGRAÇÃO DE POSSE. REQUISITOS NÃO DEMONSTRADOS. REVELIA. MERA INDUÇÃO DE VERACIDADE DOS FATOS ALEGADOS NA INICIAL. ÔNUS DA PROVA. AUTOR QUE NÃO SE DESINCUMBIU DE COMPROVAR OS FATOS ALEGADOS. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. **A revelia apenas induz serem verdadeiros os fatos alegados pelo autor, não torna suas alegações verdade absoluta e, conseqüentemente, não acarreta obrigatoriamente na procedência do pedido, sendo necessário, para tanto, que seja comprovado o direito requerido.**[...]”. (TJSC, Apelação Cível n. 2009.029021-1, de Laguna, rel. Des. Jairo Fernandes Gonçalves, j. 02-05-2013, grifos meus).

Na hipótese enfocada, não há qualquer início de prova capaz de lastrear as alegações proferidas na peça vestibular, sendo certo que o apelante sequer impugnou, nas razões recursais, o julgamento antecipado da lide e a incidência das disposições contidas no art. 227 da Lei Civil (impossibilidade de produção de prova exclusivamente testemunhal em negócios jurídicos cujo valor ultrapassa o décuplo do maior salário mínimo vigente ao tempo da celebração) ao caso concreto, deixando, ainda, de pugnar pela produção de provas.

De todo modo, ainda que fossem consideradas como verdadeiras as situações fáticas expostas na peça de ingresso, o certo é que o bem imóvel matriculado sob o n. 9.980 encontra-se registrado em nome dos réus Sebastião e Avani (fls. 17 e 46), inexistindo qualquer escrito envolvendo o primeiro ato que originou a eventual aquisição do bem pelo casal Shelle e Telmo, ou seja, a doação dos proprietários em favor de duas filhas.

Como sabido, os atos benéficos, como a doação, exigem interpretação restritiva e precisam ser implementados pela forma escrita, a teor do art. 541 do CC, e, ainda, devem ser observados, no caso de doação de bem imóvel, os requisitos formais de validade do negócio jurídico translativo de direito real imobiliário, conforme dispõe o art. 108 do mesmo Diploma, qual seja, a escrituração no registro público e a averbação do negócio junto à respectiva matrícula do imóvel no CRI, o que não restou demonstrado.

Sobre o tema, MARIA HELENA DINIZ explica:

[...] Requisito formal, visto ser a doação um contrato solene, pois o Código Civil, no art. 541, lhe impõe uma forma que deverá ser observada, sob pena de não valer o contrato. Realmente, esse dispositivo legal estabelece obrigatoriamente a forma escrita, ao exigir que a doação se faça por instrumento público ou particular (RT, 512:148), e, apenas excepcionalmente, admite, em seu parágrafo único. Sua celebração por via verbal, em certos casos especiais. Dessa maneira, a doação, em nosso direito, poderá celebrar-se:

a) por *escrito particular*; p. ex.: por carta de declaração, se os móveis doados forem de valor considerável (RF, 90:146) ou se se tratar de imóveis (CC, art. 108);

b) por *escritura pública*, se se tratar de imóvel (CC, arts. 108 e 215; Lei n. 6.015/73, art. 167, I, n. 33) sujeito ao assento no Registro Imobiliário, e, se o doador for casado, exceto no regime de separação absoluta, deverá obter o consentimento do outro cônjuge (CC, art. 1.647, IV);

c) verbalmente, seguida de tradição (doação manual), se seu objeto for bem móvel e de pequeno valor (CC, art. 541, parágrafo único) [...]” (*in Curso de Direito Civil Brasileiro: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 265-266, grifos meus).

Da mesma forma, colhe-se da doutrina de JOSÉ COSTA LOURES e TAÍS MARIA LOURES DOLABELA GUIMARÃES:

“A regra geral assentada no Código é a de que a doação é um contrato formal, em princípio devendo constituir-se por escrito. Por instrumento

público, se o bem doado é imóvel cujo valor seja superior a trinta vezes o salário mínimo (art. 106); ou por escrito particular, nos demais casos.” (*in Novo Código Civil Comentado*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 237).

Destarte, ainda que a doação, no plano fático, fosse verdadeira – o que, ressaltado, não está lastreado em nenhum elemento probatório –, o referido ato jurídico não obedeceu a forma prescrita em lei, tornando, pois, viciada toda a cadeia de negócios a partir de então.

A Corte Catarinense, nesse sentido, já decidiu, *mutatis mutandis*:

DIREITO CIVIL. [...] POSSE FUNDADA EM **CONTRATO DE DOAÇÃO VERBAL** CELEBRADO COM O ANTERIOR POSSUIDOR DO IMÓVEL. ARGUMENTO NÃO ACATADO. PROVA EXCLUSIVAMENTE TESTEMUNHAL. INVIABILIDADE. DICÇÃO DO ART. 227 DO CÓDIGO CIVIL E DO ART. 401 DO DIPLOMA PROCESSUAL. **MODALIDADE CONTRATUAL, ALÉM DO MAIS, QUE SÓ É ADMITIDA SE VERSAR SOBRE BEM MÓVEL, DE PEQUENA MONTA E COM TRADIÇÃO IMEDIATA - CC, ART. 541, PARÁGRAFO ÚNICO -**. DEMANDANTES QUE OCUPAM O IMÓVEL A TÍTULO DE MEROS PERMISSIONÁRIOS OU, QUANDO MUITO, NA CONDIÇÃO DE COMODATÁRIOS. PRESSUPOSTOS PARA O DEFERIMENTO DO MANDADO ASSECURATÓRIO NÃO EVIDENCIADOS NOS AUTOS. DECISUM CONFIRMADO.

[...] **2 De conformidade com a Codificação Civil nacional, o contrato de doação há que ser formado, obrigatoriamente, mediante escritura pública ou por instrumento particular, ressaíndo daí, como regra, o seu caráter solene e estritamente formal. Excepcionalmente a lei permite a sua celebração de forma verbal, desde que o objeto seja bem móvel, de valor diminuto e com tradição imediata. Em se tratando de bem imóvel, entretanto, a forma, representada pelo instrumento público ou particular, é da essência do contrato. Não respeitada a forma determinada em lei, e não sendo possível aplicar-se o princípio da conservação dos negócios jurídicos (CC, art. 170), a consequência é, inevitavelmente, o não reconhecimento judicial do negócio.** [...] (TJSC, Apelação Cível n. 2014.061585-9, de Porto Belo, rel. Des. Trindade dos Santos, j. 05-03-2015, grifos meus).

Não vejo, dessa forma, como acolher o pleito vertido na exordial, registrando que, à míngua de maiores e contundentes elementos de prova, tendo em vista que o bem está registrado em nome dos genitores da esposa do *de cujus*, é plenamente possível que, conforme anunciado nas contrarrrazões, o casal tenha estabelecido sua residência no imóvel a título precário – destituído de escritura pública aquisitiva ou qualquer relação contratual formal com o titular do domínio –, por mero ato de permissão dos proprietários.

Forte em tais considerações, ressumbra imperativa a manutenção da sentença açoitada.

Derradeiramente, acolho o pedido de redução da verba honorária fixada em R\$ 1.500,00 na origem, justo que excessiva frente a natureza da lide, o tempo de tramitação da demanda, o julgamento prematuro da demanda e, em especial, o ínfimo trabalho desenvolvido pelo causídico (apresentação das petições de fls. 24/30 e 41).

Dessa forma, minoro os honorários advocatícios devidos ao patrono da parte ré para o montante de R\$ 1.000,00, quantia que, ao meu sentir, bem remunera o labor desempenhado pelo patrono e se encontra em consonância com o disposto no art. 20, §§ 3º e 4º, da Lei Adjetiva Civil.

Voto, pois, pelo conhecimento e parcial provimento do recurso, tão somente para reduzir a verba honorária para o valor de R\$ 1.000,00.

QUINTA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

Apelação Cível n. 2014.092821-3, de Brusque

Relator: Des. Henry Petry Junior

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO CONDENATÓRIA. DANOS MORAIS E MATERIAIS. DEPREDACÃO DE ESTABELECIMENTO COMERCIAL. - PARCIAL PROCEDÊNCIA NA ORIGEM.

RECURSO DO AUTOR. (1) DANOS MATERIAIS. DEMONSTRAÇÃO DE PARTE DOS PREJUÍZOS. REPARAÇÃO LIMITADA A ESTES. ACOLHIMENTO PARCIAL.

- Conquanto assente o ato de depredação praticado pelo réu, somente devem ser indenizados os prejuízos efetivamente comprovados. Afasta-se, assim, por aemia probatória, a indenização pretendida a título de lucros cessantes, de prejuízos com a clientela e atinentes a perda do ponto comercial.

(2) DANOS MORAIS. *QUANTUM*. FIXAÇÃO ADEQUADA. MANUTENÇÃO.

- A compensação por danos morais deve considerar, além da extensão do dano, do grau de culpa do ofensor e sua capacidade econômico-financeira, os propósitos pedagógico, inibitório e reparador da verba, a fim de que reste proporcional. Fixada adequadamente a verba na origem, deve ser mantido o arbitramento.

(3) SUCUMBÊNCIA. ALTERAÇÃO MÍNIMA. MANUTENÇÃO.

- Alterada a sentença em parcela mínima, necessária a manutenção da distribuição dos ônus sucumbenciais.

SENTENÇA ALTERADA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2014.092821-3, da comarca de Brusque (Vara Cível), em que é apelante Tiago Júnior Cardoso e apelado Rafael Nuss:

A Quinta Câmara de Direito Civil decidiu, por votação unânime, conhecer do recurso e dar-lhe parcial provimento. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Excelentíssimo Senhor Desembargador Sérgio Izidoro Heil, com voto, e dele participou a Excelentíssima Senhora Desembargadora Rosane Portella Wolff.

Florianópolis, 9 de julho de 2015.

Henry Petry Junior
RELATOR

RELATÓRIO

1 A ação

Perante a Vara Cível da comarca de Brusque, Tiago Júnior Cardoso ajuizou, em 10.3.2010, ação condenatória por danos materiais e morais (n. 011100018077) em face de Rafael Nuss, nos autos qualificados.

Alegou, em síntese, que era sublocatário de duas pequenas lojas no Camelódromo da cidade de Brusque, nas quais o réu figurava como locatário.

Disse que instalou um aparelho de ar-condicionado em sua loja e que, em decorrência de cláusula proibitiva no contrato de locação, o locatário (réu) foi notificado extrajudicialmente pelo proprietário do imóvel para a desocupação, com prazo de 24 (vinte e quatro) horas.

Repassada a determinação para o autor, disse ele que, antes de findado o prazo, o demandado, em um ataque de fúria, destruiu com as próprias mãos a loja e suas mercadorias.

Aduziu que o réu deve responsabilizar-se por todos os danos materiais que sofreu, como também seu abalo anímico decorrente.

Pleiteou, ao final: [a] a condenação por danos materiais no valor de R\$ 52.000,00 (cinquenta e dois mil reais), referentes às mercadorias; [b]

a condenação por danos materiais no valor de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais), referentes à perda do ponto comercial, de [c] R\$ 32.000,00 (trinta e dois mil reais) pela perda da clientela, bem como de [d] R\$ 3.666,66 (três mil, seiscentos e sessenta e seis reais e sessenta e seis centavos) por lucros cessantes; e ainda [e] condenação de compensação por danos morais no valor de 150 (cento e cinquenta) salários mínimos. Requereu os benefícios da Justiça gratuita.

Devidamente citada, a parte ré apresentou resposta na forma de contestação (fls. 60/95), oportunidade em que alegou preliminarmente inépcia da inicial e, no mérito, rebateu a narrativa exordial no que pertine à destruição das mercadorias.

Disse que procurou o autor em face da notificação extrajudicial de rescisão do contrato e este, por sua vez, teria iniciado a discussão e posterior embate físico. Disse que os danos ao patrimônio do demandante foram causados por ambos, em meio à luta corporal.

Arguiu a ausência dos pressupostos caracterizadores da responsabilidade civil, razão pela qual defende a improcedência dos pedidos.

Subsidiariamente, quanto à sua eventual culpabilidade, ponderou que as provas colacionadas na inicial para justificar os danos materiais são unilaterais, ao passo que, se procedente o pedido, deve ser realizada perícia contábil relacionada à atividade empresarial do autor.

Impugnou as provas trazidas pela parte demandante e alegou ausência de dano moral indenizável.

Pediu o acolhimento da preliminar ou, subsidiariamente, a improcedência do pleito inicial. Pleiteou, outrossim, a concessão dos benefícios da Justiça gratuita.

Houve, ainda, juntada de documentos (fls. 21-52/96-105); impugnação à contestação (fls. 110/118); audiência de instrução,

com a oitiva de duas testemunhas do autor (fls. 141-143/152-155); e oferecimento de razões finais (fls. 162/169).

Após, sobreveio sentença.

1.1 A sentença

No ato compositivo da lide (fls. 172/178), lançado em 18/11/2013, o magistrado *a quo* – Juiz Jeferson Isidoro Mafra – rejeitou a preliminar e, no mérito, julgou parcialmente procedentes os pedidos iniciais, para condenar o réu ao pagamento de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) a título de compensação moral, acrescidos de juros de mora desde 26.2.2010 e atualização monetária a partir da sentença.

Diante da sucumbência recíproca, condenou as partes ao pagamento das custas processuais na proporção de 70% (setenta por cento) para o autor e 30% (trinta por cento) para o réu, e honorários advocatícios em favor do procurador da parte adversa, fixados em 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação em favor do procurador do autor e R\$ 10.000,00 (dez mil reais) em favor do procurador do réu, admitida a compensação.

Ainda, suspendeu a exigibilidade da verba em relação ao autor, por ser beneficiário da Justiça gratuita, e indeferiu o pedido do réu de obter essa benesse.

1.2 O recurso

Irresignada, a parte autora interpõe recurso de apelação (fls. 183/198). Em suma, sustenta que as fotos e as declarações das testemunhas são provas hábeis a demonstrar a extensão dos danos materiais e, desta forma, quantificá-los, bem ainda que foi reconhecido, em sentença, a existência do dano e a responsabilidade do réu.

Outrossim, entende que a verba arbitrada a título de danos morais é ínfima, razão da necessidade de majoração.

Pede, ao fim, a reforma da sentença *a quo* para condenar o apelado ao pagamento de compensação pelos danos materiais e para majorar os danos morais.

Ante a ausência de apresentação das contrarrazões, apesar da devida intimação (fl. 201), ascenderam os autos a esta Corte.

É o relatório possível e necessário.

VOTO

2 A admissibilidade do recurso

Satisfeitos os pressupostos de admissibilidade, conhece-se do recurso.

2.1 O mérito

Trata-se de ação de compensação por danos morais e materiais em que visa a parte autora a ser ressarcida pelos prejuízos causados pelos atos depredatórios em sua loja comercial cometidos pelo apelado.

2.1.1 Os danos materiais

Requer o autor/apelante a condenação do réu/apelado: [a] ao pagamento de danos materiais; [b] lucros cessantes; e [c] indenização pelo ponto comercial e clientela.

Porém, apesar de reconhecido na sentença que foi do réu a iniciativa de danificar o estabelecimento comercial do autor – contra o que aquele não se insurgiu -, a pretensão do apelante merece guarida, a meu ver, apenas em pequena extensão.

As razões, destaque-se, foram muito bem demonstradas na decisão recorrida (fls. 172-177). Dela, extraio em relação ao pedido [a]:

Pelas fotos apresentadas nos autos e depoimentos das testemunhas, observo que o autor possuía um mix variado de produtos em seu

estabelecimento comercial. No entanto, os documentos acostados às fls. 43/48 não se prestam à comprovar os produtos e as quantidades existentes, pois são meras relações unilaterais elaboradas pelo autor, sem qualquer valor probante.

[...] Se optou em realizar comércio informal, sem qualquer documentação idônea, deveria apresentar prova convincente da quantidade e valor dos produtos danificados. A prova deveria apontar o desfalque de R\$ 52.000,00 de seu patrimônio. As fotos sugerem que vários produtos podem ter sido aproveitados. De outro lado, não há, pelas fotos, como identificar a efetiva relação dos produtos e seus valores. A prova oral, no caso, é insuficiente para tal finalidade. (fls. 175).

Acrescente-se que o que foi acostado aos autos a fim de demonstrar a relação dos produtos danificados são folhas de caderno, escritas à mão, indicando produtos e quantidades e, em folhas distintas, seus supostos valores.

A lista de produtos afirmadamente deteriorados é, diga-se de passagem, extensa.

Todavia, as fotografias sequer mostram tamanha quantidade de bens e, como bem destacou o togado *a quo*, também não denotam a impossibilidade de aproveitamento de diversos produtos, sendo possível visualizar que alguns permaneceram intactos no expositor e outros até mesmo no chão.

Ainda que o adverso não tenha impugnado de forma detida, tendo se limitado a afirmar que tais anotações em folhas não seriam suficientes para comprovar o prejuízo alegado, deve-se ter em conta que, da forma como exposto, sequer teria como o acionado impugnar a lista a contento.

Quanto aos valores, essa tarefa seria árdua, uma vez que nem mesmo está discriminada a marca da expressiva maioria dos produtos e, quanto às quantidades, trata-se de estoque do próprio autor, do que aquele (o réu), por óbvio, não tem conhecimento.

A única ponderação possível está relacionada aos seguintes itens: balcão de atendimento; prateleiras de vidro; e ventilador.

Não há dúvidas, a partir das fotografias, sobre os danos produzidos nesses bens e, demais disso, não haveria, a meu ver, maiores dificuldades quanto à impugnação de seus valores e quantidades, os quais, aliás, afiguram-se razoáveis.

Sendo possível afirmar, portanto, que o autor logrou demonstrar os fatos constitutivos de seu direito em relação a – somente – esses bens, tem-se que devem ser ressarcidos, conforme os valores expostos na planilha do autor: balcão de atendimento com vidro (R\$ 520,00 – quinhentos e vinte reais); 8 (oito) prateleiras de vidro (R\$ 232,00 – duzentos e trinta e dois reais, ao todo) e 1 ventilador (R\$ 80,00 – oitenta reais) (fls. 43-48).

Esses valores devem, assim, ser acrescidos da taxa Selic (composta de juros moratórios e correção monetária) desde o evento danoso (26.2.2010), sendo pertinente registrar que entre a data dos fatos e o ajuizamento da ação (parâmetro para atualização dos valores dos bens danificados indicados na lista não datada) transcorreram apenas 12 (doze) dias, de forma que eventual diferença não será significativa.

No mais, apesar da evidente a culpa do réu Rafael, matéria não devolvida, não há meios para a reparação material sem a devida comprovação do efetivo dano.

Ato contínuo, pelas mesmas razões também se faz impossível a condenação por lucros cessantes [b], ante a ausência de prova mínima.

Como bem salientou o sentenciante, não há nos autos nenhum elemento seguro a comprovar os valores mensais por ele percebidos, sendo que a prova testemunhal, consistente em duas informantes arroladas pelo apelante – uma delas a sua irmã -, não é suficiente a tanto.

Que não se olvide, como será reiterado adiante, que o próprio autor aduziu que teria que deixar a loja no dia dos fatos, de forma que eventuais

valores que tenha deixado de auferir não parecem estar relacionados com o ato agressivo do adverso.

E mesmo que nas razões afirme que as perdas decorreriam do fato de que, diante do acontecimento, não conseguiu transportar a sua estrutura para outro local, como assinalado acima não logrou êxito o recorrente em demonstrar todos os danos que afirmou, sendo que os objetos ressaltados, à evidência, não seriam suficientes a impedir a transferência do estabelecimento. Não é possível assentar, assim, que realmente houve qualquer impossibilidade em realizá-la.

Indefiro, destarte, também o pedido [b].

Por derradeiro, expôs o Magistrado sentenciante acerca do pedido [c]:

No que tange ao ponto comercial, observo que não há valores que devam ser ressarcidos ao autor, pois o próprio reconhece que tinha ciência de que deveria desocupar, no dia dos fatos, os boxes sublocados, onde vendia suas mercadorias. Além disso, é fato incontroverso entre as partes que a desocupação dos boxes foi inicialmente motivada pela colocação do condicionador de ar nos boxes pelo autor, sendo que tal ato não havia sido autorizado pelo proprietário dos boxes. Logo, se o autor deu causa a rescisão da sublocação e esta iria ocorrer, inevitavelmente, no mesmo dia do ato ilícito praticado pelo réu, não tem este que indenizar o autor pelo valor do ponto comercial perdido.

Sobre a clientela aplico o mesmo entendimento adotado para o não reconhecimento do dever de indenizar o ponto comercial. Presumo que até abrir a nova loja em outro Centro Comercial ou até reabrir outro boxe no mesmo local, isso demandaria um certo lapso temporal e o autor poderia correr o risco de perder alguns clientes. A perda e o ganho de clientes é fator inerente á atividade comercial desenvolvida pelo réu. Neste caso, a mudança do local da loja não foi causada pelo réu, mas sim pela atitude inicial do autor, que agiu em desacordo com a determinação do proprietário, o que por fim originou a rescisão da sublocação mantida com o réu, como dito anteriormente. Portanto, não há dever do réu de indenizar a eventual perda de clientes.

Em acréscimo, cumpre salientar que no recurso afirma que tais prejuízos decorreriam da sua expulsão sumária e repentina do local, o que teria impedido a comunicação aos clientes do novo local e a transferência do estabelecimento.

Tais ilações, contudo, não são críveis.

Considerando-se que aventou que o prazo concedido para desocupação era de 24 (vinte e quatro) horas e que seria cumprido, embora horas antes do seu término tenham ocorrido os fatos em exame, tem-se que esse exíguo lapso não seria, evidentemente, suficiente para informar grande número de seus clientes da mudança, nem tampouco para transferir a loja para outro local, quiçá para encontrar um novo ponto de venda.

Não há como, portanto, atribuir ao adverso qualquer prejuízo nesse tocante.

Desse modo, diante da ausência de comprovação específica dos produtos que estariam expostos na loja no momento do ilícito e dos prejuízos efetivos à maioria dos bens e demais danos materiais arguidos, a sentença deve ser alterada somente quanto aos pontuais itens cujo dano e quantidade restaram evidentes e não foram objeto de impugnação.

Portanto, dá-se parcial provimento ao recurso do autor no ponto, para, deferir o ressarcimento postulado apenas em relação ao balcão de atendimento com vidro (R\$ 520,00 – quinhentos e vinte reais); 8 (oito) prateleiras de vidro (R\$ 232,00 – duzentos e trinta e dois reais, ao todo) e 1 ventilador (R\$ 80,00 – oitenta reais), cujos valores deverão ser acrescidos de atualização monetária e juros de mora nos moldes indicados.

2.1.2 O *quantum* compensatório do dano moral

A ausência de parâmetros legais para a fixação do *quantum* reparatório de danos morais faz com que seja atribuído tal *mister* ao prudente arbítrio do Magistrado, o qual, valendo-se dos poderes que

lhe confere o Estatuto Processual Civil (arts. 125 e seguintes), das regras de experiência e das peculiaridades do caso concreto, arbitrará o importe devido. Nesse esteio, tem a jurisprudência procurado estabelecer parâmetros para auxiliar o Juiz em tão árdua missão, colhendo-se os seguintes precedentes:

O valor do dano moral deve ser arbitrado segundo os critérios da razoabilidade e da proporcionalidade, não podendo ser irrisório, tampouco fonte de enriquecimento sem causa, exercendo função reparadora do prejuízo e de prevenção da reincidência da conduta lesiva. (STJ, AgRg no AI n. 1.259.457/RJ, rel. Min. Humberto Martins, j. em 13.4.2010).

[...] tem-se fixado o *quantum* indenizatório de acordo com as peculiaridades de cada caso concreto, levando em conta, sobretudo: a malícia, o dolo ou o grau de culpa daquele que causou o dano; as condições pessoais e econômicas das partes envolvidas; os antecedentes pessoais de honorabilidade e confiabilidade do ofendido; a intensidade do sofrimento psicológico; a finalidade admonitória da sanção, para que a prática do ato ilícito não se repita; e o bom senso, para que a indenização não seja extremamente gravosa, a ponto de gerar um enriquecimento sem causa ao ofendido, nem irrisória, que não lhe propicie uma compensação para minimizar os efeitos da violação ao bem jurídico. (TJSC, AC n. 2012.050604-2, rel. Des. Maria do Rocio Luz Santa Ritta, j. em 23.10.2012).

Dessa forma, verifica-se que a fixação do importe indenizatório a título de danos morais, atendendo às peculiaridades do caso concreto, levará em conta os critérios de proporcionalidade e razoabilidade, com observância das condições do ofensor e do bem jurídico tutelado. Além disso, deve-se atentar às suas feições punitiva, reparatória e preventiva, não devendo ser excessivo, a ponto de gerar enriquecimento sem causa ao beneficiário, nem irrisório, sob pena de se tornar inócuo.

Já o valor da indenização deve ser arbitrado com ponderação, de maneira a servir, por um lado, para compensar a dor psíquica sofrida pelo lesado, sem importar a ele enriquecimento sem causa; e, por outro,

para desempenhar função punitiva e pedagógica, impondo reprimenda ao ofensor, a fim de evitar recidiva. O montante deve ser fixado, assim, com base nas peculiaridades do caso concreto, levando em consideração a dimensão do evento danoso, sua gravidade, o grau de culpa do ofensor, as condições pessoais e econômicas das partes envolvidas, a intensidade do sofrimento psicológico, a finalidade admoestatória da sanção.

Na hipótese, os danos sofridos pelo autor a serem compensados residem, como muito bem evidenciou o Magistrado *a quo*, em

presenciar o seu estabelecimento comercial sendo destruído pelo réu. Ao que se presume, diante da informalidade da atividade desempenhada, o autor retirava daquele comércio o próprio sustento e ao se deparar com o ato ilícito imotivado cometido pelo réu, foi privado de exercer seu trabalho, situação que acarretou intensa aflição e angústia. E, nos termos do art. 5º, inc. X, da CF/88, o autor, como qualquer pessoa, tem o direito de manter intacta sua honra e imagem. E a conduta do réu, presenciada por outras pessoas e inclusive exposta, de certa forma, na mídia, conforme documento de fl. 40, acarreta sentimento de humilhação e ofensa. (fl. 176).

No ato compositivo da lide, foi arbitrado o montante compensatório em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), haja vista que a situação patrimonial das partes é desconhecida nos autos. Penso que essa quantia, a partir dos contornos fáticos da lide e das consequências vivenciadas pelo autor, está apta a compensar o abalo sofrido.

Ressalta-se ainda que a importância arbitrada corresponde, hoje, a cerca de R\$ 8.300,00 (oito mil e trezentos reais), valor suficiente para a compensação sem que haja enriquecimento indevido.

Desse modo, a quantia fixada é mantida, negando-se assim provimento ao recurso da parte autora.

2.1.3 Os ônus sucumbenciais

A despeito da alteração da sentença para determinar o ressarcimento em relação a alguns dos bens danificados, como visto essa reforma é

diminuta, de modo que não produz reflexos na distribuição da verba sucumbencial, a qual se mantém hígida.

3 A conclusão

Assim, quer pelo expressamente consignado neste voto, quer pelo que de seu teor decorre, suplantadas todas as questões ventiladas, deve o recurso ser conhecido e parcialmente provido para determinar o ressarcimento dos bens acima indicados, nos termos supra.

É o voto.

Apelação Cível n. 2012.054983-9, de Criciúma

Relator: Des. Sérgio Izidoro Heil

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO INDENIZATÓRIA POR DANOS MATERIAIS E MORAIS FUNDADA EM ERRO MÉDICO. IMPROCEDÊNCIA NA ORIGEM. PACIENTE PORTADORA DE TUMOR DE OVÁRIO. REALIZAÇÃO DE HISTERECTOMIA (RETIRADA DO OVÁRIO). GRANDE ADERÊNCIA DAS PAREDES DOS ÓRGÃOS E PROCESSO INFLAMATÓRIO NA CAVIDADE ABDOMINAL VERIFICADOS NO MOMENTO DO ATO CIRÚRGICO. QUADRO INERENTE À PATOLOGIA. DIFICULDADE DE AFASTAR O OVÁRIO DO INTESTINO GROSSO. OBSTRUÇÃO DESTE ÓRGÃO COM POSTERIOR SUTURA. INTERCORRÊNCIA PREVISTA NA LITERATURA MÉDICA. NECESSIDADE DE NOVAS INTERVENÇÕES CIRÚRGICAS. PROVA TESTEMUNHAL E PERICIAL CONCLUSIVA. TRATAMENTO MÉDICO CORRETO E TÉCNICA ADEQUADA PARA A GRAVE DOENÇA. NEGLIGÊNCIA, IMPRUDÊNCIA OU IMPERÍCIA NÃO CONSTATADAS NA CONDUTA PROFISSIONAL. RESPONSABILIDADE CIVIL INEXISTENTE. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

A obrigação decorrente da atividade curativa do médico não é de resultado e sim de meio. Sua responsabilidade civil, nos termos do art. 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. 2012.054983-9, da comarca de Criciúma (1ª Vara Cível), em que são apelantes José Carlos Zanette e outro, e são apelados Fundação Social Hospitalar de Içara - Hospital São Donato 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. Jairo Fernandes Gonçalves e Rosane Portella Wolff.

Florianópolis, 29 de outubro de 2015.

Sérgio Izidoro Heil
PRESIDENTE E RELATOR

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de apelação cível interposto por José Carlos Zanette e Everton Carlos Zanette, sucessores de Vilma Gomes Zanette, contra sentença que, nos autos de ação indenizatória n. 020.06.022324-3, movida em desfavor de Fundação Social Hospitalar de Içara e Lauro José Marques Nogueira, julgou improcedentes os pedidos iniciais e, em decorrência, impôs aos apelantes a obrigação de arcar com as custas processuais e os honorários advocatícios, estes fixados em R\$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais), com exigibilidade suspensa na forma do artigo 12 da Lei 1.060/50 (fls. 531/539).

Em suas razões recursais, sustentaram, em síntese, que: o segundo réu, ao efetuar cirurgia para retirada de cisto no ovário da autora originária, Vilma Zanette, acabou por perfurar o intestino grosso da paciente, em ato de imperícia; o profissional médico, mesmo sem ter habilitação para tanto, efetuou cirurgia de intestino na paciente, situação que acarretou a esta ainda maiores prejuízos e a conduziu a óbito; houve negligência ao efetuar uma segunda cirurgia sem o auxílio de cirurgião especializado em intestino; está devidamente comprovado nos autos o nexo causal entre a cirurgia e o choque séptico que conduziu ao falecimento da autora originária; presentes os requisitos da responsabilidade civil, devem os réus reparar os danos causados. Concluíram com pedido de provimento do recurso (fls. 542/551).

Sem preparo, ante o deferimento da Justiça Gratuita, e com as contrarrazões de ambos os réus (fls. 561/566 e 567/579), os autos ascenderam a esta Corte de Justiça.

VOTO

Presentes os requisitos de admissibilidade, conheço do recurso.

Vilma Gomes Zanette ajuizou a presente demanda de indenização por danos morais e materiais em face da Fundação Social Hospitalar de Içara e de Lauro José Marques Nogueira. Narrou que o segundo demandado, médico especializado em ginecologia e obstetrícia, diagnosticou na autora cisto de “ovário com septação grosseira” e recomendou cirurgia, realizada em 19 de abril de 2004 no nosocômio réu.

Após o procedimento, disse que passou a sentir fortes e constantes dores no abdômen, sendo assegurada pelo médico assistente de que tudo correu dentro da normalidade. Porém, no dia 24 de abril daquele ano, já em casa, percebeu que secreção com fezes saíam da incisão cirúrgica, retornando ao hospital para se submeter a nova cirurgia – naquele mesmo dia -, haja vista o equívoco da primeira intervenção, que acabou por perfurar o intestino grosso da paciente.

Relatou que em nenhum momento existiu transparência e lealdade do profissional da saúde em informar aos familiares acerca da gravidade da situação e do erro por ele cometido e, mesmo sem qualificação em cirurgia de intestino, realizou o segundo procedimento “numa tentativa de remendar e consertar a negligência e a incompetência que havia cometido no dia da cirurgia da retirada do cisto do ovário”.

Existindo piora no quadro clínico, em 27.4.2004, sucedeu terceira intervenção cirúrgica, agora realizada por outros dois médicos, Jairo e Roberto, para instalação de bolsa de colostomia. Ato contínuo, permanecendo crítico seu estado de saúde, foi conduzida à UTI (Unidade de Tratamento Intensivo), e ficou completamente debilitada para praticar sozinha qualquer atividade cotidiana.

Acrescentou que outras cirurgias foram necessárias, todas em razão do ilícito cometido pelo segundo demandado.

Postulou o reconhecimento de erro médico com a condenação dos demandados ao pagamento de indenização por danos materiais e morais.

No curso do feito, faleceu a autora e foi sucedida no processo pelo viúvo e pelo filho, que ora recorrem da sentença de improcedência.

Registro, de início, 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 Kfourri 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, antecipo, não é a dos autos.

Não há controvérsia acerca da necessidade de realização da primeira cirurgia na sra. Vilma, para a retirada de tumor de ovário (fl. 22). Cinge-se o litígio no alegado erro cometido em tal procedimento, pois sustentam os recorrentes que o médico, de forma negligente, perfurou o intestino grosso, ocasionando todas as intercorrências posteriores que resultaram no óbito da paciente.

A defesa do médico aduziu que, durante o ato cirúrgico, constatou “tumor endometrioma em ovário direito e aderido ao intestino grosso” e que, ao separar o intestino grosso do tumor, houve ruptura daquele órgão, necessitando de sutura na parede do intestino, com boa evolução. Afirmou que, após o procedimento, comunicou a família acerca do quadro de saúde delicado da paciente e, inclusive, relatou o episódio no prontuário médico, fato que afasta a alegada omissão profissional.

Discorreu sobre as intervenções cirúrgicas posteriores e ponderou que somente após quase um ano do primeiro procedimento é que a paciente retornou ao hospital de Araranguá (abril/2005), quando necessitou ser submetida a outras cirurgias que nenhuma relação tiveram com as antecedentes.

Também o hospital réu apresentou resposta à demanda argumentando, em resumo, a falta dos requisitos à responsabilidade civil.

No depoimento pessoal, o médico demandado confirmou os termos da defesa. Extraio excertos importantes do testigo (fls. 503/504):

[...] que a cirurgia era o procedimento adequado, mas cuidava-se de cirurgia delicada por envolver processo inflamatório em órgãos; que o ato cirúrgico transcorreu sem qualquer problema; que quando foi deslocar o intestino do ovário, o intestino rompeu-se; que no instante foi realizado a reposição do tecido do intestino de forma correta; que a paciente tinha bastante aderência; que se refere a bastante aderência como sento o intestino grudado no outro intestino por seqüência de processos inflamatórios; que terminada a cirurgia conversou com o esposo da Sra. Vilma, esclarecendo o que ocorreu durante a cirurgia, e que tudo tinha

sido resolvido; que a Sra. Vilma passou bem e teve alta; [...] que por volta de três dias após a alta [...] a Sra. Vilma voltou com secreção na ferida operatória com fezes; que o que continha dava a perceber que havia reaberto o que estava fechado; que a Sra. Vilma foi a cirurgia naquela mesma noite, pelas mãos do declarante; que o declarante teve ajuda do Dr. Roberto ou do Dr. Jairo; que a Sra. Vilma foi novamente operada, “porque não foi realizado um bom procedimento, não o sentido “de técnica” mas do que dizia respeito a extensão do processo inflamatório; que a Sra. Vilma continuava soltando bastante fezes; que na terceira cirurgia foi realizado uma colostomia, em razão de ser “praxe” [...] **que a secreção e as fezes apresentadas não tinham a ver com a cirurgia do ovário em si, mas eram fruto do processo inflamatório junto ao intestino, o que se rompeu após a cirurgia; que o procedimento padrão, recomendado pela literatura, em casos de endometriose é mesmo descolamento do ovário do intestino; que tal se dá também em virtude do processo inflamatório, o que leva ao descolamento; que afirma com absoluta certeza que tinha qualificação técnica para a segunda cirurgia junto ao intestino,** pois caso não tivesse não realizaria [...] que foi do declarante a opção de na segunda cirurgia refazer a alça do intestino, sendo que o declarante tentou evitar a colostomia para a terceira cirurgia, prevalecendo no entanto a decisão dos outros dois médicos [...] que o hospital réu tinha totais condições para a realização das três cirurgias; que o corpo de enfermagem da mesma forma; que realizada por volta de quatro a cinco procedimentos idênticos por semana.

Corroborou esta tese o testemunho do médico assistente Jairo Peruchi (fls. 509/510:

[...] recorda-se do caso envolvendo a Sra. Vilma; que o depoente participou de uma cirurgia na falecida Sra. Vilma, cuidando-se de um quadro abdominal agudo com indicação cirúrgica, realizando laparotomia exploradora; que a Sra. Vilma apresentou na laparotomia exploradora uma lesão em cólon sigmoide, possibilitando que houvesse fezes na cavidade peritoneal; que havia peritonite no quadro da Sra. Vilma; que no caso da Sra. Vilma houve uma retirada do segmento comprometido do intestino; que houve fechamento do segmento distal com colostomia [...] que dependendo da extensão da endometriose pode haver aderências externas entre a parede do útero e o intestino, e entre as

alças do intestino ou várias aderências segmentadas; **que é importante que se faça a liberação das aderências para não haver doença residual e para que se consiga individualizar as estruturas; que em função das aderências há maior possibilidade de perfuração intestinal quando da soltura;** [...] que as aderências podem dificultar a liberação das alças e atrasar a colostomia [...] que após a histerectomia as aderências podem retornar de forma até mais intensa; que não apenas em relação a endometriose, mas pacientes já submetidos a cirurgias abdominais tem mais probabilidade de serem acometidos de aderências intestinais; [...] que o hospital réu oferecia todas as condições clínicas e de enfermagem, bem como de equipamentos para cirurgias ali realizadas [...] que a lesão encontrada na laparotomia poderia ter sido em decorrência da cirurgia de histerectomia, tendo em vista as aderências; **que não constatou erro médico da parte do réu Lauro quanto a cirurgia realizada pelo mesmo;** que a técnica mais utilizada para casos de perfuração intestinal com peritonite é a colostomia; que são “escolas diferentes”, havendo quem opte pela sutura, havendo risco maior de rompimento; **que não necessariamente a perfuração intestinal acarreta a peritonite [...] que na histerectomia, e lido o narrado pelo réu Lauro em seu depoimento pessoal, pode afirmar que o procedimento do mesmo foi o correto; que o profissional indicado para a histerectomia é o ginecologista; que o próprio ginecologista pode realizar o descolamento das aderências [...] que nada impede que o próprio ginecologista faça a sutura do intestino em caso de lesões simples [...]**

Na mesma linha, o profissional médico que analisou a Sra. Vilma, já falecida, narrou que “a causa imediata da morte foi choque séptico, ou seja, infecção generalizada; que a infecção ocorreu em virtude de sequenciais peritonites de repetição, estas em decorrência da histerectomia; que todo procedimento invasivo é de risco e atividade médica é de meio, razão pela qual não pode afirmar que tenha existido erro médico por parte do réu Lauro, havendo estatísticas em torno da possibilidade de uma perfuração intestinal como intercorrência cirúrgica [...]” (fl. 505).

Os demais depoimentos não servem para investigação dos fatos, porquanto apenas confirmaram o estado de saúde delicado após as cirurgias (fls. 506/508).

A perícia judicial também descartou a ocorrência de equívoco na conduta do médico requerido, assim como certificou que o tratamento adotado era adequado para a patologia. Respondendo aos quesitos da parte autora, apontou:

[...] 3 – Informe o perito médico se o procedimento cirúrgico de histerectomia abdominal realizado na mãe e esposa dos autores foi correto? Pode o perito concluir se ocorreu a perfuração do intestino da paciente nesta cirurgia?

Sim, estava indicada a cirurgia. Houve uma intercorrência no ato operatório, pela dificuldade de separação do tumor e o intestino. Durante o ato cirúrgico o cirurgião teve que suturar o intestino, ato comum e indicado pela literatura médica nestas intercorrências.

4 – Em uma cirurgia de histerectomia pode ocorrer eliminação de secreção com fezes na incisão no pós-cirúrgico como ocorreu com a esposa e mãe dos autores, conforme relatório hospitalar do dia 24/04/2004 em anexo? Pode informar o perito médico qual o ocorrido na cirurgia para gerar tal situação?

Segundo relatório cirúrgico da segunda cirurgia, **houve uma perfuração intestinal decorrente de uma úlcera intestinal com trombose mesentérica** (laudo anatomopatológico anexo aos laudos), isto é, **independente da cirurgia do Dr. Lauro (histerectomia) a autora iria desenvolver tal situação, pois trombose mesentérica aguda é uma doença que evolui cronicamente, com alto índice de mortalidade e não tem relação com a cirurgia de histerectomia e nem mesmo com a perfuração acidental corrigida pelo cirurgião ginecologista obstetra.** [...]

7 – O Dr. Perito pode explicar e informar o que pode ter ocasionado o resultado do exame anátomo patológico-macrosopia realizado em 03/05/2004 na esposa e mãe dos autores no qual teve o seguinte resultado: “lesão ulcerada perfurada com isquemia e extensa reação inflamatória das paredes e serosa. Vasos mesentéricos com trombose, peritonite aguda e fecal”.

A doença de base da autora já era grave. As condições físicas, imunológicas e hemodinâmica da mesma já estavam comprometidas por esta doença,

que tem evolução rápida e dolorosa. A trombose mesentérica é uma patologia crônica que evolui de forma insidiosa e com muita gravidade. **Independente da cirurgia efetuada pelo ginecologista a autora dificilmente não evoluiria para uma perfuração intestinal grave**, já que o índice de mortalidade por esta patologia é muito alto, a peritonite é uma inflamação do peritônio.

8 – Teria o senhor doutor perito outros esclarecimentos?

Cada paciente responde diferentemente ao tratamento. A paciente teve uma trombose mesentérica aguda que tem alto índice de mortalidade, sendo que houve melhora deste quadro com os tratamentos realizados. A autora teve novos episódios de oclusão intestinal também pela doença de base – endometrioma.

Em resposta aos quesitos do médico demandado, o perito assegurou que não havia sinal de imperícia ou negligência, reafirmando que a complicação cirúrgica é inerente ao procedimento realizado.

Apesar do descontentamento com a grave situação vivenciada pela familiar dos recorrentes, nada nos autos indica tenha o recorrido infringido os deveres inerentes à sua profissão e, conseqüentemente, dado causa às inúmeras outras intercorrências que culminaram no falecimento. Ao contrário disso, o cenário probatório mostrou que o profissional da saúde empregou toda a técnica e conhecimento necessários ao sucesso das cirurgias e à cura da doença da paciente, deixando de agir, em todas as situações, com culpa.

Consoante foi explicado pelos médicos, dada a aderência dos órgãos da paciente e a necessidade de descolamento do ovário para a retirada do tumor ali instalado (histerectomia), ocorreu uma obstrução no intestino grosso, intercorrência possível de ser verificada nessas hipóteses. O segundo requerido realizou a sutura, mas devido ao processo inflamatório da cavidade abdominal (também resultado da doença), a lesão se rompeu, sendo necessárias novas intervenções.

Observo do prontuário médico contendo o resumo do ato cirúrgico apontamentos indicando as aderências (bexiga ao útero, ovário

ao intestino grosso), a dificuldade de afastamento dos órgãos, a rotura do intestino grosso e a realização de sutura (fl. 25v).

Por isso, também não posso concluir que existiu omissão profissional, quanto mais porque era de conhecimento da família a gravidade da doença (tumor de ovário) e, outrossim, é sabido o malefício que patologias dessa estirpe causam no corpo humano.

Na evolução pós-cirurgia, nenhuma situação excepcional foi anotada, recebendo alta a paciente três dias depois (fls. 22/24). Quando retornou à casa de saúde ré, após dois dias, foi levada ao centro cirúrgico pelo médico requerido, o qual, registro, detinha qualificação técnica para o ato, segundo assegurou o médico cirurgião que testemunhou em juízo e que auxiliou o recorrido no terceiro procedimento.

Compartilho do entendimento exarado pelo sentenciante no sentido de que *“a morte da esposa e mãe dos autores (respectivamente) não guarda qualquer relação com as cirurgias realizadas pelo segundo réu. E, deste modo, ainda que lastimável e sofrida a trajetória da falecida autora, não há como responsabilizar o médico réu pelas dificuldades inerentes ao próprio caso especial da Sra. Vilma que, frise-se, era portadora de uma doença crônica gravíssima, trombose mesentérica, estando suas condições físicas, imunológicas e hemodinâmica comprometidas em razão desta doença”*.

Sobre o tema, este egrégio Tribunal de Justiça já se manifestou:

APelação CÍVEL - AÇÃO DE REPARAÇÃO CIVIL - INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS - ERRO MÉDICO-RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVO DO HOSPITAL E DO ESTADO DE SANTA CATARINA - CF, ART. 37, § 6º - RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA DO MÉDICO - CC, ART. 186, 927, CAPUT, E 951 - NÃO APLICAÇÃO DO CDC NOS CASOS QUE ENVOLVEM HOSPITAL PÚBLICO - SERVIÇO DE SAÚDE QUE É PRESTADO DIRETAMENTE PELO ESTADO, MEDIANTE RECEITAS PÚBLICAS - AUSÊNCIA DE REMUNERAÇÃO - CDC, ART. 3º, § 2º - RESPONSABILIDADE DO NOSOCÔMIO QUE, CONQUANTO OBJETIVA, NÃO PRESCINDE DA

DEMONSTRAÇÃO DA CULPA DO PROFISSIONAL MÉDICO - PRECEDENTES DO STJ - PACIENTE QUE, APÓS O PARTO, DESENVOLVE COAGULAÇÃO INTRAVASCULAR DISSEMINADA, VINDO A ÓBITO EM VIRTUDE DE CHOQUE HIPOVOLÊMICO, MESMO APÓS TRATAMENTO HEMOTERÁPICO E CIRURGIA DE HISTERECTOMIA - PROVA DOCUMENTAL QUE DEMONSTRA O ACOMPANHAMENTO DO QUADRO CLÍNICO PELO MÉDICO CONTRATADO - PROVA PERICIAL QUE É CONCLUSIVA NO SENTIDO DE QUE O PROFISSIONAL ADOTOU O TRATAMENTO CORRETO E A TÉCNICA APROPRIADA AO COMBATE DA SÍNDROME - COMPLICAÇÃO PÓS-PARTO QUE NÃO LHE PODE SER IMPUTADA - NÃO DEMONSTRAÇÃO DA CULPA POR NEGLIGÊNCIA, IMPRUDÊNCIA OU IMPERÍCIA - ATO ILÍCITO NÃO CARACTERIZADO - INEXISTÊNCIA DA OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR - RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

1. É entendimento pacífico na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que, em tema de erro médico, a responsabilidade civil do profissional é subjetiva, caracterizando-se mediante a comprovação de dolo ou culpa, esta por imprudência, negligência ou imperícia. Em contrapartida, a responsabilidade do hospital é objetiva, configurando-se independentemente da culpabilidade da instituição, mas não prescindindo da demonstração da reprovabilidade da conduta do profissional médico.

2. A comprovação da culpa do médico, por negligência, imprudência e imperícia, constitui pressuposto inarredável à caracterização do ato ilícito. Evidenciando a perícia que o doutor adotou o tratamento correto e a técnica apropriada ao combate da síndrome que acometeu a parturiente e que foi a causa eficiente da morte dela, tem-se por não configurada a responsabilidade civil do profissional e tampouco do hospital. (TJSC, Apelação Cível n. 2009.072854-5, de Lages, rel. Des. Cid Goulart, j. 02-06-2015).

Também:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. INTERVENÇÃO CIRÚRGICA - COLECISTECTOMIA POR VIA LAPAROSCÓPICA. PRESENÇA DE CÁLCULOS BILIARES. EXTIRPAÇÃO DA VESÍCULA. COMPLICAÇÃO NO PÓS-OPERATÓRIO.

SOLTURA DE UM DOS CLIPES INSTALADOS. VAZAMENTO DO LÍQUIDO BILIAR NA CAVIDADE ABDOMINAL SÓ VERIFICADO VÁRIOS DIAS APÓS A REALIZAÇÃO DO MENCIONADO PROCEDIMENTO. NECESSIDADE DE NOVA CIRURGIA. AGRAVAMENTO DO ESTADO DE SAÚDE QUE RESULTOU NO FALECIMENTO POSTERIOR DA PACIENTE. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. RECURSO DOS AUTORES. 1. APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. 2. RESPONSABILIDADE CIVIL DOS MÉDICOS PERQUIRIDA DE FORMA SUBJETIVA. NECESSÁRIA COMPROVAÇÃO DA CULPA. DICÇÃO DO § 4º DO ARTIGO 14 DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. OBRIGAÇÃO DE MEIO E NÃO DE RESULTADO. 3. COMPLICAÇÕES ADVINDAS DA SOLTURA DE CLIPE COLOCADO PARA FECHAMENTO DO LOCAL DA INCISÃO. MAL QUE NÃO SE PODE ATRIBUIR A QUAISQUER CONDUTAS COMISSIVAS/OMISSIVAS DOS REQUERIDOS. POSSIBILIDADE DE EMBARAÇO ADVINDO DE FATORES EXTERNOS, COMO CIRCUNSTÂNCIAS PESSOAIS DA PACIENTE - MEIA-IDADE E OBESIDADE -, OS QUAIS RECONHECIDAMENTE AUMENTAM AS CHANCES DE SURGIMENTO DE PROBLEMAS PÓS-OPERATÓRIOS. 4. ERRO MÉDICO INEXISTENTE. CONTEXTO PROBATÓRIO ROBUSTO. AUSÊNCIA DE NEXO CAUSAL. 5. RESPONSABILIDADE CIVIL NÃO CARACTERIZADA. 6. IMPROCEDÊNCIA MANTIDA. 7. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. “Aos atos dos médicos aplica-se a teoria clássica que instituiu no ordenamento jurídico a responsabilidade civil subjetiva, o que torna imprescindível para haver condenação a averiguação da seguinte trilogia: (1º) a ação ou omissão dolosa ou culposa; (2º) o prejuízo; e, (3º) o liame de causalidade entre o dano e a conduta ilícita. [...] A obrigação do médico, tratando-se de cirurgia (geral) para retirada de cálculos biliares, é de meios, pois não pode ele garantir que, com a realização de tal intervenção, o mal que acomete o seu paciente chegará ao fim. [...] Havendo prova de lesões nas vias biliares da paciente após cirurgia para retirada da vesícula em função de cálculos biliares, e demonstrado nos autos que tal complicação, assim como o surgimento de icterícia leve, é resultante de processo inflamatório oriundo da própria gravidade do caso, ausente se faz o

nexo de causa e efeito entre o prejuízo e a conduta médica que aqui se pretende reconhecer como culposa e, por consequência, inexistente o dever de indenizar. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO” (TJSC, Apelação Cível n. 2009.065428-8, de Criciúma, rel. Des. Gilberto Gomes de Oliveira, j. 03-11-2011). (TJSC, Apelação Cível n. 2011.068625-1, de Campos Novos, rel. Des. Raulino Jacó Brüning, j. 09-07-2015).

Nesses termos, sendo assegurado pela literatura médica que a intercorrência verificada no caso é inerente ao ato cirúrgico realizado na paciente, assim como porque restou demonstrado que o assistente médico empregou toda a técnica necessária ao sucesso do procedimento, em nenhum momento agindo com imprudência, imperícia ou negligência, a manutenção da sentença é medida que se impõe.

Registro que, não sendo reconhecida a ilicitude do ato praticado pelo médico, não há falar em responsabilidade do hospital na prestação do serviço, que seria objetiva em relação aos danos decorrentes de conduta praticada por profissional integrante de seus quadros.

Apelação Cível n. 2012.069065-5, de Forquilha

Relator: Des. Sérgio Izidoro Heil

APELAÇÃO CÍVEL E RECURSO ADESIVO. AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL E REINTEGRAÇÃO DE POSSE. RECONVENÇÃO. DISCUSSÃO ACERCA DO PERCENTUAL DEVIDO ÀS PARTES EM DECORRÊNCIA DO CONTRATO DE PARCERIA AGRÍCOLA. LIMITAÇÃO DA QUOTA CABÍVEL AO PROPRIETÁRIO PREVISTA PELAS ALÍNEAS DO ART. 96, VI, DO ESTATUTO DA TERRA. RESTITUIÇÃO DO MONTANTE RECEBIDO A MAIOR. MANUTENÇÃO QUE SE IMPÕE. PRESCRIÇÃO DAS PRESTAÇÕES VENCIDAS ANTERIORMENTE AO TRIÊNIO PRETÉRITO À RECONVENÇÃO. REFORMA DO *DECISUM* NO PONTO. INSURGÊNCIA EM RELAÇÃO À SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DA VERBA HONORÁRIA DEVIDA PELOS BENEFICIÁRIOS DA JUSTIÇA GRATUITA. DESCABIMENTO. DIREITO DE ACESSO À JUSTIÇA. BENESSE QUE ENGLOBA A INTEGRALIDADE DA VERBA SUCUMBENCIAL. PREVISÃO DO ART. 12 DA LEI N. 1.060/50. DECISÃO MANTIDA. PLEITO DE AFASTAMENTO DA COMPENSAÇÃO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS EM RECURSO ADESIVO. IMPOSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DA SÚMULA N. 306 DO STJ. PRECEDENTES. APELO CONHECIDO E PROVIDO EM PARTE. RECURSO ADESIVO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2012.069065-5, da comarca de Forquilha (Vara Única), em que são apte/apdo Pedro Graciano Camilo e outro, e apdo/apte Antonio Cardoso e outro:

a Quinta Câmara de Direito Civil decidiu, à unanimidade, conhecer dos recursos, prover parcialmente o apelo e desprover o recurso adesivo. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Exmos. Srs. Des. Jairo Fernandes Gonçalves e Rosane Portella Wolff.

Florianópolis, 24 de setembro de 2015.

Sérgio Izidoro Heil
PRESIDENTE E RELATOR

RELATÓRIO

Trata-se de apelação cível e recurso adesivo interpostos respectivamente por Pedro Graciano e outro e Antônio Cardoso e outro contra sentença única proferida pelo Juiz de Direito da comarca de Forquilha que, nos autos da “ação de rescisão contratual, cumulada com reintegração de posse e indenização por perdas e danos e dano moral” autuada sob n. 166.10.000998-5, e da “ação de manutenção de posse com pedido liminar” n. 166.10.000731-1, julgou da seguinte forma:

Pelo exposto, com fundamento no artigo 269, I, do Código de Processo Civil, JULGO EXTINTOS o processo n. 166.10.000731-1 e a lide principal dos autos n. 166.10.000998-5, nos termos do artigo 269, III, do Código de Processo Civil.

Custas processuais pro rata, na proporção de 50% para parte.

Condene cada parte ao pagamento de honorários advocatícios na proporção de R\$ 1.000,00 ao procurador dos adversos, admitindo-se a compensação. Fica suspensa a parte que cabe a Antônio e Valeriana, isto em virtude dos benefícios da gratuidade da Justiça deferida

No que concerne à lide secundária instaurada nos autos de n. 166.10.000998-5, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE o pedido contido na reconvenção para, em consequência, condenar os reconvidos à restituição de 20% dos valores recebidos como lucro das safras a partir de julho de 2007, acrescido de juros de mora desde a citação e corrigido monetariamente desde os respectivos pagamentos, devendo ser auferida em liquidação de sentença.

Diante da rejeição de pedidos, entendo que a reconvinde decaiu em 70%, enquanto a reconvida decaiu nos 30% restantes. Condeno-as ao pagamento das custas processuais nesta proporção. Quanto aos

honorários advocatícios, condeno os reconvintes ao pagamento de R\$ 700,00 ao procurador dos adversos e os reconvidos à quantia de R\$ 300,00, admitindo-se a compensação. Publique-se. Registre-se. Intimem-se. (fls. 236/247 dos autos n. 166.10.000998-5).

Foram opostos embargos de declaração às fls. 253/254, em que os reconvintes alegaram omissão acerca do benefício da justiça gratuita na lide secundária.

Em suas razões, os apelantes aduziram, em síntese, que: os litigantes efetuaram autêntico contrato de parceria rural para cultivo de arroz, milho e feijão, cujo preço foi estabelecido em 50% do valor da safra; os próprios reconvintes confirmaram que mantinham o contrato nesses termos desde o ano de 1976; os recorridos exploravam outras terra, estranhas à contratada, ficando com 100% do lucro; a parceria foi muito vantajosa para os reconvintes, tanto é que permaneceram por décadas, não havendo motivos para limitação do percentual cabível ao proprietário em 30%; se mantida a decisão, deve-se considerar prescritas as parcelas anteriores a 17.1.2011, pois esta foi a data do protocolo da reconvenção; o termo final da prescrição deve ser a data em que os reconvintes foram notificados extrajudicialmente para desocuparem a terra; é equivocada a suspensão da exigibilidade do pagamento dos honorários de sucumbência pelo deferimento da justiça gratuita, pois o procurador evidentemente trabalhou; por outro lado, o arbitramento da verba honorária deu-se em excesso, devendo ser reduzida. Por fim, quiseram o conhecimento e provimento do apelo (fls. 255/267).

Sobreveio decisão que acolheu os aclaratórios (fl. 270), e os apelantes ratificaram suas razões (fls. 275/276).

Contrarrazões às fls. 278/282.

Após, os reconvintes apresentaram recurso adesivo, aduzindo, por sua vez, que: o instituto da compensação é inaplicável aos honorários advocatícios de sucumbência, pois estes se revestem de caráter alimentar; a verba honorária não pertence aos litigantes, mas a seus patronos.

Ao final, pleitearam o conhecimento e provimento da insurgência (fls. 284/287).

As contrarrazões, pelos reconvidos, foram apresentadas às fls. 291/301 e os autos ascenderam a esta Corte de Justiça.

VOTO

Porque preenchidos os pressupostos de admissibilidade, conheço de ambos os recursos e passo à análise de suas razões.

Da participação dos frutos na parceria agrícola

Os reconvidos, ora apelantes, insurgiram-se contra a sentença que condenou-os à restituição de 20% (vinte por cento) dos valores recebidos como lucro das safras a partir de julho de 2007, decorrentes do contrato de parceria agrícola firmado com os reconvintes, acrescidos de juros desde a citação, e correção monetária a partir dos respectivos pagamentos.

Sustentaram que os litigantes efetuaram autêntico contrato de parceria rural para cultivo de arroz, milho e feijão, cujo pagamento se daria na razão de 50% (cinquenta por cento) do valor das safras, nos termos da cláusula segunda da avença.

Ressaltaram que nunca forçaram a parceria, a qual vinha ocorrendo desde o ano de 1976 nessas condições, e que sempre permitiram que os recorridos explorassem outras terras que não estavam incluídas no contrato, das quais retinham 100% do lucro.

Pois bem. Necessário registrar, inicialmente, que a natureza do negócio jurídico firmado pelos litigantes é de parceria agrícola, regido pela Lei n. 4.504/64 – Estatuto da Terra, com regulamentação dada pelo Decreto n. 59.566/66.

Nos termos da mencionada norma, especificamente §1º do art. 96, “*parceria rural é o contrato agrário pelo qual uma pessoa se obriga a*

ceder à outra, por tempo determinado ou não, o uso específico de imóvel rural, de parte ou partes dele, incluindo, ou não, benfeitorias, outros bens e/ou facilidades, com o objetivo de nele ser exercida atividade de exploração agrícola, pecuária, agroindustrial, extrativa vegetal ou mista; e/ou lhe entrega animais para cria, recria, invernagem, engorda ou extração de matérias-primas de origem animal, mediante partilha, isolada ou cumulativamente, dos seguintes riscos [...]’.

Definida a relação de parceria agrícola e a regulamentação cabível, verifico que a legislação estabelece os limites a serem pagos de comissão pelos frutos da parceria ao proprietário, que podem variar de 25% a 75%, conforme a participação de cada um durante a execução do contrato:

Art. 96. Na parceria agrícola, pecuária, agro-industrial e extrativa, observar-se-ão os seguintes princípios:

[...]

V - no Regulamento desta Lei, serão complementadas, conforme o caso, as seguintes condições, que constarão, obrigatoriamente, dos contratos de parceria agrícola, pecuária, agro-industrial ou extrativa:

a) quota-limite do proprietário na participação dos frutos, segundo a natureza de atividade agropecuária e facilidades oferecidas ao parceiro;

[...]

VI - na participação dos frutos da parceria, a quota do proprietário não poderá ser superior a:

a) 20% (vinte por cento), quando concorrer apenas com a terra nua;

b) 25% (vinte e cinco por cento), quando concorrer com a terra preparada;

c) 30% (trinta por cento), quando concorrer com a terra preparada e moradia;

d) 40% (quarenta por cento), caso concorra com o conjunto básico de benfeitorias, constituído especialmente de casa de moradia, galpões, banheiro para gado, cercas, valas ou currais, conforme o caso;

e) 50% (cinquenta por cento), caso concorra com a terra preparada e o conjunto básico de benfeitorias enumeradas na alínea d deste inciso e

mais o fornecimento de máquinas e implementos agrícolas, para atender aos tratos culturais, bem como as sementes e animais de tração, e, no caso de parceria pecuária, com animais de cria em proporção superior a 50% (cinquenta por cento) do número total de cabeças objeto de parceria;

f) 75% (setenta e cinco por cento), nas zonas de pecuária ultra-extensiva em que forem os animais de cria em proporção superior a 25% (vinte e cinco por cento) do rebanho e onde se adotarem a meação do leite e a comissão mínima de 5% (cinco por cento) por animal vendido;

Compulsando os autos, verifico que os litigantes firmaram contrato de arrendamento de terreno rural, pelo prazo de 3 (três) anos, em 16.9.2002, em que estabeleceram as seguintes condições de trabalho e distribuição de quotas (fls. 82/83):

Cláusula Sétima

Todas as despesas para o preparo da terra e insumos serão divididas entre o proprietário e o arrendatário, inclusive a energia elétrica utilizada para o bombeamento da água

Cláusula Oitava

O valor do arrendamento, objeto do presente contrato, fica estipulado em 50% (cinquenta por cento) por ano, renda fixa, a contar da assinatura do presente contrato.

Após, em 3.8.2006, firmaram contrato de parceria rural com termo final em 3.8.2012, nas condições que seguem (fls. 79/80):

Segunda: (do valor)

O valor pago será de 50% (cinquenta por cento) do valor da safra de arroz, milho e feijão.

Terceira: (do direito de verbas rescisórias)

Não incidem verbas rescisórias a nenhum dos contratados. Os 50% (cinquenta por cento) da safra que toca aos contratados, corre a partilha dos riscos e lucros. Isto é, havendo lucro o mesmo terá direito dos 50% do valor da safra conforme cláusula segunda, havendo prejuízo soma-se os prejuízos e distribuem entre os contratados.

Quarta: (das ferramentas dos contratados)

Os parceiros contratados entram apenas com sua mão de obra. Sendo que o terreno e a peça onde os contratados retiram sua economia familiar conforme descrito no contrato, comprometendo-se os contratados a entregar o terreno objeto do presente contrato, findo o prazo, sem direito a qualquer indenização pelas benfeitorias efetuadas.

Nesse contexto, observo que o contrato firmado extrapolou a previsão legal, uma vez que a condição de divisão igualitária de lucros e despesas na forma contratada pelas partes não se enquadra na hipótese de quota-limite de 50%, prevista na alínea “e” do inciso VI do art. 96 do Estatuto da Terra.

Observou-se que, durante a execução do contrato, os reconvidados não concorreram com a terra preparada, conjunto de benfeitorias descritos na alínea “d” do mencionado inciso, e fornecimento de máquinas e implementos agrícolas. Dos testemunhos prestados em juízo, assim como das manifestações das partes nos autos, extraio que a moradia foi fornecida pelo proprietário, contudo, o maquinário e os implementos agrícolas eram custeados por ambos, de forma igualitária, o que afasta a hipótese prevista na alínea “e” do inciso VI do referido artigo.

E não há que se falar em aplicação dos 40% (quarenta por cento) previstos na alínea “d” do inciso VI do art. 96, porquanto não há provas nos autos de que os apelantes tenha disponibilizado toda a estrutura mencionada nesse dispositivo.

E como bem apontado pelo sentenciante, “*os requisitos constantes na legislação vigente não comportam alteração, devendo estar presentes de forma concomitante, e não alternativa. Na ausência de um deles, inviável a fixação em tal patamar*” (fl. 244).

Muito embora os recorrentes aleguem que os reconvintes aceitaram as condições contratualmente impostas por décadas, desde o início da parceria no ano de 1976, não há como considerar a prevalência da livre vontade das partes, uma vez que os parceiros são pessoas humildes, de

pouca instrução, e sem conhecimento dos termos e limites estabelecidos por lei.

Dessa forma, correta a decisão do togado *a quo* no sentido de limitar a quota do proprietário nos termos da lei, em 30% dos lucros obtidos, devendo os réus procederem à devolução dos valores recebidos a maior.

Nesse norte, colho dos julgados desta Corte:

CONTRATO DE PARCERIA AGRÍCOLA. [...] PERCENTUAL DEVIDO ÀS PARTES EM DECORRÊNCIA DO CONTRATO DE PARCERIA AGRÍCOLA. INTENÇÃO DE AMBAS AS PARTES DE MAJORAÇÃO DA SUA QUOTA-PARTE. ART. 96, VI, DO ESTATUTO DA TERRA E ART. 35, VI, DO DECRETO 59.566/66. PROVIMENTO JURISDICIONAL QUE NÃO MERECE REPARO. Decidiu com acerto a sentença que reconheceu que o proprietário/apelante efetivamente forneceu o conjunto básico de benfeitorias: casa de moradia, galpões, cercas, valas ou currais, terra já preparada, sementes, água e insumos. Não há como se majorar o percentual devido ao apelante, com fundamento no art. 35, § 2º, do Decreto 59.566/66, na medida em que sequer há prova da existência das alegadas benfeitorias e bens que extrapolem aquelas previstas no art. 96, “e”, do Estatuto da Terra. Da mesma maneira não é razoável o requerimento do autor no recurso adesivo, pois consiste em simples inversão dos percentuais da parceria estipuladas no contrato sem previsão contratual ou dispositivo legal apto a amparar o pleito em tela. [...] (AC n. 2010.079664-5, de Meleiro, rel. Des. Gilberto Gomes de Oliveira, j. 2.10.2014).

Mais:

[...] PARCERIA AGRÍCOLA. PORCENTAGEM ESTABELECIDADA NO ESTATUTO DA TERRA. CONTRIBUIÇÃO DO ARRENDANTE NO REFLORESTAMENTO. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO A LEGISLAÇÃO QUE ESTABELECE SEU REGRAMENTO NO TOCANTE AO PERCENTUAL FIXADO. O contrato de parceria rural deve seguir os percentuais sobre o produto advindo da cessão da terra de acordo com o estabelecido no Estatuto da Terra, sob pena de nulidade absoluta (art. 2º, parágrafo único, Decreto n.

59.566/1966). Verificado que o contrato estabelece o percentual de 20% (vinte por cento) e do conjunto probatório não se pode aferir eventual enquadramento em outra porcentagem, o percentual pactuado deve ser mantido. [...] (AC n. 2006.003380-1, de Concórdia, rel. Des. Carlos Prudêncio, j. 11.11.2008).

Da prescrição

Os apelantes insurgiram-se em relação ao marco prescricional dos valores a serem devolvidos aos reconvintes.

Na sentença combatida, o togado considerou que a devolução do montante recebido a maior deve ocorrer desde julho de 2007, porquanto o ajuizamento da ação se deu em julho de 2010, estando prescritas as demais parcelas (prazo prescricional de 3 anos, nos termos do art. 206, §3º, do CC).

Todavia, a cobrança da diferença dos frutos percebidos por força do contrato de parceria agrícola foi promovida por meio da reconvenção, a qual foi protocolada em 17.1.2011, sendo este o marco prescricional correto.

Dessa forma, é devida a restituição da diferença das parcelas recebidas dos reconvintes desde janeiro de 2008, encontrando-se prescritas as anteriores. A última parcela devida deve coincidir com a última safra realizada em parceria pelas partes, conforme definido no termo de audiência de fl. 205.

Dos honorários advocatícios

Os reconvindos insurgiram-se acerca da suspensão da exigibilidade da verba honorária devida pelos reconvintes, diante da sucumbência recíproca, sustentando que o trabalho do procurador necessita ser remunerado.

Sobre o ponto, tenho que não assiste razão aos apelantes.

Isso porque os apelados são beneficiários da justiça gratuita (fls. 246 e 270) e, nessa condição, a exigência da verba sucumbencial fica suspensa, nos termos do art. 12, da Lei n. 1.060/50, *in verbis*:

Art. 12. A parte beneficiada pela isenção do pagamento das custas ficará obrigada a pagá-las, desde que possa fazê-lo, sem prejuízo do sustento próprio ou da família, se dentro de cinco anos, a contar da sentença final, o assistido não puder satisfazer tal pagamento, a obrigação ficará prescrita.

O referido beneplácito tem estrita relação com o direito de acesso à justiça, sendo inerente ao seu deferimento a suspensão da exigibilidade de todas as verbas decorrentes da demanda judicial, inclusive os honorários advocatícios sucumbenciais.

Nesse sentido, trago precedente desta Corte:

Agravo de instrumento. Ação revisional. Contrato de financiamento. Insurgência contra decisão que concedeu o benefício da justiça gratuita e determinou a suspensão da exigibilidade apenas das custas processuais, não abrangendo os honorários advocatícios. Pedido de extensão da benesse à mencionada verba. Admissibilidade. Aplicação do artigo 12 da Lei n. 1.060/1950. Precedentes. Decisão reformada, nesse aspecto. Reclamo provido. (AI n. 2014.087073-0, de Blumenau, rel. Des. Ronaldo Moritz Martins da Silva, j. 14.5.2015).

Ressalto que a legislação prevê a suspensão do pagamento da verba, e não a isenção, de forma que, havendo modificação da situação econômica do beneficiário e não se encontrando a verba prescrita, subsiste a possibilidade de cobrança.

Dessa forma, nada há que se alterar no *decisum* combatido.

Por fim, em recurso adesivo, os reconvintes combateram a sentença no tocante à compensação dos honorários advocatícios, sob o argumento de ser o instituto incabível, diante do caráter alimentar dos honorários de sucumbência.

Descabe maiores digressões acerca do ponto, uma vez que o assunto é tratado pela Súmula n. 306 do Superior Tribunal de Justiça, que assim determina:

“Os honorários advocatícios devem ser compensados quando houver sucumbência recíproca, assegurado o direito autônomo do advogado à execução do saldo sem excluir a legitimidade da própria parte”.

No mesmo sentido, é assente a jurisprudência desta Corte de Justiça:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE REVISÃO. CONTRATO DE FINANCIAMENTO PARA AQUISIÇÃO DE VEÍCULO. PEDIDO INICIAL QUE FOI ACOLHIDO EM PARTE. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA E PROPORCIONAL. ARTIGO 21, “CAPUT”, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. POSSIBILIDADE DA COMPENSAÇÃO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. SÚMULA N. 306 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E RECURSO ESPECIAL N. 963.528/PR, SUBMETIDO AO RITO DO ARTIGO 543-C DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. RECURSO DESPROVIDO. (AC n. 2015.052931-7, de Jaraguá do Sul, rel. Des. Jânio Machado, j. 3.9.2015).

Também:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE DIREITO E INDENIZATÓRIA POR LOCUPLETAMENTO INDEVIDO. LICENÇA-PRÊMIO NÃO USUFRUÍDA ANTES DA APOSENTADORIA DO SERVIDOR. MUNICÍPIO CONDENADO A INDENIZAR PERÍODO DE LICENÇA NÃO GOZADA. PROCEDÊNCIA PARCIAL DA PRETENSÃO AUTORAL. INSURGÊNCIA LIMITADA AOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. PRETENDIDA A MAJORAÇÃO E A INVIABILIDADE DA COMPENSAÇÃO. ARBITRAMENTO ADEQUADO ANTE À RECIPROCIDADE DA SUCUMBÊNCIA E EM CONSONÂNCIA COM O ENTENDIMENTO DESTA CORTE DE JUSTIÇA. COMPENSAÇÃO DECORRENTE DA SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. APLICAÇÃO DA SÚMULA N. 306 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. “Está pacificada nesta Corte a orientação segundo a qual, vencida a Fazenda Pública, os honorários advocatícios devem ser fixados no patamar de 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação” (Apelação Cível n. 2010.020341-8, da Capital, Relator: Des. Jaime Ramos, 4ª Câm. Dir. Púb., j. 24/04/2010). “Os honorários de advogado estão sujeitos à compensação (STJ - Súmula nº 306). A previsão no Código de Processo Civil de compensação dos honorários advocatícios não colide com o Estatuto da Advocacia (Resp nº

963.528, PR, relator o Ministro Luiz Fux, julgado conforme os parâmetros do art. 543-C do Código de Processo Civil, DJe de 04.02.2010)” (STJ, Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n. 367.994, do Mato Grosso do Sul, Relator: Min. Ari Pargendler, 1ª Turma, j. 03/04/2014). (AC n. 2012.048022-9, de Campo Belo do Sul, rel. Des. Paulo Ricardo Bruschi, j. 20.8.2015).

Assim, nega-se provimento ao pleito adesivo.

Ante o exposto, voto no sentido de conhecer de ambos os recursos para negar provimento ao recurso adesivo e dar parcial provimento à apelação, determinando que os reconvindos restitua os reconvintes na diferença dos valores recebidos a maior desde janeiro de 2008 até a última safra efetuada em parceria pelas partes, mantendo-se incólume os demais pontos da sentença combatida.

SEXTA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

Apelação Cível n. 2014.048886-7, da Capital

Relator: Des. Alexandre d'Ivanenko

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO PROPOSTA PELA AUTORA CONTRA OS HERDEIROS DE SEU COMPANHEIRO. ALEGADO RELACIONAMENTO AFETIVO POR MAIS DE 8 (OITO) ANOS. REQUERENTE QUE TINHA A PLENA CONSCIÊNCIA DE QUE O COMPANHEIRO ERA CASADO E MANTINHA FAMÍLIA COM FILHOS E NETOS. ENCONTROS QUE OCORRIAM NA CLANDESTINIDADE. SITUAÇÃO QUE CONFIGURA CONCUBINATO IMPURO. IMPOSSIBILIDADE DE INDENIZAÇÃO. RECURSO DESPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2014.048886-7, da comarca da Capital (2ª Vara Cível), em que é apelante B. E. A., e apelados Alice do Nascimento Vieira e outros:

A Sexta Câmara de Direito Civil decidiu, por votação unânime, conhecer do recurso e negar-lhe provimento. Custas legais.

O julgamento, realizado no dia 24 de novembro de 2015, teve a participação dos Exmos. Srs. Desa. Denise Volpato e Des. Subst. Jorge Luis Costa Beber. Funcionou, pela douta Procuradoria Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Alexandre Herculano Abreu, tendo lavrado parecer o Exmo. Sr. Dr. Mário Gemin.

Florianópolis, 26 de novembro de 2015.

Alexandre d'Ivanenko
PRESIDENTE E RELATOR

RELATÓRIO

B. E. A. propôs, perante a 2ª Vara Cível da comarca da Capital, ação de indenização em face dos herdeiros de M. J. V. (Autos n. 023.96.010050-6), alegando, em apertada síntese, que manteve convivência com o falecido por aproximadamente 8 (oito) anos, até a data de seu óbito, em 15 de setembro de 1993, motivo pelo qual pleiteia “indenização pelos serviços prestados” (fls. 2/6).

Após “lenta e truncada” (fl. 273) instrução, sobreveio aos autos sentença julgando improcedente o pedido formulado na inicial, e condenando a autora ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes estabelecidos em R\$ 2.000,00 (dois mil) reais, obrigação suspensa em virtude da concessão da Justiça Gratuita (fl. 284).

Inconformada, apelou a autora (fls. 287/293). Alega, em apertada síntese, ter mantido por vários anos relacionamento amoroso com o de cujus, “fato este incontestável”, e que ambos pretendiam adquirir um bem imóvel para morar juntos. Assim, em razão da convivência em concubinato, requer dos herdeiros a indenização pelo tempo de relacionamento.

Contra-arrazoado o recurso (fls. 298/300), os autos subiram a esta superior instância, oportunidade em que a Procuradoria Geral de Justiça deixou de opinar sobre o mérito, haja vista serem as partes maiores e capazes (fl. 313).

Este é o relatório.

VOTO

Presentes os pressupostos de admissibilidade, o recurso há de ser conhecido.

Trata-se de apelação cível interposta por B. E. A. contra a decisão de primeiro grau que julgou improcedente o pleito indenizatório contido na inicial. Sustenta, para tanto, ter mantido relação de concubinato com M.

J. V. por mais de 8 (oito) anos, motivo pelo qual requer de seus herdeiros indenização pelos “serviços prestados”, uma vez que “além dos deveres conjugais, cuidou, sagradamente, das compras para a fazenda e para o restaurante” de propriedade do *de cuius* (fl. 4).

Inicialmente, como bem consignou o magistrado, “a relação havida entre B. E o falecido M. Não pode ser considerada como união estável, similar ao casamento civil, muito menos havendo participação da mulher no patrimônio por falta, ainda, de contribuição a tanto”, ou seja, “pela ausência de união de esforços, cuja situação também configura inexistência de qualquer sociedade de fato entre eles” (fl. 278).

Muito embora os réus contestem a veracidade dos fatos, das provas acostadas aos autos é possível verificar que, por alguns anos, a apelante e o falecido mantiveram relacionamento amoroso.

Ocorre que, da mesma forma, restou evidenciado que a autora tinha plena consciência que o autor era casado e mantinha uma família com 5 (cinco) filhos e 6 (seis) netos. Da prova oral, vê-se que M. pernoitava sempre na sua residência, onde também passava as datas comemorativas e festas de final de ano, sendo que a requerente sequer pode participar de seu velório. Portanto, o relacionamento entre ambos era de amantes (concubinato impuro).

Na audiência de instrução, a autora afirmou que o falecido “ainda estava casado com A.”, e que lhe prometeu que “ainda iam viver juntos, que ele iria se separar, mas não disse quando”. Afirmou que se “considerava namorada de M.”, porém não conviviam com “casais amigos de M.”, tampouco com os amigos e familiares de B., deixando a entender que os encontros eram sempre na casa da apelante.

Asseverou, ainda, que nunca fora apresentada a terceiros como sendo esposa de M., e que quando ia a rodeios em sua companhia, a apresentava como sendo sua “namorada, companheira”. Ressaltou que durante o tempo em que mantiveram o relacionamento, tinha ciência de que a esposa de M. era a apelada A (fl. 252/253).

Restou evidenciado, ainda, que a apelante não prestava nenhum serviço ao réu, seja no restaurante, seja no box no Mercado Público ou ainda na fazenda, ou seja, em nada contribuía economicamente.

A testemunha Maria da Graça, arrolada pela autora, relatou que que B. lhe contou que ela e M. tinham “um caso”, uma vez que M. era casado, motivo pelo qual a considerava “amante” do falecido (fl. 254)

O Ministério Público *a quo*, em parecer de lavra do Dr. Mário Luiz de Melo, entendeu que o relacionamento em tela “foi um *affair* entre ambos que, apesar de longo, jamais perdeu seu caráter furtivo ou de clandestinidade, mormente porque Manoel era casado e mantinha a união com esposa e convivência familiar plena” (fls. 273/276).

De mais a mais, de acordo com o alegado pela requerente, a relação baseava-se em vínculo afetivo, não empregatício, motivo pelo qual não há se falar em indenização.

Mutatis mutandis:

APELAÇÃO CÍVEL - DISSOLUÇÃO DE SOCIEDADE DE FATO
- INDENIZAÇÃO POR SERVIÇOS DOMÉSTICOS PRESTADOS
- IMPOSSIBILIDADE - EXEGESE DO DISPOSITIVO
CONSTITUCIONAL - PRINCÍPIO DA ISONOMIA

É sabido que quando duas pessoas se unem, para uma vida em comum, não faz jus à concubina indenização por serviços domésticos prestados, visto que ela também desfrutava da assistência de seu companheiro.

Com a entrada em vigência da Constituição de 1988, que equiparou o concubinato à entidade familiar, é inconcebível que seja concedido à esposa direitos que esposa legítima não dispõe. (TJSC, Apelação Cível n. 2002.012022-2, de Blumenau, rel. Des. José Volpato de Souza, j. 26-11-2002).

E do corpo do referido voto:

[...] Embora contestado pelo réu, o casal manteve relacionamento assemelhado ao do casamento. A entidade familiar, como se observa em

nossa sociedade, funda-se na vontade livre das partes, em seus desejos e necessidades. Por essa razão, é inconcebível pensar que em casos dessa natureza qualquer quantia pelos trabalhos domésticos realizados. De um raciocínio moral esclarecido supõe-se que ambos os lados de uma união tem direitos e deveres e que é impossível mensurar o proveito tirado desta. Se por um lado a autora, como a maioria das mulheres brasileiras, participou ativamente das atividades do lar; por outro, pôde morar na casa de seu companheiro sem que tivesse qualquer despesa. Pôde ela usufruir, também, do afeto e consideração do companheiro, que apesar de convalescente, nunca esteve impossibilitado de realizar as prestações de marido, ao menos como provedor da moradia e alimentação de sua amásia.

Está então caracterizado o concubinato, relação tipicamente marital, fundada no afeto e necessidade mútuos. Pela nossa legislação é vedada a concessão de indenização por serviços prestados, em qualquer relação de natureza afetiva. Acontece que, antes das modificações trazidas pela CF de 88, a concubina não possuía direito algum, por se achar injusto que a mulher, por vezes tendo uma vida inteira em comum, nada recebesse quando da separação, até que os tribunais passaram a concedê-la um *quantum* indenizatório. Essa quantia devida pelos anos de ajuda ao marido, passou-se a chamar indenização pelos serviços domésticos prestados. Nos dias atuais, com a instituição do casamento fragilizada e as modificações na área da família, tem a concubina os mesmos direitos da “legítima esposa”. Assim, pelo princípio da isonomia, a concubina passou a ter direito a pensão alimentícia e a partilha dos bens conquistados pelo casal na constância da união. Portanto, se não pede nenhum destes, não pode exigir direito que não possui a esposa.

Como dito pela própria apelante, sua relação baseava-se em vínculo afetivo, não empregatício. Caso fosse um vínculo de prestação de serviço, poderia dar-se ensejo a indenização.

Coaduno, portanto, com a decisão de primeiro grau no sentido de que “a autora era namorada, companheira dos prazeres do sexo e diversões” (fl. 280).

Ex positis, entendo por conhecer do recurso e negar-lhe provimento.

Este é o voto.

Apelação Cível n. 2015.034129-4, de Canoinhas

Relator Designado: Des. Ronei Danielli

INDENIZATÓRIA. DANOS MORAIS. ENVIO DE COROA FÚNEBRE À CASA DA AUTORA, ACOMPANHADA DE BILHETE AMEAÇADOR. CONJUNTO PROBATÓRIO APTO A DEMONSTRAR A AUTORIA DO FATO. HISTÓRIA QUE OBTEVE AMPLA REPERCUSSÃO NA PEQUENA CIDADE EM QUE VIVE. SITUAÇÃO QUE FERRE DIREITO DA PERSONALIDADE. ABALO ANÍMICO EVIDENCIADO. QUANTIA REPARATÓRIA ARBITRADA EM ATENDIMENTO AO CARÁTER PEDAGÓGICO, PUNITIVO E COMPENSATÓRIO DO INSTITUTO. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2015.034129-4, da comarca de Canoinhas (2ª Vara Cível), em que é apelante Ana Cláudia da Silveira Quege, e apelada Monalisa Rodrigues:

A Sexta Câmara de Direito Civil decidiu, por maioria de votos, conhecer do recurso e negar-lhe provimento. Vencido, com declaração de voto, o Exmo Des. Alexandre d'Ivanenko. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Alexandre d'Ivanenko, com voto, e dele participou a Exma. Sra. Des. Denise Volpato.

Florianópolis, 25 de agosto de 2015.

Ronei Danielli
RELATOR DESIGNADO

RELATÓRIO

Monalisa Rodrigues promoveu, perante o juízo da 2ª Vara Cível da comarca de Canoinhas, ação indenizatória em face de Ana Cláudia da Silveira Quege.

Na sentença, o Magistrado Bernardo Augusto Ern julgou procedente o pedido, condenando a ré ao pagamento de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais) a título de danos morais, acrescidos de juros de mora desde o evento danoso e de correção monetária a partir do arbitramento, bem como das custas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em 20% (vinte por cento) do valor da condenação.

Irresignada, a vencida apelou aduzindo não haver provas de que foi a responsável pelo envio da coroa de flores. Sustentou, ainda, que a situação vivenciada pela autora não passou de mero aborrecimento.

Apresentadas contrarrazões, os autos ascenderam a esta Corte Estadual de Justiça.

Em sessão solene de julgamento, após divergir em voto-vista do relator original do presente recurso, restei designado para a lavratura do acórdão.

Esse é o relatório.

VOTO

Trata-se de apelo de Ana Cláudia da Silveira Quege no qual pleiteia o afastamento da condenação por danos morais no valor de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais), impostos em demanda indenizatória deflagrada por Monalisa Rodrigues.

Antes de adentrar ao mérito da questão, necessária uma breve digressão dos fatos que motivaram a propositura da presente ação.

Relata a demandante que, no dia 18 de março de 2010, por volta das 11h30min, estava em casa quando foi surpreendida por um entregador com uma coroa de flores, que continha um bilhete no qual estava escrito: *“eu sei o que você está fazendo!! Você gosta de sair com o marido das outras? É melhor você parar ou vai piorar a situação para você...”* (fl. 02).

Na sequência, dirigiu-se à delegacia de polícia de Três Barras, onde registrou boletim de ocorrência, concluindo as investigações que a ré “recomendou que a coroa era para ser entregue na firma Laromac, para Monalisa, e na Secretaria de Saúde, para Raquel” (fl. 02).

Assevera, ainda, que a gerente da floricultura “reconheceu a requerida por fotografia como sendo a pessoa que pagou e mandou entregar as flores fúnebres, com bilhetes ameaçadores, difamadores e injuriadores” (fl. 03).

Aduz que a atitude da demandada trouxe enormes dissabores, pois se viu humilhada publicamente, sendo chamada por expressões de baixo calão, tais como “amante do prefeito” e “destruidora de lares”.

A requerida, por seu turno, ampara a tese defensiva na ausência de provas da conduta ilícita atribuída a si, na medida em que não restou demonstrado que ela enviou as flores, tratando-se de subterfúgio arquitetado para desmoralizá-la.

O sentenciante, reconhecendo o ato ilícito, bem como o dano, e o nexo de causalidade que os liga, condenou a ré ao pagamento de indenização por danos morais no montante de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais), acrescidos dos devidos consectários legais, motivando a interposição do presente recurso.

Sustenta, novamente, a inexistência de provas.

Do contexto narrado bem se vê que a pretensão autoral encontra respaldo no conjunto probatório existente nos autos. O próprio termo circunstanciado, lavrado pela autoridade policial, apontou nesse sentido:

No dia 18.03.10, às 16h52min, compareceu nesta Delegacia de Polícia a vítima Monalisa Rodrigues, a qual efetuou o registro do Boletim de Ocorrência nº 00348-2010-00214, noticiando que naquele dia, por volta das 11h30min, foi entregue na residência de sua irmã Sirlei Aparecida da Silva, com quem reside, uma coroa de flores própria para cerimônias fúnebres, para sua pessoa, a qual estava acompanhada de uma folha de papel A4 dobrada e colada com fita “durex”. [...].

Policiais Civis foram até o local, fotografaram a coroa de flores, efetuaram a apreensão da mesma e do bilhete que estava junto, [...], em seguida iniciaram as investigações, já que era desejo da vítima saber quem estava lhe ameaçando para poder tomar providências, conforme consta em seu depoimento prestado logo após o registro do Boletim de Ocorrência.

[...] Dando sequência às investigações, no mesmo dia, os policiais percorreram as três floriculturas deste município para saber se os produtos haviam sido vendidos por uma delas e também verificaram o suporte das coroas, pois eram feitos de madeira de pinus, porém não lograram êxito.

Deram sequência nas investigações nas floriculturas de Canoinhas e lá então localizaram o local onde os produtos foram comprados e a gerente da loja, Maristela de Lourdes Moraes Dries, confirmou que por volta das 08h30min, recebeu um telefonema de uma mulher perguntando se confeccionavam coroas fúnebres, sendo que respondeu que sim.

Maristela anotou o número do celular que efetuou a ligação, pois o mesmo ficou registrado no identificador de chamadas existente no aparelho da floricultura.

[...]. **No depoimento então prestado por Maristela, foi apresentado a ela duas fotografias de Ana Cláudia e ela não teve nenhuma dúvida em afirmar que tinha sido ela quem havia adquirido a coroa fúnebre e o vaso fúnebre na floricultura.** (fls. 34/37 – sem grifo no original).

Verificada a autoria, não há dúvidas de que a conduta da apelante ultrapassou a esfera íntima da recorrida e atingiu espaços públicos, não se mantendo apenas no âmbito da residência da apelada como quer fazer crer. Ainda que não tivesse extrapolado, haveria nítida invasão da privacidade e da intimidade, porquanto se relaciona à própria psiquê humana, ao sentir sobre si mesmo, a ensejar a reparação pretendida.

Retira-se de sites da internet os seguintes comentários, evidenciando que a história obteve grande repercussão na cidade em que vive a apelada:

1) Amantes!! Que feio!

Ooo pessoal, não é Canoinhas não... É em Três Barras que tem essas **mulherzinhas roubando maridos...** Noivo... De outras... Bom, mas

elas querem dinheiro só e mais nada... Não tem moral nem caráter para andarem na rua com a cabeça erguida, não adianta se fazerem de santas, fingirem até religião para encobrir os erros... [...] Parabéns mulheres decentes.

2) **Dama da Morte:**

E o babado de Três Barras? Apóio em nº, gênero e grau a intitulada “dama da morte”. Em Três Barras, existem umas e outras que devemos lamentar sua pobre existência e homens também, por favor, qualquer rabo de saia de enroscam [...].

O caso ficou meio abafado, mas a vingança foi saboreada rrsrrsrrsrrs

3) **Dama da Morte... Boa esta!**

Se a moda pegar, vai faltar flores e papel, pois o que não falta aqui é o descaramento de certas pessoas. A pouca vergonha é tanta que dá nojo às vezes de ser mulher, devido a estas fulanas que só sabem festejar com maridos alheios. [...] Mulher de verdade tem poucas neste mundo, portanto **não devemos nos comparar nem de perto a estas rampeiras, sem conteúdo, pois são mulheres de revista, onde qualquer um pega, folheia e depois coloca em uma pilha para outro pegar, no fim seu destino é o lixo, pois para reciclar, humm, tá difícil, depois de tanto uso...**

4) Apoio a “Dama da Morte”! rrsrrsr

E como seria o título para a provável amante?

“Dama” da Noite? kkkkkk

“Dama” da Cama? kkkkk

“Dama” desocupada???

Nossa... Vem cada título na minha cabeça... Mas é melhor parar por aqui... Senão faltará espaço... Kkkk (fls. 72/75).

Ademais, as próprias testemunhas corroboram a tese aventada na exordial:

1) Sirlei Terezinha Pereira:

[...] que Monalisa leu o bilhete e naturalmente ficou bastante nervosa, mas não comentou nada; que as pessoas comentam sobre o ocorrido, mas não indicam quem enviou a coroa para Monalisa; que o **caso teve repercussão em Três Barras**. (fl. 206 – sem grifo no original).

2) Luiz Rosa Pérez:

[...] que é o responsável pelas investigações, mas é o delegado da comarca que assina o histórico; que foi por Maristela que chegou à pessoa da ré; [...] **que o caso teve bastante repercussão em Três Barras**; que foi o depoente quem ouviu Maristela; que Maristela confirmou e reconheceu a foto de Ana Cláudia. (fl. 216 – sem grifo no original).

Ora, é inafastável a obrigação de indenizar a situação vivenciada pela autora, que se viu envolvida em uma confusão, sendo exposta para toda a cidade, motivo de chacota, recebendo a alcunha de “amante do prefeito”, dentre outras expressões desabonadoras.

Some-se a isso o nítido caráter intimidador e ameaçador do bilhete encaminhado juntamente com as flores fúnebres, ultrapassando tal evento o mero aborrecimento, justificando a indenização postulada.

A propósito, registrou o sentenciante:

No caso em análise, a prova do dano moral, em um primeiro momento, é dada pelo próprio choque da autora ao receber a coroa de flores – típica de eventos fúnebres – acompanhada de mensagens com conteúdo ameaçador. [...].

Além de confirmar o choque ao receber as flores e a mensagem enviadas pela ré, a autora contou que os fatos ganharam repercussão na pequena cidade de Três Barras, o que acabou lhe trazendo maior humilhação. [...].

Já a prova da repercussão dos fatos é dada pelos documentos de fls. 67/78, que demonstram que diversas pessoas fizeram comentários sobre a situação em um sítio da internet. Nesses comentários, é bem verdade, não há menção ao nome das partes, mas apenas uma alusão à ré [sic] como se fosse a “dama da morte”, o que, entretanto, é suficiente para demonstrar que os fatos ganharam certa notoriedade.

Considerando o conteúdo ameaçador da ação da ré (envio de coroa de flores típica de eventos fúnebres acompanhada de mensagem ameaçadora), aliada à repercussão dos fatos em cidade de pequeno porte (Três Barras), observa-se que o abalo anímico restou configurado.

Some-se a isso o sofrimento e humilhação decorrentes de outro conteúdo da mensagem, ou seja, de que a autora estaria saindo com o “marido das outras”, fato este manifestamente depreciativo dos atributos morais de qualquer pessoa (fls. 265/266 – sem grifo no original).

Arredado o reclamo, cumpre avaliar o montante reparatório fixado.

Sob esse aspecto, o magistrado deve atentar-se a critérios de razoabilidade e proporcionalidade, em observância às circunstâncias em que o ato ilícito foi cometido, às consequências da ofensa aos atingidos, ao grau de culpa do causador, à eventual contribuição da vítima ao evento e à situação econômica das partes.

Acrescente-se que a quantia estabelecida deve representar uma repressão ao lesante ao mesmo tempo em não pode causar enriquecimento indevido àquele que suportou o dano, realçando-se, assim, o caráter reparatório e pedagógico da condenação.

Persegue-se, em última instância, o atendimento aos critérios compensatório, inibitório e, sobretudo, pedagógico do dano moral, razão pela qual a cifra arbitrada deve abranger todos esses aspectos, sem, contudo, extrapolar o real padrão financeiro das partes.

Nesse cenário, considerando-se as nuances do caso, mantém-se a estipulação em R\$ 15.000,00 (quinze mil reais), acrescidos de juros de mora desde o evento danoso e de correção a contar do arbitramento.

Feitas essas considerações, o recurso é conhecido e desprovido.

Esse é o voto.

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Alexandre d'Ivanenko

Ousei dissentir da douta maioria, não obstante o respeito que devoto aos demais membros desta Câmara, por entender que o recurso deveria ser provido.

O direito à indenização por abalo moral está previsto no art. 5º, incs. V e X, da CF, nos seguintes termos:

V - É assegurado o direito de resposta proporcional ao agravo, além de indenização por dano material, moral ou à imagem.

X - São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

Acerca do tema, leciona Yussef Said Cahali:

[...] tudo aquilo que molesta gravemente a alma humana, ferindo-lhe gravemente os valores fundamentais inerentes à sua personalidade ou reconhecidos pela sociedade em que está integrado, qualifica-se, em linha de princípio, como dano moral [...] evidenciando-se na dor, na angústia, no sofrimento, na tristeza pela ausência de um ente querido falecido; no desprestígio, na desconsideração social, no descrédito à reputação, na humilhação pública, no devassamento da privacidade; no desequilíbrio da normalidade psíquica, nos traumatismos emocionais, na depressão ou no desgaste psicológico, nas situações de constrangimento moral (Dano Moral. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 20/21).

Nos termos do art. 186 do Código Civil, “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

Já o art. 927 do mesmo Código determina que “aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

Concernente à alegação da requerida, no sentido de inexistir comprovação sobre ter sido ela a pessoa que enviou a coroa de flores à autora, esta deve ser rechaçada, uma vez que, conforme consignado na sentença hostilizada, os elementos probatórios trazidos aos autos

se mostram aptos a comprovar que a encomenda foi efetuada por Ana Claudia.

Assim, o que deve ser analisado, portanto, é se o constrangimento sofrido pela autora configura, ou não, abalo moral indenizável.

Para a análise dos casos em concreto, cabe ao magistrado avaliar que “o mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral, porquanto, além de fazerem parte da normalidade do nosso dia a dia, no trabalho, no trânsito, entre os amigos e até no ambiente familiar, tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo” (Cavaliere Filho, Sérgio. Programa de responsabilidade civil, Atlas, 2012, p. 93).

Registro, ademais, que o indivíduo, vivendo em sociedade, está sujeito a sofrer irritações e desentendimentos, porém o “mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita dos danos morais [...]” (GONÇALVES, Carlos Roberto. Responsabilidade Civil. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 549-550).

Assim, apenas deverá ser indenizado o desgosto que provoque um sofrimento moral intenso, o que não se comprovou nos autos.

Não há dúvidas de que receber uma coroa de flores, típica de velórios, além de um bilhete contendo ameaça, representa grande incômodo e aborrecimento, mas não há como afirmar que em virtude desta situação a autora tenha sofrido abalo moral.

Por óbvio, o fato de a requerida ser primeira-dama de uma cidade pequena gera curiosidade e repercussão, entretanto, esta situação, por si só, não deve ser considerada como fato determinante para a configuração do dano moral.

Há que se registrar, ainda, que a coroa de flores foi entregue na residência da autora, e não em local público. A testemunha arrolada

pela requerente, Sirlei Terezinha Pereira, que trabalhava na casa da irmã de Monalisa e recebeu o entregador de flores asseverou que “ninguém mais viu a entrega, nem mesmo os vizinhos” (fl. 206). Ademais, quando questionada acerca da relação de seu nome com os comentários sobre a “dama da morte”, não soube explicar (gravação audiovisual – fl. 159), ou seja, ainda que houvesse comentários na cidade, não há prova de que eles se referiam à demandante.

De mais a mais, a autora não trouxe aos autos demais provas que pudessem comprovar o suposto abalo sofrido em razão do ocorrido.

Por essas razões, votei pelo conhecimento do recurso e seu provimento.

Florianópolis, 31 de agosto de 2015.

Alexandre d'Ivanenko
Desembargador

Apelação Cível n. 2012.042946-5, de São José

Relator: Des. Eduardo Mattos Gallo Júnior

APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS DE TERCEIRO. PENHORA DE IMÓVEL DADO EM CAUÇÃO PELO FIADOR. CONTRATO DE LOCAÇÃO NÃO RESIDENCIAL. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA DOS EMBARGOS MANTENDO A PENHORA NOS AUTOS PRINCIPAIS.

RECURSO DA EMBARGANTE. DOCUMENTOS APRESENTADOS EM SEDE RECURSAL. IMPOSSIBILIDADE DE CONHECIMENTO. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 397 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.

“Não se conhece de documentos juntados na fase recursal quando não se referirem a fato novo, nem se destinarem a contrapor-se a argumentos novos deduzidos pela parte contrária (CPC, art. 397).” (TJSC, Apelação Cível n. 2014.035511-1, de Criciúma, rel. Des. Sebastião César Evangelista, j. 17-7-2014).

MÉRITO. ANEMIA DE PROVAS NO TOCANTE À EXISTÊNCIA DA ALEGADA UNIÃO ESTÁVEL ENTRE A RECORRENTE E O EXECUTADO (FIADOR). OUTORGA UXÓRIA PARA A CONCESSÃO DE FIANÇA QUE, TODAVIA, É DISPENSÁVEL. PRECEDENTES DESTA CORTE E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

1. “A exigência de outorga uxória a determinados negócios jurídicos transita exatamente por este aspecto em que o tratamento diferenciado entre casamento e união estável é justificável. É por intermédio do ato jurídico cartorário e solene do casamento que se presume a publicidade do estado civil dos contratantes, de modo que, em sendo eles conviventes em união estável, hão de ser dispensadas as vênias conjugais para a concessão de fiança.”
2. “Desse modo, não é nula nem anulável a fiança prestada por fiador convivente em união estável sem a outorga uxória do outro companheiro. Não incidência da Súmula n. 332/STJ à união estável.” Recurso especial

provido. (REsp 1299866/DF, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 25/02/2014, DJe 21/03/2014)”

ALEGAÇÃO DE NULIDADE DA FIANÇA PRESTADA. ARGUMENTO DE QUE O IMÓVEL ESTAVA REGISTRADO, EXCLUSIVAMENTE, EM NOME DA RECORRENTE AO TEMPO DA CELEBRAÇÃO DO CONTRATO LOCATÍCIO. ALEGATIVA DE QUE O FIADOR NÃO ERA O PROPRIETÁRIO REGISTRAL DO IMÓVEL DADO EM CAUÇÃO. TESE DERRUÍDA. NULIDADE NÃO VERIFICADA. GARANTIA DE NATUREZA PESSOAL. PROPRIEDADE IMOBILIÁRIA QUE FOI TRANSFERIDA DOIS MESES APÓS AVENÇA PARA O NOME DO FIADOR, AINDA NA VIGÊNCIA DA AVENÇA LOCATÍCIA. AVERBAÇÃO DO PACTO FEITA NA MATRÍCULA, POSTERIORMENTE À ALIENAÇÃO. ATO JURÍDICO CONVALIDADO PELO REGISTRO POSTERIOR, O QUE PERMITE A PENHORA DO IMÓVEL, SOB PENA DE SUFRAGAR O DIREITO DA CREDORA.

TESE DE IMPENHORABILIDADE DO IMÓVEL, POR SE TRATAR DE BEM DE FAMÍLIA. INSUBSISTÊNCIA. EXCEÇÃO À REGRA. POSSIBILIDADE DA PENHORA. OBRIGAÇÃO DECORRENTE DE FIANÇA PRESTADA EM CONTRATO DE LOCAÇÃO. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 3º, INCISO VII, DA LEI N. 8.009/1990.

“A exceção à impenhorabilidade do bem de família prevista no art. 3º, inc. VII, da Lei n. 8.009/1990 atinente à obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação consubstancia expressão do próprio direito à moradia, porquanto favorece, e mesmo estimula, a oferta locatícia de imóveis para fins habitacionais, bem como do direito à liberdade, em sua mais pura expressão, qual seja, a autonomia da vontade, exercida ao se decidir prestar fiança em um contrato de locação, arriscando-se, por ato volitivo próprio e consciente, a incolumidade de seu direito à moradia, numa espécie de ponderação pessoal de direitos pelo fiador (TJSC, Apelação Cível n. 2013.047447-0, de São José, rel. Des. Henry Petry Junior, j. 07-05-2015).”

SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2012.042946-5, da comarca de São José (1ª Vara Cível), em que é apelante Marlene de Oliveira, e apelada Brooklyn Empreendimentos S/A:

A Sexta Câmara de Direito Civil decidiu, por unanimidade, 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 a Exma. Sra. Des. Denise Volpato.

Florianópolis, 15 de dezembro de 2015.

Eduardo Mattos Gallo Júnior
RELATOR

RELATÓRIO

MARLENE DE OLIVEIRA ajuizou “Embargos de terceiro”, na primeira vara cível da comarca de São José, contra BROOKLYN EMPREENDIMENTOS S.A., conforme inicial de fls. 2-15, juntando os documentos de fls. 16-25.

Devidamente citada, a embargada ofereceu resposta, na forma de impugnação aos embargos às fls. 31-37.

Após, sobreveio sentença de improcedência dos pedidos articulados na petição inicial (fls. 44-47).

Inconformada, a embargante opôs embargos de declaração a fls. 53-55, os quais foram acolhidos na decisão de fls. 56.

Irresignada, a requerente interpôs recurso de apelação cível a fls. 59-73, o qual foi devidamente contra-arrazoado a fls. 78-87.

Por conseguinte, os autos ascenderam a esta Superior Instância e vieram conclusos a esta Relatoria.

É o relatório.

VOTO

O recurso merece ser conhecido, porquanto preenchidos os pressupostos de admissibilidade.

Trata-se de recurso de apelação cível interposto contra a sentença, por meio da qual a magistrada de primeiro grau julgou improcedentes os pedidos constantes nos Embargos de Terceiro, dando-se prosseguimento à execução, bem como condenou a embargante ao pagamento das custas processuais e honorários sucumbenciais, este fixados em R\$ 700,00, nos termos do artigo 20, § 4º, do Código de Processo Civil. A exigibilidade da cobrança ficou sobrestada por ser a parte autora beneficiária da assistência judiciária gratuita, nos termos do artigo 12 da Lei 1.050/1960.

Nas razões do apelo, a embargante sustenta o desacerto da sentença, sob o argumento de que restou devidamente demonstrada a existência da união estável entre ela e o executado na demanda de n. 064.04.006867-0, por mais de 20 anos, e que tiveram uma filha, fruto do relacionamento conjugal. Além disso, aduz a ocorrência de nulidade absoluta da fiança prestada, e, por fim, advoga acerca da impenhorabilidade do bem de família.

Entretanto, razão não assiste à recorrente.

De início, cumpre ressaltar que o pleito da recorrente é proveniente de ação de cobrança de despesas de aluguéis e encargos locatícios direcionada ao Sr. Protásio Joaquim Cabral, que figurou como fiador do contrato de locação acostado a fls. 10-17 (autos em apenso – 064.04.006867-0), dando em garantia a caução imobiliária de um terreno designado por lote 8, com área de 337,50m², situado no bairro Saco dos Limões, nesta Capital.

Ante o inadimplemento da locatária Sirene Ltda - ME, a empresa apelada adentrou com pertinente demanda judicial de “execução por quantia certa”, a fim de obter o montante devido, tendo o referido bem

sido avaliado, porém a execução foi suspensa, em razão da oposição dos presentes embargos de terceiros.

Nesta senda, advoga a recorrente que a togada sentenciante não agiu com acerto ao entender que não houve comprovação da união estável noticiada, e assevera que a relação amorosa com o executado é inconteste, notadamente porque tiveram uma filha, nascida em 03.03.1984, juntando a certidão de nascimento da prole ao recurso.

Todavia, em que pese as alegações da requerente, tais argumentos não foram trazidos à análise da magistrada de primeiro grau. Inclusive, a certidão de nascimento da filha não merece sequer ser conhecido, tendo em vista que não se caracteriza como novo, a teor do que dispõe o artigo 397 do Código de Processo Civil, o qual preceitua que *“É lícito às partes, em qualquer tempo, juntar aos autos documentos novos, quando destinados a fazer prova de fatos ocorridos depois dos articulados, ou para contrapô-los aos que foram produzidos nos autos”*.

Nesse aspecto, vale citar o magistério de Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery:

[...] A produção de prova após a sentença, sem que haja a devida justificativa, escorada em motivo de caso fortuito ou de força maior, não pode ser admitida, sob pena de subverter-se o procedimento e premiar-se quem não obedeceu às suas regras com a possibilidade de surpreender o adversário, não lhe permitindo o contraditório (RJEsp-DF 2/70). [...] (*in*, Código de processo civil comentado e legislação extravagante – 11. ed. rev., ampl. e atual. até 17.2.2010. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 664).

Com efeito, no caso dos autos, não se vislumbra qualquer situação que pudesse admitir a juntada do referido documento nesta seara recursal.

Nesse sentido, extrai-se dos julgados desta Corte de Justiça:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE REMOÇÃO DE CURADOR. INTERDITADO IDOSO E PORTADOR DE DOENÇA MENTAL

(ESQUIZOFRENIA CATATÔNICA). DESCUMPRIMENTO DOS DEVERES INERENTES AO EXERCÍCIO DA CURATELA. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. PEDIDO DE REFORMA INSUBSISTENTE. **NÃO CONHECIMENTO DE PARTE DOS DOCUMENTOS APRESENTADOS EM SEDE RECURSAL. NÃO ENQUADRAMENTO ÀS SITUAÇÕES PREVISTAS NO ARTIGO 397 DO CPC. [...] SENTENÇA MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.** *Não se conhece de documentos juntados na fase recursal quando não se referirem a fato novo, nem se destinarem a contrapor-se a argumentos novos deduzidos pela parte contrária (CPC, art. 397).* [...] (TJSC, Apelação Cível n. 2014.035511-1, de Criciúma, rel. Des. Sebastião César Evangelista, j. 17-7-2014, grifou-se).

Ainda:

AÇÃO REVISIONAL. SERVIDORA PÚBLICA ESTADUAL. APLICAÇÃO DO PISO NACIONAL DO MAGISTÉRIO INSTITUÍDO PELA LEI N. 11.738/2008. CONTRACHEQUES COLACIONADOS EM SEDE RECURSAL. MOMENTO INOPORTUNO. **“Na sistemática do Código de Processo Civil, a prova documental é produzida no momento próprio, seja, com a inicial e com a contestação, admitindo-se a juntada de documento em fase posterior na hipótese da necessidade de se demonstrar fatos novos, ocorridos depois dos articulados, ou ainda para contrapor a documentos já acostados ao processo’ (STJ, Ministro Vicente Leal). “Não se conhece de documentos juntados na fase recursal quando não se referirem a fato novo, nem se destinarem a contrapor-se a argumentos novos deduzidos pela parte contrária (CPC, art. 397) (...)’ (Apelação Cível n. 2011.033452-7, de Garopaba, rel. Luiz Carlos Freyesleben, j. 27.07.2011)” (AC n. 2011.055422-2, de Lages, rel. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz, j. 24-8-2011).** [...] RECURSO DE APELAÇÃO CONHECIDO E DESPROVIDO. (TJSC, Apelação Cível n. 2014.022715-9, da Capital, rel. Des. Jorge Luiz de Borba, j. 1-7-2014, grifou-se).

Destarte, o não conhecimento do documento acostado à fl. 74 é a medida que se impõe ao caso dos autos.

No tocante ao mérito da irrisignação, vislumbra-se que, de fato, a recorrente não logrou comprovar a existência da união estável entre ela e o executado. Inclusive, verifica-se dos documentos colacionados que a apelante se qualifica como solteira e o executado como divorciado.

Todavia, ainda que restasse comprovada a união estável, cumpre ressaltar que tal situação não nulificaria a fiança prestada pelo seu companheiro, já que para aqueles que convivem em união estável, diferentemente do casamento, não há necessidade da outorga do convivente para concessão de fiança.

Portanto, não se trata de diferenciar o casamento da união estável, pois não emergem dúvidas de que ambos são entidade familiar, amparadas de igual modo e tratamento pela Constituição Federal de 1988.

O que ocorre que o casamento é ato jurídico formal e solene, tendo diferenças visíveis no tocante à união estável no que tange à publicidade do “ato jurídico”, mormente quando analisado sob a ótica dos negócios jurídicos celebrados.

Deste modo, é perfeitamente justificável o tratamento legal e jurisprudencial diferenciado, notadamente em razão dos incontestáveis efeitos decorrentes do instrumento formal do casamento e da publicidade deste perante terceiros.

Logo, não é nula, tampouco anulável, a fiança prestada pelo fiador convivente em união estável sem a outorga uxória do outro companheiro.

Em igual sentido, colhe-se da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça ao analisar situação análoga:

DIREITO CIVIL-CONSTITUCIONAL. DIREITO DE FAMÍLIA. CONTRATO DE LOCAÇÃO. FIANÇA. FIADORA QUE CONVIVIA EM UNIÃO ESTÁVEL. INEXISTÊNCIA DE OUTORGA UXÓRIA. DISPENSA. VALIDADE DA GARANTIA. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA N. 332/STJ.

1. Mostra-se de extrema relevância para a construção de uma jurisprudência consistente acerca da disciplina do casamento e da união

estável saber, diante das naturais diferenças entre os dois institutos, quais os limites e possibilidades de tratamento jurídico diferenciado entre eles.

2. Toda e qualquer diferença entre casamento e união estável deve ser analisada a partir da dupla concepção do que seja casamento - por um lado, ato jurídico solene do qual decorre uma relação jurídica com efeitos tipificados pelo ordenamento jurídico, e, por outro, uma entidade familiar, dentre várias outras protegidas pela Constituição.

3. Assim, o casamento, tido por entidade familiar, não se difere em nenhum aspecto da união estável - também uma entidade familiar -, porquanto não há famílias timbradas como de “segunda classe” pela Constituição Federal de 1988, diferentemente do que ocorria nos diplomas constitucionais e legais superados. Apenas quando se analisa o casamento como ato jurídico formal e solene é que as diferenças entre este e a união estável se fazem visíveis, e somente em razão dessas diferenças entre casamento - ato jurídico - e união estável é que o tratamento legal ou jurisprudencial diferenciado se justifica.

4. A exigência de outorga uxória a determinados negócios jurídicos transita exatamente por este aspecto em que o tratamento diferenciado entre casamento e união estável é justificável. É por intermédio do ato jurídico cartorário e solene do casamento que se presume a publicidade do estado civil dos contratantes, de modo que, em sendo eles conviventes em união estável, hão de ser dispensadas as vênias conjugais para a concessão de fiança.

5. Desse modo, não é nula nem anulável a fiança prestada por fiador convivente em união estável sem a outorga uxória do outro companheiro. Não incidência da Súmula n. 332/STJ à união estável.

6. Recurso especial provido.

(REsp 1299866/DF, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 25/02/2014, DJe 21/03/2014 – Grifou-se).

Portanto, não merecem guarida os argumentos trazidos pela recorrente.

Por outro vértice, a apelante aduz a nulidade da prestação da caução prestado pelo executado, sob o argumento de que na data em que o contrato locatício fora prestado (11.10.2002), o Sr. Protásio Joaquim

Cabral prestou a fiança dando o imóvel supra referido em caução, porém ao tempo da celebração da avença o referido fiador não era proprietário do imóvel, uma vez que no Registro de Imóveis o bem estava em nome da recorrente.

Em outras palavras, assevera a recorrente que teria adquirido o imóvel objeto da execução em 27.06.2001 e, posteriormente, o alienou ao Sr. Protásio na data de 16.12.2002. Logo, afirma que ao tempo da fiança (11.10.2002), o imóvel não pertencia ao executado Protásio, motivo pelo qual aduz ser a fiança totalmente nula.

Inicialmente, cumpre esclarecer que a irresignação acima referida não foi ventilada em nenhum momento no primeiro grau de jurisdição. Deste modo, somente será conhecida por se tratar de matéria de ordem pública, o que permite a cognoscibilidade, inclusive, de ofício, a qualquer tempo e grau de jurisdição

Ressalta-se que a fiança é definida pelo artigo 818 do Código Civil como o contrato pelo qual *“uma pessoa garante satisfazer ao credor uma obrigação assumida pelo devedor, caso este não a cumpra”*.

Para melhor elucidar, colhe-se da doutrina:

A fiança, também chamada de garantia pessoal ou fidejussória, é a caução prestada por uma terceira pessoa perante o locador, para garantir as obrigações assumidas pelo devedor. Consiste na outorga ao credor do direito pessoa contra devedor subsidiário, isto é, a pessoa que presta caução. (Maria Helena Diniz. Lei de Locações de Imóvel urbanos comentada, 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 186).

Posto isso, adianta-se que não se verifica nenhuma nulidade na fiança prestada pelo executado, como quer fazer crer a recorrente.

Extrai-se dos autos que o contrato de locação que deu origem à dívida, e por conseguinte à execução do fiador – Sr. Protásio Joaquim Cabral –, foi celebrado em **11.10.2002**.

Consta da matrícula do imóvel dado em caução pelo fiador que em 27.06.2001 a ora apelante adquiriu o bem de terceiros e em **16.12.2002** o alienou para o executado.

Assim, conquanto na data da avença o imóvel dado em caução não estivesse em nome do fiador, este o adquiriu dois meses após, tendo inclusive a locadora averbado o contrato particular de locação na matrícula do imóvel dado em garantia em 01.04.2003.

Logo, não há nulidade na fiança, já que houve a convalidação da propriedade imobiliária no transcorrer do contrato locatício, visto que o fiador se tornou efetivamente proprietário do imóvel dado em garantia.

Como visto, na data da averbação do contrato locatício (01.04.2003) – promovido pelo locadora – o fiador já constava como proprietário do imóvel. Além disso, no momento em que foi registrada a penhora do bem imóvel dado em caução (08.11.2005), verifica-se que é o nome do fiador que consta na matrícula como proprietário .

Portanto, não merece amparo a tese de que a prestação da caução é nula, visto que a fiança é uma garantia fidejussória e pessoal, tendo sido a propriedade imobiliária de fato transferida para o nome do fiador logo após a celebração da avença, o que convalidou o ato por ele firmado.

Por derradeiro, no tocante à tese de impenhorabilidade do imóvel, por se tratar de bem de família, melhor sorte não socorre à insurgente.

Isso porque, no caso em estudo é possível a penhorabilidade do único bem do fiador, uma vez que o legislador infraconstitucional excepcionou a regra da impenhorabilidade na obrigação decorrente de fiança prestada em contratos de locação, conforme previsão expressa no inciso VII do artigo 3.º da Lei n. 8.009/90 (a qual trata sobre a impenhorabilidade do bem de família):

Art. 3.º A impenhorabilidade é oponível em qualquer processo de execução civil, fiscal, previdenciária, trabalhista ou de outra natureza, salvo se movido:

[...]

VII – por obrigação decorrente de fiança em contrato de locação;

Inclusive, esse é o entendimento pacificado na jurisprudência do Superior Tribunal Justiça, ao submeter o tema ao rito dos recursos repetitivos:

PROCESSO CIVIL. DIREITO CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC. EXECUÇÃO. LEI N. 8.009/1990.

ALEGAÇÃO DE BEM DE FAMÍLIA. FIADOR EM CONTRATO DE LOCAÇÃO. PENHORABILIDADE DO IMÓVEL.

1. Para fins do art. 543-C do CPC: “É legítima a penhora de apontado bem de família pertencente a fiador de contrato de locação, ante o que dispõe o art. 3º, inciso VII, da Lei n. 8.009/1990”.

2. No caso concreto, recurso especial provido.

(REsp 1363368/MS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 12/11/2014, DJe 21/11/2014 – grifou-se).

Bem assim:

PROCESSIONAL CIVIL E CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. **FIADOR. BEM DE FAMÍLIA. PENHORABILIDADE.** AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA. SÚMULAS N. 5 E 7 DO STJ. DECISÃO MANTIDA.

1. A segunda Seção desta Corte, no julgamento de recurso submetido ao regime do art. 543-C do CPC, concluiu que é legítima a penhora do bem de família pertencente a fiador de contrato de locação, conforme dispõe o art. 3º, inciso VII, da Lei n. 8.009/1990. [...] 4. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no AREsp 325.417/RS, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 10/11/2015, DJe 13/11/2015 – grifou-se)

Na mesma linha, colhe-se da jurisprudência deste Sodalício:

APELAÇÃO CÍVEL. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE TERCEIRO. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. CONTRATO DE LOCAÇÃO. PENHORA. - IMPROCEDÊNCIA NA ORIGEM. RECURSO DA EMBARGANTE. [...] (2) **BEM DE FAMÍLIA. IMPENHORABILIDADE. EXCEÇÃO. OBRIGAÇÃO DECORRENTE DE FIANÇA CONCEDIDA EM CONTRATO DE LOCAÇÃO. CONSTITUCIONALIDADE.** - A exceção à impenhorabilidade do bem de família prevista no art. 3º, inc. VII, da Lei n. 8.009/1990 atinente à obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação consubstancia expressão do próprio direito à moradia, porquanto favorece, e mesmo estimula, a oferta locatícia de imóveis para fins habitacionais, bem como do direito à liberdade, em sua mais pura expressão, qual seja, a autonomia da vontade, exercida ao se decidir prestar fiança em um contrato de locação, arriscando-se, por ato volitivo próprio e consciente, a incolumidade de seu direito à moradia, numa espécie de ponderação pessoal de direitos pelo fiador. [...]. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO. (TJSC, Apelação Cível n. 2013.047447-0, de São José, rel. Des. Henry Petry Junior, j. 07-05-2015 – grifou-se).

Portanto, despidiendos maiores digressões sobre o tema, ante sua pacificidade, visto que é perfeitamente cabível a penhora do imóvel do executado, ainda que se trate de “bem de família”.

Sob tais argumentos, vota-se no sentido de conhecer do recurso interposto e, no mérito, negar-lhe provimento, a fim de que seja mantida a sentença de primeira instância, nos termos da fundamentação deste julgado.

Este é o voto.

Apelação Cível n. 2015.028851-4, de Tubarão

Relatora: Des. Denise Volpato

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS AJUIZADA POR ASSOCIADO EM FACE DE ASSOCIAÇÃO DE CAMINHONEIROS. SOCIEDADE CONSTITUÍDA COM OBJETIVO DE INDENIZAR ASSOCIADOS, MEDIANTE REPARTIÇÃO DE EVENTUAIS PREJUÍZOS DECORRENTES DE ACIDENTES E FURTOS/ROUBOS DOS VEÍCULOS DOS ASSOCIADOS. PLEITO DE INDENIZAÇÃO PELO ROUBO DO CAMINHÃO. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA.

RECURSO DE APELAÇÃO DA ASSOCIAÇÃO REQUERIDA. PREFACIAL DE CERCEAMENTO DE DEFESA ANTE O JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. INSUBSISTÊNCIA. DILAÇÃO PROBATÓRIA DESNECESSÁRIA AO DESLINDE DO FEITO. PRESENÇA DE ELEMENTOS SUFICIENTES PARA FORMAÇÃO DO CONVENCIMENTO DO MAGISTRADO. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 131 CUMULADO COM ARTIGO 330, INCISO I, AMBOS DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. PREFACIAL AFASTADA.

MÉRITO. PLEITO DE REFORMA DA SENTENÇA AO ARGUMENTO DE QUE O INADIMPLEMENTO DO AUTOR EM RELAÇÃO ÀS SUAS OBRIGAÇÕES ACARRETA A PERDA DO DIREITO DE PROTEÇÃO. INSUBSISTÊNCIA. REQUERIDA QUE, A DESPEITO DO INADIMPLEMENTO, CONTINUOU A COBRAR E RECEBER AS CONTRIBUIÇÕES MENSAS DO AUTOR. POSTURA CONTRÁRIA AO INTENTO DE SUSPENDER OS DIREITOS DO AUTOR. ATO QUE GEROU EXPECTATIVA NO ASSOCIADO DE QUE ESTARIA PROTEGIDO EM CASO DE ACIDENTE OU FURTO/ROUBO DE SEU CAMINHÃO. POSTERIOR NEGATIVA DE PAGAMENTO DA INDENIZAÇÃO CORRESPONDENTE QUE CONFIGURA OFENSA À REGRA PROIBITIVA DO *VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM*, COROLÁRIO DO PRINCÍPIO

DA BOA-FÉ OBJETIVA. INDENIZAÇÃO DEVIDA ANTE O NÃO EXERCÍCIO PELA ASSOCIAÇÃO DO DIREITO DE SUSPENDER O AUTOR AO ENCAMINHAR BOLETOS REGULARES DE COBRANÇA. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2015.028851-4, da comarca de Tubarão (2ª Vara Cível), em que é apelante ASSOCAM - Associação de Caminhoneiros da Região da AMUREL, e apelado Irineu Silva:

A Sexta Câmara de Direito Civil decidiu, por maioria de votos, conhecer do recurso e negar-lhe provimento. Vencido o Exmo. Des. Eduardo Mattos Gallo Junior que lhe dava provimento. Não haverá declaração de voto. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, o Excelentíssimo Desembargador Ronei Danielli (presidente) e o Excelentíssimo Desembargador Eduardo Mattos Gallo Júnior.

Florianópolis, 29 de setembro de 2015.

Denise Volpato
RELATORA

RELATÓRIO

Irineu Silva ajuizou “Ação de Cobrança” em face de Associação de Caminhoneiros da Região da Amurel sustentando, em síntese, ser associado da demandada, a qual, dentre outros objetivos, visa prestar assistência e apoio aos seus integrantes em caso de evento danoso. Arguiu ter ocorrido o roubo de seu caminhão na data de 06/06/2012, tendo-lhe sido indevidamente negada a indenização correspondente. Salientou possuir, à época, duas parcelas de valores de rateio em atraso, haja vista

passar por dificuldades financeiras. Relatou, entretanto, ter comparecido à sede da demandada no dia anterior ao sinistro visando efetuar o parcelamento do rateio, tendo sido orientado a retornar em outra ocasião devido à ausência dos funcionários responsáveis pela operação. Asseverou ter retornado à associação requerida no dia 08/06/2012 (primeiro dia útil subsequente ao sinistro), quando informado da impossibilidade de renegociação da dívida em razão do roubo ocorrido. Na oportunidade, discorreu ter formulado pedido de pagamento da indenização a que entende fazer jus, cuja análise demandaria três meses. Decorrido o período, argumentou ter sido comunicado do indeferimento do pedido de indenização. Desde então, argumentou não ter mais quitado as mensalidades correspondentes, porquanto unilateralmente excluído da associação, em desconformidade ao próprio Estatuto Social, que prevê ao associado o direito à ampla defesa e ao contraditório. No mais, defendeu a natureza securitária da relação jurídica estabelecida entre as partes. Salientou estar pacificado o entendimento de que o simples atraso no pagamento do prêmio não implica na suspensão ou cancelamento automático da cobertura securitária, sendo necessária prévia notificação do segurado para sua constituição em mora, o que não ocorreu no caso. Ao final, requer a procedência dos pedidos, para condenar a requerida ao pagamento da cobertura prevista no Estatuto em razão do furto de seu caminhão, no valor corrigido de R\$ 245.989,55 (duzentos e quarenta e cinco mil novecentos e oitenta e nove reais e cinquenta e cinco centavos), além de custas processuais e honorários advocatícios sucumbenciais. Juntou documentos (fls. 12/68).

Devidamente citada, a associação requerida apresentou resposta em forma de contestação (fls. 82/88), na qual aduziu ter o próprio autor admitido o inadimplemento de suas obrigações. Discorreu sobre as normas do Estatuto Social e do Regimento Interno e asseverou estipularem o afastamento do direito à proteção em caso de não cumprimento das obrigações do associado. Destacou sua natureza jurídica, a qual não pode ser confundida com a atividade securitária, e asseverou incumbir

aos associados o pagamento das mensalidades e dos valores decorrentes da repartição de prejuízos (rateio). Salientou ter encaminhado duas notificações ao autor, recebidas em 14/02/2012 e 26/03/2012, com o intuito de cientificar o associado de sua inadimplência e reforçar não fazer jus às proteções garantidas pela associação. Refutou a alegação de que teria excluído unilateralmente o requerente após o sinistro e ressaltou ter o próprio associado solicitado seu afastamento. Assim, requereu sejam julgados improcedentes os pedidos exordiais ou, em caso de condenação, seja observado o artigo 48 de seu Regimento Interno, que estabelece o reembolso pela quantia equivalente a 90% (noventa por cento) do valor estabelecido na Tabela FIPE à época do evento danoso. Acostou documentos (fls. 89/137).

Houve réplica (fls. 140/149).

Pelo Magistrado Edir Josias Silveira Beck foi proferida Sentença (fls. 150/152), julgando a lide nos seguintes termos:

“Ante o exposto,

JULGO PROCEDENTE em parte o pedido e, por conseguinte, condeno a ré a pagar ao autor a quantia de R\$ 221.390,60, monetariamente corrigida desde 07 de junho de 2012 (data do roubo do caminhão), com juros de mora de 1% ao mês a contar da citação, deduzidas as quantias correspondentes às parcelas vencidas em janeiro e fevereiro de 2012, monetariamente corrigidas. Diante da sucumbência recíproca, condeno a ré ao pagamento de 90% das custas processuais, arcando o autor com 10% delas. Quando aos honorários advocatícios, fixo-os em 15% do valor da condenação e, operada a devida compensação, condeno a ré a pagar ao autor 80% da correspondente quantia (80% de 15% do valor da condenação).”

Irresignada com a prestação jurisdicional, a associação requerida interpôs recurso de apelação (fls. 156/169), no qual suscita, em prefacial, a nulidade da Sentença em razão do cerceamento de defesa, ante o julgamento antecipado da lide. No mérito, aduz ser o adimplemento condição para o recebimento da proteção ao equipamento do associado,

bem como que a perda do direito de proteção não está condicionada à exclusão do associado, que ocorre tão somente após devido e regular procedimento previsto nas normativas da associação. Salienta a inadimplência do autor à época do acidente, referente à contribuição de rateio dos meses de janeiro e julho de 2012 e assevera que os boletos emitidos se referem a responsabilidades do autor (contribuição de rateio) decorrentes do período em que era associado. Ressalta, ainda, que o pagamento de parcelas posteriores, sem o adimplemento daquelas já vencidas, não reativa a proteção, a qual só irá ocorrer após a realização de nova vistoria. Pleiteia, ao fim, o provimento do recurso, para anular a Sentença ante a ocorrência de cerceamento de defesa ou, sucessivamente, para reformar a decisão e afastar a pretensão indenizatória formulada na inicial.

Com as contrarrazões (fls. 177/183), ascenderam os autos a esta Egrégia Corte de Justiça.

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, devidamente comprovado o recolhimento do preparo pela requerida (fls. 171/173), e preenchidos os demais pressupostos de admissibilidade, passa-se à análise do recurso.

2. Prefacial de cerceamento de defesa

Em suas razões recursais, pretende a apelante a cassação da Sentença prolatada, com o retorno dos autos à instância *a quo*, alegando ter havido cerceamento do seu direito de defesa ante o julgamento antecipado da lide, sem a produção das provas por si requeridas (pericial, testemunhal e juntada de documentos).

Sem razão, contudo.

Isso porque não configura cerceamento de defesa o julgamento antecipado da lide quando a produção de provas se mostrar desnecessária à formação do convencimento do Magistrado.

Na espécie, o julgamento realizado antecipadamente encontra-se em perfeita consonância com o artigo 330, inciso I, do Código de Processo Civil:

“Art. 330. O juiz conhecerá diretamente do pedido, proferindo sentença:

I – quando a questão de mérito for unicamente de direito, ou, sendo de direito e de fato, não houver necessidade de produzir prova em audiência. [...]”

A pretendida oitiva de testemunhas e juntada de documentos requeridas pela demandada carecem de utilidade prática no presente caso, posto que o Estatuto Social da Associação, seu Regimento Interno e demais documentos colacionados aos autos possibilita a necessária aferição da controvérsia.

Igualmente o pleito de realização de perícia técnica revela-se medida inútil, sobretudo considerando a ausência de demonstração da finalidade da prova pela parte demandada.

Não bastasse, a pretendida oitiva pessoal da parte autora demonstra-se irrelevante, porque não revela praticidade apta a alterar o desfecho da

lide. A produção de tal prova certamente limitar-se-ia à reprodução dos argumentos portais.

Portanto, inegável ser a matéria debatida no feito exclusivamente de direito, prescindindo de dilação probatória, frente aos documentos já acostados aos autos por ambas as partes.

Inclusive, sobre o tema, extrai-se da doutrina de Cândido Rangel Dinamarco:

“Se o processo possuir questões apenas de direito a serem analisadas – como interpretação de textos, jurisprudência, conceitos doutrinários, aplicabilidade da norma ao caso etc. –, a prova será totalmente descabida, pois não se prova o direito, apenas alegações de fato. Ainda que haja questões de fato a serem decididas, mas todas já estejam devidamente esclarecidas por provas anteriores, não será necessária a dilação probatória com a abertura da fase instrutória” (*in* Instituições de Direito Processual Civil. Vol. III. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 554)

No mesmo sentido do entendimento doutrinário amolda-se julgado desta Egrégia Corte de Justiça:

“Incorre cerceamento de defesa julgar antecipadamente a lide indeferindo perícia atuarial e depoimento pessoal dos autores, tendo em vista ser matéria exclusivamente de direito e também porque o testemunho pessoal não é prova. [...]” (TJSC, Apelação Cível n. 2010.028402-3, de Criciúma, rel. Des. Monteiro Rocha, j. 25-04-2013).

Dessa feita, as provas requeridas pela apelante tornam-se despiciendas frente aos limites impostos pelo litígio, cuja solução reclama análise tão somente da prova documental já acostada aos autos.

Com efeito, curial ressaltar ser o Juiz norteado pelo princípio do livre convencimento motivado, positivado no artigo 131 do Código de Processo Civil, que dispõe:

“Art. 131. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegado pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.”

Diante do exposto, acertado o julgamento antecipado da lide (artigo 330, inciso I, do Código de Processo Civil), não havendo falar em cerceamento de defesa por essa razão. Prestigia-se, assim, o princípio da efetividade e da celeridade processual (artigo 5º, inciso LXXVIII, da CF/1988).

Sendo assim, afasta-se a prejudicial aventada.

3. Mérito

Trata-se de recurso de apelação interposto por Associação de Caminhoneiros da Região da Amurel contra Sentença que, nos autos da ação de indenização por danos materiais n. 075.13.006361-9, contra si ajuizada por Irineu Silva, julgou procedentes os pedidos exordiais, para condenar a demandada ao pagamento da quantia de R\$ 221.390,60 (duzentos e vinte e um mil trezentos e noventa reais e sessenta centavos), referente a 90% (noventa por cento) do valor do cavalo-trator roubado na Tabela FIPE.

Em suas razões recursais, a associação pleiteia o afastamento do dever de indenizar em razão do incontroverso inadimplemento do autor em relação a algumas obrigações inerentes aos associados, fato que acarretaria a perda do direito de proteção.

A controvérsia recursal, portanto, cinge-se em analisar a obrigação de indenizar da associação face à inadimplência do autor (associado) em relação às suas contribuições para com a associação demandada.

Adianta-se, razão não assiste à associação demandada.

Em leitura atenta dos autos, infere-se ter o autor se associado à requerida em meados de 2011, mediante o preenchimento de Ficha de Cadastro e posterior realização de vistoria no caminhão que pretendeu ver protegido (comprovante de pagamento da taxa de vistoria às fls. 27/28).

Posteriormente, em 06/06/2012 o caminhão de propriedade da empresa do autor (Bardini e Silva Ltda. – ME) e conduzido por terceiro

(José Ledomar Daros Pereira) foi roubado no Estado de São Paulo, conforme Boletim de Ocorrência de fls. 15/17, *verbis*:

“Presente nesta delegacia a vítima informando que trabalhava com o caminhão acima relacionado que estava vazio, quando se viu abordado por quatro indivíduos ocupantes de um automóvel VW Gol de cor vermelha e que dois deles armados anunciaram tratar-se de um roubo eles exigiram que o declarante lhes entregasse o caminhão. A vítima foi mantido[sic] como refém em um imóvel situado em local que não conhece e após doze horas foi libertado no local dos fatos. Vítima orientada a tentar o reconhecimento fotográfico no 72 DP. R. Eugênio Peruche nr. 500”

Poucas horas depois, o semirreboque foi abandonado em via pública e entregue ao motorista, conforme extrai-se do Boletim de Ocorrência de fls. 20/21, lavrado no dia 07/06/2012 por volta das 13 horas:

“Comparece a este Distrito Policial o condutor SD PM Martins e o SD Natalino, componentes da viatura M-31239, apresentando ocorrência sobre encontro de veículos produto de roubo.

Informa o condutor que foi acionado pelo Copom, e ao chegar ao local dos fatos, foi constatado que o veículo Semi-Reboque R/Librelato RCS 4E, de placa MFL3367, estava abandonado em via pública. Ao pesquisar pelo Copom, foi constatado que o veículo era produto de roubo, de acordo com o RDO 5833/2012 do 09º DP do Carandiru. Não havia carga no reboque.

O veículo foi apreendido em auto próprio e entregue à vítima Jose Ledomar Daros Pereira [motorista]. Nada mais.”

Assim, considerando ter sido recuperado o semirreboque, e por ser associado da requerida, em 08/06/2012 o autor compareceu à sede da associação para requerer o pagamento da indenização correspondente ao cavalo-trator, avaliado em R\$ 208.552,00 (duzentos e oito mil quinhentos e cinquenta e dois reais).

Ocorre que, segundo o requerente, decorridos 3 (três) meses da solicitação, compareceu novamente à sede da demandada e foi informado

de que seu pedido havia sido indeferido por estar inadimplente com relação a algumas contribuições.

Neste aspecto, o autor confessou em sua exordial possuir, à época, duas parcelas referentes à contribuição de rateio em atraso, mas asseverou que as mensalidades estavam sendo pagas em seus respectivos vencimentos, acostando, para tanto, documentação comprobatória do pagamento das mensalidades dos meses de abril, maio e junho de 2012 (meses que antecederam o roubo).

A demandada, em sua defesa, argumenta que, para obter a proteção pretendida o associado precisa estar em dia com o pagamento não só das mensalidades, mas igualmente dos valores decorrentes da divisão de prejuízos (rateio), o que não se verificou na espécie.

Alega, assim, ser automática a suspensão da garantia nos casos em que o associado encontra-se em atraso, na forma estatutária e regimental.

Extraem-se dos artigos 16 e 19 do Regimento Interno vigente à época do roubo, *verbis*:

“Artigo 16 – As contribuições devidas pelos associados são, nos termos do Estatuto Social, as seguintes:

- I – contribuições mensais (mensalidade);
- II – contribuições de quotistas (quota);
- III – contribuição de adesão (taxa de adesão);
- IV – contribuição de vistoria (taxa de vistoria);
- V – contribuição de rateio.” (fl. 115)

“Artigo 19 – A contribuição mensal referida no *caput* do artigo anterior incidirá sobre cada equipamento cadastrado na ASSOCAM e será paga pelo associado nos termos estabelecidos por este Regimento Interno.

[...]

§4º – Todas as contribuições devidas pelos associados serão pagas através de boleto bancário emitido pela ASSOCAM, o qual poderá ser pago em

até 5 (cinco) dias úteis após a data de vencimento, sendo que após o vencimento o valor devido estará sujeito à atualização e multa nos termos previstos neste Regimento Interno.

§ 5º Ultrapassado o prazo previsto no parágrafo anterior, caso o associado não efetue o pagamento das contribuições a que está sujeito, ficará suspensa a proteção do equipamento cadastrado, independentemente de qualquer notificação judicial ou extrajudicial, diante do que, em caso de evento danoso envolvendo o mesmo, o associado não poderá reclamar da ASSOCAM qualquer direito à reparação dos prejuízos.” (fls. 116/117)

Com efeito, segundo as normativas estabelecidas pelos associados, o mero inadimplemento superior a cinco dias úteis de qualquer das contribuições devidas pelo associado implicará na suspensão automática da proteção até o pagamento integral do débito.

Na hipótese, segundo a própria exordial, o atraso atingiu dois meses, fato que poderia levar à conclusão de que a proteção do autor estava suspensa.

Porém, faz-se necessário ultrapassar as barreiras formais do regramento interno da demandada e analisar a controvérsia na perspectiva dos princípios gerais que orientam todo o sistema jurídico de direito privado, em especial o princípio da boa-fé objetiva.

O princípio da boa-fé objetiva encontra previsão expressa no artigo 422 do Código Civil de 2002:

“Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.”

Arnaldo Rizzardo, ao comentar sobre os princípios básicos que orientam a formação do contrato, leciona:

“A segurança das relações jurídicas depende, em grande parte, da probidade e da boa-fé, isto é, da lealdade, da confiança recíproca, da justiça, da equivalência das prestações e contraprestações, da coerência e clarividência dos direitos e deveres. Impende que haja entre os contratantes um mínimo necessário de credibilidade, sem o qual os negócios não

encontrariam ambiente propício para se efetivarem. O conjunto desses valores constitui um pressuposto gerado pela proibidade e boa-fé, ou sinceridade das vontades ao afirmarem os direitos e obrigações.” (*in* Contratos. 13. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 31)

A boa-fé objetiva, portanto, é o princípio fundamental do direito privado, com função de estabelecer um padrão ético de conduta para as partes nas relações obrigacionais e ecoando por todo o ordenamento jurídico.

Ademais, o princípio da boa-fé objetiva, para além de sua função ativa (exigência de um comportamento condizente com um padrão ético de lealdade e confiança, induzindo deveres acessórios de conduta visando à concretização de justas expectativas oriundas da própria celebração da avença) e hermenêutico-interpretativa (interpretação em casos de ambiguidade ou contradição das cláusulas contratuais), possui função de controle (defensiva).

Neste aspecto, atua como limitadora ao exercício de direitos subjetivos, reduzindo o alcance do princípio da autonomia da vontade. Assim, impede-se as partes de, no exercício de seus respectivos direitos, exceder os limites impostos pela boa-fé, sob pena de se proceder ilicitamente.

In casu, verifica-se que, a despeito da suposta suspensão automática do associado, a demandada continuou a enviar boletos de cobrança ao autor nos meses subsequentes (abril a junho de 2012), os quais foram devidamente quitados em seus respectivos vencimentos (fls. 24/26).

A conduta da demandada, no caso concreto, deve ser analisada na perspectiva da teoria dos atos próprios, mais especificamente nos brocardos latinos *venire contra factum proprium* e *supressio surrectio*, corolários do princípio da boa-fé objetiva.

A *venire contra factum proprium* consiste em uma conduta aparentemente lícita, mas que se torna abusiva por contraditória a comportamento assumido anteriormente.

Sobre o tema, o eminente Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior, em sede doutrinária, leciona:

“A ‘teoria dos atos próprios’, ou a proibição da *venire contra factum proprium*, uma parte contra aquela que pretende exercer uma posição jurídica em contradição com o comportamento assumido anteriormente. Depois de criar uma certa expectativa, em razão da conduta seguramente indicativa de determinado comportamento futuro, há quebra dos princípios da lealdade e de confiança se vier a ser praticado ato contrário ao previsto com surpresa e prejuízo à contraparte.” (Extinção dos contratos por incumprimento do devedor (resolução). São Paulo: Aide Editora, 204, p.254)

Veda-se, portanto, a adoção de comportamento contraditório causador de surpresa na relação jurídica estabelecida entre as partes.

No caso dos autos, a requerida, mesmo ciente do inadimplemento do autor com relação às contribuições dos meses de janeiro e fevereiro de 2012, continuou a enviar os boletos de cobrança nos meses seguintes, comportamento contraditório com a suspensão da proteção.

Deste modo, se a requerida tinha conhecimento do inadimplemento do autor (encaminhando, inclusive, notificação acerca do débito), e ainda assim enviou os boletos para pagamento das contribuições mensais subsequentes, não se mostra razoável, após ter efetivamente recebido o pagamento das parcelas, esquivar-se do pagamento da indenização sob a justificativa de que a garantia do autor estava suspensa pelo atraso superior a cinco dias úteis.

Ora, quisesse, poderia a requerida ter procedido à exclusão do autor da associação, tendo em vista configurada a justa causa necessária (atraso superior a um mês – art. 15, § 1º, “a”, do Estatuto Social).

No entanto, preferiu mantê-lo em seu quadro de associados e enviou a cobrança das mensalidades posteriores aos meses em atraso, não podendo agora negar-lhe o pagamento da indenização correspondente.

Outrossim, cumpre salientar ter o autor quitado os boletos enviados, referentes às mensalidades de abril a junho de 2012 (fls. 24/26), em seus respectivos vencimentos, gerando expectativas de que estaria protegido pela associação em caso de acidente e furto/roubo envolvendo o caminhão de sua propriedade, como ocorreu.

A respeito, bem ponderou o Magistrado *a quo*:

“Muito embora não tenha efetuado o pagamento de duas parcelas, como visto, fato é que a ré continuou emitindo ‘boletos’ e aceitando os correspondentes pagamentos, de sorte a se concluir que o autor *permaneceu contribuindo com os valores a que estava obrigado*.

Já o artigo 13, §4º, do mesmo Regimento, por sua vez ordena que ‘é permitida uma tolerância para o pagamento das contribuições até 5 dias úteis após o vencimento..., sendo que após esta tolerância o equipamento cadastrado terá imediatamente a perda da cobertura’. Todavia, ao que se vê a ré, mesmo diante do reconhecido inadimplemento das mencionadas duas parcelas, continuou a receber parcelas outras que se venceram, o que não permite concluir tenha excluído o autor da associação e menos ainda cancelado seus direitos pertinentes à referida cobertura.

O artigo 40, I, do mesmo regimento, reforça os já transcritos ao estabelecer que ‘a proteção do equipamento será cancelada automaticamente quando ocorrer a falta de pagamento das contribuições fixadas neste Regimento’. Não faz sentido, todavia, considerar cancelada automaticamente a proteção ao mesmo tempo em que a ré permanecia efetuando a cobrança de novas parcelas, cujos pagamentos razão outra não tinham que ‘a proteção do equipamento’.

Desta forma sendo, em se analisando as circunstâncias fáticas e os termos normativos que regulam a relação do autor com a associação ré, de se compreender que, muito embora o inadimplemento das agora já conhecidas duas parcelas, a cobertura pertinente não se teve por extinta, dado que as parcelas posteriores às impagas permaneceram sendo cobradas pela ré e pagas pelo autor.” (fls. 151/152)

Como se vê, o caso dos autos caracteriza-se como *venire contra factum proprium*, tendo a requerida adotado comportamento

contraditório (negativa da indenização) ao estabelecido anteriormente (cobrança e recebimento das contribuições devidas pelo autor).

Ademais, aplicável ao caso o fenômeno jurídico da *supressio surrectio*, na medida em que a prática da requerida induziu no autor a expectativa de manter-se ativo o quadro social, e, portanto, com os mesmos direitos dos outros associados.

Os atos, assim, importaram na renúncia pontual do direito da associação de efetivar a suspensão da garantia na forma estatutária e regimental (*supressio*), inaugurando novo regramento (*surrectio*), em face da expectativa criada com a adoção de comportamento contraditório na hipótese *sub examine (venire contra factum proprium)*.

Ou seja, apesar de estabelecida no regramento interno da associação a suspensão/cancelamento da proteção na hipótese de inadimplemento superior a cinco dias, observa-se ter a requerida agido de modo diverso do originalmente estabelecido ao continuar cobrando do autor as contraprestações devidas – cujos pagamentos tinham como razão a proteção do caminhão –, provocando uma alteração tácita da forma como deveria ocorrer na hipótese.

A respeito da *supressio*, leciona Judith Martins-Costa:

“A expressão *supressio* indica um duplo e correlato fenômeno, derivado de um mesmo fato e fundamentado num mesmo valor, a confiança: o passar do tempo pode, em certas situações, fazer desaparecer situações jurídicas ou direitos subjetivos que não foram exercidos durante um certo lapso por seu titular, desde que o não-exercício tenha causado, à contraparte, um benefício, em razão da confiança de que aquela situação ou direito não seria mais usado.” (MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao Novo Código Civil: do direito das obrigações, do adimplemento e da extinção das obrigações* (arts. 304 a 388). 2.ed.. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. V, tomo I, p. 372).

Desta forma, nota-se que a conduta da requerida, de continuar efetuando a cobrança e recebendo as contribuições mensais, acarretou

a supressão da previsão de suspensão da proteção em caso de inadimplemento superior a cinco dias.

Desse modo, à luz da boa-fé objetiva e dos preceitos dela decorrentes (proibição da *venire contra factum proprium* e *supressio surrectio*), impõe-se a manutenção da Sentença objurgada.

Ante o exposto, o voto é no sentido de conhecer do recurso e negar-lhe provimento.

Este é o voto.

Apelação Cível n. 2015.050655-3, da Capital

Relatora: Desa. Denise Volpato

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE DIVÓRCIO C/C GUARDA E VISITAS, COM PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. FIXAÇÃO DA GUARDA DA CRIANÇA AO GENITOR.

RECURSO DA REQUERIDA/GENITORA. PEDIDO DE REFORMA DA SENTENÇA AO ARGUMENTO DE QUE REÚNE CONDIÇÕES NECESSÁRIAS PARA CUIDAR DA FILHA. PLEITO DE FIXAÇÃO DA GUARDA UNILATERALMENTE EM SEU FAVOR OU, ALTERNATIVAMENTE, GUARDA COMPARTILHADA. SUBSISTÊNCIA. APLICAÇÃO DA GUARDA COMPARTILHADA COMO REGRA. OBSERVÂNCIA AO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA. EXEGESE DO ARTIGO 1.584, § 2º, DO CÓDIGO CIVIL, ALTERADO PELA LEI N. 13.058/2014. DESNECESSIDADE DE CONSENSO ENTRE OS PAIS. ADEMAIS, CONJUNTO PROBATÓRIO HÁBIL A DEMONSTRAR A AUSÊNCIA DE FATOS QUE DESABONEM A CONDUTA DE QUAISQUER DOS GENITORES. FIXAÇÃO DA GUARDA COMPARTILHADA (ARTIGO 1.584, § 2º, DO CÓDIGO CIVIL). SENTENÇA REFORMADA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

READEQUAÇÃO DOS ÔNUS SUCUMBENCIAIS. PEDIDOS DO AUTOR ACOLHIDOS EM PARTE. RECONHECIMENTO DA SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA (ART. 21 DO CPC).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2015.050655-3, da comarca da Capital (1ª Vara da Família), em que é apelante G. P. G., e apelado B. de T. B. C.:

A Sexta Câmara de Direito Civil decidiu, por votação unânime, conhecer do recurso e dar-lhe provimento. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, o Excelentíssimo Desembargador Ronci Danielli (presidente) e o Excelentíssimo Desembargador Eduardo Mattos Gallo Junior.

Florianópolis, 29 de setembro de 2015.

Denise Volpato
RELATORA

RELATÓRIO

B.deT.B.C. ajuizou “Ação de Divórcio c/c Guarda” em face de G.P.G. (autos n. 023.13.005690-4), objetivando a decretação da extinção do vínculo conjugal e definição da guarda da filha M. G. C. em seu favor, estabelecendo-se a forma de exercício do direito de convivência materno-filial nos moldes por si sugeridos. Asseverou ter a guarda de fato da criança (menor impúbere, nascida em 22.02.2006) desde a ruptura da vida em comum do casal, ocorrida em 15.11.2012, ocasião em que teria a requerida deixado o lar conjugal. Aduziu possuir melhores condições de exercer a guarda da filha, a qual já está adaptada à rotina sob os cuidados paternos, com residência próxima da escola, dos avós paternos, convivendo com a família materna e possuindo contato com a genitora sempre que deseja. Relatou que teria a genitora rompido o relacionamento para iniciar relação homoafetiva, sublinhando ser necessária cautela para inserir a filha em uma realidade diversa daquela que estava acostumada. Declarou inexistirem bens a serem partilhados. Requereu, em antecipação de tutela, a concessão da guarda da criança em seu favor. Pleiteou o acolhimento integral de sua pretensão, concedendo-se definitivamente a guarda da filha em seu favor, estabelecendo-se o direito de visitas na forma por si proposta e, por fim, decretando-se o divórcio do casal. Pugnou pela realização de estudo social e produção de provas. Juntou documentos (fls. 14/26).

Pela Magistrada *a quo* foi deferida a guarda provisória da criança ao requerente, fixado o direito de convivência materno-filial, designada audiência conciliatória e determinada a citação e intimação da requerida (fls. 27/28).

Foi acostado aos autos acórdão proferido em decisão relativa a demanda proposta pela requerida G. P. G., na qual pleiteava a fixação de alimentos em seu favor e da filha (fls. 32/36).

Realizada audiência conciliatória, a tentativa conciliatória restou inexitosa (fl. 37).

A requerida apresentou resposta, na forma de contestação (fls. 39/59), alegando ser inverídico o relato do genitor, negando que ele exercesse a guarda de fato da criança, relatando que, em um primeiro momento, havia deixado a residência, levando a filha consigo, indo se alojar junto de seus familiares, na intenção de melhor avaliar a decisão de separação, porquanto embora o relacionamento estivesse desgastado não possuía certeza a respeito de seus sentimentos e emoções. Narrou ter sido mantida comunicação com o ex-esposo, tendo os dois acordado que deveriam preparar a filha para uma possível separação de fato. Aduziu ter sido surpreendida por uma repentina mudança de postura do requerido, o qual passou a exigir que ela buscasse seus pertences do lar, fechando-se às possibilidades de diálogo. Relatou que, sem saber que o requerido havia proposto ação de divórcio e pleiteado a guarda da filha, veio a tomar conhecimento da situação de forma abrupta, diante de manobra desleal do autor, que, após passar o dia com a filha, permaneceu com ela e, no momento que havia combinado levá-la de volta ao lar materno, avisou que havia sido deferida a guarda da criança em seu favor, situação que causou abalo emocional à requerida, que desconhecia a decisão e foi repentinamente afastada da filha sem ser ouvida. Mencionou que o pai priva a criança de levar os brinquedos e roupas por ele compradas à residência da mãe, causando sofrimento à criança. Pleiteou a reforma da decisão interlocutória, de modo a ser concedida a guarda da filha

para si. Requereu a fixação de alimentos em seu favor e da criança; o estabelecimento do direito de convivência paterno-filial nos moldes por si propostos; que lhe fosse permitido o acesso ao apartamento para resgatar seus pertences pessoais; a realização de consultas ao Bacenjud e Renajud e expedição de ofício aos registros de imóveis da Grande Florianópolis, a fim de verificar bens a serem partilhados; a concessão da benesse da justiça gratuita. Juntou documentos (fls. 60/71).

Houve réplica à contestação (fls. 72/90).

Nova manifestação da requerida, repisando o pleito de reversão da guarda em seu favor (fls. 91/105).

Com vista dos autos, o Ministério Público posicionou-se no sentido de manutenção da guarda na forma estabelecida e designação de audiência de instrução e julgamento (fls. 105/107).

Pelo Magistrado, foi determinada a manutenção da guarda nos moldes provisoriamente fixados e a realização de perícia psicológica. Declarado o feito saneado (fl. 108).

Sobreveio aos autos laudo psicológico (fls. 120/123).

Realizada audiência (fls. 124/125), foi ouvida uma testemunha (fl. 126).

Nova manifestação do Ministério Público às fls. 127/128.

Apresentadas alegações finais (fls. 131/150 – demandante, fls. 157/178 – demandada), a requerida juntou documentos, razão pela qual foi novamente intimado o autor (manifestação à fl. 186/188).

Na sequência, posicionou-se o Ministério Público pela procedência dos pedidos exordiais (fls. 188/192).

Ato contínuo, sobreveio Sentença, de lavra do Magistrado Luiz Cláudio Broering, julgando a lide nos seguintes termos:

“[...] III - Dispositivo.

Ante o exposto, julgo procedentes os pedidos iniciais para decretar o divórcio entre B.deT.B.C. e G.P.G. Expeça-se mandado averbação ao Cartório de Registro Civil competente (f. 18), salientando que o nome dos divorciados permanecerão os mesmos.

No mais, concedo a guarda definitiva da criança M.G.C.(22/02/2006) ao autor. Por outro lado, a ré poderá exercer seu direito de visitas, observado o sistema constante à fundamentação.

Nos termos do art. 20, caput, do Código de Processo Civil (CPC), condeno a ré ao pagamento das custas e honorários advocatícios, estes fixados em R\$ 3.000,00 (três mil reais), com vistas ao art. 20, §4º, do CPC. Contudo, tais exigências ficarão suspensas, eis que defiro à ré o benefício da justiça gratuita (art. 12 da Lei n. 1.060/50).

Por fim, reputo solvido o mérito da lide, nos termos do art. 269, I, do CPC. Após o trânsito em julgado, archive-se.” (fls. 193/196).

Irresignada com a prestação jurisdicional, a requerida interpôs recurso de Apelação (fls. 199/220), destacando reunir condições de exercer a guarda da filha. Sobreleva não existir qualquer prova nos autos que desabone sua conduta. Assevera que, havendo igualdade de condições entre os genitores, não há porque lhe retirar a guarda da filha. Ressalta que o parecer psicológico indica que a criança se sente emocionalmente mais ligada à mãe, estando confusa com a realidade da guarda. Afirma que a fixação de residência da criança com a genitora atende ao melhor interesse da criança. Por essas razões pugna pela reforma da sentença, de modo a estabelecer a guarda unilateral em seu favor ou, alternativamente, estabelecer a guarda compartilhada, com residência fixa na casa da genitora e, em ambos os casos fixando-se alimentos à filha. Pleiteou a antecipação dos efeitos da tutela recursal.

Recebido o recurso (fl. 221), determinou-se a intimação do recorrido para contrarrazões, as quais foram apresentadas às fls. 222/240.

Após, foram os autos remetidos a esta Egrégia Corte de Justiça.

Lavrou parecer pela douta Procuradoria-Geral de Justiça a Exma. Sra. Dra. Lenir Roslindo Piffer, opinando pelo conhecimento e desprovimento do recurso.

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, dispensada a apelante do recolhimento do preparo por ser beneficiária da Justiça Gratuita (fl. 196) e, preenchidos os demais pressupostos de admissibilidade, passa-se à análise do recurso.

2. Mérito

Trata-se de recurso de Apelação interposto pela requerida G. P. G. contra Sentença de Primeiro Grau que julgou procedente o pedido de divórcio c/c guarda da criança M., intentada pelo pai B. de T. B. C., insurgindo-se unicamente no que diz respeito à definição da guarda unilateral da filha concedida ao genitor.

Em suas razões recursais, assevera a apelante não existir razão para concessão da guarda unilateral ao genitor, aduzindo ter a Sentença desconsiderado as provas produzidas no curso da ação, não se atentando ao fato de que restou demonstrado que ambos os genitores estão em igualdade de condições no que toca à capacidade de exercício do encargo. Refere que, no teor do laudo psicológico, consta a informação de que há maior afinidade entre a criança e a mãe e que a filha estaria confusa com a situação de guarda que se instaurou. Aduz ser benéfico à criança que seja estabelecida guarda unilateral em seu favor ou, alternativamente, guarda compartilhada, com residência fixada na casa da genitora.

Inicialmente, impende destacar que a questão em tela, por ser bastante delicada e encartar interesses de suprema importância (artigo 227, da Constituição Federal), impõe ao Magistrado profunda análise do caso concreto, sempre tendo como norte a dignidade intrínseca a cada ser humano, com vistas à satisfação do melhor interesse da criança.

Assim, passa-se a examinar os fatos e fundamentos jurídicos, sempre visando a consecução da determinação constitucional de preservação do melhor interesse da criança e do adolescente.

Nesse viés, a Constituição Federal em seu artigo 227 sintetiza os direitos fundamentais da criança e do adolescente, cuja implementação deve ser viabilizada pela família, sociedade e Estado, verbis:

“Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.”.

Decorre da norma constitucional em comento, competir primeiramente aos pais o dever de proporcionar aos filhos condições dignas para o completo desenvolvimento e formação, criando-os,

educando-os e mantendo-os sob sua guarda, em respeito à sua especial condição de pessoas em processo de desenvolvimento.

Acerca dos valores essenciais inerentes à criação dos filhos, destaca-se da doutrina:

“A experiência de conviver em ambiente familiar inspira comumente entre seus componentes o ato de cuidar, de um zelar pelo outro, a lógica de um por todos e todos por um, o apoio nos momentos de alegria e tristeza, de saúde e de doença. Trata-se de uma relevante e complexa relação social, a qual deve o direito apreender para as consequências jurídicas das mais variadas ordens.” (Fachin, Luiz Edson e outros. *O princípio da prevalência da família: a permanência do cuidar*. in Pereira, Tânia da Silva; Oliveira, Guilherme de. (Org.) *O cuidado como valor Jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p.133).

É o que diz o Código Civil:

“Art. 1.634. Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores:

I - dirigir-lhes a criação e educação;

II - tê-los em sua companhia e guarda;

III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;

IV - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar;

V - representá-los, até aos dezesseis anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;

VI - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;

VII - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.”

Assim, incumbe aos pais ter os filhos sob sua guarda e companhia, abrigando-os em ambiente familiar e emprestando-lhes atos de cuidado concernentes ao desenvolvimento sadio.

Esse dever é perene, ainda que extintos os vínculos jurídicos familiares entre os genitores, cabendo, de comum acordo, exercerem simultaneamente tanto o Poder Familiar como a guarda dos filhos.

Isso decorre não só da atribuição legal constante no artigo 1.634 do Código Civil, ao discorrer acerca do poder/dever advindo do Poder Familiar – que não é suspenso ou extinto com a separação de fato e/ou de direito do casal genitor (artigo 1.632, do Código Civil) –, mas igualmente da gradual evolução das relações sociais no âmbito familiar.

Até pouco tempo atrás, havia um papel a ser exercido pelo homem e outro pela mulher, incumbindo a ela o dever de zelar pelo cuidado diuturno dos filhos, e a ele a manutenção e sustento do lar.

Dessarte, em caso de separação, a guarda dos filhos era inexoravelmente atribuída à mãe, real detentora do saber de “ser mãe”.

Ocorre que, relevada a dinâmica social, não mais subsiste a divisão de papéis, masculino e feminino, em âmbito familiar, desenvolvendo pai e mãe o mesmo vínculo de afeto e cuidado com os filhos.

O relacionamento familiar como um todo, assim, encontra-se fulcrado na igualdade – homem e mulher exercem igualmente os direitos e deveres na sociedade civil e no âmbito conjugal.

Deste modo, mesmo após extinta a relação conjugal, considerada a estrutura familiar atual, ainda que exista conflito entre os pais é de ser estabelecida a guarda compartilhada dos filhos em respeito ao melhor interesse das crianças e adolescentes.

É o que determinam os artigos 1.583 e 1.584, do Código Civil, *in verbis*:

Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada.

§ 1o Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua (art. 1.584, § 5o) e, por guarda compartilhada a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e

deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns.

§ 2º Na guarda compartilhada, o tempo de convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos.

§ 3º Na guarda compartilhada, a cidade considerada base de moradia dos filhos será aquela que melhor atender aos interesses dos filhos.

§ 4º (VETADO).

§ 5º A guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos, e, para possibilitar tal supervisão, qualquer dos genitores sempre será parte legítima para solicitar informações e/ou prestação de contas, objetivas ou subjetivas, em assuntos ou situações que direta ou indiretamente afetem a saúde física e psicológica e a educação de seus filhos.

“Art. 1.584. A guarda, unilateral ou compartilhada, poderá ser:

I – requerida, por consenso, pelo pai e pela mãe, ou por qualquer deles, em ação autônoma de separação, de divórcio, de dissolução de união estável ou em medida cautelar;

II – decretada pelo juiz, em atenção a necessidades específicas do filho, ou em razão da distribuição de tempo necessário ao convívio deste com o pai e com a mãe.

§ 1º Na audiência de conciliação, o juiz informará ao pai e à mãe o significado da guarda compartilhada, a sua importância, a similitude de deveres e direitos atribuídos aos genitores e as sanções pelo descumprimento de suas cláusulas.

§ 2º Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, encontrando-se ambos os genitores aptos a exercer o poder familiar, será aplicada a guarda compartilhada, salvo se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor.

§ 3º Para estabelecer as atribuições do pai e da mãe e os períodos de convivência sob guarda compartilhada, o juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, poderá basear-se em orientação

técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar, que deverá visar à divisão equilibrada do tempo com o pai e com a mãe.

§ 4º A alteração não autorizada ou o descumprimento imotivado de cláusula de guarda unilateral ou compartilhada poderá implicar a redução de prerrogativas atribuídas ao seu detentor.

§ 5º Se o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferirá a guarda a pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade.

§ 6º Qualquer estabelecimento público ou privado é obrigado a prestar informações a qualquer dos genitores sobre os filhos destes, sob pena de multa de R\$ 200,00 (duzentos reais) a R\$ 500,00 (quinhentos reais) por dia pelo não atendimento da solicitação.”

Como visto, afasta-se a antiga interpretação de que a guarda compartilhada somente seria cabível nos feitos consensuais. O § 2º do artigo 1.584 do Código Civil, alterado pela Lei n. 13.058/2014, é claro ao dispor:

“[...] § 2º Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, encontrando-se ambos os genitores aptos a exercer o poder familiar, será aplicada a guarda compartilhada, salvo se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor.”

Sobre o tema, leciona Maria Berenice Dias:

“[...] Em boa hora vem nova normatização legal que assegura a ambos os genitores a responsabilidade conjunta, conferindo-lhes de forma igualitária o exercício dos direitos e deveres concernentes à autoridade parental. Não mais se limita o não guardião a fiscalizar a manutenção e educação do filho quando na guarda do outro (CC 1.589). Ambos os pais persistem com todo o complexo de ônus que decorrem do poder familiar, sujeitando-se à pena de multa se agirem dolosa ou culposamente (ECA 249).

Deixa a lei de priorizar a guarda individual. Além de definir o que é guarda unilateral e guarda compartilhada (CC 1.583, § 1º), dá preferência pelo

compartilhamento (CC 1.584, § 2º), por garantir maior participação de ambos os pais no crescimento e desenvolvimento da prole. O novo modelo de corresponsabilidade é um avanço, pois favorece o desenvolvimento das crianças com menos traumas, propiciando a continuidade da relação dos filhos com seus dois genitores e retirando da guarda a ideia de posse.

Tem o juiz o dever informar aos pais sobre o significado da guarda compartilhada: mais prerrogativas a ambos, fazendo com que estejam presentes de forma mais intensa na vida dos filhos. A finalidade é consagrar o direito da criança. A guarda conjunta garante, de forma efetiva, a permanência da vinculação mais estrita de ambos os pais na formação e educação do filho, que a simples visitação não dá espaço. O compartilhar da guarda dos filhos é o reflexo mais fiel do que se entende por poder familiar. A participação no processo de desenvolvimento integral dos filhos leva à pluralização das responsabilidades, estabelecendo verdadeira democratização de sentimentos.

Com a nova lei vai ocorrer verdadeira mudança do paradigma jurídico. A guarda compartilhada pode ser fixada por consenso ou por determinação judicial (CC 1.583, § 4º). Caso não estipulada na ação de separação, divórcio ou dissolução da união estável, há a possibilidade de ser buscada em demanda autônoma. Também pode ser requerida por qualquer dos pais em ação própria (CC 1.584, I). Caso um dos genitores não aceite, deve o juiz determiná-la de ofício ou a requerimento do Ministério Público. Mesmo que tenham os pais definido a guarda unilateral, há a possibilidade de um deles pleitear a alteração. Mesmo se ambos os pais discordarem, o juiz pode impor com o compartilhamento, contanto que tenha por comprovado sua viabilidade. Na demanda em que um dos genitores reivindica a guarda do filho, constatando o juiz que ambos demonstram condições de tê-lo em sua companhia, deve determinar a guarda compartilhada, encaminhando os pais, se necessário, a acompanhamento psicológico ou psiquiátrico (ECA 129 III), para desempenharem a contento tal mister. Essa forma, com certeza, traz menos malefícios ao filho do que a regulamentação minuciosa das visitas, com a definição de dias e horários e a previsão de sanções para o caso de inadimplemento.” (DIAS, Maria Berenice. Guarda Compartilhada, uma novidade bem vinda! In: <http://www.mariaberenice.com.Br/uploads/1_-_guarda_compartilhada,_uma_novidade_bem-vinda.pdf> Acesso: 09/09/2015).

Dessa forma, tem-se que a guarda compartilhada deve ser regra, enquanto a guarda unilateral, exceção, cabendo a ambos os pais o esforço para que os reflexos da separação sejam minimizados – e exclusivos ao casal –, a fim de atender ao melhor interesse da criança.

Nesse sentido, a guarda unilateral deve ser atribuída a um dos pais tão somente quando o outro não possuir condições de contribuir para o desenvolvimento saudável da criança, situação que se configura quando estiverem presentes as hipóteses de suspensão e destituição do poder familiar, por exemplo. Não caracterizado risco à criança, aos pais, em conjunto, deve ser atribuído o poder-dever de prestar os necessários atos de cuidado à prole.

A respeito da fixação da guarda compartilhada como regra, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

“CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. GUARDA COMPARTILHADA. CONSENSO. NECESSIDADE. ALTERNÂNCIA DE RESIDÊNCIA DO MENOR. POSSIBILIDADE.

[...].

2. A guarda compartilhada busca a plena proteção do melhor interesse dos filhos, pois reflete, com muito mais acuidade, a realidade da organização social atual que caminha para o fim das rígidas divisões de papéis sociais definidas pelo gênero dos pais.

3. A guarda compartilhada é o ideal a ser buscado no exercício do Poder Familiar entre pais separados, mesmo que demandem deles reestruturações, concessões e adequações diversas, para que seus filhos possam usufruir, durante sua formação, do ideal psicológico de duplo referencial.

4. Apesar de a separação ou do divórcio usualmente coincidirem com o ápice do distanciamento do antigo casal e com a maior evidenciação das diferenças existentes, o melhor interesse do menor, ainda assim, dita a aplicação da guarda compartilhada como regra, mesmo na hipótese de ausência de consenso.

5. A inviabilidade da guarda compartilhada, por ausência de consenso, faria prevalecer o exercício de uma potestade inexistente por um dos pais. E diz-se inexistente, porque contrária ao escopo do Poder Familiar que existe para a proteção da prole.
6. A imposição judicial das atribuições de cada um dos pais, e o período de convivência da criança sob guarda compartilhada, quando não houver consenso, é medida extrema, porém necessária à implementação dessa nova visão, para que não se faça do texto legal, letra morta.
7. A custódia física conjunta é o ideal a ser buscado na fixação da guarda compartilhada, porque sua implementação quebra a monoparentalidade na criação dos filhos, fato corriqueiro na guarda unilateral, que é substituída pela implementação de condições propícias à continuidade da existência de fontes bifrontais de exercício do Poder Familiar.
8. A fixação de um lapso temporal qualquer, em que a custódia física ficará com um dos pais, permite que a mesma rotina do filho seja vivenciada à luz do contato materno e paterno, além de habilitar a criança a ter uma visão tridimensional da realidade, apurada a partir da síntese dessas isoladas experiências interativas.
9. O estabelecimento da custódia física conjunta, sujeita-se, contudo, à possibilidade prática de sua implementação, devendo ser observada as peculiaridades fáticas que envolvem pais e filho, como a localização das residências, capacidade financeira das partes, disponibilidade de tempo e rotinas do menor, além de outras circunstâncias que devem ser observadas.
10. A guarda compartilhada deve ser tida como regra, e a custódia física conjunta - sempre que possível - como sua efetiva expressão.
11. Recurso especial não provido.” (REsp. 1.251.000/MG, Rel. Ministra Nancy Andrighi, julgado em 23/08/2011).

No mesmo norte, colhe-se da jurisprudência deste Órgão Fracionário:

“DIVÓRCIO. DISCUSSÃO SOBRE PARTILHA DE BENS E GUARDA DOS FILHOS MENORES. BENEFÍCIO DA JUSTIÇA GRATUITA DEFERIDO. PLEITO DE FIXAÇÃO DE ALUGUEIS

PELO USO DO IMÓVEL COMUM. INOVAÇÃO RECURSAL. QUESTÃO NÃO ANALISADA PELO SENTENCIANTE. NÃO CONHECIMENTO NO PONTO. GUARDA UNILATERAL DEFERIDA À MÃE. AUSÊNCIA DE CONSENSO. GUARDA COMPARTILHADA COMO REGRA, ATENDENDO AO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA. INTELIGÊNCIA DO ART. 1.584, §2º, DO CÓDIGO CIVIL, COM AS ALTERAÇÕES INTRODUZIDAS PELA LEI N. 13.058/2014. CONCORRÊNCIA DE AMBOS OS GENITORES PARA O SUSTENTO DA PROLE COMUM. RECURSO CONHECIDO EM PARTE E PARCIALMENTE PROVIDO.” (Apelação Cível n. 2014.045340-0, Rel. Des. Ronei Danielli, julgada em 03/02/2015).

Assim, sem descuidar da seriedade de que se reveste o assunto em debate e das consequências extremas advindas de medidas como essa (regulamentação de guarda), verifica-se que a fixação da guarda unilateral, *in casu*, não atende ao melhor interesse da criança, haja vista não estarem presentes nos autos provas suficientes a desabonar a conduta de quaisquer dos genitores.

Posto isso, a solução adotada na Sentença ora atacada, notadamente a partir da análise detida dos documentos carreados aos autos, não se coaduna ao melhor interesse da criança envolvida, porquanto em desconformidade com os preceitos do Estatuto da Criança e do Adolescente (artigo 1º, da Lei nº 8.069/90), e com o próprio ânimo da criança.

Senão vejamos.

Ab initio, para uma melhor compreensão da dinâmica estabelecida e dos documentos constantes nos autos, cumpre-nos relatar que, além da presente demanda, tramitavam paralelamente duas outras ações envolvendo as partes, ambas propostas pela ora requerida/apelante, sendo uma relativa ao pedido de alteração da guarda (autos n. 0008916-57.2013.8.24.0023, distribuída em 18/02/2013 e extinta em 30/10/2013, em razão da tramitação da presente ação) e outra concernente a pedido

de alimentos (autos n. 0008914-87.2013.8.24.0023, distribuída em 18/02/2013 e extinta em 23/09/2014, tendo sido julgados improcedentes os pedidos). Constatam nos presentes autos cópia do acórdão de julgamento do Agravo de Instrumento de n. 2013.012584-5 (fls. 32/36), interposto contra decisão proferida na ação de alimentos. Foram trazidos aos autos também cópia do relatório de Estudo Social, realizado na Ação de Alimentos (fls. 95/104).

Relatada a situação da multiplicidade de demandas existentes e esclarecida a origem de alguns documentos constantes nos autos, passa-se à análise do apelo.

A respeito da guarda da criança M. G. C., a Sentença assim determinou, *in verbis*:

“[...] No caso em apreço, o autor pretende a guarda unilateral, ao passo que a ré objetiva a modalidade unilateral ou compartilhada. Em que pese a predileção do legislador e o desejo da genitora, as provas confeccionadas ao longo da marcha processual revelam que as partes não mantêm relação amistosa e que a criança se encontra adaptada ao atual cenário (fls. 95/104, 120/123 e 126). Portanto, eventual modificação detém potencialidade de acarretar prejuízo irreparável ou de difícil reparação ao cotidiano e ambiente familiar dessa criança. Ademais, o genitor proporciona um ambiente e convivência familiar adequados para o desenvolvimento físico e intelectual da sua filha. Destarte, como modo de preservar os interesses da criança, mostra-se razoável conceder, unilateral e definitivamente, a guarda da filha das partes ao autor. A ré poderá continuar a exercer seu direito de visitas, observada a decisão de fls. 27/28 e o acordo celebrado às fls. 124/125. Vejamos:

[...], determino que as visitas da ré à filha sejam realizadas em finais de semana alternados, devendo buscá-la na casa do genitor sexta-feira, após às 18h, e devolvê-la, no mesmo local, até às 20h de domingo. A mãe ainda poderá pernoitar com a filha nas segundas e quartas-feiras, devendo buscá-la na escola no final do dia e devolvê-la no dia seguinte, no mesmo local, no horário regular de início das atividades escolares. Outrossim, nos anos ímpares, a criança passará com o pai o feriado de carnaval e,

com a mãe, o feriado de Páscoa, invertendo-se nos anos pares. No dias das mães e no dia dos pais, a criança ficará na companhia do homenageado.

E:

As partes declaram que estão seguindo a regulamentação de visitas conforme estipulado judicialmente, apenas que a genitora, ao passar o fim de semana com a criança, pegará a menor na saída do colégio, na sexta-feira, devolvendo-a para o genitor no domingo até às 20h. As partes requerem que nas férias de inverno e de verão, a filha passe metade do período com cada genitor, alternando-se em períodos de sete dias. No natal, a criança passará o dia 24 com um genitor e o dia 25 com o outro, alternando-se a cada ano, sendo que no ano de 2014 a filha passará o dia 24 com a genitora e o dia 25 com o genitor. No ano novo, a criança passará o dia 31 com um genitor e no dia 01 com o outro. No ano de 2014 a filha passará o dia 31 com o genitor e o dia 01 com a genitora. Nos feriados de carnaval e páscoa (de acordo com calendário escolar), haverá alternância a cada ano, sendo que no carnaval de 2015, a filha passará com o genitor. No dia dos pais e das mães, a filha passará com o respectivo homenageado. No dia do aniversário da criança, a mesma ficará metade do dia com cada genitor, havendo alternância do período a cada ano. Sendo que no ano de 2015, o genitor almoçará com a filha e a genitora ficará com a criança para jantar, alternando-se nos anos seguintes.” (fl. 195).

Compulsando-se os autos, verifica-se que o genitor exerce, desde a decisão interlocutória proferida nestes autos (datada de 28 de janeiro de 2013 - fls. 27/28), a guarda unilateral da filha M. G. C .

Alega o genitor, ora apelado, que não houve insurgência da mãe a respeito da decisão que definiu a guarda unilateralmente ao pai no início da marcha processual, reputando como ausente o interesse da genitora em relação à guarda. Em que pese tais argumentos, verifica-se que, ao tomar conhecimento do pedido de guarda manejado pelo autor, veio a genitora a constituir procurador, o qual inclusive compareceu aos autos antes mesmo da citação (fl. 30), vindo a ajuizar ação própria objetivando a alteração da guarda (autos n. 0008916-57.2013.8.24.0023), razão pela

qual não prospera o argumento de que a mãe não demonstrou interesse em manter a guarda da criança.

Outrossim, infere-se que a genitora, embora não tenha obtido sucesso no intento de reverter a situação da guarda, manteve-se constantemente em contato com a criança, exercendo atos de cuidado, buscando reiteradamente ampliar a convivência com a filha.

A decisão ora objurgada sustenta a manutenção da guarda unilateral ao pai sob os fundamentos de que a criança estaria totalmente adaptada à atual situação e de que seria inviável o estabelecimento da guarda compartilhada em razão da relação conflituosa entre os genitores.

No que toca à suposta impossibilidade de estabelecimento da guarda compartilhada, vislumbra-se desacertada a interpretação do Magistrado *a quo*, porquanto, conforme já delineado anteriormente, a guarda compartilhada é regra no ordenamento jurídico (inaugurada definitivamente pela Lei n. 13.058/2014), não sendo o conflito entre os pais óbice à sua definição.

Em que pese os atos de cuidado bem prestados pelo genitor, tanto o Estudo Social (fls. 95/104) quanto o Laudo Psicológico (fls. 120/123) produzidos ao longo da instrução enaltecem que a mãe igualmente possui condições de cuidar da filha.

Inexiste, pois, justificativa plausível para fixação da guarda unilateral, mormente porque as poucas desavenças ainda existentes entre os genitores afiguram-se meros resquícios do processo conturbado da separação, e tendem a ser superadas com o encerramento da celeuma judicial (que expõe a privacidade das partes, como deixou transparecer o pai em seu contato com a Assistente Social – fl. 100).

Não há qualquer prova nos autos de que o exercício da guarda pela mãe ensejaria exposição da criança a situação de risco, ao contrário, constata-se o intenso vínculo de afeto entre a genitora e a filha, além da capacidade de prestar os necessários atos de cuidado psíquico e material.

Segundo conclusão constante no bem lançado Estudo Social, promovido pela Assistente Social Carmem Lucia da Silva, apesar de ao longo da lide ter sido fixada a guarda unilateral ao pai, a mãe manteve no período estreito e contínuo contato com a filha, situação que vem lhe propiciando desenvolvimento sadio.

Extrai-se da parte final do laudo da profissional:

“O desafio dos pais de [M.] está na superação das contendas, minimamente para conseguir dialogar o caminho que devem trilhar, na perspectiva de construir um futuro saudável e menos danoso para a filha, já que com o processo de divórcio não está extinta, muito menos aniquilada a relevância do pai e da mãe na vida da criança. Ademais, não foi possível perceber quaisquer risco a criança, na definição da guarda para um ou outro genitor, até porque ambos demonstram da sua maneira comprometimento nos cuidados com [M.]” (fl. 104)

E não foi outra a conclusão da Dra. Karime Bozza Gallotti Peixoto, psicóloga, que enaltece o forte vínculo existente entre a mãe e a filha (fator que revela sobremaneira o desacerto da decisão atacada):

“Nesta avaliação, [G.] e [B.] demonstram competência parental preservada e vinculação de afeto positivo e consistente com a criança. A partir dos procedimentos utilizados, foi possível observar que, sem preterir a figura paterna, [M.] apresenta mais afinidades e proximidade com a figura materna.” (fl. 122)

Frise-se, outrossim, que mesmo não havendo consenso entre as partes acerca da guarda da filha M. G. C., bem analisado o conjunto probatório constante nos autos, a fixação da guarda compartilhada atende ao melhor interesse da criança.

A guarda compartilhada e a conseqüente manutenção de ambos os pais envolvidos na criação da filha possui fundamental importância aos direitos e interesses da criança, na medida em que valida aos genitores o papel parental permanente, ininterrupto e conjunto.

Conforme lição de Maria Berenice Dias (*in* Manual de Direito das Famílias, 9ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013), os

fundamentos da guarda compartilhada são de ordem constitucional e também psicológica, objetivando garantir o interesse da prole. A guarda compartilhada confere mais prerrogativas aos genitores, intensificando a presença de ambos na vida dos filhos.

Em que pese a argumentação contida nas contrarrazões recursais, no sentido de que a guarda compartilhada não se mostra adequada ao caso, atribuindo à mãe uma tendência a buscar “enfraquecer os laços da criança com o pai”, tal argumento se mostra em desconformidade com todo o conteúdo corroborado nos autos.

Segundo as avaliações realizadas, a genitora possui postura mais flexível e atenta às necessidades emocionais da filha, sendo nela que a criança deposita maior confiança emocional.

Outrossim, a suposição do apelado de que o fato de a genitora não ter conversado com a criança a respeito de sua união estável homoafetiva seria fator potencialmente prejudicial à criança mostra-se completamente descabida.

Isso porque, é dever dos pais criar os filhos para os valores da cidadania, e como tal, sabendo, desde cedo, respeitar as diferenças.

A criação para os valores da cidadania mediante o convívio com a diversidade é salutar ao desenvolvimento da pessoa no seio da sociedade.

As diferenças em geral são o principal motivo de desavenças e violência no mundo atual, mostrando-se imperiosa a transformação da forma como são educados os cidadãos para a própria preservação da segurança social.

Ofertar educação cidadã, em seu sentido libertador – ao proporcionar à pessoa conhecimento humano e científico suficiente para exercer com liberdade e consciência suas próprias escolhas –, exige a desde a infância o respeito às diferenças, isso porque o distanciamento se afigura fator tendente a perpetuar preconceitos e aversões que não detém

respaldo racional, refletindo em inexoráveis conflitos sociais (e, às vezes, até psíquicos).

Dessarte, o bem educar exige que a criança experimente conviver com as mais diversas situações não danosas à pessoa, pois só assim interromper-se-á paulatinamente o nefasto ciclo da intolerância.

Ademais, a maneira e o momento a serem escolhidos pela genitora para conversar a respeito de seus relacionamentos pessoais com a filha dizem respeito à privacidade da família e não possuem relevância jurídica à definição da guarda, porquanto não interferem na forma e nos cuidados dispensados à criança. Em nenhum momento nos autos levanta-se qualquer tipo de preocupação em relação ao pai estar ou não em novo relacionamento, conversar ou não com a filha a respeito de seus atuais relacionamentos pessoais ou a respeito da ausência deles, pois tais fatores não possuem relevância, na medida em que não interfiram na relação do genitor com a filha. Não há razão, pois, para contrapor-se aos relacionamentos da mãe.

O único fator prejudicial que desponta no caso em tela é a ênfase pejorativa que o apelado dá ao relacionamento da genitora, reiteradamente fazendo referência à relação da mãe como fator de preocupação. Suas afirmações evidenciam que o apelado interpreta a condição da genitora como prejudicial, afrontando-lhe a dignidade, desprestigiando a igualdade parental, em evidente desrespeito à diversidade (fator fundante da educação cidadã, como já explanado).

Não se justifica a preocupação noticiada pelo pai com relação à pessoa da mãe diante dos reiterados documentos constantes nos autos atestando seu zelo na conferência de atos de cuidado à filha.

Tendo sido amplamente demonstrado que a genitora possui condições psíquicas e materiais de bem cuidar da criança, não se sustenta, pois, a manutenção da guarda unilateral.

À vista do exposto, considerados os relatos uníssonos no sentido de que ambos os pais são responsáveis e atendem às necessidades da criança, impõe-se prover o apelo da mãe para determinar a fixação da guarda compartilhada da filha M. pelos pais.

De outra parte, não há de prosperar o pleito recursal da mãe visando a fixação pelo Estado-Juiz da residência da criança consigo, e ainda estabelecimento de obrigação alimentar.

Com efeito, inexistente modelo predeterminado ao exercício da guarda compartilhada, devendo, sempre que possível, ser estabelecida como opção conjunta dos pais, dada sua liberdade (decorrente do poder familiar) de gerir a educação dos filhos.

No caso em exame, infere-se da própria dinâmica estabelecida às visitas da mãe ao longo do exercício unilateral da guarda pelo pai, que as diferenças estabelecidas entre ambos com relação aos rumos educacionais da criança são mínimas, fazendo-se perniciososa a intervenção judicial no tocante.

Dessarte, incumbe aos pais, em conjunto, fixar a rotina da criança da forma que se lhe propicie conforto e bem estar.

A fixação judicial da forma de guarda e visitação, contudo, no caso em tela tem se mostrado prejudicial aos interesses da criança.

Não obstante a Sentença tenha considerado que a criança se encontra “adaptada” à dinâmica da guarda atual, referindo-se aos documentos de fls. 95/104 (Estudo Social), 120/123 (Laudo Psicológico) e 126 (testemunha autoral) para fundamentar o posicionamento, da análise detida do teor de tais documentos constata-se cenário diverso.

Extrai-se do laudo psicológico (fl. 123):

“Independente da definição da guarda, do ponto de vista psicológico, recomenda-se que a regulamentação de visitas priorize a continuidade das atividades e o estabelecimento de uma rotina constante para a criança,

devendo-se reduzir a alternância entre a casa materna e paterna durante os dias úteis da semana, definindo-se um único dia para a visita neste período. Esta medida visa conforto e condições de desenvolvimento mais favoráveis para a criança, sendo que não trará prejuízo para a vinculação afetiva com a mãe ou com o pai.”

Ocorre que, como dito, cabe aos pais determinar o modo como dar-se-á a fixação da residência da criança ao longo dos dias de aula, afigurando-se pouco produtiva a ingerência estatal.

Outrossim, a opinião da profissional tem como pano de fundo o modo como fora fixada judicialmente a alternância física da guarda. O laudo indica a inadequação da fixação judicial da residência, porquanto a fórmula encontrada pelo juízo *a quo* – com pernoite da criança na casa da mãe nas segundas e quartas-feiras (fls. 27/28) –, no momento atual, está causando certo desconforto à criança.

O retrotranscrito parecer da psicóloga forense, no entanto, não desconstitui a adoção da guarda compartilhada como solução ao caso concreto.

Na hipótese em exame, a permanência da criança em ambos os lares, dada a proximidade da residência de ambos os pais da escola, não tem o condão de afetar a rotina da criança.

Como dito, consabido que a guarda compartilhada é instituto novo, não existindo fórmula preestabelecida do seu exercício.

Para além dos já relatados benefícios psíquicos desta modalidade de exercício efetivo e responsável da paternidade e maternidade, impõe-se destacar ser dever de ambos os pais prestar a filha atos de cuidado com fito de lhe ofertar segurança, impedindo que a situação possa lhe propiciar desconforto adicional.

A filha deve reconhecer ambas as casas como seu porto seguro, não se fazendo necessária a intervenção judicial no caso concreto. A

criança deve sentir-se confortável para transitar em ambos os ambientes familiares, que necessitam conter per se todos os elementos de um lar.

Demais disso, da leitura do laudo psicológico possível observar-se que o relatado desconforto pode advir não só da novidade da separação – que, por evidente, desestrutura a realidade até então vivenciada pela criança –, mas igualmente da conduta pouco razoável do pai de proibir a filha de levar alguns de seus pertences para casa da mãe.

Se o lar ofertado pela mãe deve ser tão completo como o oferecido pelo pai, e vice-versa, necessário se faz que os genitores tenham sensibilidade suficiente para reconhecer a necessidade da criança ter consigo alguns pertences de valor sentimental, objetos que lhe conferir segurança.

Considerada a situação posta, tem-se que se mostra benéfico à criança, neste momento, que, estabelecida a guarda compartilhada, as partes dialoguem no sentido de encontrarem uma rotina diária que seja confortável à criança, norteadas por suas escolhas com base no bem estar da filha, adotando posicionamento mais flexível e empático em relação ao contato da criança com o outro genitor, preservando-a dos conflitos e ressentimentos inerentes ao rompimento conjugal, viabilizando da forma mais ampla possível a manutenção dos laços afetivos com ambos os pais e ambas as famílias, materna e paterna.

No caso em apreço, para além do conforto material e cuidados básicos relacionados à saúde, os quais têm sido muito bem supridos por ambos os genitores, é importante assegurar que a criança possua também conforto emocional, viabilizando-se seu crescimento e amadurecimento com segurança e equilíbrio, em ambiente no qual se sinta a vontade para expressar seus pensamentos e emoções, evitando-se que experimente em tão tenra idade pressões emocionais desnecessárias, advindas do desconforto por não poder expressar sentimentos, tais quais a saudade e o desejo de estar na companhia do pai e/ou da mãe, repressão

que impacta negativamente na autoestima, estabilidade e bem estar psicológico da criança.

Deste modo, como ambos os pais vem propiciando ambiente saudável à criança, *in casu*, fixa-se desde já a guarda compartilhada.

Estabelecida a guarda compartilhada, e observada a capacidade financeira de ambos os pais (a despeito da diferença nos rendimentos), desnecessária a fixação de alimentos.

Igualmente inservível o pedido de concessão de antecipação dos efeitos da tutela recursal na atual fase processual, porquanto não mais cabível recurso com efeito suspensivo, fazendo com que a presente decisão surta efeitos imediatos.

3. Ônus Sucumbenciais

Por fim, havendo o reconhecimento parcial do direito do autor, torna-se necessário adequar a distribuição dos ônus sucumbenciais.

No tocante aos encargos processuais, lecionam Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery:

“Há sucumbência recíproca quando uma das partes não obteve tudo o que o processo poderia lhe proporcionar. Se o autor pediu 100 e obteve 80, sucumbiu em 20, ao mesmo tempo em que o réu sucumbiu em 80. Quando a parte sucumbiu em parte mínima do pedido, não se caracteriza a sucumbência recíproca. [...] As despesas processuais e os honorários de advogados deverão ser rateados entre as partes, na medida de sua parte na derrota, isto é, de forma proporcional. [...] Quando a perda for ínfima, é equiparada à vitória, de sorte que a parte contrária deve arcar com a totalidade da verba de sucumbência (custas, despesas e honorários de advogado). A caracterização de ‘parte mínima do pedido’ dependerá de aferição pelo juiz, que deverá levar em consideração o valor da causa, o bem da vida pretendido e o efetivamente conseguido pela parte.” (Código de processo civil comentado: e legislação extravagante. 7. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 389, destaque no original).

Infere-se da exordial, ter o requerente pleiteado a decretação do divórcio e o estabelecimento da guarda da filha unilateralmente em seu favor.

Sentenciado o feito, o Magistrado singular julgou procedentes ambos os pedidos ventilados na exordial.

A requerida interpôs recurso de apelação, cingindo-se o mérito recursal à situação da guarda.

Nessa senda, acolhida a alteração da guarda pleiteada na apelação, observa-se ter o autor obtido êxito apenas em relação a metade dos pedidos ventilados na exordial.

Desta forma, acolhido somente em parte o pedido formulado na exordial, de acordo com o art. 21 do CPC, imputa-se às partes o pagamento de honorários advocatícios e das custas processuais, na proporção de 50% (cinquenta por cento), tendo em vista a sucumbência recíproca, *verbis*:

“Se cada litigante for em parte vencedor e vencido, serão recíproca e proporcionalmente distribuídos e compensados entre eles os honorários e as despesas”.

Do que decorre, ante a sucumbência recíproca, a necessidade de repartição equânime dos ônus sucumbenciais.

Em sendo assim, condena-se o autor ao pagamento dos honorários advocatícios à procuradora da requerida, os quais arbitro em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), em conformidade com o art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil, bem assim ao pagamento de 50% (cinquenta por cento) das custas processuais.

Outrossim, condena-se a requerida ao pagamento dos honorários advocatícios do patrono do autor, os quais também arbitro de acordo com o art. 20, § 4º do Código de Processo Civil, em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), bem como ao pagamento de 50% das custas processuais.

Sobrestada a exigibilidade dos ônus sucumbenciais fixados à requerida, em virtude da benesse da justiça gratuita (art. 12, da Lei n. 1.060/1950).

Ante o exposto, o voto é no sentido de conhecer do recurso e dar-lhe provimento para fixar imediatamente a guarda compartilhada da criança M. G. C. aos pais. Reconhecida a sucumbência recíproca, condena-se o autor ao pagamento de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) a título de honorários advocatícios em favor da procuradora da requerida, bem como ao pagamento de 50% (cinquenta por cento) das custas processuais. Condena-se, também, a requerida ao pagamento dos honorários advocatícios ao patrono do autor, no importe de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), além de 50% (cinquenta por cento) das custas processuais, sobrestado, contudo, o pagamento por ser beneficiária da Justiça Gratuita, de acordo com o art. 12 da Lei n. 1.060/50.

Este é o voto.

GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO COMERCIAL

Ação Rescisória n. 2014.071192-4, de Brusque

Relator: Des. Salim Schead dos Santos

AÇÃO RESCISÓRIA. AUSÊNCIA DE INTERESSE PROCESSUAL. INADEQUAÇÃO DA AÇÃO. REEXAME DAS PROVAS. PRETENSÃO NÃO IDENTIFICADA. PRELIMINAR AFASTADA. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO CUMULADA COM DANOS MORAIS JULGADA IMPROCEDENTE. INSTRUMENTO DE QUITAÇÃO DO DÉBITO CONSIDERADO IRREGULAR. EXPRESSO PRONUNCIAMENTO JUDICIAL SOBRE O FATOS. ERRO DE FATOS (ART. 485, IX, DO CPC). INEXISTÊNCIA. EFETIVA RELAÇÃO DO COMPROVANTE DE PAGAMENTO COM O DÉBITO QUESTIONADO. FORTES INDÍCIOS. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA DECRETADA E EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS ORDENADA. INVALIDAÇÃO DO COMPROVANTE DE PAGAMENTO. ÔNUS DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA RÉ. PRODUÇÃO DA PROVA. INÉRCIA. PRESUNÇÃO DE VERACIDADE DO FATOS AFIRMADO NA INICIAL DESCONSIDERADA. VIOLAÇÃO DA LITERALIDADE DO ART. 359 DO CPC (ART. 485, V, DO CPC). RECONHECIMENTO. ACÓRDÃO RESCINDIDO. REJULGAMENTO DA CAUSA. QUITAÇÃO REGULAR. PROVA SUFICIENTE. INEXISTÊNCIA DO DÉBITO. DECLARAÇÃO. INSCRIÇÃO EM CADASTRO DE INADIMPLÊNCIA. MANUTENÇÃO APÓS A QUITAÇÃO. ILICITUDE. DANO MORAL CONFIGURADO. INDENIZAÇÃO FIXADA.

Não há inadequação da ação rescisória proposta com base no art. 485, V, do CPC, se o autor estabelece, em tese, confronto direto entre o ato judicial rescindendo e a disposição de lei supostamente violada, pois dessa forma o deslinde da questão prescinde do reexame de provas.

Diferente do que ocorre com a hipótese de rescindibilidade calcada na violação à literal disposição de lei, não há que se falar em inadequação da ação rescisória em razão do pretense reexame das provas quando o

pedido se fundamenta no erro de fato, pois este resulta, nos termos do art. 485, IX, do CPC, de “atos ou documentos da causa”; assim, cumpre ao colegiado competente reexaminar as provas, ainda que o reconhecimento do erro deva ocorrer *primo ictu oculi*.

O acórdão rescindendo rejeitou a alegada quitação do débito por entender que não havia relação segura do comprovante de pagamento apresentado pela autora com o financiamento firmado pelas partes, o que torna irrelevante a existência de lacuna no extrato de pagamentos considerados regulares pela instituição financeira; dessa forma, não há como reconhecer o erro na análise do extrato, pois a lei só autoriza o reconhecimento do erro de fato quando o ato judicial rescindendo esteja nele fundado e quando sobre ele não tenha existido expresso pronunciamento judicial.

Existindo fortes indícios de que o comprovante de pagamento apresentado pela autora tem efetiva relação com o débito que gerou a inscrição de seu nome nos cadastros de inadimplência, caberia à instituição financeira ré, diante da expressa inversão do ônus da prova, bem como da ordem de exibição de documentos relativos à dívida, derruir a presunção de veracidade do fato narrado na inicial; assim, a desconsideração dessa presunção pelo acórdão rescindendo, após a inércia da ré, implica violação à literalidade do artigo 359 do CPC, o que autoriza a sua desconstituição pela hipótese do artigo 485, V, do mesmo Código.

Comprovada a quitação do débito, ainda que com atraso, bem assim a inexistência da dívida, a manutenção do nome da autora nos cadastros de inadimplência meses após a quitação caracteriza o dano moral.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Rescisória n. 2014.071192-4, da comarca de Brusque (Vara Cível), em que é autor Alzira Luiza Kohler, e réu Banco Panamericano S/A:

O Grupo de Câmaras de Direito Comercial decidiu, a) em juízo rescindendo, por maioria, julgar procedente o pedido de rescisão do acórdão proferido nos autos da apelação cível n. 2014.022256-8, em relação ao Banco Panamericano S/A, vencidos os Desembargadores José Carlos Carstens Köhler, Jânio Machado, Ronaldo Moritz da Silva,

Robson Varella, Altamiro de Oliveira e Janice Goulart Garcia Ubialli; b) por unanimidade, b.1) em juízo rescisório, julgar procedente o pedido para declarar a inexistência do débito relativo à 10ª parcela do contrato de financiamento n. 40437474 firmado entre as partes, determinar a exclusão definitiva do nome da autora dos cadastros de inadimplência no que toca a essa parcela e condenar o réu ao pagamento de indenização por danos morais, no valor de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais); b.2) condenar o réu ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, esses fixados em R\$ 1.000,00 (um mil reais). Custas legais.

O julgamento, realizado em 9 de setembro de 2015, foi presidido pelo Excelentíssimo Senhor Desembargador Cláudio Barreto Dutra e dele participaram os Excelentíssimos Senhores Desembargadores Lédio Rosa de Andrade, Rejane Andersen, Rodrigo Cunha, Jânio Machado, Soraya Nunes Lins, José Inácio Schaefer, Ronaldo Moritz Martins da Silva, Robson Luz Varella, Mariano do Nascimento, Altamiro de Oliveira, Janice Goulart Garcia Ubialli e José Carlos Carstens Köhler.

Funcionou como representante do Ministério Público a Excelentíssima Senhora Procuradora de Justiça Walkyria Ruicir Danielski.

Florianópolis, 14 de setembro de 2015.

Salim Schead dos Santos
RELATOR

RELATÓRIO

Alzira Luiza Kohler ajuizou a presente ação rescisória contra o Banco Panamericano S/A com o objetivo de desconstituir o acórdão proferido na apelação cível n. 2014.022256-8, que manteve a sentença de improcedência proferida nos autos da ação declaratória de inexistência de débito c/c indenização por danos morais n. 011.12.000376-8.

Noticiou que ajuizou a ação originária contra a instituição financeira porquanto seu nome foi indevidamente inscrito em cadastro de inadimplência, por negligência da instituição, que considerou aberta parcela de financiamento já quitada, conforme comprova o documento de quitação expedido pelo Banco Postal em que foi realizado o pagamento. Disse que o acórdão rescindendo, ao manter a sentença de improcedência por considerar inexistente a prova da quitação, acabou ofendendo a literalidade do artigo 359 do Código de Processo Civil, pois não aplicou a presunção de veracidade do fato narrado na inicial, apesar de a instituição financeira ter se mantido inerte após a inversão do ônus da prova e a ordem de exibição dos documentos relativos à dívida. Disse também que o acórdão incorreu em erro de fato, resultante da análise equivocada dos documentos juntados aos autos. Ao final, requereu a desconstituição do acórdão e o rejuízo da causa (fls. 2 a 18). Juntou documentos (fls. 19 a 152).

A petição inicial foi recebida, foi deferida a justiça gratuita pleiteada pela autora, com a consequente dispensa do depósito prévio previsto no inciso II do artigo 488 do CPC, bem como foi determinada a citação do réu (fls. 155 e 156).

Citado, o réu apresentou contestação. Arguiu, em preliminar, a ausência de interesse processual, alegando que a autora pretende o reexame das provas, vedado em ação rescisória, e que a rescindibilidade exige violação direta ao texto da lei, sendo descabida a desconstituição da coisa julgada por conta de mera interpretação da lei supostamente violada. No mérito, argumentou que o autor não conseguiu provar, na ação originária, que o código de barras inscrito no pretense documento de quitação correspondia à parcela que gerou a inscrição nos cadastros de inadimplentes. Disse que houve digitação equivocada do código de barras constante no boleto bancário e que não havia como considerar quitada a parcela em razão do pagamento incorreto, razão pela qual não haveria nenhuma ilicitude na negatização do nome da autora, tampouco

dano moral indenizável. Pelo princípio da eventualidade, ainda defende que a inscrição em cadastros de inadimplentes, mesmo quando indevida, configura mero aborrecimento e que, se reconhecida a existência de dano moral, o valor da indenização deve observar o princípio da proporcionalidade (fls. 170 a 202).

Intimada, a autora apresentou réplica (fls. 238 a 255).

Foi declarada encerrada a instrução e determinada a remessa dos autos à Procuradoria-Geral de Justiça (fl. 257).

O Ministério Público, por seu Procurador de Justiça Alexandre Herculano Abreu, reconheceu a desnecessidade de sua intervenção no feito (fls. 260 a 261).

É o relatório.

VOTO

1 - Preliminar - Ausência de interesse processual

O réu arguiu a ausência de interesse processual sob a alegação de que a autora pretende o reexame das provas produzidas nos autos originários, o que é descabido em ação rescisória, bem como de que a desconstituição da coisa julgada por violação à literalidade da lei não pode se fundar em interpretação dessa mesma lei.

Em tese, a ré tem razão. Isso porque, em se tratando de pedido de rescisão fundado em violação à literal disposição de lei (art. 485, V, do CPC), há muito tempo, a jurisprudência do STJ possui entendimento de que a Ação Rescisória não é meio adequado para corrigir suposta injustiça da Sentença, apreciar má interpretação dos fatos ou reexame de provas produzidas ou complementá-las. Para justificar a procedência da demanda rescisória, a violação à lei deve ser de tal modo evidente que afronte o dispositivo legal em sua literalidade (AgRg no REsp n. 1478213/RS, rel. Ministro Herman Benjamin, DJe de 19-3-2015).

No entanto, não se pode afirmar que seja essa a pretensão da autora.

Da simples leitura da petição inicial, verifica-se que o pedido de rescisão está fundamentado, em parte, na violação do artigo 359 do CPC, que trata da presunção de veracidade dos fatos narrados na inicial em caso de descumprimento da ordem de exibição de documento. Segundo a autora, a regra teria sido violada porque o título judicial deixou de considerar a inércia da instituição financeira frente à inversão do ônus da prova e julgou o pedido improcedente por considerar que o ônus da prova da quitação seria integralmente da autora. Verifica-se, assim, que o confronto estabelecido pela autora entre o título judicial e a literalidade do artigo 359 é direto, passando ao largo de qualquer discussão hermenêutica a respeito da aplicação da regra nele contida.

No mais, quanto ao alegado erro de fato, sabe-se que, nos termos do artigo 485, IX, do CPC, ele sempre resulta de “atos ou de documentos da causa”. Dessa forma, diferente do que ocorre quando se alega a violação à literal disposição de lei, a invocação do erro de fato como causa de rescindibilidade implica, necessariamente, a análise dos documentos da causa, ainda que a apuração do erro deva se dar *primo ictu oculi*.

A esse respeito, o Superior Tribunal de Justiça, em sede de recurso especial em ação rescisória, já teve a oportunidade de afirmar a necessidade da análise dos documentos, valendo citar:

“O Recurso Especial assentado em violação ao Art. 485, IX, do CPC trata de questão de direito que implica e se confunde com questão de fato. O reconhecimento de ofensa ao dispositivo de Lei (ocorrência, ou não, de erro de fato) passa pela análise de atos ou de documentos da causa (CPC; Art. 485, IX)”. (REsp 733.742/MG, Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, Terceira Turma, julgado em 23/11/2005, DJ 12/12/2005, p. 382) (AgRg no REsp n. 1332603/SP, rel. Ministro Luis Felipe Salomão, DJe de 2-4-2013).

Não há, portanto, que se falar em inadequação do pedido, devendo-se afastar a preliminar de ausência de interesse processual.

2 - Mérito

2.1 - Juízo rescindendo

2.1.1 - Erro de fato

A autora defende, em suma, que houve erro de fato porquanto se ignorou que o extrato de pagamentos apresentado pela instituição financeira não contempla o pagamento realizado no dia 11-3-2011, conforme demonstra o comprovante que juntou, supostamente relativo à parcela vencida em 27-2-2013, que deu causa à inscrição nos cadastros de inadimplência. Contudo, sem razão.

O erro de fato está disciplinado no Código de Processo Civil da seguinte forma:

Art. 485. A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:

[...]

IX - fundada em erro de fato, resultante de atos ou de documentos da causa;

§ 1º Há erro, quando a sentença admitir um fato inexistente, ou quando considerar inexistente um fato efetivamente ocorrido.

§ 2º É indispensável, num como noutro caso, que não tenha havido controvérsia, nem pronunciamento judicial sobre o fato.

Conforme se verifica, só há erro quando o fato não tenha sido objeto de análise pelo Magistrado, ou seja, quando sobre ele o Magistrado não tenha exercido verdadeira atividade judicial. Nas palavras de Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha, apoiados nas lições de José Carlos Barbosa Moreira, “o juiz, no erro de fato, *supõe* ou *imagina* que um fato existiu, quando, na verdade, nunca ocorreu ou vice-versa. O juiz, no erro de fato, não se pronuncia sobre o fato; *supõe* ou *imagina* tenha existido o fato inexistente ou vice-versa” (Curso de Direito Processual Civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. vol 3. Salvador: *JusPodivm*, 2011, p. 426).

A esse respeito, colhe-se da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

Na esteira da sedimentada jurisprudência desta Corte de Justiça e de autorizada doutrina nacional sobre o tema, o erro de fato que confere lastro à rescisão de um julgado pressupõe que a sentença rescindenda admita um fato inexistente ou considere inexistente um fato efetivamente ocorrido, essencial ao deslinde da causa, sendo indispensável, em qualquer dos casos, que não tenha havido controvérsia, nem pronunciamento judicial a esse respeito (REsp n. 1403272/RS, rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, DJe de 18-3-2015).

Observe-se também que é necessário ainda que o erro seja determinante para o julgamento; isso porque, nos termos do inciso IX, a rescindibilidade surge somente quando o ato judicial esteja *fundado* no erro de fato. Ainda tratando dessa matéria, Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha também afirmam que é necessário que a sentença nele seja fundada, isto é, que sem o erro de fato a conclusão do juiz houvesse de ser diferente. É necessário “que a sentença esteja baseada em erro de fato”; ou seja, “o erro de fato deve ser a causa da conclusão a que chegou a sentença”, “é necessária a existência de nexo de causalidade entre o erro de fato e a conclusão do juiz prolator do *decisum* rescindendo” (Curso de Direito Processual Civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. vol 3. Salvador: JusPodivm, 2011, p. 426)

Nesse sentido, pode-se citar o seguinte precedente do Superior Tribunal de Justiça:

Nos termos do art. 485, §§ 1º e 2º, do CPC, ocorre erro de fato quando, na sentença que se pretende rescindir, se afirma fato inexistente ou é negado fato que existe. Nesse passo, para que desafie ação rescisória e se dê causa à rescisão do julgado, é indispensável que o erro de fato seja relevante para o julgamento da questão, apurável mediante simples exame e que não tenha havido controvérsia nem pronunciamento judicial sobre o fato (AR n. 5064/ES, rel. Ministro Luis Felipe Salomão, DJe de 3-3-2015).

Dito isso, não há como reconhecer o erro de fato no presente caso porque, inegavelmente, houve expresso pronunciamento judicial a respeito do mencionado comprovante de pagamento. Sobre ele, a Câmara disse expressamente que não servia como instrumento de quitação, pois não havia elementos que pudessem relacioná-lo de forma segura com o financiamento firmado entre as partes, razão pela qual considerou lícita a conduta da instituição financeira, que contabilizou o débito de seu cliente e inscreveu seu nome nos cadastros de inadimplência.

Vale transcrever do acórdão rescindendo:

A Demandante afirmou em sua exordial que celebrou o contrato de financiamento n. 40437474, tendo adimplido todas as parcelas, ainda que com alguns dias de atraso.

Para demonstrar a sua alegação, a ora Recorrente colacionou nos autos:

- a) a cópia do carnê do financiamento (fl. 22); e
- b) o comprovante de pagamento de um título (fl. 23).

Da análise dos documentos, extrai-se que não há prova de que o comprovante de pagamento de fl. 23 esteja relacionado à parcela que embasou a inscrição do nome da Autora pela Casa Bancária junto ao cadastro restritivo de crédito. Observa-se que as datas não coincidem e tampouco há demonstração de que o código de barras seja o mesmo.

No caso vertente, em que a Autora afirma já ter quitado a dívida que ensejou sua inscrição nos cadastros de inadimplentes, a demonstração da quitação deve ocorrer por meio de documento hábil, pois “O pagamento é demonstrado com a exibição de recibo contendo todas as especificações da dívida quitada. Ausente esta prova, prevalece a presunção de não pagamento, que é estabelecida em favor do portador do título cambial”. (Apelação Cível n. 2006.005524-7, Rel. Des. Jânio Machado, j. 29-6-06).

[...]

Destarte, sendo o comprovante de quitação o instrumento hábil para comprovar o pagamento da dívida e, por consequência, declarar

inexistente o débito, a sua não apresentação implica na manutenção incólume da sentença nesse ponto (fls. 127 e 128).

É de se dizer ainda que, considerada a lógica interna do acórdão rescindendo, tem-se que a lacuna existente no extrato de pagamentos emitido pela instituição financeira se mostra irrelevante para a solução adotada, na medida em que, para a Câmara, o comprovante de pagamento exibido pela autora não possuía nenhuma relação com o financiamento.

O pedido, portanto, é improcedente na parte em que se fundamenta no inciso IX do artigo 485 do CPC.

2.1.2 - Violação à literal disposição de lei

A autora sustenta que o acórdão violou a literalidade do artigo 359 do CPC porquanto deixou de aplicar a presunção de veracidade dos fatos narrados na inicial, embora tenha sido invertido o ônus da prova e a instituição financeira tenha permanecido inerte, sem exibir os documentos relativos à dívida. E com razão.

Inicialmente, deve-se estabelecer a premissa de que a contabilização de débito da 10ª parcela do contrato de financiamento, com vencimento em 27-2-2011, é fato incontroverso.

Tencionando comprovar o pagamento dessa parcela, a autora juntou aos autos originários uma cópia do carnê, à folha 47, e o comprovante de pagamento de folha 48.

Do carnê, verifica-se que a parte destacável, que contém o código de barras relativo à 10ª parcela, não está presente; tem-se apenas o canhoto respectivo, que não contém a sequência numérica que identifica o boleto.

Ocorre que o pagamento reclamado pela autora foi realizado no Banco Postal, ou seja, na Empresa Brasileira de Correios Telégrafos, que atua como correspondente na prestação de serviços bancários, nos termos da Resolução n. 3.954/2011 do Conselho Monetário Nacional e

da Portaria n. 588/2000 do Ministério das Comunicações. A relevância disso reside no fato de que, ao se realizar pagamento de contas no Banco Postal, a parte destacável do boleto é retida pelo correspondente bancário. O cliente fica apenas com o comprovante de pagamento e o canhoto no carnê; isso é notório e, portanto, independe de prova (art. 334, I, do CPC). Assim, seria impossível à autora declinar ou mesmo provar a sequência numérica do código de barras correspondente ao boleto da 10ª parcela.

A par disso, é de se perceber também que os últimos números do código de barras inscrito no comprovante de pagamento, após a sequência de zeros, são 17636. Esses números, de forma notória, correspondem ao valor do boleto, ou seja, R\$ 176,36, exatamente o valor da parcela do financiamento firmado entre as partes. Tem-se ainda que o cedente identificado no comprovante é o réu, Banco Panamericano S/A, e que o pagamento foi realizado em 11-3-2011, no valor de R\$ 191,16, portanto em montante superior ao do boleto correspondente, o que denota que o pagamento se deu com atraso.

Esse atraso, aliás, é idêntico ao de outros dois pagamentos no mesmo valor. Com efeito, ao se analisar o extrato de pagamento (fl. 77), é possível verificar a existência de outros dois pagamentos no mesmo valor de R\$ 191,16, esses considerados regulares pela instituição financeira, referentes às parcelas n. 15 e n. 19, vencidas em 27-7-2011 e 27-11-2011, realizados com os mesmos 11 dias de atraso (observadas as prorrogações legais dos termos finais), em comparação com a parcela aqui discutida, de n. 10, vencida em 27-2-2011.

Todos esses elementos, aliados à inversão do ônus da prova expressamente decretada e à exibição de documentos expressamente ordenada pelo Magistrado na origem (fl. 51), autorizam impor à instituição financeira o ônus da prova da sequência numérica do código de barras correspondente à 10ª parcela, que considerou inadimplida.

Inexistente tal prova, caberia à Câmara aplicar a presunção de veracidade do fato afirmado pela autora, qual seja a correspondência do comprovante de pagamento de folha 48 com a 10ª parcela do financiamento firmado entre as partes. Em vez disso, a Câmara decidiu impor à autora o ônus da não produção daquela prova e confirmar a sentença de improcedência, violando, assim, a literalidade do artigo 359, I, do CPC, *in verbis*: “Ao decidir o pedido, o juiz admitirá como verdadeiros os fatos que, por meio do documento ou da coisa, a parte pretendia provar se o requerido não efetuar a exibição, nem fizer qualquer declaração no prazo do art. 357”.

Nada mais resta, portanto, senão acolher o pedido de rescisão do acórdão, devendo-se apenas anotar que a presente ação foi movida somente contra o Banco Panamericano S/A, razão pela qual o presente julgamento não atinge a esfera jurídica da Serasa S/A, que compunha o polo passivo da ação originária e em relação a qual o pedido, naquela ação, foi julgado improcedente.

2.2 - Juízo rescisório

Em juízo rescisório, cabe reanalisar os pedidos de declaração de inexistência do débito, exclusão definitiva do nome da autora dos cadastros de inadimplência e condenação da instituição financeira ao pagamento de indenização pelos danos morais decorrentes da inscrição (frise-se: exclusivamente em relação ao Banco Panamericano S/A).

O pedido de declaração de inexistência do débito deve ser acolhido, sendo suficiente para tanto a fundamentação adotada por ocasião do juízo rescindendo. De fato, uma vez apresentado o comprovante de folha 48, aliado a todos os elementos já mencionados no item anterior, caberia à instituição financeira a prova de que tal documento não mantinha nenhuma relação com o boleto correspondente à 10ª parcela do financiamento. Sem isso, tem-se como provada a quitação.

Por consequência, não obstante a parcela tenha sido quitada com atraso, revela-se ilícita a manutenção do nome da autora nos cadastros

de inadimplência por meses após a quitação (fl. 45), o que implica dano moral presumido.

Nesse sentido, pode-se citar os seguintes precedentes:

Da análise da documentação constante dos autos (fls. 34 e 72), verifica-se que, de fato, a prestação vencida em 6-10-2011 só veio a ser adimplida em 24-10-2011 (acrescida dos encargos moratórios), tendo a requerida, no exercício regular do seu direito de credora, encaminhado o nome da autora aos cadastros de inadimplentes (fls. 30-31).

O que poderia, então, ensejar possível reparação, seria a manutenção da inscrição após o adimplemento do débito.

Com efeito, embora não se saiba ao certo quando houve a inclusão da anotação em questão, sabe-se que, até a data de 13-02-2012, ao menos, (documento de fls. 30-31), a restrição subsistia (ou seja, muito após o adimplemento, ocorrido, como anteriormente exposto, em 24-10-2011).

Esta Primeira Câmara de Direito Comercial entende que, depois da satisfação do débito que motivou, de forma legítima, a inscrição do nome do consumidor nos cadastros de restrição ao crédito, à instituição financeira cabe promover a baixa da anotação no prazo de 30 (trinta) dias, considerado razoável para a adoção das medidas necessárias.

A permanência do nome do devedor após o lapso de 30 (trinta) dias, contados do pagamento da dívida, enseja, portanto, o reconhecimento de danos morais (Apelação Cível n. 2013.084814-9, de Gaspar, rel. Des. Ricardo Fontes, j. em 6-12-2013).

RESPONSABILIDADE CIVIL. [...] INSCRIÇÃO DEVIDA DO NOME DO AUTOR NO ROL DE INADIMPLENTES DE ÓRGÃO DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO. MANUTENÇÃO INDEVIDA (POR PERÍODO SUPERIOR A SETE MESES) APÓS A LIQUIDAÇÃO DO DÉBITO. ILEGALIDADE MANIFESTA DA MANUTENÇÃO DA RESTRIÇÃO AO CRÉDITO. CONDUTA IMPRUDENTE E ILÍCITA DA RÉ QUE NÃO SE COADUNA COM OS DIREITOS FUNDAMENTAIS INSCULPIDOS NA CARTA MAGNA, EM ESPECIAL O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. DEVER DE INDENIZAR CONFIGURADO.

[...] Configurado o ato ilícito, nasce para o responsável o dever de indenizar os danos dele decorrentes. Constitui entendimento consolidado na jurisprudência pátria que os danos morais resultantes de manutenção indevida de nome de pessoa física ou jurídica nos cadastros dos órgãos de proteção ao crédito são presumidos (Apelação Cível n. 2014.052691-6, de Itaiópolis, rel. Des. Marcus Tulio Sartorato, j. em 2-9-2014).

DECLARATÓRIA. INEXISTÊNCIA DE DÉBITO. CUMULAÇÃO COM INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. NEGATIVAÇÃO MANTIDA APÓS O PAGAMENTO DO DÉBITO. ABALO MORAL CARACTERIZADO. PLEITO RESSARCITÓRIO ACOLHIDO. [...]

1 Satisfeito o débito que motivou a inclusão do nome do devedor em cadastro mantido por órgão assentador da inadimplência, o alongamento da manutenção dessa inscrição após a quitação da obrigação causa lesão anímica ao inscrito, causando-lhe abalo do crédito e prejudicando, em decorrência, a sua imagem junto àqueles com quem estabelece ele relações comerciais. E a retirada do nome do devedor desses assentos negativadores, quando quitado o débito, é de única e exclusiva responsabilidade do credor que procedeu à inscrição, providência essa que deve ser tomada logo após o pagamento. 2 O dano moral é decorrência implícita e automática da própria prática ilícita, resultando, no caso da manutenção indevida do nome do lesado em cadastro de restrição do crédito, de forma a tornar irrelevante a prova a respeito da experimentação, pela parte prejudicada, de efetivos prejuízos (Apelação Cível n. 2014.093613-1, de Rio do Oeste, rel. Des. Trindade dos Santos, j. em 19-3-2015).

Quanto aos critérios para fixação da indenização, leciona Sérgio Cavalieri Filho:

Importa dizer que o juiz, ao valorar o dano moral, deve arbitrar uma quantia que, de acordo com o seu prudente arbítrio, seja compatível com a reprovabilidade da conduta ilícita, a intensidade e duração do sofrimento experimentado pela vítima, a capacidade econômica do causador do dano, as condições sociais do ofendido, e outras circunstâncias mais que se fizerem presentes (*in Programa de Responsabilidade Civil*, 6ª ed., São Paulo: Malheiros, 2005, p. 116).

Da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, colhe-se:

O valor da indenização por danos morais deve ser fixado de forma que o agente se conduza com maiores cuidados, caráter pedagógico, e que se proporcione um conforto para a vítima, caráter ressarcitório, sem, contudo, acarretar enriquecimento sem causa. Além disso, leva em conta o grau de culpa do agente e os efeitos causados na pessoa do ofendido. (Ag n. 1378067/DF, rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, DJe de 13-4-2012).

Esta Corte, em casos semelhantes, assim decidiu:

“A fixação do quantum devido a título de indenização pelo abalo moral sofrido, deflui do prudente arbítrio do julgador, ao examinar determinadas circunstâncias relevantes existentes nos autos, não podendo ser fixado em cifras extremamente elevadas, que importem enriquecimento sem causa por parte do lesado, nem ser irrisório, a ponto de não servir de inibição ao lesante” (TJSC, Ap. Cív. n. 2002.009481-7, de Lages, Rel. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz, DJ de 9-7-2004) (Apelação Cível n. 2010.073540-3, rel. Des. Ricardo Fontes, j. em 20-1-2011).

No presente caso, considerando-se a gravidade do dano moral advindo da prática da inscrição indevida em cadastros de inadimplentes e os valores admitidos por esta Corte e os Tribunais Superiores em casos semelhantes, a verba indenizatória deve ser fixada em R\$ 20.000,00 (vinte mil reais). Nesse sentido:

O valor da indenização por danos morais deve ser fixado de forma que o agente se conduza com maiores cuidados, caráter pedagógico, e que se proporcione um conforto para a vítima, caráter ressarcitório, sem, contudo, acarretar enriquecimento sem causa. Além disso, leva em conta o grau de culpa do agente e os efeitos causados na pessoa do ofendido. (Ag n. 1378067/DF, rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, DJe de 13-4-2012).

‘A fixação do *quantum* devido a título de indenização pelo abalo moral sofrido, deflui do prudente arbítrio do julgador, ao examinar determinadas circunstâncias relevantes existentes nos autos, não podendo ser fixado em cifras extremamente elevadas, que importem enriquecimento sem causa por parte do lesado, nem ser irrisório, a ponto de não servir de inibição

ao lesante' (TJSC, Ap. Cív. n. 2002.009481-7, de Lages, Rel. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz, DJ de 9-7-2004) (Apelação Cível n. 2010.073540-3, rel. Des. Ricardo Fontes, j. em 20-1-2011).

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. [...] INSCRIÇÃO EM CADASTROS DE RESTRIÇÃO DE CRÉDITO. SPC E SERASA. [...] ABALO MORAL PRESUMIDO. DEVER DE INDENIZAR. INSURGÊNCIA SOBRE O QUANTUM FIXADO A INDENIZAÇÃO PELO DANO MORAL. VALOR DE R\$ 10.000,00 MAIS ADEQUADO AO CASO CONCRETO. VALOR QUE OBSERVA OS CRITÉRIOS BALIZADORES DO DANO MORAL, DEFINIDOS PELA DOCTRINA E PELA JURISPRUDÊNCIA, COMO PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE. “[...] O valor da indenização do dano moral deve ser arbitrado pelo juiz de maneira a servir, por um lado, de lenitivo para o abalo creditício sofrido pela pessoa lesada, sem importar a ela enriquecimento sem causa ou estímulo ao prejuízo suportado; e, por outro, deve desempenhar uma função pedagógica e uma séria reprimenda ao ofensor, a fim de evitar a recidiva [...] (Apelação Cível n. 2001.010072-0, de Criciúma, rel. Des. Luiz Carlos Freyesleben, j. em 14/10/04).” (Apelação Cível n. 2014.040034-4, de Joinville, rel. Des. Cinthia Beatriz da Silva Bittencourt Schaefer, j. em 27-11-2014).

O valor indenizatório deverá ser atualizado a partir da data da prolação desta decisão e acrescidos de juros moratórios de 1% ao mês a partir da data da quitação da obrigação, conforme inteligência das súmulas n. 362 e n. 54 do Superior Tribunal de Justiça. Nesse sentido:

Nas ações de indenização por dano moral, os juros moratórios fluirão a partir do evento danoso (Sumula 54 do Superior Tribunal de Justiça) por se tratar de responsabilidade civil de natureza extracontratual” (TJSC, Apelação Cível n. 2005.012739-4, de Tubarão, rel. Des. Joel Dias Figueira Júnior, DJe de 9-8-2006). (TJSC, Apelação Cível n. 2010.069726-8, de Criciúma, rel. Des. Ricardo Fontes, DJe de 2-12-2010) (Apelação Cível n. 2010.086709-2, rel. Des. Rodrigo Antônio, DJe de 3-2-2011).

“De acordo com o entendimento jurisprudencial pacificado nesta Corte de Justiça, em ação de indenização por danos morais, a correção monetária é devida desde a fixação da indenização. (AC n. 2003.013025-0, Rel. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz, DJ de 6-12-2006)” (TJSC, Apelação Cível n. 2004.013582-3, de Tijucas, rel. Des. Carlos Prudêncio, DJe de 29-5-2007) (Apelação Cível n. 2010.038455-0, rel. Des. Janice Goulart Ubialli, j. em 9-12-2011).

APELAÇÃO CÍVEL E RECURSO ADESIVO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO C.C PEDIDO DE COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS. INSCRIÇÃO INDEVIDA NOS CADASTROS DE INADIMPLENTES. ABALO À HONRA QUE SE PRESUME. MAJORAÇÃO DA VERBA COMPENSATÓRIA. JUROS DE MORA A CONTAR DO EVENTO DANOSO E CORREÇÃO MONETÁRIA DA DATA DO JULGAMENTO. ADESIVO PROVIDO EM PARTE. [...]. (TJSC, Apelação Cível n. 2011.061235-9, de Capivari de Baixo, rel. Des. Janice Goulart Garcia Ubialli, j. 27-10-2011) (Apelação Cível n. 2014.048207-7, de Santa Cecília, rel. Des. Cinthia Beatriz da Silva Bittencourt Schaefer, j. em 21-7-2014).

Dessa forma, em juízo rescisório, há que se julgar procedente o pedido para declarar a inexistência do débito relativo à 10ª parcela do contrato de financiamento n. 40437474 firmado entre as partes, determinar a exclusão definitiva do nome da autora dos cadastros de inadimplência no que toca a essa parcela e condenar a ré ao pagamento de indenização por danos morais, no valor de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais).

3 - Ônus sucumbenciais

Em razão da total procedência dos pedidos formulados nesta ação, tanto em juízo rescindendo, quanto em juízo rescisório, há que se condenar a ré ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, esses fixados em R\$ 1.000,00 (um mil reais), nos termos dos artigos 20, §§ 3º e 4º, do CPC, levando-se em consideração que, embora

o procurador da autora tenha endereço profissional no Município de Brusque (fl. 19), foram desnecessários deslocamentos para o patrocínio da causa, bem como o baixo grau de complexidade jurídica do feito e o curto tempo de duração do processo.

4 - Ante o exposto, deve-se: a) em juízo rescindendo, julgar procedente o pedido de rescisão do acórdão proferido nos autos da apelação cível n. 2014.022256-8, em relação ao Banco Panamericano S/A; b) em juízo rescisório, julgar procedente o pedido para declarar a inexistência do débito relativo à 10ª parcela do contrato de financiamento n. 40437474 firmado entre as partes, determinar a exclusão definitiva do nome da autora dos cadastros de inadimplência no que toca a essa parcela e condenar o réu ao pagamento de indenização por danos morais, no valor de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais); c) condenar o réu ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, esses fixados em R\$ 1.000,00 (um mil reais).

É o voto.

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

Apelação Cível n. 2014.042340-7, da Capital - Continente

Relatora: Desa. Subst. Janice Goulart Garcia Ubiali

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MATERIAL E COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. DÉBITOS NÃO AUTORIZADOS EM CONTA-CORRENTE.

PRETENSÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO EM DOBRO. INVIABILIDADE. INEXISTÊNCIA DE MÁ-FÉ.

Ausente a comprovação da má-fé do credor, os valores cobrados incorretamente pelo devedor deverão ser restituídos de forma simples.

DANO MORAL. COMPENSAÇÃO. RETENÇÃO NÃO AUTORIZADA DE VALORES DEPOSITADOS EM CONTA-CORRENTE PARA QUITAÇÃO DE ENCARGOS SEM DESDOBRAMENTO QUE CONFIGURE ABALO MORAL. RESTRIÇÕES ANTERIORES. APLICABILIDADE DA SÚMULA 385/STJ. DANO MORAL AFASTADO.

O ato cometido por instituição financeira ao proceder desconto não autorizado para pagamento de encargos só configura ato ilícito passível de compensação por dano moral quando comprovada a origem salarial dos créditos ou desdobramentos que maculem a honra do consumidor.

Também, da anotação irregular em cadastro de proteção ao crédito, não cabe compensação por dano moral quando preexistente legítima inscrição, ressalvado o direito ao cancelamento” (Súmula 385/STJ), haja vista que “quem já é registrado como mau pagador não pode se sentir moralmente ofendido por mais uma inscrição do nome como inadimplente em cadastros de proteção ao crédito” (cf. STJ, REsp. n. 1.002.985-RS, rel. Ministro Ari Pargendler, DJe de 27-8-2008).

ÔNUS SUCUMBENCIAIS. REFORMA. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. SÚMULA 306 DO STJ.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2014.042340-7, da comarca da Capital - Continente (1ª Vara Cível), em que é apelante Banco Santander Brasil S.A., e apelada Elizabeth Demetri Harger Felix:

A Primeira Câmara de Direito Comercial decidiu, por votação unânime, conhecer do recurso e dar a ele parcial provimento. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Salim Schead dos Santos, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. Mariano do Nascimento.

Florianópolis, 20 de agosto de 2015.

Janice Goulart Garcia Ubialli
RELATORA

RELATÓRIO

Cuida-se de apelação cível interposta pelo Banco Santander Brasil S.A. da sentença proferida nos autos da Ação de Indenização por Danos Morais e Materiais n. 0002532-66.2011.8.24.0082 (082.11.002532-8), da 1ª Vara Cível da comarca da Capital, que julgou nos seguintes termos:

Diante do exposto, nos termos da fundamentação supra, ACOLHO o pleito exordial da presente “Ação de obrigação de fazer c/c reparação de danos morais” ajuizada por Elizabeth Demetri Harger Felix em relação a Banco Santander S.A., para o fim de: a) condenar a parte ré a restituir à autora, em dobro, os valores descontados indevidamente de sua conta-salário, cujo montante deverá ser acrescido de correção monetária pelo INPC a contar do primeiro desconto indevido e juros de mora de 1% ao mês, contados da citação. A importância deverá ser apurada em liquidação de sentença por cálculo aritmético. b) deferir a antecipação e tutela, tornando-a definitiva para determinar à exclusão do nome da autora do cadastro de proteção ao crédito; c) condenar o banco réu ao

pagamento de indenização pelos danos morais suportados pela autora, no importe de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), acrescido dos juros de mora do evento danoso (súmula 54 do STJ) e correção monetária a partir da publicação desta sentença. Forte na relação de causalidade, condeno a parte ré ao pagamento das custas e despesas processuais (art. 20, caput do CPC) e honorários advocatícios ao patrono da parte adversa, os quais fixo em 15% (quinze por cento) sobre o valor atualizado alcançado pelo autor, com sabe no art. 20 p. 3º do CPC, porquanto tal verba remunera de forma adequada o trabalho do causídico, tendo em mira a complexidade da causa, a quantidade de atos processuais e o tempo de tramitação.

A instituição bancária, em suas razões, sustenta: a) a não ocorrência dos pressupostos à responsabilidade civil; b) a desproporção do *quantum* indenizatório arbitrado; c) o não cabimento da repetição em dobro dos valores retidos; e d) a ausência dos requisitos necessários à antecipação da tutela. Ao final, pugna pelo redirecionamento da verba sucumbencial.

Com as contrarrazões (fls. 170-172), os autos ascenderam a esta Corte.

VOTO

A insurgência recursal dirige-se contra a decisão que determinou a restituição em dobro dos valores cobrados e a compensação por danos morais.

Antes de analisar o mérito, para melhor esclarecer o julgado, registra-se que a apelada firmou com a apelante a proposta de abertura de conta n. 086143859 (fls. 91-93), que consumou a conta-corrente n. 0033-0803-00001002734. Na avença, expressamente, não houve a pactuação de crédito rotativo (vide cláusula 3). O canal firmado entre as partes tinha, por fim substancial (mas não único), receber os proventos da apelada – servidora pública do município de Florianópolis (vide documento de fl. 27). Diga-se “não único”, porque os extratos de fls. 94-138 atestam o recebimento de diversos outros depósitos.

Em julho de 2008, o banco apelante incluiu na conta-corrente citada limite para uso do cheque especial, cujo montante, à época, era de R\$ 800,00 (oitocentos reais), conforme extrato de fl. 100. Em seguida, a apelada negativou o saldo então existente, o que ensejou a automática utilização do crédito fornecido.

Os atos que se sucederam demonstram o crescimento do débito; o aumento do montante disponível a título de cheque especial; o lançamento de créditos, oriundos de empréstimos concedidos pela apelante (vide extrato de fl. 108, “cred. gerenc. pre.” 320000027900, no valor de R\$ 2.800,00); e, sobretudo, a retenção de valores depositados com o fim de abater os encargos moratórios decorrentes dos créditos concedidos (cheque especial e demais empréstimos).

Contudo, a análise da legalidade, ou não, dos descontos, vale dizer, se houve ou não autorização para tanto, encontra barreira, uma vez que não houve recurso do ponto da decisão que reconheceu indevido o desconto na conta da autora.

Da repetição do indébito em dobro

Nos termos do parágrafo único do art. 42 do CDC:

Parágrafo único. O consumidor cobrado em quantia indevida tem direito à repetição do indébito, por valor igual ao dobro do que pagou em excesso, acrescido de correção monetária e juros legais, salvo hipótese de engano justificável.

Da leitura do dispositivo supra, denota-se que, em regra, o consumidor cobrado em quantia indevida terá direito à repetição em dobro. A esse caso basta a ocorrência da culpa. No entanto, se o erro for justificável – sem a má-fé - esta Câmara, a teor do que entende o STJ, aplica a restituição na forma simples, sob o pressuposto de evitar o enriquecimento sem causa.

A propósito:

A restituição dos valores pagos a maior, com a devida compensação, é viável diante do princípio que obsta o enriquecimento sem causa do credor, bem como do prescrito nos arts. 876 e 368 do CC vigente (arts. 964 e 1.009 do CC de 1916), sendo desnecessária a prova do erro (art. 877 do atual CC e art. 965 do CC de 1916; e Súmula 322 do STJ), já que neste não se inclui o desacerto quanto a valores, mostrando-se descabida, por outro lado, a devolução de importâncias em dobro (parágrafo único do art. 42 do CDC, art. 940 do vigente CC e art. 1.531 do CC de 1916), uma vez que existente divergência jurisprudencial sobre a matéria e não demonstrada a má-fé do mutuante (STJ, REsp n. 630.985/RS, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJU de 8-5-2006; REsp n. 647.838/RS, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJU de 6-6-2005; TJSC, Ap. Cív. n. 2002.011486-9, da Capital, Rel. Des. Cercato Padilha, DJ de 20-11-2002; e Ap. Cív. n. 2002.019663-6, de Ibirama, Rel. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz, DJ de 20-7-2004). (Ap. Cív. n. 2010.021348-8, de Balneário Camboriú, rel. Des. Ricardo Fontes, j. em .4.2010) (Ap. Cív. Ap. Cív. 2014.046523-0, de Jaraguá do Sul, rel. Des. Gaspar Rubick, DJe de 10-9-2014).

Lição da doutrina:

Se o engano é justificável, não cabe a repetição [...]

O engano é justificável exatamente quando não decorre de dolo ou de culpa. É aquele que, não obstante todas as cautelas razoáveis exercidas pelo fornecedor-credor, manifesta-se (BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 237).

Parte-se da presunção negativa sobre o débito indevidamente cobrado do consumidor, ou seja, cabe ao fornecedor demonstrar cabalmente a ausência de má-fé. Assim, a regra é a repetição dobrada. A exceção (quando não demonstrada a má-fé) é a restituição simples. Aquela fundamenta-se no art. 42, parágrafo único, do CDC. Esta na vedação ao enriquecimento ilícito. Veja-se excerto nesse sentido retirado do livro supra:

A prova da *justificabilidade* do engano, na medida em que é matéria de defesa, compete ao fornecedor. O consumidor, ao reclamar o que pagou a mais e o valor da sanção, prova apenas que o seu pagamento foi indevido e teve por base uma cobrança desacertada do credor (grifos originais – fl. 237).

Feitas essas considerações teóricas, lança-se novo olhar sobre o recurso.

No caso, o Juízo a quo entendeu que “houve contratação de linha de crédito” mas “a autora não autorizou qualquer forma de débito automático das parcelas [...] é possível concluir, assim, que o serviço da instituição financeira foi defeituoso”.

Como se constata, o próprio Magistrado reconheceu que a instituição estava cobrando por um serviço solicitado (e desse ponto da sentença não houve recurso), mas de forma de incorreta.

Portanto, a instituição financeira estava cobrando débito existente, como reconheceu o Magistrado. Assim, tão somente porque escolheu o caminho inadequado para a cobrança da dívida não se pode reconhecer a má-fé. E, por isso, cabível tão somente repetição simples de tais débitos.

Vota-se, portanto, pelo provimento do recurso na extensão.

Do dano moral

Instigado a resolver conflitos em que se pugna pela compensação de danos morais fundamentados na retenção indevida de salário para pagamento de cheque especial, o STJ reiteradamente confirma a ilicitude do procedimento e a capacidade que ele detém para, de per si, consubstanciar a condenação pleiteada.

Vejam-se, nesse sentido, diversos precedentes: AgRg. no REsp. n. 876.856/MG, Terceira Turma, rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, DJe de 13-3-2013; EDcl. no REsp. n. 988.178/PB, Quarta Turma, rela. Mina. Maria Isabel Gallotti, DJe de 31-8-2011; REsp. n. 1.012.915/PR, Terceira Turma, rela. Mina. Nancy Andrichi, DJe de 3-2-2009; EDcl. no AREsp.

n. 429.476/RJ (Monocrático), rel. Min. Raul Araújo, DJe de 20-8-2014; e AgRg. no Ag. n. 425.113/RS, Terceira Turma, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJe de 30-6-2006.

E desta Corte: Ap. Cív. n. 2012.086008-7, da Capital, Segunda Câmara de Direito Comercial, rela. Des. Rejane Andersen, DJe de 27-8-2013.

No entanto, há de ressaltar a não aplicabilidade do entendimento supra ao caso concreto, a teor do que pretendeu a apelada. É que o caso não aborda conta-salário, mas conta-corrente, ou seja, institutos com finalidades e características distintas. A primeira segundo o Banco Central é “aberta por iniciativa e solicitação do empregador para efetuar o pagamento de salários aos seus empregados” (<http://www.bcb.gov.br/?CONTASALARIOFAQ>); a segunda dispensa a mediação do empregador, pois é feita diretamente entre o banco e o consumidor e tem por fim uma variedade de canais (depósitos, transferências, empréstimos e recebimento de salário).

Ademais, os elementos dos autos demonstram, ainda, que a suscitada conta-corrente recebia, além dos proventos da apelada, diversos outros substanciais depósitos. Somente para registro, citam-se alguns exemplos: a) 8-1-2008, depósito em dinheiro no caixa n. 132532 no valor de R\$ 500,00; b) 6-8-2008, depósito em dinheiro no caixa n. 135048 no valor de R\$ 500,00; c) 11-8-2008, depósito em cheque no caixa n. 132007 no valor de R\$ 63,00; d) 9-9-2008, depósito em dinheiro no caixa n. 100815 no valor de R\$ 335,00; e) 10-10-2008, depósito em cheque no caixa n. 144046 no valor de R\$ 470,00.

É certo que o banco apelante reteve valores creditados na conta-corrente da apelada, sem que, para tanto, houvesse permissão. Porém, não menos certo, não se pode concluir, ao menos com o que se alegou e comprovou nos autos, é que a verba retida tinha por origem verba salarial.

Portanto, em um primeiro momento, cabe constatar se a simples retenção de valores depositados em conta-corrente é capaz de ensejar reparação por danos morais.

A esse fato é impossível extrair a ocorrência de dano extrapatrimonial. Não se demonstrou com clareza a ofensa à honra e à reputação da apelada. A publicidade dos ilícitos perpetrados não se estende ao meio social.

Não se está aqui, e isso é importante destacar, a defender a atitude do banco. O que não se retira é que essa ilegalidade extrapola os infelizes atos de mal-estar observados dia a dia na complexa sociedade contemporânea.

Na verdade:

O que se quer afirmar é que existe um mínimo de incômodos, inconvenientes ou desgostos que, pelo dever de convivência social, sobretudo nas grandes cidades, em que os problemas fazem com que todos estejam mal-humorados, há um dever geral de suportá-los. O mero incômodo, o desconforto, o enfado decorrentes de alguma circunstância, como exemplificados aqui, e que o homem médio tem de suportar em razão mesmo do viver em (Dos Santos, Antônio Jeová. *Dano moral indenizável*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 111).

Lição doutrinária compartilhada pelo seguinte precedente desta Corte, proferido em hipótese semelhante à em apreço:

RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. DESCONTO INDEVIDO E AUTOMÁTICO DE VALORES DA CONTA CORRENTE DA CONSUMIDORA. MERO DISSABOR QUE NÃO CONFIGURA DANO MORAL. INEXISTÊNCIA DA OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR [...]

1. O indevido desconto automático de valores da conta corrente da consumidora não dá azo a reparação por dano moral, constituindo mero dissabor, incômodo, desconforto ou enfado, os quais, infelizmente, são comuns na sociedade hodierna (Ap. Cív. n. 2008.068551-0, de Criciúma,

Quarta Câmara de Direito Civil, rel. Des. Eládio Torret Rocha, DJe de 13-3-2009).

Ainda: Ap. Cív. n. 2010.086714-0, de Braço do Norte, Terceira Câmara de Direito Civil, rel. Des. Maria do Rocio Luz Santa Ritta, DJe de 26-5-2011.

E julgado recente desta Corte:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS E MATERIAIS. PARCIALMENTE PROCEDENTE NA ORIGEM. INSURGÊNCIA DO AUTOR. DANO MORAL. ENVIO DE CARTÃO DE CRÉDITO SEM AUTORIZAÇÃO DO CONSUMIDOR. DESCONTO INDEVIDO DAS TAXAS DE MANUTENÇÃO NA CONTA CORRENTE. APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. INTELIGÊNCIA DA SÚMULA 297 DO STJ. AUSÊNCIA DE RESTRIÇÃO CREDITÍCIA OU QUALQUER SITUAÇÃO CONSTRANGEDORA. MERO ABORRECIMENTO. INEXISTÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO PREJUÍZO. ÔNUS QUE CABIA AO AUTOR. EXEGESE DO ART. 333, I, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. DANO MORAL NÃO CONFIGURADO. Recurso desprovido (Ap. Cív. n. 2013.078541-4, de Joinville, Quinta Câmara de Direito Comercial, rel. Des. Guilherme Nunes Born, DJe de 2-10-2014).

Pelo que se conclui, o simples desconto de valores depositados em conta-corrente, mesmo que não autorizado, não é suficiente a ensejar dano moral, quando não aliado a outros fatores externos, o que não ocorreu no caso.

De outra banda, a apelada fundamenta a ocorrência de abalo moral na suscitada indevida inscrição de seu nome nos órgãos de proteção ao crédito. É o que se extrai do seguinte excerto:

A atitude do Requerido não pode ficar impune, sendo dever Estatal, tutelar o Dano Moral sofrido pela Autora, e os transtornos causados em decorrência da ilegal inserção no rol dos maus pagadores, devem ser satisfeitas com indenização em numerário, de modo que diminuam a dor sofrida (fl. 7).

De fato, o documento de fl. 86 atesta que a apelante negatizou o nome da apelada, fato confirmado na contestação. Todavia, o ato da casa bancária não é suficiente a ensejar o pleiteado abalo extrapatrimonial, de modo a ser inaplicável os conceitos do dano moral *in res ipsa*: primeiro porque a inicial não requer a declaração da inexigibilidade/inexistência dos créditos que acarretaram a impugnada inscrição, pressuposto necessário e lógico ao reconhecimento judicial da ilegalidade da negativação; e segundo porque ao momento em que a apelante negatizou o nome da apelada com base no débito ora analisado, havia outras inscrições estranhas à relação comercial firmada entre as partes, o que enseja a aplicação da Súmula 385 do STJ:

Da anotação irregular em cadastro de proteção ao crédito, não cabe indenização por dano moral, quando preexistente legítima inscrição, ressalvado o direito ao cancelamento.

Caberia à interessada comprovar a impugnação das demais inscrições, o que não houve nos autos.

Nesse ponto, reconhece-se a opinião divergente no STJ, segundo a qual a orientação sumular *supra* restringe-se a demandas promovidas contra os órgãos de análise de crédito.

Veja-se precedente nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DANOS MORAIS. INSCRIÇÃO INDEVIDA EM CADASTRO DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO. EXISTÊNCIA DE INSCRIÇÕES ANTERIORES. IRRELEVÂNCIA. HIPÓTESE EM QUE NÃO SE APLICA A SÚMULA 385/STJ. QUANTUM INDENIZATÓRIO RAZOÁVEL. SÚMULA 7/STJ.

1. A incidência da Súmula 385 do Superior Tribunal de Justiça somente é aplicável às hipóteses em que a indenização é pleiteada em face do órgão mantenedor do cadastro de proteção ao crédito, que deixa de providenciar a notificação prevista no art. 43, § 2º, do CDC antes de efetivar a anotação do nome do devedor no cadastro. Precedentes (AgRg.

no AREsp. n. 364.115/MG, Quarta Turma, rel. Min. Raul Araújo, DJe de 11-12-2013).

No entanto, em julgado recente e esclarecedor, a mesma Turma que decidiu o aludido acima, instigada novamente a resolver conflito semelhante, assim decidiu:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. OMISSÃO. INSCRIÇÕES ANTERIORES. SÚMULA 385/STJ. APLICAÇÃO.

[...]

2. “Da anotação irregular em cadastro de proteção ao crédito, não cabe indenização por dano moral, quando preexistente legítima inscrição, ressalvado o direito ao cancelamento” (Súmula 385/STJ).

3. Embora os precedentes da referida súmula tenham sido acórdãos em que a indenização era buscada contra cadastros restritivos de crédito, o seu fundamento - “quem já é registrado como mau pagador não pode se sentir moralmente ofendido por mais uma inscrição do nome como inadimplente em cadastros de proteção ao crédito”, cf. REsp 1.002.985-RS, rel. Ministro Ari Pargendler - aplica-se também às ações voltadas contra o suposto credor que efetivou a inscrição irregular (AgRg. no AgRg. no REsp. n. 1.161.568/RS, Quarta Turma, rela. Mina. Maria Isabel Gallotti, DJe de 30-9-2014)

Posição que se adota, a teor do que dispôs outros precedentes da Corte Cidadã: AgRg. no AREsp. 215.440/RJ, Terceira Turma, rel. Min. João Otávio de Noronha, DJe de 23-8-2013; AgRg. no AREsp. 217.520/RS, Quarta Turma, rela. Mina. Maria Isabel Gallotti, DJe de 22-5-2013; AgRg. no REsp. n. 1.253.303/SC, Terceira Turma, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, DJe de 23-11-2012; e AREsp. n. 479.005-SP, rel. Ministro Luís Felipe Salomão, DJe de 18-3-2014.

Pelo que acima se expôs, afastados os pressupostos suscitados pela apelada à ocorrência do dano moral, vota-se pelo provimento do recurso.

Da concessão do pedido de tutela antecipada para retirada do nome da autora dos órgãos de proteção ao crédito

Consoante constatado, a questão levantada nos autos é restrita aos danos morais e materiais oriundos dos descontos diretamente em conta-corrente da apelada e da negativação do nome desta. Não há discussão sobre a inexigibilidade dos débitos impugnados.

De outra banda, o indevido desconto automático de valores da conta-corrente da consumidora, por si só, não dá azo a retirada do seu nome do cadastro de inadimplentes se não há decisão declarando a inexistência do débito. Vale dizer, não proíbe o banco a cobrar o crédito que lhe é devido por intermédio de meios judiciais ou extrajudiciais próprios.

Por conseguinte, impor a retirada do nome da autora dos órgãos de proteção ao crédito é estender o pedido inicial (art. 460 do CPC), porquanto o dispositivo da sentença, limitado aos pedidos da autora, não emitiu juízo declaratório sobre os referidos débitos (inexigibilidade), mas se restringiu a efeitos condenatórios (repetição em dobro e dano moral).

Logo, o recurso comporta provimento para afastar o envio de correspondência aos órgãos restritivos e negar o pedido de fl. 177 no tocante à exclusão do nome da apelada do cadastro de inadimplentes.

Da litigância de má-fé

No que se refere ao pedido da apelada de condenação da apelante por litigância de má-fé, com amparo nos elementos de convicção dos autos, entende-se que não cabe tal condenação.

Dos honorários advocatícios

A reforma da decisão no tocante à condenação ao ônus sucumbencial é medida que se impõe, porque o apelante obteve substancial êxito neste recurso, motivo pelo qual arcará com 50% das custas e a apelada com o restante.

Arbitram-se honorários sucumbenciais em R\$ 1.000,00 (mil reais), para cada procurador, haja vista a objetividade das peças lançadas, o tempo dispendido no feito e a complexidade da causa.

Respeite-se a gratuidade de justiça concedida (fls. 29/30).

Finalmente, acolhe-se a tese da possibilidade de compensação dos honorários advocatícios, conforme enunciado da Súmula 306 do STJ:

Os honorários advocatícios devem ser compensados quando houver sucumbência recíproca, assegurado o direito autônomo do advogado à execução do saldo sem excluir a legitimidade da própria parte.

Do prequestionamento

Destaca-se 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 já 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.

Apelação Cível n. 2013.008460-4, de Tijucas

Relator: Des. Mariano do Nascimento

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS. INSCRIÇÃO DO NOME DO AUTOR NOS ÓRGÃOS DE PROTEÇÃO CREDITÍCIA. NEGÓCIO JURÍDICO BANCÁRIO. NOTA DE CRÉDITO RURAL. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA.

RECURSO DO BANCO RÉU. FINANCIAMENTO RURAL FIRMADO POR TRÊS DEVEDORES. PREVISÃO CONTRATUAL DE SOLIDARIEDADE DA DÍVIDA. CLÁUSULA QUE SE COADUNA COM O ESTABELECIDO NO ART. 2º, PAR. ÚNICO, DO DECRETO-LEI N. 167/67. CASA BANCÁRIA CREDORA QUE, NOS CASOS DE DÍVIDA SOLIDÁRIA, PODE EXIGIR DE QUAISQUER DOS EMITENTES A INTEGRALIDADE DO DÉBITO. INVERSÃO DOS ÔNUS SUCUMBENCIAIS. PROVIMENTO JURISDICIONAL REFORMADO.

“Assim, em havendo a responsabilidade solidária, e constatando-se a dívida, não é indevida a cobrança dos valores relativos a Nota de Crédito Rural, em sua integralidade, nem a inscrição do nome do devedor nos órgãos de restrição ao crédito [...]”. TJRS. AC n. 70034269985, rel. Des. Niwton Carpes da Silva. J. em: 11-9-2012).

RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2013.008460-4, da comarca de Tijucas (1ª Vara Cível), em que é apelante Banco do Brasil S/A, e apelado Valmor Formento:

A Primeira Câmara de Direito Comercial decidiu, por votação unânime, conhecer do recurso e dar-lhe provimento. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Excelentíssimo Senhor Desembargador Salim Schead dos Santos, com voto, e dele participou a Excelentíssima Senhora Desembargadora Substituta Janice Goulart Garcia Ubialli.

Florianópolis, 6 de agosto de 2015.

Mariano do Nascimento
RELATOR

RELATÓRIO

Na Comarca de Tijucas, Valmor Formento ajuizou ação de reparação por danos morais n. 072.10.003715-3 em desfavor de Banco do Brasil S/A, argumentando, em síntese, que firmou contrato de empréstimo bancário – nota de crédito rural n. 21/55019-0, em 19-12-2005, no valor de R\$ 29.340,50 (vinte e nove mil trezentos e quarenta reais e cinquenta centavos), para a aquisição de um bote/baleeira para pesca. Informou que referido empréstimo foi obtido juntamente com outros dois devedores, Edalício Baumgart e Luiz Antônio Joras Carvalho, cada qual se comprometendo a adimplir parte individualizada do débito em 5 (cinco) parcelas anuais. Esclareceu que compareceu junto ao banco requerido, em 14-12-2009, a fim de quitar sua quarta prestação, ocasião em que a instituição financeira teria se negado a receber a importância correspondente, sob a alegação de que também deveria ser adimplido o montante devido pelo codevedor Luiz Antônio Joras Carvalho. Prosseguiu narrando que fez o depósito dos valores atinentes à indigitada parcela em conta corrente daquela casa bancária, notificando, na sequência, o gerente da agência, a fim de lhe dar ciência do pagamento. Sustentou que, apesar de estar quitando corretamente a sua parte na dívida, teve seu nome inscrito irregularmente no SERASA em 15-12-2008, o que lhe causou humilhação e constrangimento. Pediu, ao final, pela antecipação da tutela para a exclusão de seu nome nos órgãos de proteção ao crédito, em razão da inexistência da dívida; pela citação do réu; e pela condenação do requerido ao pagamento de indenização por danos morais, a ser arbitrada em R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), além das custas e honorários advocatícios (fls. 2/10).

O pedido liminar foi deferido à fls. 42/43.

Devidamente citado, o réu apresentou peça defensiva rechaçando os argumentos expendidos na inicial. Asseverou, brevemente, que “o requerente celebrou referido contrato solidariamente com Edalício Baumgart e Luiz Antônio Joras Carvalho, não cabendo qualquer percentual individual entre eles” (fl. 60). Continuou aduzindo que, em razão da legalidade desta cobrança, a inscrição do nome do autor no rol de maus pagadores é legítima, não havendo falar em compensação pelos danos morais (fls. 59/66).

Réplica do autor às fls. 73/77.

Em despacho de fl. 79, o juiz da origem determinou que a casa bancária requerida procedesse à juntada dos extratos de valores recebidos e devidos relativos à nota de crédito rural n. 21/55019-0, os quais foram apresentadas pelo banco às fls. 86/93.

Sentenciando, a magistrada a quo julgou procedentes os pedidos formulados na inicial para condenar a instituição financeira ré ao pagamento de indenização por danos morais, fixada em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), com correção monetária e juros de mora de 1% (um por cento) ao mês, a contar da data da publicação da sentença, e ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes arbitrados em 15% (quinze por cento) sobre o valor atualizado da condenação (fls. 96/103).

Inconformado com o provimento jurisdicional, Banco do Brasil S/A interpôs recurso de apelação, aduzindo, em resumo, a inocorrência de falha na prestação do serviço prestado, haja vista a previsão expressa de solidariedade no contrato de empréstimo firmado com o autor e outros dois codevedores (fl. 109/117).

Com as contrarrazões (fls. 124/129), ascenderam os autos a esta Corte.

Em decisão monocrática de fls. 139/137, o Excelentíssimo Senhor Desembargador Rodrigo Antônio determinou o encaminhamento dos

autos a uma das Câmaras de Direito Civil, tendo em vista que a matéria examinada no reclamo – dano moral decorrente de ato ilícito – não estaria elencada no Ato Regimental n. 57/02-TJ.

Após, remetidos os autos à Primeira Câmara de Direito Civil, essa deixou de conhecer do recurso, determinando, novamente, a redistribuição dos autos a este órgão fracionário, por entender que a discussão em tela é de natureza bancária (fls. 143/149).

Ato contínuo, vieram-me conclusos.

VOTO

Conheço do recurso, porquanto preenchidos os pressupostos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade.

Insurge-se o recorrente contra o decisório de primeiro grau que julgou procedentes os pedidos elencados na exordial, ao argumento de que o apelado é devedor de quantia legitimamente exigível, tendo em vista a existência de solidariedade entre os devedores da nota de crédito rural n. 21/55019-0.

De pronto, convém assinalar que o instrumento que deu origem à dívida em questão se trata de uma nota de crédito rural, espécie do gênero cédula de crédito rural, conforme estabelecido no art. 9º do Decreto-Lei n. 167/67:

Art 9º A cédula de crédito rural é promessa de pagamento em dinheiro, sem ou com garantia real cedularmente constituída, sob as seguintes denominações e modalidades:

I - Cédula Rural Pignoratícia.

II - Cédula Rural Hipotecária.

III - Cédula Rural Pignoratícia e Hipotecária.

IV - Nota de Crédito Rural.

Segundo ensina Arnaldo Rizzardo, ao comentar referido dispositivo legal, “todas se enquadram na denominação geral cédula de crédito rural, que é promessa de pagamento em dinheiro, as três primeiras com garantia real cedularmente constituída, e a última sem vinculação de qualquer lastro real. Aquelas, pois, constituem cédulas de crédito rural e a nota de crédito rural classifica-se como cédula de crédito pessoal rural” (in *Contratos de Crédito Bancário*. 11ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 243).

Assim, a nota de crédito rural é modalidade de financiamento ou empréstimo rural que dispensa a exigibilidade de garantia real, cujo regramento está disciplinado no Decreto-Lei n. 167/67.

In casu, examinando detidamente a nota de crédito rural de número 21/55019-0 (fls. 27/30), datada de 20-11-2010, constata-se que figuram como devedores Edalício Baumgart, Valmor Formento (recorrido) e Luiz Antônio Joras Carvalho, cada qual responsável, respectivamente, pelo adimplemento dos seguintes valores: R\$ 9.850,00 (nove mil oitocentos e cinquenta reais), R\$ 9.700,00 (nove mil e setecentos reais) e R\$ 9.500 (nove mil e quinhentos reais), divididos em 6 (seis) parcelas anuais. Tal dividendo foi utilizado na aquisição conjunta de um bote/baleeira para pesca avaliado em R\$ 29.340,50 (vinte e nove mil trezentos e quarenta reais e cinquenta centavos).

Dessume-se, ainda, do referido documento, haver cláusula expressa da responsabilidade solidária dos coobrigados para a quitação integral da dívida contratada, nos seguintes termos:

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA Responsabilizamo-nos solidariamente, pelo pagamento do principal da dívida, dos acessórios, das despesas e pelo cumprimento das demais obrigações contraídas por meio deste instrumento (fl. 29).

Além da previsão no instrumento contratual, a solidariedade, neste tipo de crédito bancário, também está determinada no par. único do art. 2º do Decreto-Lei n. 167/67, *in verbis*:

Art 2º O emitente da cédula fica obrigado a aplicar o financiamento nos fins ajustados, devendo comprovar essa aplicação no prazo e na forma exigidos pela instituição financiadora.

Parágrafo único. **Nos casos de pluralidade de emitentes e não constando da cédula qualquer designação em contrário, a utilização do crédito poderá ser feita por qualquer um dos financiados, sob a responsabilidade solidária dos demais** (grifei).

Notadamente, na dicção do art. 264 do Código Civil, há solidariedade “quando na mesma obrigação concorre mais de um credor, ou mais de um devedor, cada um com direito, ou obrigado, à dívida toda”.

Desse modo, tendo em vista que a solidariedade resultou da própria vontade das partes, além da previsibilidade legal, ao requerido, na condição de credor, era facultada a cobrança de todos os devedores de igual modo, conforme prescreve o art. 275 da legislação civilista:

Art. 275. O credor tem direito a exigir e receber de um ou de alguns dos devedores, parcial ou totalmente, a dívida comum; se o pagamento tiver sido parcial, todos os demais devedores continuam obrigados solidariamente pelo resto.

A propósito, acerca do tema, é da lição de Sílvio de Salvo Venosa:

O que deve ficar bem claro, desde o princípio, mormente na solidariedade passiva, é que as relações internas do vínculo entre os vários devedores é absolutamente irrelevante para o credor. Após um dos devedores ter solvido a dívida é que ele vai entender-se com os demais companheiros do lado passivo. Assim é que um dos devedores solidários pode ter-se obrigado por mera liberalidade em razão de um negócio de sociedade, porque tinha direitos para com o credor etc. Todas essas relações são irrelevantes para o credor. Portanto, **sob o aspecto externo todos os devedores e todos os credores solidários estão em pé de igualdade.**

Do que já foi exposto, percebemos claramente que a finalidade da solidariedade passiva (que é a mais comum) tem em mira assegurar a solvência, reforçar o vínculo. **O credor goza de uma situação de maior garantia, pelo simples fato de poder exigir de qualquer devedor o cumprimento de toda a obrigação.** Ainda, facilita a cobrança por parte

do credor, que no caso de inadimplemento não fica obrigado a mover uma ação contra todos os devedores (o que não poderia ocorrer se a obrigação fosse simplesmente mancomunada) (Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. 6a ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 111-112) (grifei).

Infere-se, portanto, que, embora tenha havido aparente “individualização” das cotas que deveriam ser adimplidas por cada coemitente, o banco recorrente poderia, no caso de inadimplemento por parte de um dos devedores, buscar a satisfação da totalidade da dívida dos demais, em razão do dispositivo legal (art. 2º, par. único, do Decreto-Lei n. 167/67), bem como da cláusula contratual de obrigação solidária.

Sobre o tema, extrai-se da jurisprudência pátria:

APELAÇÃO CÍVEL. NEGÓCIOS JURÍDICOS BANCÁRIOS. EMBARGOS À EXECUÇÃO. NOTA DE CRÉDITO RURAL. SOLIDARIEDADE ENTRE OS EMITENTES. **A solidariedade entre os devedores da Nota de Crédito Rural decorre de previsão legal, inviabilizando a pretensão de quitação individualizada e parcial da operação de financiamento.** Inaplicabilidade ao caso concreto da Lei nº 11.775/08, que prevê as hipóteses de individualização. A frustração de safra não configura caso fortuito ou força maior a autorizar a resolução da obrigação, uma vez que é circunstância inerente à atividade agrícola. APELAÇÃO IMPROVIDA. (Apelação Cível Nº 70051326965, Décima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Roberto Imperatore de Assis Brasil, Julgado em 20/02/2013) (TJRS. AC n. 70051326965, rel.: Des. Luiz Roberto Imperatore de Assis Brasil. J. em: 20-2-2013) (grifei).

Desta Corte, recorta-se precedente que, apesar de tratar de cédula rural hipotecária, harmoniza-se à presente situação:

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO REVISIONAL - CÉDULA RURAL HIPOTECÁRIA - SENTENÇA JULGANDO PARCIALMENTE PROCEDENTE O PEDIDO.

[...] 2.3 **RESPONSABILIDADE INTEGRAL DO AUTOR, CO-EMITENTE DO TÍTULO POR TODO O SALDO DEVEDOR -**

PREVISÃO DO ART. 2º, PARÁGRAFO ÚNICO, DO D.L. 167/67, QUE ESTABELECE A SOLIDARIEDADE QUANDO A CÉDULA RESTA EMITIDA POR MAIS DE UM DEVEDOR - APRECIACÃO CONJUNTA COM OS ARTS. 275 E 283 DO CÓDIGO CIVIL - SENTENÇA MANTIDA - [...] (AC n. 2009.011514-0 da Capital, rel.: Des. Raulino Jacó Brüning. J. em: 28-7-2011).

Assim, considerando que os devedores solidários são responsáveis pela integralidade da dívida, não há qualquer irregularidade na cobrança destes valores impagos pelo coemitente e, tampouco, na inscrição do nome de um dos coobrigados nos órgãos de restrição ao crédito, haja vista a existência de débitos relativos à nota de crédito rural n. 21/55019-0 (extrato de fls. 87/93).

Neste sentido:

APELAÇÃO CÍVEL. NEGÓCIOS JURÍDICOS BANCÁRIOS. AÇÃO DE CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO. NOTA DE CRÉDITO RURAL. PEDIDO DE INDIVIDUALIZAÇÃO DO CRÉDITO. OBRIGAÇÃO SOLIDÁRIA E INDIVISÍVEL. DECRETO LEI Nº 167/67. Trata-se de ação de consignação em pagamento, na qual o autor objetiva a individualização do crédito advindo da nota de crédito rural firmado por diversos emitentes, julgada parcialmente procedente na origem. Embora a solidariedade não se presuma, haja vista que resulta da lei ou da vontade das partes, e, no caso dos autos, o contrato não apresente cláusula expressa prevendo a solidariedade entre os emitentes da Nota de Crédito Rural, mister observar a legislação aplicável, traduzida no Decreto Lei nº 167/67, em seu artigo 2º, parágrafo único, que prevê a responsabilidade solidária entre os financiados, nos casos de pluralidade de emitentes, quando não constar da cédula qualquer designação em contrário. É exatamente o caso dos autos.

Outrossim, não obstante a edição da Lei nº 11.775/2008, que em seu artigo 21 autorizou a individualização dessas operações, tal prerrogativa não se aplica à Nota de Crédito Rural firmada coletivamente pelo demandante, porquanto ao tempo em que firmada a contratação, em 27/12/2002, ainda não havia essa possibilidade, de forma que todos os emitentes são responsáveis, de forma solidária, nos termos do artigo 264

do CPC, pela totalidade do valor contido no contrato. Precedentes desta Corte.

De outra banda, não pode o credor ser obrigado a receber os valores de forma diversa da contratada, a teor do que determina o artigo 313 do Código Civil. E, como restou decidido que todos os emitentes permanecem responsáveis pelos valores remanescentes objeto do título, é justificável a recusa do réu em receber o valor correspondente a apenas um deles, assim como não foi possível a exclusão da obrigação do autor mediante o depósito consignado. Precedentes.

Assim, **em havendo a responsabilidade solidária, e constatando-se a dívida, não é indevida a cobrança dos valores relativos a Nota de Crédito Rural, em sua integralidade, nem a inscrição do nome do devedor nos órgãos de restrição ao crédito.** Antecipação de tutela revogada. RS. AC n. 70034269985, rel. Des. Niwton Carpes da Silva. J. Em: 11-9-2012). (grifei).

Em arremate, diante do sucesso do apelante, invertem-se os ônus sucumbenciais, de modo a condenar o autor ao adimplemento das despesas e custas processuais e dos honorários advocatícios do causídico da parte adversa, fixados estes em R\$ 1.000,00 (um mil reais), com fulcro no art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil, suspensa a exigibilidade, na forma do art. 12 da Lei n. 1.060/50, por ser o recorrido beneficiário da justiça gratuita (fls. 42/43).

Desse modo, especialmente porque limitada a pretensão inicial do recorrido na cobrança de dívida supostamente indevida, a qual, consoante dito acima, é legítima e plenamente exigível, há de ser afastada a condenação da instituição financeira apelante ao pagamento de verba compensatória, julgando-se improcedentes os pedidos formulados na peça póstica.

Ante o exposto, conheço do recurso e dou-lhe provimento.

É como voto.

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

Embargos de Terceiro em Medida Cautelar Incidental em Apelação Cível n. 2011.006097-6/0001.01, de Itajaí

Relator: Desembargador Robson Luz Varella

EMBARGOS DE TERCEIRO – PLEITO DE LEVANTAMENTO DA RESTRIÇÃO APONTADA NA MATRÍCULA DO IMÓVEL OBJETO DE ARRESTO NO FEITO CAUTELAR EM APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO PRINCIPAL DE DISSOLUÇÃO DE SOCIEDADE DE FATO CUMULADA COM PEDIDO DE REPARAÇÃO DE DANOS – ANÁLISE PREJUDICADA – ILEGITIMIDADE ATIVA “AD CAUSAM” EVIDENCIADA – MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA PASSÍVEL DE RECONHECIMENTO “EX OFFICIO” PELO JUÍZO – AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO PELA EMPRESA EMBARGANTE DE QUE DETÉM A POSSE OU A PROPRIEDADE DO BEM – EXTINÇÃO DO PROCESSO, SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO, NOS TERMOS DO ART. 267, VI, DA LEI ADJETIVA CIVIL – DEVER DE PAGAMENTO DOS ÔNUS SUCUMBENCIAIS DA EMPRESA EMBARGANTE – OBSERVÂNCIA AO PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE.

Prescreve o art. 1.046 do Código de Processo Civil que estão legitimados ao manejo dos embargos de terceiros o proprietário e/ou possuidor que, não sendo parte no processo, sofra turbação ou esbulho na posse de seus bens por ato de apreensão judicial, a exemplo do arresto.

“In casu”, não demonstrado pela empresa embargante a propriedade e posse do bem objeto de arresto no feito cautelar incidental, evidenciada está a sua ilegitimidade para opor os presentes embargos de terceiro, lide que deve ser extinta, “ex officio”, sem resolução de mérito, com fundamento no art. 267, VI, do Código Processual Civil.

Com efeito, verificada a ocorrência de causa superveniente que importa em perda de uma das condições da ação – no caso, da ilegitimidade ativa –, mister a declaração judicial de extinção do feito, sem resolução do mérito, considerando que referidas temáticas consubstanciam matérias

de ordem pública, cognoscíveis a qualquer tempo e grau de jurisdição, independentemente de invocação por quaisquer das partes.

Por consequência, em observância ao princípio da causalidade, incumbe ao embargante suportar exclusivamente o pagamento dos ônus sucumbenciais, já que obstou o prosseguimento do feito por ausência de uma das condições da ação, qual seja, ilegitimidade de parte, circunstância que culminou no decreto extintivo amparado no art. 267, VI, da Lei Adjetiva Civil.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Terceiro em Medida Cautelar Incidental em Apelação Cível n. 2011.006097-6/0001.01, da comarca de Itajaí (3ª Vara Cível), em que é embargante Next Village Incorporadora Ltda, e embargado F. J. N.:

A Segunda Câmara de Direito Comercial decidiu, por votação unânime, reconhecer, de ofício, a ilegitimidade ativa “ad causam” de Next Village Incorporadora Ltda. para a oposição dos presentes embargos de terceiro, e, por consequência, julgar extinto o processo, sem resolução do mérito, com fundamento no art. 267, VI, do Código de Processo Civil, condenando-se a embargante ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, estes fixados em R\$ 1.000,00 (um mil reais), nos termos do art. 20, §§3º e 4º do Código de Processo Civil. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pela Exma. Sra. Desa. Rejane Andersen com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. Altamiro de Oliveira.

Florianópolis, 4 de agosto de 2015.

Robson Luz Varella
RELATOR

RELATÓRIO

Foram distribuídos por dependência à medida cautelar de arresto (processo n. 033.10.017827-0) incidentalmente à denominada “ação de dissolução de sociedade de fato cumulada com pedido de reparação de danos” n. 033.04.013986-0, os presentes embargos de terceiro opostos por Next Village Incorporadora Ltda. em desfavor de F. J. N., que receberam autuação sob n. 2011.006097-6/0001.01.

Neste feito, a empresa Next Village Incorporadora Ltda. aduziu que o apartamento 303, do Edifício Residencial Number One, localizado na Avenida Atlântica nº 3924, Balneário Camboriú/Santa Catarina, registrado sob matrícula nº 26492, foi vendido em 1º/6/2004 por Solange Lúcia Ribeiro de Oliveira para Vinícius Eduardo Reichert, e que, posteriormente, foi adquirido pela empresa Lazer Comércio de Piscinas Ltda., a qual, por sua vez, permutou o imóvel com a empresa embargante na data de 8/10/2008.

Salientou que, embora o imóvel tenha sido doado, em 23/12/2003, por Solange Lúcia Ribeiro de Oliveira para usufruto de seu pai, Sr. Leodal Ribeiro de Oliveira, existia cláusula de reversão em caso de falecimento do mesmo, o que teria ocorrido no ano de 2005 (fl. 119 da cautelar), retornando o bem ao patrimônio daquela.

Disse que teve a cautela de constatar a inexistência de qualquer ação relativa ao imóvel ou contra a sua proprietária, tratando-se de terceiro adquirente de boa-fé.

Asseverou que os demais bens arrestados seriam suficientes à garantia da dívida.

A respeito, salientou que, segundo seus cálculos, o valor devido chega ao montante de R\$ 653.470,62 (seiscentos e cinquenta e três mil quatrocentos e setenta reais e sessenta e dois centavos), e que o apartamento em destaque foi avaliado pela Receita Estadual em

dezembro de 2003 na quantia de R\$ 480.000,00 (quatrocentos e oitenta mil reais), o que atualizado somaria R\$ 712.459,38 (setecentos e doze mil quatrocentos e cinquenta e nove reais e trinta e oito centavos), isso sem contar que “as avaliações do fisco são sempre inferiores ao real valor de mercado” (fl. 10), de modo que a valoração do bem chegaria a mais de um milhão de reais.

Também consignou que o veículo arretado estaria avaliado em R\$ 116.570,00 (cento e dezesseis mil quinhentos e setenta reais), e que o imóvel (terreno) adquirido por Solange Lúcia Ribeiro de Oliveira na data de 27/10/2005, matriculado sob n. 8.914, ultrapassaria o valor de R\$ 400.000,00 (quatrocentos mil reais).

Requeru, por derradeiro, o levantamento da restrição apontada na matrícula do imóvel “sub judice”, condenando-se o adverso aos ônus de sucumbência (fls. 2/12).

Foram juntadas as documentações de fls. 13/68.

Postergada a análise da liminar (fl. 71), o embargado foi citado (fl. 93), apresentando contestação, através da qual sustentou que não há prova de que o imóvel seria de propriedade de Vinícius Eduardo Reichert e nem do efetivo pagamento de valores referente à suposta compra ou repasse do bem para a empresa Lazer Comércio de Piscinas Ltda.

Salientou que o contrato de promessa de compra e venda firmado entre Solange Lúcia Ribeiro de Oliveira e Vinícius Eduardo Reichert estaria eivado de nulidade, porquanto não autenticado em cartório.

Frisou que o apartamento seria o bem de maior liquidez, pretendendo, ao final, sejam julgados improcedentes os embargos, mantendo o imóvel arretado (fls. 100/104).

Este é necessário relatório.

VOTO

Relativamente aos presentes embargos de terceiro, anota-se que foram opostos por Next Village Incorporadora Ltda. em desfavor de F. J. N., pretendendo o levantamento da restrição apontada na matrícula do imóvel que foi objeto de liminar deferida em cautelar incidental de arresto em apelação cível da ação principal de dissolução de sociedade de fato cumulada com pedido de reparação de danos.

Trata-se referido imóvel do apartamento 303, área total 113,598m² (Privativa 92,630m² e comum 20,968m²), Edifício Residencial Number One, com fração ideal 0,7787% do terreno com 1.394,44m², localizado na Avenida Atlântica n° 3924, Balneário Camboriú, Santa Catarina, registrado sob matrícula n° 26492, com uma vaga de garagem (área total 28,136m², área comum 17,336m², fração ideal terreno 0,0868%).

Dentre os argumentos apresentados pela empresa Next Village Incorporadora Ltda., ora embargante, vale salientar a afirmação de que o imóvel foi vendido em 1º/6/2004 por Solange Lúcia Ribeiro de Oliveira para Vinícius Eduardo Reichert, e que, posteriormente, teria sido adquirido pela empresa Lazer Comércio de Piscinas Ltda., a qual, por sua vez, permutou o imóvel com a embargante na data de 8/10/2008.

Ocorre que, analisando detidamente o caderno processual, vislumbra-se que o exame do processado revela a necessidade de reconhecimento, “ex officio”, da ausência do preenchimento das condições da ação, no caso, a ilegitimidade ativa da empresa embargante para opor os presentes embargos.

Cumprе ressaltar que, por força do efeito translativo dos recursos, é possível a análise e reconhecimento de ofício de matérias de ordem pública, no que se inclui a legitimidade “ad causam”, que se encontra prevista no art. 3º do Código de Processo Civil, que preconiza: “Para propor ou contestar ação é necessário ter interesse e legitimidade”.

Discorrendo acerca das condições da ação, Alexandre Freitas Câmara leciona:

As “condições da ação”, como visto, são requisitos exigidos para que o processo possa levar a um provimento final, de mérito. A ausência de qualquer delas leva à prolação de sentença terminativa, ou seja, de sentença que não contém resolução do mérito da causa, o que acarreta a chamada “extinção anômala do processo”. [...] **A primeira das “condições da ação” é a legitimidade das partes, também designada legitimatio ad causam. Esta pode ser definida como a “pertinência subjetiva da ação”. Em outros termos, pode-se afirmar que têm legitimidade para a causa os titulares da relação jurídica deduzida, pelo demandante no processo.** (Lições de Direito Processual Civil. v. I. 17 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008. p. 115/116) (sem grifos no original)

Dessarte, no caso de a parte autora não deter legitimidade para ingressar com a demanda, poderá o magistrado determinar, de ofício, a extinção do processo, sem resolução de mérito, conforme prevê o art. 267, VI e § 3º, do Código de Processo Civil, “in verbis”:

Art. 267. Extingue-se o processo, sem resolução de mérito:

[...]

VI - quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual

[...]

§ 3º. O juiz conhecerá de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não proferida a sentença de mérito, da matéria constante dos ns. IV, V e VI; todavia, o réu que a não alegar, na primeira oportunidade em que lhe caiba falar nos autos, responderá pelas custas de retardamento.

Pois bem. Consoante prescreve o art. 1.046 do Código de Processo Civil, estão legitimados ao manejo dos embargos de terceiros o proprietário e/ou possuidor que, não sendo parte no processo, sofra turbação ou esbulho na posse de seus bens por ato de apreensão judicial, a exemplo do arresto. Veja-se:

Art. 1.046. Quem, não sendo parte no processo, sofrer turbação ou esbulho na posse de seus bens por ato de apreensão judicial, em casos como o de penhora, depósito, arresto, seqüestro, alienação judicial, arrecadação, arrolamento, inventário, partilha, poderá requerer lites sejam mantidos ou restituídos por meio de embargos.

§ 1º Os embargos podem ser de terceiro senhor e possuidor, ou apenas possuidor.

§ 2º Equipara-se a terceiro a parte que, posto figure no processo, defende bens que, pelo título de sua aquisição ou pela qualidade em que os possui, não podem ser atingidos pela apreensão judicial.

§ 3º Considera-se também terceiro o cônjuge quando defende a posse de bens dotais, próprios, reservados ou de sua meação. (sem grifos no original)

Do exame do caderno processual, percebe-se que não resta demonstrado pela empresa embargante, Next Village Incorporadora Ltda., a propriedade e/ou posse do bem imóvel objeto de arresto no feito cautelar incidental.

Consta às fls. 19/21 dos embargos, “INSTRUMENTO PARTICULAR DE CESSÃO E TRANSFERÊNCIA DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE FRAÇÃO IDEAL DE TERRENO E UNIDADE AUTÔNOMA EM CONSTRUÇÃO”, firmado em 1º/6/2004, no qual Solange Lúcia Ribeiro de Oliveira cedeu para Vinícius Eduardo Reichert o apartamento registrado sob matrícula nº 26492 no 2º Ofício de Registro de Imóveis da comarca de Balneário Camboriú/SC.

Além disso, a declaração de imposto de renda em nome de Vinícius Eduardo Reichert referente ao ano-calendário de 2010 (fls. 36/38), também traz discriminada a aquisição do apartamento de Solange Lúcia Ribeiro de Oliveira.

Por estes documentos, não há negar a propriedade e posse do respectivo imóvel por Vinícius Eduardo Reichert que, inclusive, efetivava os pagamentos das despesas condominiais e de IPTU desde a aquisição (fls. 39/67).

Quanto à alegada aquisição posterior do apartamento pela empresa Lazer Comércio de Piscinas Ltda., fato é que os autos deixaram de ser instruídos com qualquer documentação que demonstrasse o ato de transferência do bem para a mesma.

De fato, é possível extrair às fls. 27/29 a existência de “CONTRATO PARTICULAR DE COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL”, ajustado em 8/10/2008, através do qual Next Village Incorporadora Ltda., doravante denominada “PROMITENTE VENDEDORA”, executaria a construção “dos lotes 05, 06 e 15 no CONDOMÍNIO INDUSTRIAL E COMERCIAL NOSSA SENHORA DOS NAVEGANTES” (cláusulas primeira e segunda - fl. 27), e que a empresa Lazer Comércio de Piscinas Ltda., denominada “PROMITENTE COMPRADORA”, efetivaria a compra dos respectivos lotes (cláusula terceira - fl. 27).

E que, segundo previsto na cláusula quarta (fl. 28), o pagamento do ajuste pela empresa Lazer Comércio de Piscinas Ltda. dar-se-ia no valor total de R\$ 2.250.000,00 (dois milhões duzentos e cinquenta mil reais), o qual seria quitado, dentre outras formas, mediante a entrega de “um apartamento no residencial Number One em Balneário Camboriú-SC, denominado pelo número 303, constituído de uma sala, uma cozinha, uma área de serviço, sacada, e três dormitórios sendo uma suíte e mais uma vaga de garagem”.

No entanto, pelos documentos carreados ao feito, quem exerce a posse e detém a propriedade sobre o referido apartamento é o Sr. Vinícius Eduardo Reichert, bem que, repita-se, encontra-se na declaração de seu imposto de renda referente ao ano-calendário de 2010 (fls. 36/38).

De maneira que não se sabe em que condições na data de 8/10/2008 poderia a empresa Lazer Comércio de Piscinas Ltda. transacionar com Next Village Incorporadora Ltda., ora embargante, imóvel que sequer demonstra ser possuidora.

Com estas considerações, não demonstrada sumariamente pela embargante a propriedade e/ou posse do bem objeto de arresto efetivado no feito cautelar incidental, evidenciada está a sua ilegitimidade para opor os presentes embargos de terceiro, lide que deve ser extinta, “ex officio”, sem resolução de mérito, com fundamento no art. 267, VI, do Código Processual Civil.

Nesse sentido:

APelação CÍVEL. EMBARGOS DE TERCEIRO. EXTINÇÃO DO PROCESSO, SEM JULGAMENTO DO MÉRITO, NOS TERMOS DO ARTIGO 267, INCISO VI, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. IRRESIGNAÇÃO DA EMBARGANTE. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DA POSSE OU PROPRIEDADE DO BEM. ILEGITIMIDADE ATIVA EVIDENCIADA. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. (Apelação Cível n. 2014.039733-9, Rel. Des. Jairo Fernandes Gonçalves, j. em 25/6/2015)

No mais, reconhecida a ilegitimidade ativa “ad causam”, prejudicial de mérito, carece de maiores delongas as demais argumentações trazidas nos autos, restando o exame prejudicado.

Por derradeiro, diante do resultado do julgamento, em observância ao princípio da causalidade, incumbe à embargante suportar exclusivamente o pagamento dos ônus sucumbenciais, já que obteve o prosseguimento do feito por ausência de uma das condições da ação, qual seja, ilegitimidade de parte, circunstância que culminou no decreto extintivo amparado no art. 267, VI, da Lei Adjetiva Civil.

Nesse viés, condena-se a embargante ao pagamento da totalidade das custas processuais e dos honorários advocatícios, estes fixados em R\$ 1.000,00 (um mil reais), nos termos do art. 20, §§ 3º e 4º do Código de Processo Civil.

Diante do exposto, vota-se no sentido de reconhecer, de ofício, a ilegitimidade ativa “ad causam” de Next Village Incorporadora Ltda.

para a oposição dos presentes embargos de terceiro, e, por consequência, julgar extinto o processo, sem resolução do mérito, com fundamento no art. 267, VI, do Código de Processo Civil, condenando-se a embargante ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, estes fixados em R\$ 1.000,00 (um mil reais), nos termos do art. 20, §§3º e 4º do Código de Processo Civil.

Medida Cautelar Incidental em Apelação Cível n. 2011.006097-6/0001.00, de Itajaí

Relator: Desembargador Robson Luz Varella

MEDIDA CAUTELAR INCIDENTAL DE ARRESTO EM APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO PRINCIPAL DE DISSOLUÇÃO DE SOCIEDADE DE FATO CUMULADA COM PEDIDO DE REPARAÇÃO DE DANOS – MEDIDA CONDICIONADA AO PREENCHIMENTO CONJUNTO DOS REQUISITOS DISPOSTOS NOS ARTS. 813 E 814 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – DOAÇÃO COM USUFRUTO VITALÍCIO LEVADA A EFEITO EM FAVOR DO GENITOR DE UM DOS REQUERIDOS – ATO PRATICADO POSTERIORMENTE À REALIZAÇÃO DE ACORDO JUDICIAL, NO QUAL AS PARTES CONVENCIONARAM A EXPEDIÇÃO DE OFÍCIO AO REGISTRO DE IMÓVEIS PARA QUE CONSTASSE A LITIGIOSIDADE SOBRE O BEM OBJETO DO LITÍGIO (POSTERIORMENTE DOADO) – CONDUTA QUE, EMBORA NÃO REPRESENTE DISSIPAÇÃO DO PATRIMÔNIO, CONTRARIA, DE FORMA MALICIOSA, O EXPRESSAMENTE AJUSTADO NA OPORTUNIDADE – REQUERIDOS QUE AFIRMARAM, DE MANEIRA TAXATIVA, NO CURSO DA DEMANDA PRINCIPAL, SEREM PROPRIETÁRIOS DE DIVERSOS BENS – CERTIDÕES DE REGISTROS DE IMÓVEIS E DO ÓRGÃO DE TRÂNSITO QUE DÃO CONTA DA ATUAL ESCASSEZ DE PATRIMÔNIO SE COMPARADA À PRIMOGÊNITA CONDIÇÃO ECONÔMICA/FINANCEIRA – SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA PROLATADA EM PRIMEIRO GRAU DE JURISDIÇÃO QUE REPRESENTA PROVA LITERAL DA DÍVIDA LÍQUIDA – POSSIBILIDADE DE DEFERIMENTO.

O deferimento da medida cautelar de aresto encontra-se atrelada ao preenchimento concomitante dos requisitos previstos nos arts. 813 e 814 da Lei Adjetiva Civil.

No caso, constatou-se, além do intuito malicioso em proceder à doação do bem litigado em favor do genitor de um dos requeridos, contrariando os termos do acordo judicial outrora celebrado entre as partes, vêm os

demandados dissipando seu patrimônio, o qual, atualmente, pode ser considerado escasso em relação à primogênita condição financeira/econômica. Assim, resta preenchido o primeiro pressuposto necessário à concessão da medida, disposto no art. 813 do Código de Processo Civil.

Além disso, a sentença de procedência proferida na ação de dissolução de sociedade de fato cumulada com pedido de reparação de danos representa prova literal da dívida líquida, a que alude o art. 814 do mesmo Diploma Legal.

BENS A SEREM ATINGIDOS PELO ACOLHIMENTO DO PLEITO – SALVAGUARDA DOS INTERESSES DO CREDOR COM PARCIMÔNIA DIANTE DA RESTRIÇÃO AO DIREITO CONSTITUCIONAL DE PROPRIEDADE – PATRIMÔNIO INDICADO NA EXORDIAL QUE SUPERA EM MUITO O VALOR ATUALIZADO DA DÍVIDA – INTUITO PROCESSUAL DE GARANTIA DA UTILIDADE DA FUTURA EXECUÇÃO – ALCANCE APENAS SOBRE O SUFICIENTE PARA TAL DESIDERATO.

Apesar da necessidade de salvaguarda aos interesses do credor na posterior persecução de seu crédito, por representar o arresto restrição ao direito constitucional de propriedade, a medida, se deferida, há de se operar com razoabilidade e ponderação, não no intuito de penalizar o devedor, mas, sim, para a finalidade processual a que se destina (utilidade do feito executivo).

Na hipótese, em sendo verificado que os bens a que pretendia o requerente arrestar superam em muito o valor atualizado da dívida, inviável que se estenda o alcance da medida sobre a integralidade do patrimônio dos requeridos, limitando-se, o deferimento, ao quanto bastar à garantia da futura execução.

ÔNUS SUCUMBENCIAIS – DERROTA RECÍPROCA CARACTERIZADA – ART. 21, CAPUT, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – COMPENSAÇÃO DA VERBA HONORÁRIA VEDADA.

Constatado que o requerente restou vencedor e vencido em seus pedidos iniciais, tendo em vista a considerável delimitação dos imóveis arrestados, configurada está a sucumbência recíproca, nos termos do caput do art. 21

do Código de Processo Civil, devendo o mesmo responder pela metade do pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios.

“Com o advento da Lei n. 8.906, em 4 de julho de 1994, os honorários incluídos na condenação, por arbitramento ou sucumbência, passaram a pertencer ao advogado, como direito autônomo. Em virtude disso, por força do princípio da especialidade, a regra estabelecida pelo Estatuto da Advocacia prevalece sobre o quanto disposto no caput do art. 21 do Código Processo Civil e, inclusive, sobre a Súmula n. 306 do STJ e inteligência formada em recurso repetitivo. ‘Art. 85. A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor. [...] § 14. Os honorários constituem direito do advogado e têm natureza alimentar, com os mesmos privilégios dos créditos oriundos da legislação do trabalho, sendo vedada a compensação em caso de sucumbência parcial’ (CPC/2015)” (Grupo de Câmaras de Direito Comercial, Embargos Infringentes n. 2014.089719-0, Rel. Des. Altamiro de Oliveira, j. em 10/6/2015).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Medida Cautelar Incidental em Apelação Cível n. 2011.006097-6/0001.00 e Embargos de Terceiro em Medida Cautelar Incidental em Apelação Cível n. 2011.006097-6/0001.01, da comarca de Itajaí (3ª Vara Cível), em que é requerente F. J. N. e requerido A. K. V. e outro:

A Segunda Câmara de Direito Comercial decidiu, por votação unânime, julgar procedente em parte o pedido formulado na medida cautelar incidental em apelação cível para determinar o arresto do bem imóvel matriculado sob n. 8.915 junto ao 1º Ofício de Registro de Imóveis da comarca de Itajaí/SC, revogando-se a liminar anteriormente deferida, condenando ambos os litigantes ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios “pro rata”, estes fixados em R\$ 1.000,00 (um mil reais), vedada a compensação da verba patronal. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pela Exma. Sra. Desa. Rejane Andersen com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. Altamiro de Oliveira.

Florianópolis, 4 de agosto de 2015.

Robson Luz Varella
RELATOR

RELATÓRIO

Em 12/11/2010, F. J. N. ajuizou medida cautelar incidental de arresto em apelação cível (processo n. 033.10.017827-0) à denominada “ação de dissolução de sociedade de fato cumulada com pedido de reparação de danos” autuada sob n. 033.04.013986-0, em desfavor de A.K.V e S.L.R.O.

Relatou que obteve julgamento de parcial procedência dos pedidos formulados na ação principal na data de 21/10/2010, com a condenação dos requeridos ao pagamento do valor de R\$ 250.990,00 (duzentos e cinquenta mil, novecentos e noventa reais), acrescidos de correção monetária a contar da propositura da demanda e de juros de mora a partir da citação, além das custas processuais no percentual de 70% (setenta por cento) e dos honorários advocatícios em 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação.

Acrescentou que este mesmo “decisum” julgou improcedente a reconvenção oposta pelos requeridos, condenando-os ao pagamento dos ônus sucumbenciais.

Apontou valor atualizado do débito na ordem de R\$ 690.000,00 (seiscentos e noventa mil reais).

Disse que, nos autos da medida cautelar inominada n. 033.03.017664-9, proposta pelo requerente em 20/10/2003, ou seja, antes do ajuizamento da referida demanda principal (3/5/2004), foi homologado acordo judicial, em audiência realizada em 24/10/2003.

Asseverou que neste acordo, no qual as partes concordaram que fosse oficiado ao 1º Ofício de Registro de Imóveis da cidade de Itajaí/

SC a averbação junto a matrícula do bem objeto da sociedade (onde ocorreu a obra que se tornou motivo de discussão processual) acerca da existência do litígio, “evitando-se futura alegação de boa-fé por terceiros eventualmente interessados na aquisição do imóvel” (fl. 4).

Alegou que, embora tenha sido ajustado o pacto judicial, os requeridos realizaram, em 23/12/2003, doação com usufruto vitalício ao Sr. Leodal Ribeiro de Oliveira, pai de S.L.R.O, sendo que, somente após, houve a averbação inerente ao acordo.

Argumentou, por fim, que os requeridos apresentaram atitudes demonstrando resistência ao andamento do processo e a existência de indícios de dilapidação do patrimônio dos mesmos.

Requeriu, portanto, o arresto dos bens encontrados em nome dos requeridos, visando garantir futura execução de dívida reconhecida como pendente (fls. 2/13).

Foram juntados os documentos de fls. 14/49.

O então relator, Exmo. Sr. Des. Jorge Schaefer Martins, na data de 14/2/2011, deferiu parcialmente o pedido liminar “para determinar o arresto dos bens especificados pelo requerente nos itens 01, 03 e 05 (excluídos os bens informados nos itens 02 e 04, pois não estão mais disponíveis em favor dos requeridos e possuem gravame, respectivamente), mediante a prévia caução dos bens informados na fl. 13” (fls. 58/59).

Citados (fl. 97), em 25/5/2011 os requeridos apresentaram resposta, sustentando, a princípio, que S.L.R.O não teria participação “na contratação de empresas ou funcionários para a execução da obra referida na inicial” (fl. 101), de maneira que deveria ser excluída da discussão.

No mais, defenderam, em síntese, que em momento algum deixaram de cumprir com suas obrigações contratuais, salientando que haveria má-fé na conduta do requerente, inclusive neste feito, em que apresentou valor do débito muito superior (R\$ 690.000,00) para fins de arrestar todos os bens dos réus.

Destacaram que houve o registro junto à matrícula do imóvel conforme acordo judicial.

Frisaram, ainda, que a doação foi realizada em 23/12/2003, portanto, antes do ajuizamento da demanda principal (3/5/2004), e que não foi uma tentativa de se furtarem de eventual execução de sentença, considerando a existência de diversos bens em nome dos requeridos capazes de suprir a dívida.

Alegaram, também, que o arresto dos bens mencionados na inicial acarreta excesso injustificável, pois a dívida ainda estaria submetida à discussão e o valor dos imóveis chegariam a R\$ 5.000.000,00 (cinco milhões).

Ao final, postularam pela retirada do gravame sobre todos os bens, em especial, o veículo indicado no item 5, porque adquirido no benefício para deficientes físicos, e o bem imóvel indicado no item 3, porque negociado antes de qualquer desavença entre as partes (fls. 100/108).

Juntaram documentos (fls. 110/190).

Este é necessário relatório.

VOTO

Trata-se de medida cautelar de arresto incidental em apelação cível de “ação de dissolução de sociedade de fato cumulada com pedido de reparação de danos”, através da qual F. J. N., pretende, em síntese, o arresto de bens encontrados em nome de A.K.V e S.L.R.O, visando garantir futura execução de dívida reconhecida na demanda principal, em que houve julgamento de parcial procedência, com a condenação dos requeridos ao pagamento do valor de R\$ 250.990,00 (duzentos e cinquenta mil, novecentos e noventa reais), acrescidos de correção monetária a contar da propositura da demanda e de juros de mora a partir da citação, além dos ônus sucumbenciais.

De início, conveniente esclarecer que, embora não oportunizado ao requerente prazo para a apresentação de réplica, vistas à celeridade e efetividade processual e sem distanciar dos princípios do contraditório e da ampla defesa, proceder-se-á ao julgamento do processo no estado em que se encontra, mormente diante da ausência de qualquer prejuízo acarretado, pela medida, ao requerente e do conhecimento e pretérita manifestação, por referido litigante, acerca dos documentos acostados juntamente à contestação, os quais integraram, também, o conjunto probatório carreado à ação principal (autos de n. 033.04.013986-0; Apelação Cível de n. 2011.006097-6/0000.00).

Sobre o assunto:

APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS À EXECUÇÃO ESTRIBADA EM CONTRATO PARTICULAR DE CONFISSÃO DE DÍVIDA. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. RECURSO DO EMBARGANTE. PRELIMINAR DE NULIDADE DO FEITO. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DO EMBARGANTE PARA RÉPLICA. TESE REJEITADA. PRESCINDIBILIDADE DA INTIMAÇÃO, TENDO EM VISTA QUE A DEFESA APENAS REBATEU AS QUESTÕES DE MÉRITO DA EXORDIAL. “É dispensável a intimação para a réplica quando a defesa do réu se limitou a contestar o mérito do pedido, sem alegar qualquer preliminar [...]” (Apelação Cível n. 2010.036511-0, rel. Des. Subst. Francisco Oliveira Neto, j. 20.10.2011). “Pode o magistrado julgar antecipadamente a lide, a teor do art. 330, I, do CPC, quando for verificada a desnecessidade de produção de provas; igualmente, **assim é dado ao togado fazer, sem intimar o autor para apresentar réplica à contestação, quando as razões e documentos apresentados na resposta já forem de conhecimento irrefutável dos demandantes, uma vez ausente o prejuízo.**” (Apelação Cível n. 2010.076843-3, de Blumenau, rel. Des. Odson Cardoso Filho, j. 5-6-2014). (Apelação Cível n. 2014.063987-3, Rela. Desa. Rejane Andersen, j. em 3/2/2015)

E:

APELAÇÃO CÍVEL. IMPUGNAÇÃO À ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA.

ALEGADO CERCEAMENTO DE DEFESA. **AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO PARA COMBATER A CONTESTAÇÃO.** TESE AFASTADA. **DESNECESSIDADE DE RÉPLICA. PROCESSO APTO PARA O JULGAMENTO.** EXEGESE DO ART. 330, INCISO I, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. RECURSO IMPROVIDO. Quando convencido de que o conjunto probatório nos autos é suficiente para elucidação da matéria, o Magistrado pode dispensar a produção de outras provas, por ser ele o destinatário final destas e, assim, julgar o feito antecipadamente, sem que isso implique em cerceamento de defesa ou ofensa ao devido processo legal. Ao Juiz cabe determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias. **“O julgamento antecipado da lide, sem oportunizar prazo para réplica, não enseja, por si só, a nulidade da sentença, desde que não haja prejuízo à parte autora.”** (TJRS, Apelação Cível n. 70040680456, de Guaporé, rel. Des. Ana Lúcia Carvalho Pinto Vieira Rebout, j. 31-3-2011). (Apelação Cível n. 2013.021208-3, Rel. Des. João Batista Góes Ulysséa, j. em 23/8/2013)

Ainda, cabe deixar consignado que a tese levantada em sede de contestação, de que a requerida, S.L.R.O, deveria ser excluída do feito, ao argumento de que não teria participação no negócio, foi temática decidida e rechaçada por ocasião da decisão interlocutória proferida na demanda principal na data de 23/1/2006, sendo que não houve recurso a tempo e modo oportunos, mostrando-se, portanto, descabido restaurar o debate nos presentes autos, porque resultou configurada a preclusão consumativa, consoante dicção do art. 473 do Código de Processo Civil.

Dito isso, passa-se à análise da possibilidade de acolhimento do pleito exordial.

Os requisitos indispensáveis à concessão da medida pleiteada encontram-se arrolados nos arts. 813 e 814 do Código de Processo Civil, que estabelecem, respectivamente:

Art. 813. O arresto tem lugar:

I – quando o devedor sem domicílio certo intenta ausentar-se ou alienar os bens que possui, ou deixa de pagar a obrigação no prazo estipulado;

II – quando o devedor, que tem domicílio:

a) se ausenta ou tenta ausentar-se furtivamente;

b) caindo em insolvência, aliena ou tenta alienar bens que possui; contrai ou tenta contrair dívidas extraordinárias; põe ou tenta pôr os seus bens em nome de terceiros; ou comete outro qualquer artifício fraudulento, a fim de frustrar a execução ou lesar credores;

III – quando o devedor, que possui bens de raiz, intenta aliená-los hipotecá-los ou dá-los em anticrese, sem ficar com algum ou alguns, livres e desembargados, equivalentes às dívidas;

IV – nos demais casos expressos em lei.

E:

Art. 814. Para a concessão do arresto é essencial:

I – prova literal da dívida líquida e certa;

II – prova documental ou justificação de algum dos casos mencionados no artigo antecedente.

Parágrafo único. Equipara-se à prova literal da dívida líquida e certa, para efeito de concessão de arresto, a sentença, líquida ou ilíquida, pendente de recurso, condenando o devedor ao pagamento de dinheiro ou de prestação que em dinheiro possa converter-se.

Sobre os pressupostos necessários ao deferimento do arresto, ensinam Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart:

Fundamentalmente, vê-se que o primeiro requisito enumerado pela lei para a concessão do arresto diz com casos em que o devedor, com sua conduta, pode frustrar a efetivação futura de crédito pecuniário, ou colocando-se em condição de insolvência, ou construindo obstáculo a uma futura execução.

O segundo requisito exigido pela lei é a “prova literal da dívida líquida e certa” (art. 814, I), à qual é equiparada a “sentença, líquida ou ilíquida, pendente de recurso, condenando o devedor ao pagamento de dinheiro ou de prestação que em dinheiro possa converter-se” (art. 814, parágrafo único). (Curso de processo civil: processo cautelar. v. 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 207)

No caso examinado, F. J. N. ajuizou “ação de dissolução de sociedade de fato cumulada com pedido de reparação de danos” em desfavor de A.K.V e S.L.R.O, obtendo parcial procedência dos pedidos exordiais, com a condenação dos requeridos ao pagamento do valor de R\$ 250.990,00 (duzentos e cinquenta mil, novecentos e noventa reais), acrescidos de correção monetária e juros moratórios, além dos ônus sucumbenciais (fl. 35/43).

O requerente defende, inicialmente, que teme ver frustrada a execução de seu crédito em razão de os requeridos apresentarem atitudes que demonstram resistência ao desenvolvimento do processo.

A respeito, discorre acerca da efetivação da citação apenas por hora certa somente em novembro de 2004. Também, destaca que os autos foram retidos pelo procurador dos réus por mais de três meses.

Da movimentação processual, extrai-se que a demanda principal foi ajuizada em maio de 2004 e que os requeridos foram efetivamente citados por hora certa em novembro do respectivo ano.

Ainda se constata que os autos permaneceram em carga com o procurador dos requeridos entre o período de 22/11/2004 e 28/2/2005.

Nada obstante, mesmo com a demora na citação e a retenção dos autos por tempo consideravelmente extenso, verifica-se que não há provas de que tais fatores tenham acarretado prejuízo para o desenvolvimento e o término da ação principal.

Desse modo, referidas alegações não bastam, por si só, para configurar a ausência furtiva dos requeridos de receberem o mandado citatório, nem para motivar oposição de resistência injustificada ao andamento da lide, a frustrar eventual pagamento de suas dívidas.

Outra situação que entende o requerente prejudicar futura execução é o fato de os requeridos terem efetivado em 23/12/2003, doação com usufruto vitalício ao Sr. Leodal Ribeiro de Oliveira, pai de S.L.R.O, do

bem objeto da sociedade onde ocorreu a obra que se tornou motivo de discussão processual.

Trata-se referido bem do imóvel matriculado sob n. 8.915 no 1º Ofício de Registro de Imóveis da comarca de Itajaí/SC.

De fato, nos autos da medida cautelar inominada n. 033.03.017664-9, proposta pelo requerente em 20/10/2003, foi homologado acordo judicial, em audiência realizada em 24/10/2003, no qual as partes concordaram que fosse oficiado ao 1º Ofício de Registro de Imóveis da cidade de Itajaí/SC a averbação da existência do litígio junto a matrícula do bem, “evitando-se futura alegação de boa-fé por terceiros eventualmente interessados na aquisição do imóvel” (fl. 4).

E se observa que, nos termos do Ofício n. 1291/2004, expedido em 20/4/2004, foi averbado junto à matrícula n. 8.915 a respeito da medida cautelar inominada (fls. 18-v/19).

Ocorre que, na data de 23/12/2003, apesar de cientes do acordo judicial firmado na referida medida cautelar, A.K.V e S.L.R.O doaram a título não oneroso o imóvel matriculado sob n. 8.915 com reserva de usufruto vitalício em favor do Sr. Leodal Ribeiro de Oliveira enquanto vivesse o donatário (fl. 18-v).

Não bastasse, na matrícula do imóvel foram averbadas cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade, com ressalva de extinção pela morte do último doador (fl. 18-v).

Evidente que, além de a posse ter sido precária, pois decorrente de mera permissão de uso, fato é que pouco depois ocorreu o falecimento do donatário, de modo que restou extinto o usufruto vitalício, bem como as respectivas cláusulas gravadas, sendo restituída a posse livre e desembaraçada para os legítimos proprietários.

Desse modo, embora não há negar o intuito malicioso em procederem os requeridos à doação do bem litigado em favor do genitor

de um deles, contrariando os termos do acordo judicial outrora celebrado entre as partes, neste momento, o usufruto em favor do Sr. Leodal Ribeiro de Oliveira não mais se apresenta como elemento indicativo da dilapidação do patrimônio dos requeridos, estando, inclusive, referido imóvel, passível de ser arrestado.

Por outro lado, existe um ponto nestes autos que demonstra estejam os requeridos dissipando seus bens.

Nos autos da denominada “ação de dissolução de sociedade de fato cumulada com pedido de reparação de danos”, A.K.V prestou depoimento na data de 1º/10/2009, afirmando: “que tive que vender meu escritório profissional, pois a obra fora embargada pela prefeitura municipal de Itajaí [...]; que de 2001 a 2003 o depoente residia na casa objeto da reforma; que nesse período o depoente era proprietário de vários imóveis em Balneário Camboriú e região, inclusive residenciais;” (fl. 33).

Contudo, dos documentos anexados ao presente feito (fls. 26/27), observa-se que o imóvel a que A.K.V referiu ter vendido se encontra apenas penhorado desde 11/4/2003.

Para mais, as certidões de fls. 22/25 e 29, atestadas no ano de 2010, dão conta de que não há outros bens imóveis e móveis registrados em nome do requerido.

Com essas considerações, reputa-se preenchidos os requisitos essenciais à concessão do arresto, previstos nos arts. 813 e 814 da Lei Adjetiva Civil, cabendo, pois, o exame acerca de quais bens serão atingidos pelo deferimento do pedido acautelatório.

Infere-se que a pretensão de arresto formulada pelo requerente recai sobre os seguintes bens, expressamente indicados no petitório exordial (fls. 7/8):

- 01) “O terreno com área de 4.350,00 metros quadrados, situado na Rua Deputado Francisco Evaristo Canziani – nesta cidade de Itajaí-SC, sede

do município e da comarca de mesmo nome, medindo na frente, ao leste, com as marinhas do Oceano Atlântico, onde passa a referida rua – em linha curva – 22,30 metros, e nos fundos, ao oeste, com terras de Walter Konder Fleischmann – 32,00 metros; extrema sul, onde mede 206,00 metros, com terras de Ben-Hur Santos – lote n. 2, e ao norte, onde mede 229,00 metros, - com terras de Nivaldo Detoie – lote n. 4, terreno este sem benfeitorias, representado pelo lote número “3” do desmembramento do terreno sem denominação especial, localizado no lado par da referida rua, sendo a construção mais próxima a existente a 157,00 metros, ao norte, sob o número 1.720 daquela rua”, objeto da Matrícula 8.914, do 1º Ofício de Registro de Imóveis da Cidade de Itajaí/SC;

02) “O terreno com área de 8.550,00 metros quadrados, - situado na rua Deputado Francisco Evaristo Canziani – nesta cidade de Itajaí – sede do município e comarca de mesmo nome, medindo na frente, ao leste nas marinhas do Oceano Atlântico onde passa a referida rua Deputado Francisco Evaristo Canzani – 46,00 metros, e nos fundos, que fazem ao oeste, com terras de Walter Conder Fleischmann – 58,00 metros: extrema ao sul, onde mede 229,00 metros, com o lote 03 de Mauri Dapena Peres e ao norte, onde mede 246,00 metros, com terras de Rafael Domingos Dutra – lote 05, terreno este – sem benfeitorias, representado pelo lote número “4” do desmembramento do terreno sem denominação oficial, localizado no lado par da referida rua”, objeto da Matrícula 8.915, do 1º Ofício de Registro de Imóveis da Cidade de Itajaí/SC, “doado a título gratuito para LEODAL RIBEIRO (pai da ré Solange), conforme mencionado acima na descrição dos fatos, com usufruto vitalício para os réus;

03) “Apartamento 303, área total: 113,598m² (Privativa: 92,630m² e comum: 20,96m²), Residencial Number One, fração ideal: 0,07787% do terreno com 1.394,44m², Avenida Atlântica, 3924, Balneário Camboriú-SC”, objeto da Matrícula 26492, do 2º Ofício de Registro de Imóveis de Balneário Camboriú;

04) “Loja 4, área total: 1010,98m², edifício Império do Sol, fração ideal: 0,543% do terreno com 3.555,45m², Avenida Atlântica, n. 3750, esquina com a Rua 3600, Balneário Camboriú-SC”, objeto da Matrícula 11175, do 2º Ofício de Registro de Imóveis de Balneário Camboriú,

penhorado nos autos da Ação de Execução n. 038.96.017758-0/000, conforme mencionado acima na descrição dos fatos;

05) Veículo I/TOYOTA HILUXSW4 SRV4X4, PLACAS MIF-8326, CHASSI 8AJYZ59G8A3043439.

Entretantes, embora viável a concessão da medida de cautelar pretendida, nos moldes acima explicitados, verifica-se que os bens, de propriedade dos requeridos, a que pretende o requerente arrolar superam em muito o valor da dívida.

Do exame da ação principal (autos de n. 033.04.013986-0; Apelação Cível de n. 2011.006097-6/0000.00), denota-se que o valor do débito, na oportunidade de prolação da sentença (21/10/2010), perfazia a quantia de R\$ 250.990,00 (duzentos e cinquenta mil, novecentos e noventa reais).

Procedendo-se à atualização de referido montante, a partir do ajuizamento da demanda (3/5/2004), acrescido de juros moratórios desde a citação (11/11/2004), obtém-se, segundo os parâmetros de cômputo da Corregedoria-Geral da Justiça, o valor de R\$ 1.083.980,62 (um milhão, oitenta e três mil, novecentos e oitenta reais e sessenta e dois centavos).

A despeito de carecer o presente caderno processual de avaliações de todo o patrimônio acima indicado, na ação de dissolução de sociedade de fato c/c reparação de danos (“actio” principal), afirmou taxativamente o requerente que o bem litigado, constante no item “2” da transcrição acima e sobre o qual já foram tecidas considerações acerca das cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade, encontrava-se valorado, à época (3/5/2004), em R\$ 600.000,00 (seiscentos mil reais).

De tal sorte, considerando a valorização do imóvel, tanto pelo simples transcurso temporal de mais de 11 (onze) anos, como pelo notório crescimento da localidade em que se situa (Balneário Camboriú/SC), conclui-se que o bem em questão é suficiente à garantia da pretensa e futura execução do débito, devendo apenas este ser objeto do arresto.

Isso porque, consabido que, apesar da necessidade de salvaguarda aos interesses do credor na posterior persecução de seu crédito, por representar o arresto restrição ao direito constitucional de propriedade, a medida, se deferida, há de se operar com razoabilidade e ponderação, não no intuito de penalizar o devedor, mas, sim, para a finalidade processual a que se destina (utilidade do feito executivo).

Nesse sentido:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. **AÇÃO CAUTELAR DE ARRESTO.** INSURGÊNCIA CONTRA INTERLOCUTÓRIO QUE DEFERIU LIMINAR INAUDITA ALTERA PARTE. I – PRELIMINAR DE IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE LIQUIDEZ DO DÉBITO. DESCABIMENTO. SENTENÇA CRIMINAL CONDENATÓRIA QUE ASSEGURA A OBRIGAÇÃO REPARATÓRIA. PRECEDENTES. PREFACIAL RECHAÇADA. A sentença criminal condenatória transitada em julgado, ainda que ilíquida, equipara-se à prova literal da dívida líquida e certa, para efeito de concessão de arresto, na exata dicção do § único do art. 814 do CPC. II – PRESENÇA, POR ORA, DOS REQUISITOS NECESSÁRIOS AO DEFERIMENTO DA MEDIDA. CONSTRICÇÃO QUE RECAIU SOBRE 08 (OITO) BENS IMÓVEIS. COMPROVAÇÃO DE QUE AS TERRAS SÃO USADAS PARA AGRICULTURA PELA FAMÍLIA DO DEVEDOR, SERVINDO DE GARANTIA, MEDIANTE CÉDULA RURAL HIPOTECÁRIA. **EXCESSO CONFIGURADO. LIMITAÇÃO À QUANTIA APROXIMADA DA DÍVIDA.** LEVANTAMENTO DA RESTRIÇÃO SOBRE 03 (TRÊS) TERRENOS. DECISÃO PARCIALMENTE REFORMADA. AGRAVO CONHECIDO E PROVIDO EM PARTE. **O valor dos bens imóveis objeto de arresto deve ser proporcional à extensão do quantum pleiteado em futura execução por quantia certa. Assim, a existência de diversos terrenos, todos de elevada metragem e valia, autoriza a que a decretação do arresto recaia apenas sobre parcela deles, prestigiando-se tanto o futuro crédito quanto o direito constitucional de propriedade, em homenagem aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.** (Agravado de Instrumento n. 2013.075128-6, Rel. Des. Jorge Luis Costa Beber, j. em 20/3/2014) (sem grifos no original)

Por derradeiro, diante do resultado do julgado, havendo sido o requerente vencedor e vencido em seus pedidos iniciais, tendo em vista a considerável delimitação dos imóveis arrestados, deverá responder pela metade do pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, estes fixados em R\$ 1.000,00 (um mil reais), observado o art. 20, §3º, do Código de Processo Civil, vedada a compensação entre os patronos.

A despeito da Súmula 306 da Corte Superior, as Câmaras de Direito Comercial deste Tribunal de Justiça partilham do entendimento de que a compensação da verba honorária afigura-se indevida.

A propósito, colhe-se recente precedente do Grupo de Câmaras de Direito Comercial:

EMBARGOS INFRINGENTES. AÇÃO REVISIONAL. CONTRATO BANCÁRIO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DE SUCUMBÊNCIA. VERBA ALIMENTAR QUE CONSTITUI DIREITO AUTÔNOMO DO ADVOGADO. EXEGESE DO ART. 23 DO ESTATUTO DA ADVOCACIA. COMPENSAÇÃO VEDADA POR FORÇA DO PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE. POSICIONAMENTO, INCLUSIVE, EM SINTONIA, COM AS DIRETRIZES DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL (ART. 85, § 14, DA LEI 13.105/2015). HIGIDEZ DO VOTO CONDUTOR. Com o advento da Lei n. 8.906, em 4 de julho de 1994, os honorários incluídos na condenação, por arbitramento ou sucumbência, passaram a pertencer ao advogado, como direito autônomo. Em virtude disso, por força do princípio da especialidade, a regra estabelecida pelo Estatuto da Advocacia prevalece sobre o quanto disposto no caput do art. 21 do Código Processo Civil e, inclusive, sobre a Súmula n. 306 do STJ e intelecção formada em recurso repetitivo. “Art. 85. A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor. [...] § 14. Os honorários constituem direito do advogado e têm natureza alimentar, com os mesmos privilégios dos créditos oriundos da legislação do trabalho, sendo vedada a compensação em caso de sucumbência parcial” (CPC/2015). RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (Embargos Infringentes n. 2014.089719-0, Rel. Des. Altamiro de Oliveira, j. em 10/6/2015)

Diante do exposto, vota-se no sentido de julgar procedente em parte o pedido formulado na medida cautelar incidental em apelação cível para determinar o arresto do bem imóvel matriculado sob n. 8.915 junto ao 1º Ofício de Registro de Imóveis da comarca de Itajaí/SC, revogando-se a liminar anteriormente deferida, condenando ambos os litigantes ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios “pro rata”, estes fixados em R\$ 1.000,00 (um mil reais), vedada a compensação da verba patronal.

Apelação Cível n. 2011.006097-6, de Itajaí

Relator: Desembargador Robson Luz Varella

ACÇÃO DE DISSOLUÇÃO DE SOCIEDADE DE FATO CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E LUCROS CESSANTES – RECONVENÇÃO OBJETIVAMENTE AMPLIADA PARA CONTEMPLAR INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – PROCEDÊNCIA PARCIAL DOS PEDIDOS PRINCIPAIS E IMPROCEDÊNCIA DOS RECONVENCIONAIS – APELO DOS RÉUS/RECONVINTES E RECURSO ADESIVO DO AUTOR/RECONVINDO.

RECURSO DE APELAÇÃO.

ILEGITIMIDADE PASSIVA “AD CAUSAM” – TEMÁTICA ANALISADA EM INTERLOCUTÓRIA IRRECORRIDA – PRECLUSÃO CONSUMATIVA – IMPOSSIBILIDADE DE REDISCUSSÃO – RECLAMO NÃO CONHECIDO NESTE ASPECTO.

Arguida em contestação, a tese de ilegitimidade ativa foi afastada por ocasião de decisão interlocutória contra a qual não foi interposto recurso a tempo e modo oportunos, de modo que descabido restaurar o debate em apelação por força da preclusão consumativa, consoante dicção do art. 473 do Código de Processo Civil.

PRESCRIÇÃO – PEDIDO GENÉRICO E DESPIDO DE FUNDAMENTAÇÃO – OFENSA AO ART. 514, INC. II, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – NÃO CONHECIMENTO DO APELO NESTE PONTO.

O apelo deve conter, obrigatoriamente, “os fundamentos de fato e de direito” pelos quais se postula a reforma do pronunciamento judicial recorrido, conforme o art. 514, inc. II, da Lei Processual Civil. Portanto, ainda que concernente à matéria de ordem pública, o pedido deixa de ser conhecido quando a parte apresenta a insurgência de forma genérica, como no caso em apreço, sem nenhum argumento para amparar sua tese recursal.

MULTA DIÁRIA – PRETENDIDO O AFASTAMENTO DA PENALIDADE – INEXISTÊNCIA DE PRONUNCIAMENTO JUDICIAL NESTE SENTIDO – CARÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL – CAPÍTULO DO QUAL NÃO SE PODE CONHECER.

O interesse recursal constitui pressuposto geral de admissibilidade de todo recurso, de maneira que, para requerer a reforma da sentença, o apelante deve demonstrar o prejuízo advindo da manutenção judicial atacada.

DANOS MATERIAIS – TESE DE QUE O AUTOR TERIA AGIDO DE MÁ-FÉ AO DEIXAR DE CONCLUIR A OBRA EM QUE SERIA SEDIADO O EMPREENDIMENTO COMERCIAL – INSUFICIÊNCIA DE ELEMENTOS PROBATÓRIOS – AVENTADA A IMPRESTABILIDADE DO IMÓVEL PARA FINS COMERCIAIS E DE MORADIA DE MODO QUE NECESSÁRIO O EMPREGO DE RECURSOS PRÓPRIOS PARA DEVOLVER-LHE CONDIÇÕES DE USO – AVALIAÇÃO DO IMÓVEL RECONSTRUÍDO POR PROVA PERICIAL – CÔTEJO DO VALOR INVESTIDO POR CADA UMA DAS PARTES – RECONHECIMENTO DA INCORPORAÇÃO DAS MELHORIAS CUSTEADAS PELO AUTOR DE BOA-FÉ EM IMÓVEL DE PROPRIEDADE DOS RÉUS E NÃO UTILIZADAS EM BENEFÍCIO DA PRETENSA SOCIEDADE EMPRESÁRIA – INTELIGÊNCIA DO ART. 547 DO CÓDIGO CIVIL DE 1916 - RESSARCIMENTO DEVIDO NOS LIMITES POSTULADOS NA INICIAL – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO.

Os elementos de convicção carreados aos autos foram insuficientes para caracterizar a responsabilidade de cada uma das partes quanto à desconstituição da sociedade empresária, restando apenas como incontroverso que a sociedade foi dissolvida sem antes entrar em exercício e que o autor investiu seus recursos financeiros no imóvel de propriedade dos réus.

Logo, nos termos do art. 547 do Código Civil de 1916, norma regente à época dos fatos, aquele que de boa-fé, “edifica em terreno alheio perde, em proveito do proprietário, as [...] construções, mas tem direito à indenização.”

Dessarte, para que não seja perpetrado o desequilíbrio na relação patrimonial entabulada entre os litigantes, não há razão para negar

o reconhecimento do direito do autor à indenização pelos valores dispendidos na reforma do imóvel de propriedade de outrem, como também deve ser considerado o valor desembolsado pelos réus para concluir obra inacabada e de seu interesse.

DANOS MORAIS – ABALO ANÍMICO DECORRENTE DE MODIFICAÇÃO NO IMÓVEL POR OBRA INACABADA – GASTOS INESPERADOS A PARTIR DE DESÍDIA DO AUTOR – DESCUMPRIMENTO CONTRATUAL NÃO COMPROVADO – IMPOSSIBILIDADE DE SE ATRIBUIR CULPA AO AUTOR – ADEMAIS, NÃO CARACTERIZADO ABALO À HONRA, À MORAL OU À IMAGEM DOS RÉUS – NEGATIVA DE PROVIMENTO.

No caso, não se pode atribuir ao autor a culpa pelos dissabores experimentados pelos demandados porque não suficientemente comprovados os termos que regeram a sociedade havida entre as partes, de modo que impossível reconhecer a culpa de cada uma das partes acerca da dissolução da sociedade.

Sob outro enfoque, ainda que estivesse evidenciado o descumprimento contratual por parte do autor, fato é que sua satisfação se dá através da indenização pelos prejuízos de ordem material, e não mediante indenização por danos morais, especialmente quando não comprovada ofensa à honra, à moral ou imagem da parte que alega ter sido lesada, como no caso dos autos.

RECURSO DESPROVIDO, NA PARTE EM QUE CONHECIDO.

RECLAMO ADESIVO.

LUCROS CESSANTES DERIVADOS DE EVENTUAL EXERCÍCIO DA ATIVIDADE EMPRESARIAL – NEGÓCIO SEQUER CONCRETIZADO – SOCIEDADE DISSOLVIDA ANTES MESMO DO INGRESSO DA DEMANDA – PRETENSÃO AFASTADA.

“A indenização a título de lucros cessantes não se funda em mera ilação, mas, ao revés disto, em prova concreta de que o prejudicado, em decorrência do ato ilícito, deixou de integrar ao seu patrimônio rendimentos que já eram certos”. (Apelação Cível n. 2008.067931-1, rel. Des. Gilberto Gomes de Oliveira, j. em 8/12/2011).

Nesse viés, embora seja razoável esperar de uma sociedade comercial o auferimento de lucros, imprescindível para concretude da expectativa que haja consonância com a realidade fática. No caso, o empreendimento (restaurante) não foi construído, a atividade empresarial não foi exercida, e o rompimento da sociedade ocorreu antes mesmo do ingresso da demanda principal, o que afasta a possibilidade de indenização por lucros cessantes.

INSURGÊNCIA QUANTO A DISTRIBUIÇÃO DOS ÔNUS SUCUMBENCIAIS – POSTULAÇÃO PARA QUE OS RÉUS SUPOREM A INTEGRALIDADE DO PAGAMENTO ADVINDO DA LIDE PRINCIPAL – DESCABIMENTO – DERROTA RECÍPROCA EVIDENCIADA – MANUTENÇÃO.

Configurada a sucumbência recíproca, nos termos do “caput” do art. 21 do Código de Processo Civil, cada um dos contendores deve arcar com o pagamento da parte em que seus pedidos não foram reconhecidos.

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DEVIDOS AO CAUSÍDICO DO AUTOR – POSTULADA A MAJORAÇÃO PARA 20% (VINTE POR CENTO) DO VALOR DA CONDENAÇÃO NAS DEMANDAS PRINCIPAL E RECONVENCIONAL – NÃO ACOLHIMENTO – VERBA RAZOÁVEL, PROPORCIONAL E ARBITRADA EM CONFORMIDADE DOS PARÂMETROS ESTABELECIDOS NO ART. 20, § 3º, ALÍNEAS “A”, “B” E “C”, DA LEI ADJETIVA CIVIL.

No caso, além de observados os critérios e parâmetros estabelecidos no art. 20, §3º, da Lei Adjetiva Civil, o arbitramento dos respectivos estipêndios se afigura suficiente ao reconhecimento do exercício da dignidade do profissional que exerce uma das funções essenciais da justiça, e convergente com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Destaca-se que o pagamento da verba honorária em favor do procurador do requerente na demanda principal foi arbitrado no percentual de 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação, e, na reconvenção, fixado no patamar de 10% (dez por cento) sobre a importância atribuída à causa.

Assim, relativamente à ação de dissolução de sociedade de fato, em que os réus foram condenados ao pagamento de R\$ 250.990,00 (duzentos

e cinquenta reais e novecentos e noventa centavos), os honorários advocatícios importam “ab initio” em R\$ 37.648,50 (trinta e sete mil seiscentos e quarenta e oito reais e cinquenta centavos), ainda não acrescidos de correção monetária e juros moratórios.

Quanto à reconvenção, considerando-se o valor atribuído à causa (R\$ 160.185,23), a verba patronal alcança a importância de R\$ 16.018,52 (dezesesseis mil e dezoito reais e cinquenta e dois centavos).

Portanto, o arbitramento dos respectivos estípedios se afigura suficiente ao reconhecimento do exercício da dignidade do profissional que exerce uma das funções essenciais da justiça (CRFB/1988, art. 133, primeira parte).

LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ – ALMEJADA A APLICAÇÃO DA PENALIDADE – CARÁTER SUBJETIVO DO DOLO NÃO EVIDENCIADO – PRETENSÃO NEGADA.

Por ser instituto rigoroso e de exceção, considerando-se que a boa-fé é de regra presumida, a litigância de má-fé deve ser reconhecida tão somente quando comprovada a conduta maliciosa da parte infratora, hipótese diversa da dos autos.

RECLAMO ADESIVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2011.006097-6, da comarca de Itajaí (3ª Vara Cível), em que é apte/rdoad A. K. V. e outro, e apdo/rtead F. J. N.:

A Segunda Câmara de Direito Comercial decidiu, por votação unânime: a) conhecer em parte do recurso de apelação interposto pelos réus/reconvintes e, nesta, negar-lhe provimento; b) negar provimento ao recurso adesivo interposto pelo autor/reconvindo. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pela Exma. Sra. Desa. Rejane Andersen com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. Altamiro de Oliveira.

Florianópolis, 4 de agosto de 2015.

Robson Luz Varella
RELATOR

RELATÓRIO

F. J. N. ajuizou a denominada “ação de dissolução de sociedade de fato cumulada com pedido de reparação de danos” (processo n. 033.04.013986-0) contra A.K.V e S.L.R.O, relatando ter firmado sociedade com os réus verbalmente, cujo objetivo era a construção e a gestão de um restaurante sediado no imóvel residencial de propriedade dos réus, localizado à Rua Deputado Evaristo Francisco Caziane n. 1822, Bairro Cabeçudas, Itajaí/SC, avaliado em R\$ 600.000,00 (seiscentos mil reais).

Afirmou que, segundo o ajuste, caberia aos réus ceder o imóvel no atual estado de conservação à época, e a si, o custeio da reforma para viabilizar a atividade comercial no valor limite de R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais). Ao final, ser-lhe-ia transferida metade da propriedade do imóvel, bem como de metade das cotas empresariais. Narrou ter iniciado os investimentos em 30/6/2003, totalizados em R\$ 250.000,00 (duzentos e cinquenta mil reais), além de haver contratado preposto para acompanhamento da evolução da obra.

Verificou, então, que os réus passaram a descumprir o contrato, e a praticar condutas desleais, em especial, a construção de uma casa luxuosa, de 60m² (sessenta metros quadrados), distribuídos em três pavimentos, na parte dos fundos do imóvel objeto do contrato, e que seria utilizada para futura residência deles. Destarte, quando deu conta desta situação, exigiu a formalização por escrito do contrato para constituição da sociedade, havendo oposição dos réus quanto às primitivas condições, e o condicionamento da assinatura a novos termos, dentre os quais, a aceitação de um novo investidor no negócio.

Imputou aos réus a exclusiva responsabilidade pela dissolução da sociedade, resultante de grave lesão ao próprio patrimônio em razão dos investimentos com a obra, e, por outro turno, o enriquecimento ilícito dos réus pela valorização do imóvel sem haver a necessária contrapartida financeira.

Enumerou que, a título de benfeitorias, investiu R\$250.000,00 (duzentos e cinquenta mil reais) para a reforma da estrutura do imóvel, além do repasse de um cheque no valor de R\$990,00 (novecentos e noventa reais), referentes à instalação de toldos; e em razão dos lucros cessantes, deixou de auferir, por mês, R\$2.500,00 (dois mil e quinhentos reais), uma vez que poderia ter aplicado a quantia no mercado financeiro com melhor rentabilidade;

Ao final, requereu fosse declarada a dissolução da sociedade de fato e o reconhecido dever de indenizar pelos danos materiais e pelos lucros cessantes elencados, juntando os documentos de fls. 23/61.

Os réus ofereceram contestação (fls. 102/115).

Suscitaram, preliminarmente, a ilegitimidade passiva da segunda ré e a impossibilidade jurídica do pedido.

No mérito, sustentaram estar ajustado o encargo exclusivo do autor pelos custos com a reforma do imóvel. Contudo, em dado momento, de má-fé, o autor passou a cobrar pelo valor desembolsado, sendo o único causador do fim do empreendimento. Para mais, não condiz com a verdade a existência de outro investidor do negócio, porque caso existisse, haveria esforço para que a obra, paralisada por mais de nove meses, fosse concluída, para ser devolvida alguma finalidade ao imóvel, porquanto imprestável naquelas condições para fins comerciais e/ou de moradia.

Negaram a prática de atitudes desleais, uma vez que a casa construída aos fundos sempre foi de conhecimento do autor, ciente de que os réus não se dispunham a pagar alugueis futuramente.

Impugnaram as notas e os recibos que instruíram a exordial, e, por derradeiro, requereram a improcedência da lide, colacionando os documentos de fls. 116/239.

De outro turno, os réus apresentaram reconvenção (fls. 241/252).

Relataram ter vivido em união estável, mas cessado o relacionamento, apenas o primeiro reconvinte continuou a residir no imóvel mencionado nos autos.

Afirmaram que do acordo mercantil participaram apenas o primeiro reconvinte e o reconvindo, este quem deveria ser o único responsável pelas despesas com a reforma do imóvel. Ainda, ao terem ciência de que o valor investido já alcançava a cifra de R\$ 180.000,00 (cento e oitenta mil reais), alertaram não dispor de nenhum valor para investir no empreendimento, argumento solenemente ignorado pelo reconvindo.

A partir desta consignação, o reconvindo paralisou as obras e alterou os termos iniciais, eximindo-se da responsabilidade anteriormente assumida, por passar a exigir do primeiro reconvinte quantias para que fosse dada continuidade ao negócio.

Logo, concluíram que a ruptura do ajuste deu-se por culpa exclusiva do reconvindo, que insistiu nas reformas do imóvel de propriedade do primeiro reconvinte, e superfaturou as despesas, a fim de que gerassem futuro e extremo endividamento capazes de lhe garantir a totalidade das cotas empresariais, em notória atuação de má-fé.

Outrossim, sustentaram que o reconvindo deixou o imóvel sem condições de uso, embora fosse sua responsabilidade devolver o bem no estado em que se encontrava.

Argumentaram que tanto o primeiro reconvinte quanto o reconvindo despenderam valores para a reforma do imóvel, dando conta de ter gasto o valor de R\$ 160.185,23 (cento e sessenta mil, cento e oitenta e cinco reais e vinte e três centavos), pelo que requereu o ressarcimento.

Asseveraram que o descumprimento da avença causou-lhes enorme dissabor e angústia, porque precisaram socorrer-se de empréstimo bancário para conclusão da obra em 2004; e porque a segunda reconvintes, que sequer participou do ajuste, necessitou contratar advogado para defendê-la.

Requereram, ao final, a procedência da reconvenção com a condenação do reconvindo ao ressarcimento do valor de R\$ 160.185,23 (cento e sessenta mil, cento e oitenta e cinco reais e vinte e três centavos), e ao pagamento de indenização por abalo moral no valor de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais) e R\$ 10.000,00 (dez mil reais), respectivamente, ao primeiro e à segunda reconvinte, além do pagamento por litigância de má-fé.

Anexaram a documentação de fls. 254/401.

Houve contestação da reconvenção (fls. 411/430), e réplica à demanda principal (fls. 437/455).

Os réus impugnaram a contestação à reconvenção (fls. 460/464).

O feito foi saneado, momento em que afastadas as preliminares arguidas na demanda principal, bem como determinada a realização de perícia (fls. 481/484).

O laudo pericial foi juntado às fls. 560/704, e houve manifestação de ambas as partes (fls. 720/722; fls. 729/730).

Em audiência de instrução e julgamento (fl. 727), foram colhidos depoimentos pessoais dos litigantes e inquiridas as testemunhas arroladas (fls. 758/773), como também colacionada carta precatória (fl. 793).

Apresentadas as alegações finais (fls. 797/810; fls. 812/818), sobreveio sentença (fls. 829/838) de parcial procedência dos pedidos formulados na ação de dissolução de sociedade de fato e improcedentes os pleitos da reconvenção, nos seguintes termos:

Pelo exposto, **JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTES** os pedidos deduzidos na inicial desta **Ação de Dissolução de Sociedade de Fato c/c Reparação de Danos** autuada sob nº 033.04.013986-0, [...] para condenar os requeridos ao pagamento do valor de R\$ 250.990,00 (duzentos e cinquenta mil, novecentos e noventa reais), corrigido monetariamente a contar da propositura da ação e com incidência de juros de mora a partir da citação. Considerando que ambas os litigantes restaram em parte vencidos, condeno-os ao rateio das custas processuais, sendo 30% para o autor e 70% para os requeridos. Fixo os honorários advocatícios a serem pagos ao patrono do autor em 15% sobre o valor da condenação, e os devidos ao advogado dos requeridos em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais).

Julgo Improcedentes os pedidos formulados na Reconvenção [...] e condeno os reconvintes ao pagamento das custas da reconvenção e honorários advocatícios da parte “ex adversa”, estes fixados em 10% sobre o valor atribuído à reconvenção. (fl. 838)

Irresignados, os réus/reconvintes interpuseram recurso de apelação, pretendendo, em síntese, a reforma da sentença para serem ressarcidos pelos prejuízos materiais e morais que afirmaram terem experimentado em razão do rompimento da sociedade pelo autor que, agindo de má-fé, deixou de concluir a obra tal qual como contratado, e deixou o imóvel em condições precárias, obrigando os apelantes, deste modo, a venderem outros patrimônios para terminarem o empreendimento.

Sustentaram, ainda, que a má-fé do autor também restou demonstrada nos autos quanto à afirmação de que a obra edificada nos fundos da propriedade não estava inclusa no ajuste, porquanto sempre ter sido de seu conhecimento.

Ao final, requereram a extinção do processo com fulcro no art. 267, VI, da Lei Processual Civil, em razão “da ilegitimidade de parte”, ou o “reconhecimento da prescrição e a extinção com resolução de mérito (art. 269, IV, do CPC)”, ou a improcedência do pedido exordial “e, ainda, alternativamente, a exclusão da multa diária imposta na v. decisão recorrida” (fls. 842/849).

Na sequência, o autor/reconvindo apresentou contrarrazões (fls. 854/862) e recurso adesivo (fls. 864/871), sustentando, em suma, que teria direito quanto ao pedido de condenação dos réus/reconvintes ao pagamento a título de lucros cessantes, porquanto sofreu lesão em seu patrimônio ao investir R\$ 250.000,00 (duzentos e cinquenta reais) no imóvel destes quando poderia ter dado destino rentável a este capital.

Também, alegou que o percentual atribuído para a verba honorária, tanto em relação à demanda principal quanto à reconvenção, merece ser majorado para 20% (vinte por cento).

Requeru, ainda, a condenação dos réus por litigância de má-fé, asseverando que opuseram desleal resistência à citação, acarretando oposição injustificada ao andamento da lide.

O recurso adesivo foi contra arrazoadado (fls. 876/886).

Este é o necessário relatório.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação cível interposto por A.K.V e S.L.R.O e de recurso adesivo manejado por F. J. N. contra sentença de parcial procedência dos pedidos formulados na exordial da “ação de dissolução de sociedade de fato cumulada com pedido de reparação de danos” e de improcedência dos pleitos reconventionais.

Os pontos atacados nas insurgências serão analisados separadamente com o objetivo de facilitar a compreensão.

APELO DOS RÉUS/RECONVINTES

Ilegitimidade passiva “ad causam” e Prescrição

Em seu apelo, os réus suscitam o reconhecimento da ilegitimidade passiva “ad causam”, postulando a extinção do processo, sem resolução de mérito, com amparo no art. 267, VI, da Lei Processual Civil.

Alternativamente, requerem o “reconhecimento da prescrição” com a consequência extinção do feito, com resolução de mérito, na forma do art. 269, IV, do código de Processo Civil.

Ocorre que, embora se trate de matéria de ordem pública, a tese de ilegitimidade arguida em contestação foi decidida e rechaçada por ocasião da decisão interlocutória de fls. 481/484, sem recurso a tempo e modo oportunos pelos réus/apelantes.

Dessa forma, mostra-se descabido restaurar o debate sobre a temática em apelação, porque resultou configurada a preclusão consumativa, consoante dicção do art. 473 do Código de Processo Civil.

Nos termos do referido dispositivo, “é defeso à parte discutir, no curso do processo, as questões já decididas, a cujo respeito se operou a preclusão”.

Com efeito, silenciando-se os apelantes naquele momento, concordaram com a decisão que rejeitou a prejudicial, sendo, portanto, descabida, a renovação da discussão em âmbito recursal, até porque transita em julgado a interlocutória.

A propósito, vale lembrar que “o processo tem o seu andar para frente e não ao sabor da vontade das partes, que conformada com a decisão em um momento, novamente pretende se insurgir em sede recursal, sobre matéria já decidida e acobertada pela coisa julgada”. (Apelação Cível n. 2014.036444-0, Rel. Des. Saul Steil, j. em 16/9/2014)

Dito isso, o apelo não deve ser conhecido quanto ao ponto.

Da mesma forma, quanto ao pretendido reconhecimento da prescrição, o apelo não merece conhecimento.

Segundo dispõe o art. 514 do Código de Processo Civil:

Art. 514 A apelação, interposta por petição dirigida ao juiz, conterá:

I - os nomes e a qualificação das partes;

II - os fundamentos de fato e de direito;

III - o pedido de nova decisão. (sem grifos no original)

Portanto, em conformidade com o art. 514, II, da Lei Processual Civil, o apelo deve conter, obrigatoriamente, “os fundamentos de fato e de direito” pelos quais se postula pela reforma do pronunciamento judicial recorrido.

Ocorre que, das razões recursais dos apelantes não é possível extrair nenhum argumento que sustente o pedido de reconhecimento da prescrição com amparo no art. 269, IV, do Código de Processo Civil, fazendo-o, portanto, genericamente.

E, conforme consabido, o pedido aleatório e despido de fundamentação torna inviável a manifestação jurisdicional, não preenchendo, portanto, o requisito 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)

A propósito, colhe-se desta Corte de Justiça:

O papel primeiro dos “fundamentos de fato e de direito” (artigo 514, II, do Código de Processo Civil) que devem acompanhar o recurso é o de permitir a análise de sua admissibilidade. Se a parte recorrente não apresenta os fundamentos que dão causa a seu inconformismo, ou o faz de forma genérica, sua insurgência não pode ser conhecida. (Apelação Cível n. 2014.064991-5, rel^a. Des^a. Janice Goulart Garcia Ubialli, j. em 25/6/2015)

Logo, na hipótese “sub judice”, conquanto se trate a prescrição de matéria de ordem pública, fato é que, diante da falta dos motivos pelos

quais pretendem os apelantes o reconhecimento da prejudicial, o não conhecimento da insurgência é medida impositiva.

Multa diária

Nas razões recursais apelativas foi formulado pedido alternativo de “exclusão da multa diária imposta na v. decisão recorrida”.

Não obstante a pretensão tenha sido requerida para o caso de o presente aresto não acolher os demais pleitos recursais, certo é que a respeito da alegada multa diária nada foi consignado na sentença apelada.

Portanto, verifica-se a inexistência de interesse recursal neste aspecto, motivo do antecipado pronunciamento acerca da temática neste julgado.

Vale lembrar que o interesse em recorrer é requisito intrínseco de admissibilidade do recurso, sendo que a sua inexistência impossibilita a análise do argumento levantado à apreciação.

Acerca da questão, lecionam Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart:

A fim de que possa o interessado socorrer-se do recurso, é fundamental que possa antever algum interesse na utilização deste caminho. À semelhança do que acontece com o interesse de agir (condição da ação), que engloba a adequação da via eleita (traduzida, em termos de recursos, pela noção de cabimento, como visto), é necessário que o interessado possa vislumbrar alguma utilidade na veiculação do recurso, utilidade esta que somente possa ser obtida através da via recursal (necessidade). (Manual do processo de conhecimento. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 525)

Isso posto, deixa-se de conhecer do recurso quanto à matéria por carência de interesse recursal.

Indenização por danos materiais e morais

No mérito de sua insurgência, pretendem os réus, em síntese, a modificação do “decisum” para serem ressarcidos pelos prejuízos

materiais e morais, experimentados em razão do rompimento da sociedade pelo autor que, de má-fé, não concluiu a obra de reforma pela qual se comprometeu a efetuar, deixando o imóvel em condições precárias, sem condições de uso tanto para fins comerciais como para moradia, motivo, inclusive, pelo qual os apelantes tiveram que utilizar recursos próprios para finalizar o empreendimento.

Sustentam, ainda, que a má-fé do autor também resta demonstrada no feito quando afirma que a edificação nos fundos da propriedade, realizada às expensas dos réus, não era de seu conhecimento.

Colhe-se dos autos que ambos os litigantes reconheceram que firmaram, de forma verbal, uma sociedade, objetivando a construção de um restaurante em imóvel de propriedade dos réus localizado à Rua Deputado Evaristo Francisco Caziane, n. 1822, bairro Cabeçudas, município de Itajaí, estado de Santa Catarina, matriculado sob nº 8.915 no 1º Ofício de Registro de Imóveis.

Além de incontroverso que o empreendimento seria realizado em imóvel de propriedade dos réus, restou irrefutável que ao autor competia efetuar as obras necessárias à reforma do bem, transformando-o em estabelecimento comercial.

No que se refere aos demais termos da sociedade, são em sua grande maioria de conhecimento apenas dos litigantes, porque realizado o contrato de forma verbal e as testemunhas ouvidas em juízo afirmaram desconhecê-los (fls. 766/773).

Logo, relativamente às condições do ajuste, somente foi possível serem tidos como verdadeiros os fatos incontroversos dantes referidos.

Nesse viés, o reconhecimento de que a dissolução da sociedade, ou em termos mais precisos, o rompimento da intenção de empreender em conjunto, teria se dado por ato ilícito praticado unicamente pelo autor, ou exclusivamente pelos réus, ou por conduta de ambos, foi tema que

se mostrou controvertido neste feito, com consequências refletidas no dever de indenizar perseguido por ambas as partes.

E, assim, justamente por entender se tratar de questão controversa, sobre a qual não existiam provas nos autos, que não a versão de cada uma das partes, o juízo “a quo” julgou improcedente o pedido do autor para que fosse reconhecida a prática de ato ilícito pelos réus quanto à utilização do dinheiro que tinham disponível para a construção de um imóvel puramente residencial destinado a uso exclusivo deles, em notório desvirtuamento da intenção de empreender em conjunto.

Pelo mesmo viés da inexistência de provas, é possível concluir que não há amparo quanto ao pleito dos apelantes de ressarcimento material relativo aos valores que investiram no imóvel objeto do contrato, para devolver condições de uso, como alegam, se considerada a tese da ciência do autor, quando do ajuste verbal, de que o dinheiro de que dispunham seria utilizado para edificar a obra nos fundos do terreno.

Sob outro enfoque, em que pese queiram os réus configurar ser responsabilidade exclusiva de o autor iniciar e concluir a obra, é forçoso reconhecer, em razão da incontrovérsia, que o imóvel de propriedade dos réus recebeu benfeitorias a partir de investimento praticado pelo autor para que lograsse êxito a sociedade constituída.

Portanto, andou bem o magistrado sentenciante ao afirmar que o investimento realizado pelo autor no imóvel dos réus incorporou-se ao patrimônio destes.

Inclusive, a respeito do valor investido, foi realizada prova pericial por meio da qual o “expert” nomeado analisou detalhadamente os documentos juntados à exordial (recibos e notas fiscais), bem como a edificação “sub judice”, chegando à conclusão de que, na reforma do imóvel destinado à constituição do restaurante foi desembolsado o valor de R\$ 485.670,45 (quatrocentos e oitenta e cinco mil seiscientos e setenta reais e quarenta e cinco centavos), e, na construção da casa nos fundos

do empreendimento, a importância de R\$ 70.163,16 (setenta mil cento e sessenta e três reais e dezesseis centavos).

Vê-se, assim, comprovado o agir de boa-fé do autor ao investir seus recursos financeiros no imóvel de propriedade dos réus, ainda que os apelantes entendam de maneira diversa, o que faz incidir no caso o art. 547 do Código Civil de 1916, norma regente à época dos fatos:

Art. 547. Aquele que semeia, planta ou edifica em terreno alheio perde, em proveito do proprietário, as sementes, plantas e construções, mas tem direito à indenização. Não o terá, porém, se procedeu de má-fé, caso em que poderá ser constrangido a repor as coisas no estado anterior e a pagar os prejuízos. (sem grifos no original)

Dessarte, para que não seja perpetrado o desequilíbrio na relação patrimonial entabulada entre os litigantes, não há razão para negar o reconhecimento do direito do autor à indenização pelos valores dispendidos na reforma do imóvel de propriedade dos réus, porque lá permaneceu o investimento, sobretudo porque imaginada a continuidade da sociedade empresarial.

Nada obstante, relevante ainda destacar que na sentença foi consignado não ter sido o autor o único responsável pelas melhorias no imóvel, haja vista que, em razão do rompimento da sociedade antes do término das obras, os réus passaram a edificar com recursos próprios.

Assim, somadas as importâncias despendidas para a constituição do restaurante (R\$ 485.670,45) e para a construção da casa nos fundos do terreno (R\$ 70.163,16), subtraiu-se a quantia alegada investida pelos réus, de R\$ 160.185,23 (cento e sessenta mil e cento e oitenta e cinco reais e vinte e três centavos), para chegar-se ao limite do valor indenizável ao autor de R\$ 395.648,38 (trezentos e noventa e cinco mil, seiscentos e quarenta e oito reais e trinta e oito centavos).

Entretanto, o próprio autor delimitou seu pedido indenizatório inicial em R\$ 250.000,00 (duzentos e cinquenta mil reais), quanto aos

valores dispendidos na adaptação do imóvel, de modo que, sob pena de julgamento “extra petita”, deve ser mantido o patamar fixado em primeiro grau, mormente porque sobre estes pontos, não há qualquer insurgência, sendo, portanto, imutável e indiscutível o “decisum” apelado neste sentido, operando-se a coisa julgada material, a teor do disposto no art. 467 do Código de processo Civil.

Diante de tal conjuntura, embora seja de todo irrazoável promover aos apelantes o ressarcimento de valores que eles empregaram em imóvel de sua propriedade em benefício próprio, observa-se que houve ponderação acerca do respectivo investimento realizado pelos apelantes quando da análise do “quantum” que deveria ser atribuído ao autor a título de danos materiais.

Portanto, outra solução não pode ser dada ao apelo dos réus quanto aos pretendidos danos materiais, senão o desprovimento.

Relativamente ao dever reparatório, estabelece o art. 186 do Código Civil que “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

Ainda sobre o tema, preleciona o art. 187 do mesmo Diploma: “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

Mais adiante, enuncia o art. 927 da Legislação Civil:

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.

No caso, os apelantes dizem que o autor fez modificações no imóvel, mas deixou a obra inacabada, descumprindo o contrato, motivo pelo qual foram obrigados a vender outros patrimônios para finalizar a obra, diante do que merecem ser indenizados por danos morais.

Todavia, entende-se descabida a condenação do autor a título de danos morais, porque conforme consignado no “decisum” apelado, “não restaram suficientemente comprovados os termos que regeram a sociedade havida entre as partes, não se podendo concluir que tenha havido descumprimento contratual”, de maneira que “como não foi reconhecida a culpa de nenhuma das partes acerca da dissolução da sociedade, não se pode atribuir ao autor a culpa pelos dissabores experimentados pelos demandados” (fl. 837).

E, ainda que estivesse evidenciado o descumprimento contratual por parte do autor, fato é que sua satisfação se dá através da indenização pelos prejuízos de ordem material, e não mediante indenização por danos morais, especialmente quando não comprovada ofensa à honra, à moral ou imagem da parte que alega ter sido lesada, como no caso dos autos.

Dessarte, merece desprovimento o apelo neste aspecto.

RECURSO ADESIVO DO AUTOR/RECONVINDO

Lucros cessantes

Busca o autor/reconvindo a reforma da sentença no que tange à pretensão de indenização por lucros cessantes, sustentando que seu patrimônio foi lesionado em R\$ 250.000,00 (duzentos e cinquenta reais) com o investimento da quantia no imóvel dos réus/reconvintes, fato que o impediu de dar destinação rentável a este capital no mercado financeiro.

O art. 402 do Código Civil vigente faz menção aos lucros cessantes, dispondo, “in verbis”: “Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar.”

Esclarecendo a respeito, giza-se a lição de Judith Martins-Costa:

O lucro cessante representa aquilo que o credor razoavelmente deixou de lucrar, ou seja, a diminuição potencial de seu patrimônio causada pelo inadimplemento da contraparte. É o ganho de que ficou privado o credor pelo inadimplemento do devedor, consistindo na “frustração de um enriquecimento patrimonial”. Em forma lapidarmente sintética, os lucros cessantes constituem os “ganhos de que o credor ficou privado”, como expressa o art. 1.127 do Código Civil francês. E se “ficou privado” é porque o lesado tinha, no momento da lesão, “a titularidade de uma situação jurídica que, mantendo-se, lhe daria direito a esse ganho”. (Sálvio de Figueiredo (Coord.). Comentários ao novo Código Civil. v. V. t II. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 478/479) (sem grifos no original)

Há, portanto, que se considerar, para a existência de lucros cessantes, que a pessoa esteja ao tempo da lesão na condição de titular de uma situação jurídica que lhe proporcionaria o ganho esperado.

Ainda sobre a temática, vale mencionar as ponderações discorridas pelo Exmo. Des. Guilherme Nunes Born em precedente de sua relatoria:

[...] vislumbra-se que esse tipo de dano está na esfera de um possível dano, ou seja, em decorrência do evento danoso suportado, a vítima deixou de auferir determinado acréscimo em seu patrimônio.

Assim, pode-se dizer que **os lucros cessantes consistem na diminuição potencial do patrimônio do credor, pelo lucro que deixou de auferir, dada conduta culposa/dolosa do causador do dano.**

Contudo, assim como os demais tipos de danos (emergentes, estéticos, morais (via de regra), **os lucros cessantes também devem ser comprovados pela vítima, isso porque não são indenizáveis meras possibilidades de ganho futuro.**

Para se computar o lucro cessante, a mera possibilidade é insuficiente, embora não se exija uma certeza absoluta. (Apelação Cível n. 2012.052451-4, Rel. Des. Guilherme Nunes Born, j. em 10/10/2013)

Ora, é fato incontroverso nos autos que a sociedade entabulada entre as partes foi acordada, ainda que de forma verbal, no sentido de

que os réus/reconvintes entrariam com um imóvel de sua propriedade no estado em que se encontrava, enquanto que o autor/reconvindo seria responsável pelo custeio da reforma do bem para a destinação comercial no valor de até R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais).

Sendo assim, não há negar que o apelante adesivo (autor/reconvindo) investiu o numerário de R\$ 250.000,00 (duzentos e cinquenta mil reais), certo de que este seria o melhor investimento a ser efetuado naquele momento, devendo, pois, arcar com os desdobramentos da aplicação pela qual discricionariamente optou.

Para mais, resulta inconteste no processo que as atividades empresariais sequer iniciaram, além de ter ocorrido o rompimento da sociedade antes mesmo do ingresso da demanda.

Nesse viés, não pode ser objeto de indenização a título de lucros cessantes a simples alegação de que “no empreendimento econômico frustrado [...], ganharia além da valorização do imóvel [...] os lucros do exercício da atividade econômica do restaurante” (fl. 866).

Embora seja razoável se esperar que uma sociedade comercial aufera lucros, é necessário que haja um suporte fático para esta presunção, o que não resta demonstrado na hipótese dos autos, tendo em vista que sequer foram exercidas as atividades da empresa (do restaurante), que não se concretizou, de maneira que os alegados rendimentos com o empreendimento não passaram de mera expectativa.

A respeito, decidiu este Tribunal de Justiça:

NULIDADE DE ATO JURÍDICO. PACTO DE LOCAÇÃO DE SALAS COMERCIAIS FIRMADO SEM QUE, PORÉM, O SHOPPING CENTER TIVESSE ALVARÁ DE OCUPAÇÃO E FUNCIONAMENTO. DOLO NEGATIVO EVIDENCIADO (ART. 147 DO CÓDIGO CIVIL). PERDAS E DANOS DEVIDAS. ABALO MORAL INEXISTENTE. PROCEDÊNCIA PARCIAL. IRRESIGNAÇÃO DE AMBAS AS PARTES. [...] RECLAMO DOS LOCATÁRIOS. LUCROS CESSANTES INDEVIDOS. A expectativa

quanto ao sucesso do negócio não pode ser confundida com a certeza de lucro no empreendimento. A indenização a título de lucros cessantes não se funda em mera ilação, mas, ao revés disto, em prova concreta de que o prejudicado, em decorrência do ato ilícito, deixou de integrar ao seu patrimônio rendimentos que já eram certos. ABALO À MORAL NÃO VERIFICADO. Impossível associar o desconforto proveniente da quebra contratual, ainda que promovida dolosamente pela parte adversa, assim como os percalços do mundo dos negócios, a um dano que exprima tamanha dor e sofrimento no íntimo do ser, a ponto de galgar o arbitramento de indenização, a fim de que se compense suposto vexame ou humilhação. Para uma sociedade empresarial que se sujeita aos atos e riscos do comércio, o descumprimento de um contrato não passa de singelo desconforto que, com a compensação patrimonial, será facilmente contornado. [...] RECURSO DOS SUPPLICADOS NÃO PROVIDO. APELO DOS AUTORES A QUE SE DÁ PARCIAL PROVIMENTO. (Apelação Cível n. 2008.067931-1, Rel. Des. Gilberto Gomes de Oliveira, j. em 8/12/2011) (sem grifos no original)

Portanto, não há falar em lucros cessantes, diante do que se nega provimento ao recurso adesivo no ponto.

Pedido de redistribuição dos ônus sucumbenciais e de majoração dos honorários advocatícios

O requerente defende ter decaído de parte mínima dos pedidos formulados na exordial da ação de dissolução de sociedade de fato, postulando pela condenação dos requeridos ao pagamento integral dos ônus sucumbenciais.

Também pretende a majoração do percentual fixado a título de verba honorária para 20% (vinte por cento) tanto em relação à demanda principal quanto à reconvenção.

Quanto à distribuição dos ônus, entende-se acertada a aplicação do disposto no art. 21, “caput”, do Código de Processo Civil.

Segundo constatado nestes autos, não ficou comprovado que os requeridos seriam os únicos responsáveis pela dissolução da sociedade,

diante da ausência de evidências de que os mesmos teriam praticado conduta ilícita ao construírem uma casa na parte dos fundos do imóvel objeto do contrato, tendo em vista a falta de elementos de convicção que confirmassem ser tal procedimento contrário ao acordo firmado entre os litigantes.

Por outro lado, ficou demonstrado no caderno processual que o requerente investiu no imóvel dos requeridos, embora não finalizada a obra.

A esse respeito, no entanto, também ficou evidenciado que os requeridos passaram a despende determinada quantia na edificação após o rompimento da sociedade.

Sobre esse prisma, conquanto os requeridos tenham sucumbido em maior extensão na demanda, vê-se que o requerente decaiu de parte dos pedidos exordiais, tanto que foram julgados parcialmente procedentes pelo Magistrado de Primeiro Grau, o que se manteve nesta instância.

Assim sendo, a distribuição equânime dos ônus sucumbenciais reflete o real deslinde fornecido para a controvérsia, já que ambas as partes saíram vencidas, cabendo, pois, o pagamento dos ônus de sucumbência de forma proporcional ao que cada uma decaiu.

O art. 21 da Lei Processual Civil normatizou acerca do instituto da reciprocidade, dispondo que: “Se cada litigante for em parte vencedor e vencido, serão recíproca e proporcionalmente distribuídos e compensados entre eles os honorários e as despesas.”

Logo, não há falar na condenação exclusiva dos requeridos ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios da demanda principal, segundo pretendido pelo requerente adesivo.

No mais, a insurgência não merece acolhimento quanto ao pedido de majoração dos honorários advocatícios.

Nos termos do art. 20, § 3º, do Código de Processo Civil, a verba patronal a remunerar de forma digna o profissional deve ter como parâmetro: 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 propósito, ensinam Nelson Nery Junior e Rosa Maria Andrade Nery que os critérios de fixação dos honorários advocatícios “são objetivos e devem ser sopesados pelo juiz na ocasião da fixação dos honorários. A dedicação do advogado, a competência com que conduziu os interesses de seu cliente, o fato de defender seu constituinte em comarca onde não resida, os níveis de honorários na comarca onde se processa a ação, a complexidade da causa, o tempo despendido pelo causídico desde o início até o término da ação, são circunstâncias que devem ser necessariamente levadas em conta pelo juiz quando da fixação dos honorários de advogado”. (Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 193)

Na hipótese, o Magistrado “a quo” arbitrou para a demanda principal o pagamento da verba honorária em favor do procurador do requerente no percentual de 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação, e, na reconvenção, fixou no patamar de 10% (dez por cento) sobre a importância atribuída à causa.

Não há negar que a ação de dissolução de sociedade de fato apresenta certo grau elevado de complexidade, mostrando-se, inclusive, necessária a designação de prova pericial.

Também se verifica que o advogado se fez presente em todos os momentos em que foi intimado, inclusive na reconvenção, realizando um trabalho satisfatório, tanto que foi configurado o parcial acolhimento das pretensões de seu cliente na demanda principal e a improcedência do pedido reconvenicional.

Ainda, é de ser observado o tempo de transcurso do processo, deflagrado em 3 de maio de 2004, tramitando, portanto, há mais de 11 (onze) anos.

Nada obstante, sopesando tais circunstâncias, depreende-se que o Togado Singular arbitrou corretamente a verba honorária.

Com efeito, “a fixação da verba honorária deve se dar sempre com observância aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, no intuito de não onerar excessivamente o vencido e, em contrapartida, não desprezar o trabalho despendido pelo procurador do vencedor”. (Apelação Cível n. 2013.012215-5, Rel. Des. José Carlos Carstens Köhler, j. em 12/3/2013)

Relativamente à ação de dissolução de sociedade de fato, em que os réus/requeridos, ora recorridos adesivos, foram condenados ao pagamento total de R\$ 250.990,00 (duzentos e cinquenta mil e novecentos e noventa reais) (ressarcimento pelo investimento na obra e pelo pagamento dos toldos), vê-se que os honorários importam “ab initio” em R\$ 37.648,50 (trinta e sete mil seiscientos e quarenta e oito reais e cinquenta centavos), ainda não acrescidos de correção monetária e juros moratórios.

Quanto à reconvenção, considerando-se o valor atribuído à causa (R\$ 160.185,23), tem-se que a verba patronal alcança a importância de R\$ 16.018,52 (dezesesseis mil e dezoito reais e cinquenta e dois centavos).

Portanto, além de observados os critérios e parâmetros estabelecidos no art. 20, §3º, da Lei Adjetiva Civil, o arbitramento dos respectivos estipêndios se afigura suficiente ao reconhecimento do exercício da dignidade do profissional que exerce uma das funções essenciais da justiça (CRFB/1988, art. 133, primeira parte), em convergência com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Nesses termos, nega-se provimento ao reclamo.

Litigância de má-fé

Requer o autor/reconvindo, ora apelante adesivo, a condenação dos adversos por litigância de má-fé por entender configurada a oposição de resistência injustificada ao andamento da lide.

O art. 17 do Código Processual Civil prevê taxativamente as hipóteses em que estará caracterizada a litigância de má-fé:

Art. 17. Reputa-se litigante de má-fé aquele que:

I - deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso;

II - alterar a verdade dos fatos;

III - usar do processo para conseguir objetivo ilegal;

IV - opuser resistência injustificada ao andamento do processo;

V - proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo;

VI - provocar incidentes manifestamente infundados;

VII - interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório.

Quanto à conceituação, Nelson Nery Junior leciona que litigante de má-fé “é a parte ou interveniente que, no processo, age de forma maldosa, com dolo ou culpa, causando dano processual à parte contrária”. (Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 262/263)

E acrescentam Theotonio Negrão e José Roberto F. Gouvêa:

[...] o art. 17 do CPC, ao definir os contornos dos atos que justificam **a aplicação de pena pecuniária por litigância de má-fé, pressupõe o dolo da parte no entravamento do trâmite processual**, manifestado por conduta intencionalmente maliciosa e temerária, inobservado o dever de proceder com lealdade [...]. **A aplicação de penalidades por litigância de má-fé exige dolo específico, perfeitamente identificável a olhos desarmados, sem o qual se pune indevidamente a parte que se vale de direitos constitucionalmente protegidos (ação e defesa)** (Código de

Processo Civil e legislação processual em vigor. 41 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 141) (sem grifos no original)

Por ser instituto rigoroso e de exceção, considerando-se que a boa-fé, em regra, se presume, a litigância de má-fé deve ser reconhecida quando inequivocamente comprovada a conduta maliciosa da parte infratora.

A propósito, Pontes de Miranda destaca: “Presume-se de boa-fé quem vai litigar, ou está litigando, ou litigou. Tal presunção somente pode ser elidida “in casu” e quando haja má-fé, propriamente dita; a apreciação do exercício abusivo do direito tem que partir daí”. (Comentários ao código de processo civil. v. 1. São Paulo: Forense, 1973. p. 385)

No caso telado, o cerne da questão trazida pelo autor/requerente adesivo diz respeito à desleal resistência dos réus, ora requeridos adesivos, à citação, efetivada “por hora certa e com muito custo” (fl. 869), destacando que estes são advogados e, portanto, acompanhavam o andamento processual pela internet e tinham conhecimento do ajuizamento da demanda principal. Também acrescenta o fato de o processo ter sido retirado em carga e permanecido por mais de três meses com o procurador dos adversos.

Da movimentação processual, extrai-se que a demanda principal foi ajuizada em maio de 2004 e que os réus foram citados por hora certa em novembro do respectivo ano.

Ainda se constata que os autos permaneceram em carga com o procurador dos réus entre o período de 22/11/2004 e 28/2/2005.

Porém, mesmo com a demora na citação e a retenção dos autos por tempo consideravelmente extenso, evidencia-se que nenhum destes fatores acarretou prejuízo para o desenvolvimento e o término da ação.

Além disso, não há provas de que os réus tenham se ocultado do recebimento do mandado citatório, para isto não bastando tão só a alegação de que acompanhavam o andamento processual pela internet.

Nesses termos, não se afigura que os réus tenham oposto resistência injustificada ao desenvolvimento regular do processo, razão pela qual não rende margem à incidência do no art. 17, IV, do Código de Processo Civil.

Diante do exposto, vota-se no sentido de: a) conhecer em parte do recurso de apelação interposto pelos réus/reconvintes e, nesta, negar-lhe provimento; b) negar provimento ao recurso adesivo interposto pelo autor /reconvindo.

TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

Apelação Cível n. 2013.064675-8, de Timbó

Relator: Desembargador Tulio Pinheiro

APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS DE TERCEIRO. DISCUSSÃO ACERCA DA POSSE E PENHORABILIDADE DE PISCINA INSTALADA EM TERRENO PERTENCENTE AOS EMBARGANTES. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA, AO FUNDAMENTO DE QUE OS EMBARGANTES NÃO EXERCEM A POSSE DIRETA SOBRE O IMÓVEL. IMPOSIÇÃO DA PENA DE MULTA POR ATO ATENTATÓRIO À DIGNIDADE DA JUSTIÇA.

RECURSO DOS EMBARGANTES.

LEGITIMIDADE ATIVA. POSSIBILIDADE DE OS EMBARGANTES, NA CONDIÇÃO DE POSSUIDORES INDIRETOS, OPOREM-SE À PENHORA VIA EMBARGOS DE TERCEIRO. EXEGESE DO ARTIGO 1.046, § 1º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. FUNDAMENTO DA SENTENÇA AFASTADO. ARGUIÇÃO POR PARTE DO EMBARGADO DE FRAUDE NA AQUISIÇÃO DO IMÓVEL. TESE NÃO COMPROVADA. TERRENO VENDIDO PELA EXECUTADA AOS EMBARGANTES MUITO ANTES DA EFETIVAÇÃO DA CITAÇÃO. FRAUDE À EXECUÇÃO NÃO OCORRENTE. PISCINA INSTALADA EM IMÓVEL PERTENCENTE AOS EMBARGANTES. BENFEITORIA. PRESUNÇÃO DE QUE A COISA TENHA SIDO CONSTRUÍDA PELO PROPRIETÁRIO E QUE INTEGRO, PORTANTO, O PATRIMÔNIO DESTA. INTELIGÊNCIA DOS ARTIGOS 79, 1.253 E 1.255, TODOS DO CÓDIGO CIVIL. PENHORA INDEVIDA. AFRONTA AO DIREITO DE PROPRIEDADE DOS EMBARGANTES. SENTENÇA REFORMADA. EMBARGOS DE TERCEIRO PROCEDENTES. INVERSÃO DOS ÔNUS SUCUMBENCIAIS E AFASTAMENTO DA MULTA POR ATO ATENTATÓRIO À DIGNIDADE DA JUSTIÇA.

RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2013.064675-8, da Comarca de Timbó (1ª Vara Cível), em que são apelantes Euclides Packer e outro, e é apelado Supermercado Schütze Ltda.:

A Terceira Câmara de Direito Comercial decidiu, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento, para reformar a sentença e julgar procedentes os embargos de terceiro, invertendo-se os ônus sucumbenciais e afastando-se a multa aplicada por ato atentatório à dignidade da justiça. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, o Exmo. Sr. Des. Rodrigo Cunha (Presidente) e a Exma. Sra. Des.ª Denise de Souza Luiz Francoski.

Florianópolis, 27 de agosto de 2015.

Tulio Pinheiro
RELATOR

RELATÓRIO

Perante o Juízo da 1ª Vara Cível da Comarca de Timbó, Euclides Packer e Iracema Packer ajuizaram embargos de terceiro em face de Supermercado Schütze Ltda., objetivando, em suma, impedir a penhora sobre piscina instalada em imóvel de propriedade do casal nos autos da Execução n. 073.09.002779-8 (fls. 2/5).

Citada, a pessoa jurídica embargada/exequente apresentou impugnação aos embargos. Na peça de defesa, alegou, em síntese, que a piscina em questão pertence à devedora executada, filha dos embargantes, a qual reside no imóvel em que ela foi instalada. No mais, postulou a condenação dos embargantes à multa por ato atentatório à dignidade da justiça (fls. 25/28).

Na seqüência, a MM.^a Juíza Camila Murara Nicoletti sentenciou o feito, julgando improcedentes os embargos e condenando os embargantes ao pagamento de multa no equivalente a 10% (dez por cento) sobre o valor atualizado da execução, na forma dos arts. 600, inc. II, e 601, caput, do CPC, bem como dos ônus de sucumbência.

Como *ratio decidendi*, consignou a digna magistrada:

(...) No caso dos autos, embora os Embargantes tenham comprovado a suposta aquisição da propriedade do imóvel em questão, consoante se infere da certidão de fl. 08/v, estes não residem no bem, que é habitado unicamente pela Executada e sua família, os quais exercem a posse direta sobre o imóvel e sobre os bens neles existentes. (...)

Com efeito, a lei protege o direito do terceiro que teve sua posse esbulhada ou turbada por constrição judicial (art. 1.046 do CPC). Todavia, deve o Embargante demonstrar sua posse justa e o direito sobre o bem, o que não se verifica na hipótese.

Ademais, é de causar estranheza o fato do embargante Euclides, na qualidade de procurador da Executada nos autos da ação executiva desde 05.10.2009 (fl. 21), ter impugnando em duas oportunidades a penhora dos bens em questão sob o pretexto de impenhorabilidade (fls. 35/37 e 123/128, autos em apenso), ter apresentado recurso a decisão que indeferiu os pedidos (fls. 59/66), tudo como se a Executada fosse a proprietária dos bens, não fazendo em nenhum momento, qualquer menção acerca dos fatos ora alegados.

Não restam dúvidas de que, em não sobrando mais alternativas na ação executiva para obstar a execução dos demais atos expropriatórios sobre os bens penhorados, utilizam-se os Embargantes do presente procedimento para sustentar a sua propriedade e aquisição de boa fé destes, o que é inadmissível.

Assim, não merece acolhimento os presentes embargos.

De outro lado, tocante ao reconhecimento do ato atentatório a dignidade da justiça, previsto no art. 600, inciso II, do CPC, diante dos fatos acima expostos, entendo ser plenamente cabível na hipótese, posto que encontre-se evidenciada a oposição maliciosa à execução pelos Embargantes, que visam, tão somente, procrastinar e tumultuar o processo executivo.

Assim, os Embargantes devem incidir em multa equivalente a 10% (dez por cento) do valor atualizado do débito em execução. (...) (fls. 31/32).

Irresignados, os embargantes interuseram recurso de apelação. Nas razões do inconformismo, sustentam possuírem legitimidade para figurar no polo ativo dos presentes embargos, porquanto proprietários do imóvel sobre o qual se encontra instalado o bem perseguido. Reiteram a assertiva de que o esbulho possessório resta devidamente configurado. Ao final, postulam o afastamento da multa arbitrada no *decisum* (fls. 37/42).

Recebido o apelo, foram os autos remetidos a esta Corte, com as contrarrazões (fls. 50/55).

Este é o relatório.

VOTO

Trata-se de embargos de terceiro ajuizados por Euclides Packer e Iracema Packer, nos quais é discutida a possibilidade de penhora de uma piscina, instalada sobre terreno de propriedade dos embargantes e no qual reside a executada Nádia Silvana Kanitz Packer, filha destes.

Na decisão combatida, a douta magistrada de origem julgou improcedentes os embargos, invocando, para tanto, os seguintes fundamentos:

(...) No caso dos autos, embora os Embargantes tenham comprovado a suposta aquisição da propriedade do imóvel em questão, consoante se infere da certidão de fl. 08/v, estes não residem no bem, que é habitado unicamente pela Executada e sua família, os quais exercem a posse direta sobre o imóvel e sobre os bens neles existentes. (...)

Com efeito, a lei protege o direito do terceiro que teve sua posse esbulhada ou turbada por constrição judicial (art. 1.046 do CPC). Todavia, deve o Embargante demonstrar sua posse justa e o direito sobre o bem, o que não se verifica na hipótese.

Ademais, é de causar estranheza o fato do embargante Euclides, na qualidade de procurador da Executada nos autos da ação executiva desde 05.10.2009 (fl. 21), ter impugnando em duas oportunidades a penhora dos bens em questão sob o pretexto de impenhorabilidade (fls. 35/37 e 123/128, autos em apenso), ter apresentado recurso a decisão que indeferiu os pedidos (fls. 59/66), tudo como se a Executada fosse a proprietária dos bens, não fazendo em nenhum momento, qualquer menção acerca dos fatos ora alegados.

Não restam dúvidas de que, em não sobrando mais alternativas na ação executiva para obstar a execução dos demais atos expropriatórios sobre os bens penhorados, utilizam-se os Embargantes do presente procedimento para sustentar a sua propriedade e aquisição de boa fé destes, o que é inadmissível.

Assim, não merece acolhimento os presentes embargos.

De outro lado, tocante ao reconhecimento do ato atentatório a dignidade da justiça, previsto no art. 600, inciso II, do CPC, diante dos fatos acima expostos, entendo ser plenamente cabível na hipótese, posto que encontra-se evidenciada a oposição maliciosa à execução pelos Embargantes, que visam, tão somente, procrastinar e tumultuar o processo executivo.

Assim, os Embargantes devem incidir em multa equivalente a 10% (dez por cento) do valor atualizado do débito em execução. (...) (fls. 31/32).

No recurso *sub examine*, sustentam os embargantes, de início, a possibilidade de defender, na condição de possuidores indiretos, a propriedade do bem em litígio mediante embargos de terceiro. Alegam, outrossim, restar devidamente configurado o esbulho possessório sobre o bem cuja posse lhes é de direito (fls. 37/42).

A irresignação, adianta-se, merece prosperar.

Preambularmente, cumpre analisar a legitimidade ativa *ad causam* dos embargantes.

Segundo o artigo 1.046 do Código de Processo Civil, “*Quem, não sendo parte no processo, sofrer turbação ou esbulho na posse de seus bens por ato de apreensão judicial, em casos como o de penhora, depósito,*

arresto, seqüestro, alienação judicial, arrecadação, arrolamento, inventário, partilha, poderá requerer lbe sejam mantenidos ou restituídos por meio de embargos.”.

Já o parágrafo primeiro do artigo em testilha preceitua: “Os embargos podem ser de terceiro senhor e possuidor, ou apenas possuidor.”.

Da leitura dos dispositivos, sobretudo do parágrafo primeiro, verifica-se a possibilidade de o terceiro possuidor indireto do bem, isto é, aquele que, na condição de titular do domínio, permite que a coisa permaneça na posse direta de outrem, valer-se dos embargos de terceiro para proteger o seu direito de propriedade sobre o bem.

A propósito do tema, colhe-se da doutrina de Araken de Assis:

(...) Viabilizam os embargos tanto a posse direta, ou imediata, quanto a posse indireta, ou mediata. Por conseguinte, haverá casos de legitimidade concorrente e autônoma, como no exemplo do negócio jurídico sob reserva de domínio: tanto ao comprador (possuidor imediato), quanto ao vendedor (possuidor mediato, ainda proprietário), tocam os embargos. (...) (Manual da Execução. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 1200) (grifou-se).

Sem destoar, professam Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery:

(...) A posse, direta ou indireta, pode ser objeto de tutela pelos embargos de terceiro. Assim, por exemplo, o usufrutuário, o locatário (possuidor direto), o locador (possuidor indireto), o compromissário comprador têm direito de defender a sua posse por meio de embargos. (...) (Código de Processo Civil Comentado, 7ª ed. RT, SP, 2003, p. 1.185).

Outro não é o entendimento desta Corte de Justiça:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EMBARGOS DE TERCEIRO. PREFACIAL. LEGITIMIDADE ATIVA DO POSSUIDOR INDIRETO. PRELIMINAR REJEITADA. MÉRITO. (...)

Os embargos de terceiro podem ser opostos tanto por aquele que detém a posse direta, quanto por quem seja possuidor indireto do bem. (Agravado)

de Instrumento n. 2008.036693-3, rel. Des. Sérgio Izidoro Heil, j. em 11.12.2008).

In casu, os embargantes lograram comprovar, mediante juntada de certidão do 1º Ofício de Registro de Imóveis da Comarca de Timbó (fls. 7/9), a condição de proprietários do imóvel no qual foi instalada a piscina em discussão, de modo que, na esteira do que foi dito acima, possuem eles legitimidade para figurar no polo ativo dos presentes embargos de terceiro.

No que toca à eventual fraude na venda do terreno, levantada pela parte embargada/exequente em impugnação aos embargos, infere-se da mesma certidão suso reportada que o imóvel foi adquirido pelos embargantes junto à executada em novembro de 2006, ao passo que a citação na demanda executiva se deu apenas em outubro de 2009 (fl. 20 dos autos em apenso).

Além disso, não há nos autos qualquer elemento a indicar eventual má-fé por parte dos embargantes ou da executada na realização do negócio de compra e venda.

Nesse cenário, não há falar em fraude à execução.

A este respeito:

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO ANULATÓRIA DE ATO JURÍDICO CUMULADA COM MANUTENÇÃO DE POSSE - FRAUDE À EXECUÇÃO - PRESSUPOSTOS DO ARTIGO 593 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL NÃO CONFIGURADOS - CARÁTER FRAUDULENTO NÃO EVIDENCIADO - SENTENÇA MANTIDA - RECURSO DESPROVIDO.

Não há falar em fraude à execução quando a alienação do imóvel ocorre anteriormente à citação válida do executado, o que faz suprimir qualquer evidencia de conduta fraudulenta do ato, visto imperar no direito pátrio a presunção de boa-fé. (Apelação Cível n. 2009.033940-3, rel. Des. Fernando Carioni, j. em 21.07.2009).

Registra-se, por oportuno, a inviabilidade de se discutir, em sede de embargos de terceiro, eventual fraude contra credores, notadamente porque tal questão reclama ação específica.

Nesse sentido, manifestou-se esta Corte em situação similar à dos autos:

APELAÇÃO CÍVEL - EMBARGOS DE TERCEIRO - ALEGAÇÃO DE POSSE ADVINDA DE ESCRITURA PÚBLICA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL - EXISTÊNCIA DE CLÁUSULA “*CONSTITUTI*” - AQUISIÇÃO DA POSSE COMPROVADA - QUALIDADE DE POSSUIDOR INDIRETO QUE NÃO RETIRA A LEGITIMIDADE PARA O MANEJO DA AÇÃO POSSESSÓRIA EM ESPÉCIE - IMÓVEL ALIENADO EM PERÍODO ANTERIOR À CITAÇÃO DO EXECUTADO - INOCORRÊNCIA DE FRAUDE À EXECUÇÃO - INVOCAÇÃO DE ATO SIMULADO CONSTANTE DA ESCRITURA PÚBLICA - IMPOSSIBILIDADE DE DISCUSSÃO EM SEDE DE EMBARGOS DE TERCEIRO - MATÉRIA QUE DEMANDA AÇÃO AUTÔNOMA - EMBARGOS ACOLHIDOS - LEVANTAMENTO DA CONSTRIÇÃO JUDICIAL - INVERSÃO DO ÔNUS DE SUCUMBÊNCIA - RECURSO ADESIVO PREJUDICADO. (...)

III - Não se configura fraude à execução a alienação de bens ocorrida antes da citação do devedor para responder aos termos da demanda capaz de reduzi-lo à insolvência, de sorte que a discussão acerca de eventual fraude contra credores reclama ação específica (pauliana ou revocatória), sendo portanto inviável a análise em sede de embargos de terceiro, mormente quando se busca anular negócio jurídico por alegada simulação, aplicando-se ao caso o disposto no verbete 195 da Súmula do STJ: (Em embargos de terceiro não se anula ato jurídico, por fraude contra credores). (Apelação Cível n. 2002.014279-0, rel.^a Des.^a Salete Silva Sommariva, j. em 07.07.2005) (sublinhou-se).

No que concerne especificamente ao bem cuja penhora se almeja evitar, extrai-se dos autos que a tal piscina encontra-se edificada sobre o imóvel pertencente aos embargantes, sendo lícito, portanto, presumir-se

que passou ela, como benfeitoria, a fazer parte do bem principal e que, por consequência, integra o patrimônio dos proprietários do terreno.

Tal conclusão decorre da exegese dos artigos 79, 1.253 e 1.255, todos do Código Civil.

Seguem os textos dos dispositivos mencionados:

Art. 79. São bens imóveis o solo e tudo quanto se lhe incorporar natural ou artificialmente.

Art. 1.253. Toda construção ou plantação existente em um terreno presume-se feita pelo proprietário e à sua custa, até que se prove o contrário.

Art. 1.255. Aquele que semeia, planta ou edifica em terreno alheio perde, em proveito do proprietário, as sementes, plantas e construções; se procedeu de boa-fé, terá direito a indenização.

A propósito, cita-se precedente do Tribunal do Estado do Rio Grande do Sul:

(...) Sendo a piscina uma benfeitoria, ainda que voluptuária, ela adere ao imóvel, passando a pertencer ao proprietário do terreno ainda que tivesse sido construída por terceiro, conforme os arts. 1254 e 1255 do novo Código Civil.

Desta forma, uma vez concluída a piscina, ela passa a integrar o imóvel, passando, pois, a ter essa mesma natureza jurídica. Deixa, pois, de ser bem móvel para ser um bem imóvel. (...) (Apelação Cível n. 71003799772, rel. Des. Pedro Luiz Pozza, j. em 18.12.2012).

Nessa esteira, estando devidamente comprovada a propriedade dos embargantes sobre o imóvel e sendo a piscina parte integrante deste, tem-se que deve ser cancelada a penhora sobre o bem em questão, por violar o direito de propriedade dos embargantes.

A corroborar, colaciona-se julgado deste Tribunal:

APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS DE TERCEIRO. INSPEÇÃO JUDICIAL QUE ESCLARECEU QUE AS BENFEITORIAS

CONSTRITADAS ESTÃO LOCALIZADAS NO IMÓVEL DE PROPRIEDADE DA EMPRESA EMBARGANTE/APELANTE. PENHORA QUE DEVE SER REMOVIDA DE TAIS BENS. SENTENÇA MANTIDA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. REQUERIMENTO PARA ELEVAÇÃO DO MONTANTE FIXADO. MAJORAÇÃO QUE SE IMPÕE. RECURSO PROVIDO. Recursos conhecidos, desprovido o do banco embargado e provido o do embargante. (Apelação Cível n. 2009.065429-5, rel. Des. Guilherme Nunes Born, j. em 28.02.2013).

Ante todo o exposto, dá-se provimento ao recurso, a fim de se reformar a sentença e julgar procedentes os embargos de terceiro, para que seja cancelada a penhora sobre a piscina objeto da lide.

Dado o resultado do julgamento, devem ser invertidos os ônus sucumbenciais e afastada a multa fixada no *decisum* por ato atentatório à dignidade da justiça.

Este é o voto.

Apelação Cível n. 2015.013959-6, de Joaçaba

Relator: Desembargador Tulio Pinheiro

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO MONITÓRIA. CÉDULA DE CRÉDITO BANCÁRIO – ABERTURA DE CRÉDITO EM CONTA CORRENTE. SENTENÇA DE EXTINÇÃO DO FEITO, COM ESPEQUE NO ARTIGO 267, INCISO IV, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, AO FUNDAMENTO DE INAPTIDÃO DOS DOCUMENTOS ACOSTADOS À INICIAL PARA AMPARAR DEMANDA MONITÓRIA.

RECURSO DA CASA BANCÁRIA AUTORA.

DÍVIDA ALEGADA DECORRENTE DE EMPRÉSTIMO CONCEDIDO MEDIANTE EMISSÃO DE CÉDULA DE CRÉDITO BANCÁRIO. PEÇA INICIAL APARELHADA COM CONTRATO DE ABERTURA DA CONTA CORRENTE, EXTRATOS BANCÁRIOS E DEMONSTRATIVO DE DÉBITO. INSUFICIÊNCIA NO CASO. DOCUMENTAÇÃO QUE, EMBORA DEMONSTRE A ABERTURA DA CONTA NA QUAL FOI DISPONIBILIZADO O VALOR DO MÚTUO, NÃO FAZ PROVA DA ORIGEM DO CRÉDITO. NECESSIDADE DE JUNTADA DA CÉDULA DE CRÉDITO BANCÁRIO. ALEGAÇÃO DE EXTRAVIO TANTO DA VIA ORIGINAL QUANTO DE CÓPIAS DA CÉDULA. IMPOSSIBILIDADE DE PERSEGUIÇÃO DO CRÉDITO VIA AÇÃO MONITÓRIA. RITO QUE PRESSUPÕE PROVA ESCRITA DA DÍVIDA. ARTIGO 1.102-A DO ESTATUTO PROCESSUAL CIVIL. IMPOSSIBILIDADE DE EMENDA À INICIAL, DADO O EXTRAVIO DO DOCUMENTO FALTANTE. EXTINÇÃO DO FEITO POR AUSÊNCIA DE PRESSUPOSTO PROCESSUAL MANTIDA.

PLEITO SUBSIDIÁRIO DE REDUÇÃO DA VERBA HONORÁRIA. ACOLHIMENTO. ESTIPÊNDIO FIXADO EM 15% (QUINZE POR CENTO) SOBRE O VALOR DA CAUSA. VALOR A SER ARBITRADO CONSOANTE APRECIACÃO EQUITATIVA, NA FORMA DO ARTIGO 20, § 4º, DO DIPLOMA PROCESSUAL

CIVIL. *QUANTUM* MINORADO PARA R\$ 5.000,00 (CINCO MIL REAIS).

RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2015.013959-6, da Comarca de Itapema (1ª Vara Cível), em que é apelante Itaú Unibanco S.A. e apelado CDM – Central Distribuidora de Medicamentos Ltda. - ME:

A Terceira Câmara de Direito Comercial decidiu, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe parcial provimento, apenas para reduzir o valor dos honorários advocatícios sucumbenciais para o importe de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais). 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, 8 de outubro de 2015.

Tulio Pinheiro
PRESIDENTE E RELATOR

RELATÓRIO

Perante a 1ª Vara Cível da Comarca de Joaçaba, Itaú Unibanco S.A. ajuizou ação monitória em face de CDM – Central Distribuidora de Medicamentos Ltda. – ME, pleiteando a satisfação de crédito estimado em R\$ 148.814,86 (cento e quarenta e oito mil, oitocentos e quatorze reais e oitenta e seis centavos), com lastro em contrato de abertura de crédito em conta corrente (fls. 2/4).

Citada, a pessoa jurídica ré opôs embargos monitórios. Na peça de defesa, arguiu, preliminarmente, a nulidade do feito, ao argumento de

que os documentos apresentados pela casa bancária não são capazes de demonstrar a evolução da dívida desde sua origem. Ainda em preliminar, postulou a reunião do processo com a ação revisional autuada sob o n. 037.11.003707-0, a qual versa sobre o mesmo contrato objeto da demanda. No mérito, questionou as supostas abusividades na avença, pugnano pela: a) aplicação do Código de Defesa do Consumidor; b) redução da taxa de juros remuneratórios à medida de mercado; c) afastamento da capitalização mensal dos juros; d) limitação dos juros moratórios ao patamar de 12% (doze por cento) ao mês; e) afastamento da cobrança de encargos de mora de maneira cumulada (fls. 52/61).

A casa bancária impugnou os embargos (fls. 94/106).

Em audiência realizada em 16.10.2014, o MM. Juiz Alexandre Dittrich Buhr sentenciou o feito, julgando-o extinto, sem resolução do mérito, com fulcro no artigo 267, inciso IV, do Código de Processo Civil, ao fundamento de ausência de pressuposto de constituição válida do processo. Entendeu o douto magistrado que os documentos apresentados pelo banco autor não são aptos a aparelhar demanda monitória, porquanto produzidos de maneira unilateral e desprovidos da assinatura da devedora (fl. 109).

Irresignada, a instituição financeira interpôs recurso de apelação. Nas razões do inconformismo, postula a reforma do *decisum*, sob a assertiva, em síntese, de que a documentação colacionada é apta a instrumentalizar o pedido monitório. Argumenta que não foi possível a juntada da cédula de crédito bancário, em razão do extravio do documento. Assevera, no entanto, que os extratos e o contrato de abertura de conta corrente juntados são capazes de demonstrar a existência do crédito alegado. Subsidiariamente, requer a redução do valor arbitrado a título de honorários advocatícios sucumbenciais (fls. 114/121).

Recebido o apelo, foram os autos remetidos a esta Corte, sem contrarrazões.

Este é o relatório.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto por Itaú Unibanco S.A. contra sentença que julgou extinta, sem resolução do mérito, ação monitória lastreada em contrato de abertura de crédito em conta corrente, por ausência de pressuposto de constituição válida e regular do processo.

Entendeu o digno magistrado sentenciante, em síntese, que a documentação apresentada pela casa bancária autora não se afigura apta a aparelhar a peça inicial, dada a ausência de prova escrita do crédito alegado.

Nas razões do inconformismo, sustenta a instituição financeira que o contrato de abertura da conta corrente, acompanhado de extratos da conta e do demonstrativo de evolução do débito, é suficiente para instrumentalizar o pedido monitório, a teor da Súmula 247 do Superior Tribunal de Justiça, cuja redação é a seguinte: *“O contrato de abertura de crédito em conta-corrente, acompanhado do demonstrativo de débito, constitui documento hábil para o ajuizamento da ação monitória.”* Alega, de outra banda, não ser possível a juntada da cédula de crédito bancário, mediante a qual foi concedido o crédito ao réu, em razão do extravio de tal documento.

A irresignação, adianta-se, não merece prosperar.

Muito embora a documentação acostada à inicial demonstre a existência de conta corrente da pessoa jurídica ré junto ao banco, não é ela capaz de comprovar a origem do crédito perseguido, o qual, segundo o banco autor, provém de empréstimo contraído pela ré no valor de R\$ 100,00.00 (cem mil reais), a ser pago em 18 (dezoito) parcelas, conforme “ficha de cobrança” à fl. 25.

De acordo com a própria instituição financeira, a liberação de tal valor na conta corrente da ré foi contratada mediante emissão de cédula de crédito bancário.

Tal circunstância torna indispensável a juntada do mencionado título de crédito aos autos, a fim de que fossem comprovados tanto a contratação do crédito quanto os encargos incidentes.

Como se sabe, o aparelhamento da peça inicial com prova escrita da dívida e sem eficácia de título executivo constitui pressuposto indispensável à ação monitória, a teor do que dispõe o artigo 1.102-A do Código de Processo Civil, *in verbis*:

Art. 1.102.a - A ação monitória compete a quem pretender, com base em prova escrita sem eficácia de título executivo, pagamento de soma em dinheiro, entrega de coisa fungível ou de determinado bem móvel.

No caso, como visto, o banco demandante não atendeu à exigência do dispositivo citado, razão pela qual não merece reparo a sentença.

Oportuno frisar que dos documentos apresentados pelo banco apelante, os únicos assinados pela ré são aqueles relativos à abertura da conta corrente (fls. 16/24), os quais não comprovam a origem da dívida. Com efeito, a “ficha de cobrança” (fl. 25) e os extratos bancários da conta em questão (fls. 37/39) tratam de documentos produzidos unilateralmente pelo banco e incapazes, portanto, de lastrear, apenas por si, a demanda monitória.

Nesse viés:

MONITÓRIA. Extratos unilaterais. Contrato de abertura de crédito não trazido aos autos. Imprestabilidade. Embargos acolhidos. Pleito injuntivo extinto. Reclamo recursal. Desacolhimento.

A prova escrita autorizadora do uso da monitória, ainda que se admita aquela de emissão unilateral da parte credora, deve gerar uma razoável convicção a respeito da plausibilidade da existência do crédito pretendido.

Municuada a inicial monitória com extratos unilateralmente emitidos pela cooperativa de crédito requerente, partindo de um saldo devedor não justificado, não entranhado nos autos, ademais, o instrumento contratual ao qual, alegadamente, estariam vinculados os extratos questionados, não identificada, assim, a origem dos lançamentos feitos, não há certeza

e nem, ao menos, plausibilidade do crédito invocado, o que torna insubsistente a pretensão monitória, acarretando-lhe, em decorrência, a extinção. (Apelação Cível n. 2006.019560-6, rel. Des. Trindade dos Santos, j. em 08.03.2007).

Registra-se, outrossim, que o vício constatado no caso é, em regra, passível de correção, de sorte que se fazia imprescindível a oportunização de emenda à inicial (a propósito: Apelação Cível n. 2000.006778-4, rel. Des. Paulo Roberto Camargo Costa, j. em 01.07.2010).

Nada obstante, como a casa bancária alegou no apelo não mais possuir nem o original nem cópias da cédula de crédito bancário (alegação à fl. 115), desnecessária a abertura de prazo para a emenda, dada a impossibilidade de cumprimento da medida.

Nesse cenário, deve ser mantida incólume a sentença que decretou a extinção do feito, sem resolução do mérito, com espeque no artigo 267, inciso IV, do Diploma Processual Civil.

Por fim, merece acolhida o pedido do banco apelante de redução dos honorários advocatícios sucumbenciais.

Na decisão combatida, o douto magistrado de origem fixou a verba honorária em 15% (quinze por cento) sobre o valor da causa, o que corresponde a cerca de R\$ 21.272,00 (vinte e um mil, duzentos e setenta e dois reais).

No entanto, por se tratar de sentença de extinção do feito sem resolução do mérito, é recomendável o arbitramento da verba honorária em valor absoluto, com base na apreciação equitativa do juiz, nos termos do artigo 20, § 4º, do Código de Processo Civil.

No caso, analisando o contexto dos autos em face dos parâmetros estabelecidos no § 3º do art. 20 do Diploma Processual Civil, tem-se que deve ser reduzido o valor dos honorários para R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), haja vista, sobretudo, a baixa complexidade do feito, bem como o

fato de a sentença extintiva ter se fulcrado em fundamento não arguido pela parte ré/embargante.

Ante todo o exposto, conhece-se do recurso para dar-lhe parcial provimento, a fim de reduzir o valor dos honorários advocatícios sucumbenciais para o importe de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais).

Este é o voto.

QUARTA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

Apelação Cível n. 2015.005639-5, de Criciúma

Relator: Des. José Inacio Schaefer

EMBARGOS DE TERCEIRO. Improcedência. Inconformismo. Nulidade da sentença. Preliminar que se confunde com o mérito. Ação pauliana. Compra e venda anulada. Participação do comprador. Inocorrência. Prova documental e testemunhal. Aquisição do imóvel. Boa-fé evidenciada. Sucumbência redistribuída. Provimento.

A anulação de compra e venda de imóvel em sede de ação pauliana não produz efeitos em relação ao adquirente de boa-fé, que sequer integrou a demanda.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2015.005639-5, da comarca de Criciúma (2ª Vara Cível), em que é apelante Sigismundo Brunelli, e apelado Banco do Brasil S/A:

A Quarta Câmara de Direito Comercial decidiu, por unanimidade, dar provimento ao recurso. 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. José Everaldo Silva.

Florianópolis, 1º de setembro de 2015

José Inacio Schaefer
RELATOR

RELATÓRIO

Sigismundo Brunelli apelou da sentença prolatada nos embargos de terceiro que opôs em face de Banco do Brasil S/A, arguindo, em

preliminar, a nulidade desta. No mérito, alegou que, quando da aquisição do imóvel, não havia irregularidade ou qualquer constrição averbada sobre a matrícula. Além disso, sequer poderia ser atingido por decisão que, em sede de ação pauliana movida pelo banco, reconheceu a existência de fraude contra credores. Essas circunstâncias, além de outras destacadas no reclamo, evidenciaríamos ser terceiro de boa-fé, motivo pelo qual pediu o provimento do reclamo (fls. 248/265).

O inconformismo foi recebido no duplo efeito (fl. 269).

Nas contrarrazões pugnado pelo desprovimento do recurso (fls. 272/274-v.).

VOTO

A preliminar de nulidade veio embasada em equívoco na fundamentação da sentença, a qual não teria levado em conta os documentos carreados pelo autor, tampouco os depoimentos colhidos em juízo.

No entanto, confunde-se com o mérito, o qual passo a examinar.

A sentença dispôs:

Pelo exposto, julgo improcedentes estes embargos de terceiro.

Condeno o embargante no pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, que fixo em R\$ 800,00 (oitocentos reais), conforme art. 20, § 4º, do CPC (fl. 245).

A reforma desta solução foi pleiteada sob o argumento de que o apelante seria terceiro de boa-fé. Por esta razão, insistiu fosse considerada válida a aquisição do imóvel em causa e cancelada averbação na matrícula deste, atinente a alienação fraudulenta reconhecida em ação pauliana da qual não participou, bem como eventual penhora. Para tanto, destacou os seguintes fatos:

Ao adquirir o imóvel em questão (matrícula n. 25.006), o apelante adotou todas as cautelas necessárias, escriturando o imóvel e procedendo

ao registro junto ao competente Cartório de Registro de Imóveis, sendo que inexistia qualquer tipo de restrição e/ou óbice administrativo ou judicial averbado junto à matrícula do imóvel.

O apelante, em 1996, adquiriu o imóvel matriculado sob o n. 25.006 em razão de já ser, desde 1982, o proprietário do outro imóvel lindeiro (matrícula n. 19.097), fato que, por si só, comprova sua boa-fé.

O apelante é o legítimo proprietário e possuidor do imóvel adquirido (matrícula n. 25.006) desde 18/09/1996, portanto há mais de 18 (dezoito) anos.

Em momento algum o apelante foi chamado para falar nos autos da ação pauliana (processo n. 020.96.001774-7) – que tramitou em segredo de justiça – o que, por si só, afasta a aplicação do artigo 42 do Código de Processo Civil e atrai a aplicação do artigo 472 do mesmo diploma legal.

O banco apelado não cumpriu com seu ônus processual, qual seja o de provar, de maneira cabal, a má-fé do apelante (a boa-fé se presume), mesmo porque sequer as providências básicas para resguardar seus direitos e requeridas na inicial da ação pauliana foram adotadas pelo mesmo, eis que nenhum tipo de averbação e/ou registro foi feito à margem da matrícula do imóvel adquirido pelo apelante (fl. 264).

Os presentes embargos referem-se ao imóvel matriculado sob o n. 25.006 no 1º Ofício de Registro de Imóveis da Comarca de Criciúma, objeto de compra e venda entre o ora apelante e a empresa J.I. Administradora de Imóveis Ltda., em 18 de setembro de 1996.

Em face de débito que o sócio da referida empresa, Sr. João Dal Bó, contraiu com o Banco do Brasil S/A, este promoveu ação pauliana e logrou anular a venda de vários imóveis, incluindo o em causa. No entanto, a demanda tramitou sem a intervenção do embargante, de sorte que a sentença nela proferida não pode prejudicá-lo (art. 472 do CPC).

Além disso, dos documentos que instruíram os presentes embargos deflui que o autor era efetivamente proprietário do imóvel lindeiro desde 1982 (matrícula 19.097). Também é possível constatar que não

havia nenhuma restrição à época da celebração do contrato de compra e venda do imóvel matriculado sob o n. 25.006 e que o embargante tratou de averbar no mesmo ano o ajuste firmado com a administradora de imóveis. Não bastasse, a posse também veio confortada por carnês de tributos municipais, todos em seu nome.

Ademais, os depoimentos colhidos na audiência de instrução corroboram as afirmações feitas na inicial, em especial que adquiriu há aproximadamente vinte anos (1995/1996) o imóvel anexo àquele onde reside.

Essas circunstâncias, com efeito, evidenciam a boa-fé do apelante. De ressaltar que a fraude e a má-fé necessitam ser demonstradas pela parte adversa e disso o apelado não se desincumbiu (art. 333, II, do CPC), pois limitou-se a alegar a ocorrência de ato jurídico perfeito ante a transferência dos imóveis ter sido anulada.

Por tais razões, o inconformismo é acolhido a fim de declarar que a sentença prolatada na ação pauliana não produz efeitos em relação ao apelante (art. 472 do CPC). Em consequência, fica cancelada qualquer anotação atinente à referida demanda no registro do imóvel, mantendo-se a validade do contrato de compra e venda firmado pelo recorrente.

De consignar que o tema não é novo na Câmara, que já julgou outro caso envolvendo terceiro de boa-fé em alienação feita pelo Sr. João Dal Bó (A.C. 2014.018315-6, de Criciúma, j. em 07.10.2014).

Ante a solução retro, o banco arcará com a integralidade das custas e despesas processuais, arbitrados honorários ao procurador do embargante em R\$ 3.000,00 (três mil reais), tendo em vista que a demanda tramita há mais de dois anos, a necessidade de instrução e o trabalho diligente, inclusive em sede recursal (art. 20, §§ 3º e 4º, do CPC).

Por todo o exposto, voto para dar provimento ao recurso.

Apelação Cível n. 2015.075007-7, de Laguna

Relator: Des. José Inacio Schaefer

DANO MORAL. Indenizatória procedente. Inconformismo do banco. Bloqueio de cartão de crédito. Compra eletrônica recusada. Regularidade da conduta. Prova. Falta. Defeito na prestação do serviço. Abalo moral presumido. Verba reparatória devida. Pedido alternativo de minoração inacolhido. Provimento negado.

O bloqueio injustificado de cartão de crédito, sem prévia notificação do consumidor, enseja dano moral e a indenização arbitrada não comporta redução.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2015.075007-7, da comarca de Laguna (1ª Vara Cível), em que é apelante Banco Bradescard S/A, e apelado Volmir dos Santos Honorato:

A Quarta Câmara de Direito Comercial decidiu, por unanimidade, negar provimento ao recurso. 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. José Everaldo Silva.

Florianópolis, 15 de dezembro de 2015

José Inacio Schaefer
RELATOR

RELATÓRIO

Banco Bradescard S/A apelou da sentença proferida pelo juiz Fabiano Antunes da Silva na ação de indenização por danos morais que lhe moveu Volmir dos Santos Honorato, sustentando ausente ato ilícito e

indevida a verba reparatória. Alternativamente, pediu fosse esta reduzida. Concluiu prequestionando dispositivos legais (fls. 72/84).

O recurso foi recebido no duplo efeito (fl. 89).

Vieram contrarrazões pelo desprovimento do reclamo (fls. 92/97).

VOTO

A sentença dispôs:

Em face exposto, julgo procedente o pedido formulado nestes autos por Volmir dos Santos Honorato em desfavor de Banco Bradescard S.A, e condeno a ré ao pagamento de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) a título de indenização por danos morais ao autor, os quais deverão ser corrigidos monetariamente a partir desta data até o efetivo pagamento pelos índices oficiais da e. Corregedoria Geral da Justiça (INPC) e acrescidos de juros de mora de 1% a.m. a partir do evento danoso (data de inscrição no SPC/Serasa).

Condeno a ré ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios, estes no importe de 15% sobre o valor atualizado da condenação, atentando para o que assevera o art. 20, § 3º, “a” e “c”, do Código de Processo Civil (fl. 68).

A irregularidade na conduta do banco foi negada sob o argumento de que a transação somente teria sido obstada “por medida de segurança”, devido ao “elevado valor” da compra e ao “insucesso no contato” telefônico com o autor (fl. 76). Além disso, inexistiria prova do dano moral, razão por que a indenização seria descabida.

Nas contrarrazões sustentado que o apelante teria confessado na contestação “que negou de forma indevida crédito ao autor/recorrido” (fl. 94). Além disso, a compra estaria dentro do limite concedido pela operadora do cartão, de sorte que não haveria falar em “valor extremamente elevado” (fl. 95).

A sentença, a este respeito, assentou:

Trata-se de ação de conhecimento que tramita sob a disciplina do procedimento ordinário na qual a parte autora busca a condenação da ré em pagamento de indenização por danos morais em razão do bloqueio injustificado de seu cartão crédito.

Segundo o autor, este é cliente da rede de supermercados Angeloni, sendo que lhe foi oferecido pelo estabelecimento comercial um cartão de crédito para compras no citado estabelecimento e demais comércios em geral dentro do limite concedido pela operadora ré.

Afirma que realizou compras *on-line* em determinado estabelecimento comercial, contudo, teve sua compra cancelada visto que seu cartão de crédito havia sido bloqueado pela operadora sem qualquer justificativa.

De outro norte, sustenta a parte ré que o bloqueio do cartão se deu por medida de segurança, haja vista que o valor da compra a ser autorizada estava acima do que normalmente utilizava o autor. Alega ainda, que por diversas vezes tentou entrar em contato com o autor antes do bloqueio, não obtendo êxito.

No caso dos autos, destaca-se a aplicação do Código de Defesa do Consumidor, porquanto caracterizada a relação de consumo. [...]

A empresa ré reconhece que houve o bloqueio do cartão de crédito sem a notificação prévia do autor, contudo, alega que tratava-se de medida de segurança considerando que o valor da compra pretendida estava acima do que costumeiramente utilizava o autor.

Tal argumento é não suficiente para justificar o bloqueio do crédito, em que pese a afirmação da tentativa de comunicação ao consumidor, o que não restou comprovado nos autos de forma satisfatória.

Deste modo, o dano decorre do autor ter se encontrado impossibilitado em realizar uma compra devido ao bloqueio injustificado de seu cartão de crédito pela parte ré, restando privado de seu crédito. [...]

Quanto à prova do alegado abalo ou prejuízo de ordem moral, sabe-se que a dor moral, por estar caracterizada na esfera subjetiva da pessoa, não pode ser aferida por técnica ou meio de prova do próprio sofrimento. Desta forma, bastam para embasar o direito à indenização a demonstração do resultado lesivo, ou seja, ao bloqueio sem justificativa plausível do cartão de crédito do autor, e a demonstração do nexo causal (fls. 61/67).

Esses fundamentos o reclamo não logrou derruir, limitando-se a repisar as teses aventadas na contestação. Ademais, a inicial veio instruída com fatura mensal, demonstrando que o limite de crédito do autor seria de R\$ 8.300,00 (oito mil e trezentos reais), e comprovante de que a compra, no valor de R\$ 1.309,25 (mil, trezentos e nove reais e vinte e cinco centavos), não foi aprovada pela administradora do cartão.

A prova da regularidade deste ato incumbia ao banco, a teor dos artigos 333, inciso II, do Código de Processo Civil e 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor. No entanto, com a contestação este carreu apenas cópia da tela de sistema interno, a qual não se presta para evidenciar a tentativa de comunicação ao consumidor. Por estas razões, responde pelos danos por este suportados (art. 14 do CDC), os quais são presumidos em razão da importância que goza o crédito na sociedade. Logo, a insurgência improspera.

O pedido alternativo para minoração do valor arbitrado a título de indenização veio amparado no argumento de que seria excessivo.

A sentença trouxe os seguintes fundamentos:

Admitido o dano moral, deságua-se, por óbvio, na necessidade de fixação do *quantum* indenizatório, o qual, segundo orientação jurisprudencial, deve ser calculado consoante prudente arbítrio do magistrado.

Sabe-se que a fixação de um valor em pecúnia, para lenir a dor da vítima e servir, ao mesmo tempo, de fator preventivo/repressivo, deve atender a critérios básicos, tais como: “a) a intensidade e duração da dor sofrida; b) a gravidade do fato causador do dano; c) a condição pessoal (idade, sexo etc.) e social do lesado; d) o grau de culpa do lesante; e) a situação econômica do lesante. (Cf. Prof. Fernando Noronha)” (AC nº 97.003972-7, de Mafra, Rel. Des. Pedro Manoel Abreu, j. 13/05/1999).

A razoabilidade é o critério. A subjetividade do conceito permite a discricionariedade. Pondero justo e razoável à compensação do dano moral ora reconhecido, no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais – fl. 68).

Além da motivação ora transcrita, de acrescer que o autor veio qualificado como vigilante e litiga sob os auspícios da justiça gratuita

(fls. 02 e 19). Já a ofensora é instituição financeira de grande porte. O bloqueio indevido de cartão de crédito é conduta grave que merece reprimenda condizente. Assim, tendo em conta essas circunstâncias, e que a quantia em causa não importará enriquecimento ilícito do autor, tampouco inviabilizará as atividades do recorrente, o valor arbitrado não comporta redução.

Por fim, os dispositivos legais prequestionados (arts. 186 e 944, parágrafo único, do Código Civil) foram considerados na solução do caso (STJ - AgRg no REsp 1.434.927/RS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 05.02.2015).

Por todo o exposto, voto para negar provimento ao recurso.

Apelação Cível n. 2015.064179-2, de Porto Belo

Relator: Des. José Carlos Carstens Köhler

APELAÇÃO CÍVEL. DEMANDA DE ADJUDICAÇÃO COMPULSÓRIA. SENTENÇA DE EXTINÇÃO DO FEITO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO, COM FULCRO NO ART. 267, VI, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. IRRESIGNAÇÃO DA AUTORA.

PROPOSITURA DE AÇÃO OBJETIVANDO A TRANSFERÊNCIA DE BEM IMÓVEL POR PARTE DOS HERDEIROS DE SÓCIO FALECIDO À PESSOA JURÍDICA. DEMANDA FUNDADA NOS ARTS. 1.417 E 1.418, AMBOS DO CÂNONE CIVIL, E ART. 466-B, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. *NOMEM JURIS* CONFERIDO À AÇÃO, DISPOSITIVOS LEGAIS E ARGUMENTOS QUE LASTREARAM A PRETENSÃO INAUGURAL REVELADORES DA INESCONDÍVEL INTENÇÃO DE ADJUDICAÇÃO COMPULSÓRIA FUNDADA EM PROMESSA DE COMPRA E VENDA.

ADJUDICAÇÃO COMPULSÓRIA. DIREITO QUE DECORRE DE CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA QUITADO E SEM CLÁUSULA DE ARREPENDIMENTO, E QUE SÓ TEM LUGAR CASO HAJA RECUSA INJUSTIFICADA DO PROMITENTE VENDEDOR EM OUTORGAR A ESCRITURA DEFINITIVA SOBRE O BEM IMÓVEL OBJETO DA CONTRATAÇÃO. EXEGESE DOS ARTS. 1.417 E 1.418, AMBOS DO CÓDIGO CIVIL. REQUISITOS À PROPOSITURA DA DEMANDA NÃO PREENCHIDOS. MANEJO DA AÇÃO OBJETIVANDO A AVERBAÇÃO, JUNTO À SERVENTIA EXTRAJUDICIAL, DE TRANSFERÊNCIA DE BEM IMÓVEL CEDIDO POR SÓCIO FALECIDO À PESSOA JURÍDICA PARA AUMENTO DE CAPITAL SOCIAL. INTEGRALIZAÇÃO DO CAPITAL SOCIAL FORMALIZADA POR MEIO DE ALTERAÇÃO CONTRATUAL LEVADA A EFEITO NA JUNTA COMERCIAL. DOCUMENTO QUE NÃO PODE SER ENQUADRADO COMO COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA. INEXISTÊNCIA DE COMPROVAÇÃO, ADEMAIS, DE RECUSA, SEJA DO OFÍCIO DE REGISTRO DE IMÓVEIS, SEJA DOS HERDEIROS DO SÓCIO MORTO,

À TRANSFERÊNCIA DO IMÓVEL. DISPENSABILIDADE, ADEMAIS, DE ESCRITURA PÚBLICA PARA AUTORIZAR O REGISTRO IMOBILIÁRIO CALCADO NA ALTERAÇÃO CONTRATUAL LEVADA A EFEITO NA JUNTA COMERCIAL. ALTERAÇÃO CONTRATUAL QUE SE REVELA SUFICIENTE AO EMBASAMENTO DO PEDIDO DE AVERBAÇÃO, EM SE TRATANDO DE AUMENTO DE CAPITAL SOCIAL, NA FORMA DO ART. 64 DA LEI 8.934/94. CIRCUNSTÂNCIAS QUE FAZEM AFLORAR A CARÊNCIA DE AÇÃO POR AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR NAS MODALIDADES ADEQUAÇÃO E UTILIDADE. SENTENÇA EXTINTIVA MANTIDA INCÓLUME. REBELDIA IMPROVIDA.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2015.064179-2, da 1ª Vara da Comarca de Porto Belo, em que é apelante Administradora de Bens Marlene LTDA, e apelado Espólio de Armin Odebrecht:

A Quarta Câmara de Direito Comercial decidiu, por unanimidade, negar 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 Everaldo Silva.

Florianópolis, 10 de novembro de 2015.

Carstens Köhler
RELATOR

RELATÓRIO

Na 1ª Vara da Comarca de Porto Belo, Administradora de Bens Marlene Ltda. ingressou com ação de adjudicação compulsória em face

de Espólio de Armin Odebrecht – autos n. 0300276-61.2015.8.24.0139 – alegando, em síntese, que:

- é pessoa jurídica de direito privado, tendo em seu quadro societário os sócios Armin Odebrecht, Alexandre Odebrecht, André Armin Odebrecht e Martina Odebrecht Bornhausen;

- conforme consubstanciado na 2ª Alteração Contratual, foi promovido aumento de capital social da quantia de R\$ 1.030.000,00 (um milhão e trinta mil reais) para R\$ 1.040.000,00 (um milhão e quarenta mil reais), sendo que o referido aumento se deu mediante a integralização de: (a) 1/3 de um imóvel de propriedade de Armin Odebrecht, avaliada a aludida porção ideal em R\$ 9.747,52 (nove mil, setecentos e quarenta e sete reais e cinquenta e dois centavos), e (b) R\$ 252,48 (duzentos e cinquenta e dois reais e quarenta e oito centavos) em moeda corrente;

- nessa mesma alteração contratual “houve a eleição da Sócia cotista Marlene Ohf Odebrecht como administradora” (fl. 2), representante da sociedade ativa e passivamente, judicial e extrajudicialmente;

- em que pese Armin Odebrecht ter promovido a integralização da sua cota mediante a entrega de parte de um bem imóvel à Sociedade Empresária, o mesmo veio a falecer em 27-12-13, o que impossibilitou a transferência da propriedade do bem junto ao Ofício de Registro de Imóveis de Tijucas, situação que prejudica a Requerente;

- pretende ver reconhecido o direito de comprador, que teve integralizado em seu capital social imóvel de propriedade de um de seus sócios cotistas, na forma dos arts. 1.417 e 1.418, ambos do Código Civil e art. 466-B do Código de Processo Civil;

- no caso *sub judice*, “não se tem a figura do contrato de compra e venda, tendo em vista que se trata de uma operação de integralização de imóvel de pessoa física a pessoa jurídica, porém o negócio jurídico realizado entre as partes se deu mediante alteração do contrato social da

pessoa jurídica, que foi devidamente registrado perante a Junta Comercial de Santa Catarina – JUCESC”;

- objetiva a conclusão do negócio jurídico entabulado entre as Partes, tendo em vista que o Ofício de Imóveis negou-se a promover a averbação do imóvel em nome da Pessoa Jurídica, mesmo já tendo ocorrido a alteração do contrato social com a integralização do bem e o consequente registro na Junta Comercial.

Culminou clamando pelo julgamento de procedência da pretensão deduzida na exordial para adjudicar compulsoriamente o bem descrito em nome da Pessoa Jurídica, servindo a sentença como título hábil para averbação do imóvel junto à Serventia Extrajudicial.

Acompanharam a inicial os documentos de fls. 6-32.

Ordenada a intimação da Autora para que efetuasse o correto recolhimento das custas iniciais (fl. 34), o comando foi atendido (fls. 40-41).

Conclusos os autos, a Togada de origem julgou extinto o feito sem resolução do mérito, com fulcro no art. 267, inciso VI, do Código Buzaid, ao argumento de que a pretensão inaugural não se funda em contrato de compra e venda, restando patenteada a carência de ação pela falta de interesse de agir na modalidade adequação (fls. 42-43).

Irresignada, apelou a Demandante (fls. 47-51) aduzindo, em síntese, que: (a) não devem ser aplicadas as disposições previstas no Decreto-Lei n. 58, de 17-12-17, tendo em vista a existência de legislação posterior regulamentando a matéria (arts. 1.417 e 1.418, ambos do Código Civil); (b) existiu uma avença entre as Partes, consubstanciada na alteração do contrato social, sendo inclusive levado a efeito na Junta Comercial; (c) ainda que a integralização do capital social de pessoa jurídica seja uma operação atípica de transferência da propriedade imóvel, não se pode negar que é uma forma de alienação, pois passará a compor o

patrimônio da pessoa jurídica; (d) o art. 466-B do CPC menciona apenas o termo “contrato”, não restringindo aos ajustes de compra e venda especificamente, tornando possível a propositura da presente demanda; (e) a integralização do imóvel no capital social da empresa possui o mesmo efeito do contrato de compra e venda, pois se trata na verdade de uma alienação de bem imóvel; e (f) não há falar-se em carência de ação, porquanto houve a intenção de uma parte de transferir a propriedade do imóvel a outra pessoa, o que não foi concretizado por motivos alheios à vontade das Partes, tornando cabível a obtenção de decisão judicial com o escopo de produzir o mesmo efeito pretendido pelos Contratantes. Finalizou clamando pela cassação da sentença para afastar a carência de ação, determinando o regular prosseguimento do feito.

Recebido o Apelo no duplo efeito (fl. 55), subiram os autos a este grau de jurisdição.

É o necessário escorço.

VOTO

A sentença extintiva deve ser mantida.

Na hipótese vertente Administradora de Bens Marlene Ltda. ingressou com ação de adjudicação compulsória de “1/3 do terreno, situado no lugar bombas, Município de Bombinhas, na Comarca de Tijucas/SC, com área total de 12.002,64 m, devidamente registrado no Ofício de Imóveis de Tijucas/SC sob o R-1-M-71, livro 2-A, fls. 71, aos 23 de Fevereiro de 1976, pelo valor atualizado conforme seu imposto de renda de R\$ 9.747,52 (nove mil, setecentos e quarenta e sete reais e cinquenta e dois centavos), servindo a sentença como título hábil para averbação do imóvel junto ao Ofício de Imóveis” (fl. 5).

Para tanto afirmou na exordial que pela 2ª Alteração do Contrato Social foi promovido o aumento do capital social da quantia de R\$ 1.030.000,00 (um milhão e trinta mil reais) para R\$ 1.040.000,00 (um

milhão e quarenta mil reais), sendo que o referido aumento se deu em virtude da integralização de: (a) 1/3 de um imóvel de propriedade de Armin Odebrecht, avaliada a aludida porção ideal em R\$ 9.747,52 (nove mil, setecentos e quarenta e sete reais e cinquenta e dois centavos), e (b) R\$ 252,48 (duzentos e cinquenta e dois reais e quarenta e oito centavos) em moeda corrente.

Aduziu ainda que “em que pese o Sr. Armin Odebrecht ter promovido a integralização da sua cota parte de imóvel na Sociedade Empresária, o mesmo veio a falecer no dia 27.12.2013, o que impossibilitou de finalizar a alteração da propriedade do bem junto ao Ofício de Imóveis de Tijucas” (fls. 2-3), pretendendo então ver reconhecido o direito de compradora, com lastro nos arts. 1.417 e 1.418, ambos do Código Civil e art. 466-B do Código de Processo Civil.

A Magistrada de origem extinguiu de plano o processo, com base no art. 267, inciso VI, do Código Buzaid, ao argumento de impropriedade de rito, haja vista que a propositura de demanda de adjudicação compulsória fundada nos arts. 15, 16 e 22, todos do Decreto-Lei 58, de 17 de dezembro de 1917, tem “por escopo a relação negocial de venda e compra, não servindo para suprir outras irregularidades de relações jurídicas de naturezas diversas”, estando caracterizada a carência de ação por ausência de interesse de agir na modalidade adequação.

Com razão a Togada.

A adjudicação compulsória é direito que decorre de contrato de promessa de compra e venda quitado e sem cláusula de arrependimento, e que só tem lugar caso haja recusa injustificada do promitente vendedor em outorgar a escritura definitiva sobre o bem imóvel objeto da contratação.

Estabelecem os arts. 1.417 e 1.418, ambos do Cãnone Civil, invocados pela Autora para fundamentar a pretensão deduzida na exordial:

Art. 1.417. Mediante promessa de compra e venda, em que se não pactuou arrependimento, celebrada por instrumento público ou particular, e registrada no Cartório de Registro de Imóveis, adquire o promitente comprador direito real à aquisição do imóvel.

Art. 1.418. O promitente comprador, titular de direito real, pode exigir do promitente vendedor, ou de terceiros, a quem os direitos deste forem cedidos, a outorga da escritura definitiva de compra e venda, conforme o disposto no instrumento preliminar; e, se houver recusa, requerer ao juiz a adjudicação do imóvel.

Como se vê, são requisitos à propositura da ação de adjudicação compulsória:

(a) presença de contrato de promessa de compra e venda em que haja a individualização do imóvel, bem como a quitação do valor total da dívida referente ao bem sobre o qual recai o pleito de adjudicação;

(b) inexistência de cláusula de arrependimento; e

(c) existência de recusa injustificada por parte do promitente vendedor em cumprir a obrigação por si assumida.

No caso em exame os requisitos suso apontados não se encontram preenchidos.

Em primeiro lugar o documento que lastreia a exordial não é compromisso de compra e venda, e sim alteração de contrato social para aumento de capital social da Sociedade Empresária (fls. 7-19).

Aliás, quanto a este primeiro aspecto, é preciso enfatizar que a integralização de capital social por meio de incorporação imobiliária não pode ser enquadrada como compra e venda, tal qual já decidiu a Corte da Cidadania:

MANDADO DE SEGURANÇA - AUMENTO DE CAPITAL SOCIAL - INTEGRALIZAÇÃO POR INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA. A INCORPORAÇÃO DE IMÓVEL DE SÓCIO À PESSOA JURÍDICA É FORMA *SUI GENERIS* DE ALIENAÇÃO E NÃO SE CONFUNDE

COM NENHUMA DAS HIPÓTESES PREVISTAS NO DECRETO-LEI NO. 1.641/78. NÃO SE ASSEMELHA À COMPRA E VENDA, ADJUDICAÇÃO, DOAÇÃO, DESAPROPRIAÇÃO, ETC. EM QUALQUER DESTAS HIPÓTESES É PRESENTE O LUCRO, NA INTEGRALIZAÇÃO POSTA EM EXAME NÃO RESULTA VANTAGEM OU GANHO. RECURSO IMPROVIDO.

(REsp 22821/PE, Rel. Min. Garcia Vieira, j. 24-6-92).

A mais disso, a própria Apelante afirmou na petição inicial não se tratar de contrato de compra e venda, senão confira-se: “No caso *sub judice*, não se tem a figura do contrato de compra e venda, tendo em vista que se trata de uma operação de integralização de imóvel de pessoa física a pessoa jurídica, porém o negócio jurídico realizado entre as partes se deu mediante alteração do contrato social da pessoa jurídica, que foi devidamente registrado perante a Junta Comercial de Santa Catarina – JUCESC” (fl. 3).

Já o art. 466-B, do Estatuto Processual Civil, que a Demandante também invoca para sustentar seu pleito inaugural, tem o seguinte teor:

Art. 466-B. Se aquele que se comprometeu a concluir um contrato não cumprir a obrigação, a outra parte, sendo isso possível e não excluído pelo título, poderá obter uma sentença que produza o mesmo efeito do contrato a ser firmado.

Apesar de inexistir delimitação quanto à espécie contratual a que se subsume o mencionado dispositivo legal, o fato é que a interpretação do pleito inaugural deve ser feita de forma integrada, ou seja, não há como pugnar pela aplicação dos arts. 1.417 e 1.418, ambos do Código Civil, que dizem respeito a contrato/compromisso de compra e venda especificamente, e dizer ao mesmo tempo que o art. 466-B do CPC autoriza o manejo da ação independentemente da modalidade contratual apresentada.

Conclui-se, então, que o *nomen juris* conferido à ação – adjudicação compulsória – associado os dispositivos legais que fundamentaram

o pedido levam a uma única conclusão possível, qual seja, a de que a pretensão deduzida na exordial foi de adjudicação compulsória fulcrada em contrato/compromisso de compra e venda, sendo sobre esse panorama realizado o enfoque pela Juíza de origem, pouco importando, portanto, que a Togada tenha mencionado o Decreto-Lei 58/1917 e deixado de indicar os arts. 1.417 e 1.418 do Cânone Civil, uma vez que tratam da mesma matéria.

Noutro giro, igualmente não se constata a presença até mesmo de simples recusa – quer por parte do Cartório de Registro de Imóveis, quer por parte dos Herdeiros de Armin Odebrecht – que dirá injustificada, para a realização da transferência de propriedade do bem.

Ora, da prova trazida às fls. 23-26 – exigências apresentadas pelo Cartório de Registro de Imóveis de Porto Belo à efetivação da averbação – não se extrai qualquer negativa de realização da transferência, tratando aludido documento de rol de pendências apontadas pela Serventia Extrajudicial, que necessitariam ser atendidas para que a averbação pudesse ser realizada.

Chama ainda atenção o fato de que a alteração contratual ocorreu em 10-12-13, poucos dias antes do falecimento de Armin Odebrecht (ocorrido, de acordo com o mencionado na exordial, em 27-12-13), constatando-se que o sr. Falecido não assinou de próprio punho a alteração do contrato social, sendo representado no ato por Alexandre Odebrecht (fl. 18). E do documento de fl. 23 extrai-se correspondência eletrônica encaminhada por Alexandre ao escritório de advocacia que patrocina a presente causa com o seguinte teor:

Mara,

Veja abaixo todas as exigências que o Registro de Porto Belo fez.

Algumas são fáceis, mas outras exigem a assinatura do Armin, acho que devo ir a Porto Belo e “admitir” que ele faleceu, pois até agora fizemos tudo como se ele estivesse ainda vivo.

Dê uma analisada e veja o que você acha.

Alexandre.

Diante do conteúdo suso transcrito, não se pode ter certeza até mesmo de que a alteração contratual tenha ocorrido antes do noticiado falecimento de Armin, haja vista a confissão de Alexandre no sentido de que “até agora fizemos tudo como se ele estivesse ainda vivo”.

E, ainda que ignorado esse fato, de acordo com as informações extraídas das pendências apresentadas pelo Cartório de Registro de Imóveis, todo o requerimento de averbação foi realizado como se Armin Odebrecht estivesse vivo. É dizer, nada consta nos papéis de fls. 23-26 levando a crer que o falecimento do Sócio é de conhecimento da Serventia Extrajudicial.

Aflora que a aventada recusa não restou demonstrada.

Se tanto não bastasse, de acordo com o art. 64 da Lei 8.934/94, que dispõe sobre o registro público de empresas mercantis e atividades afins, *“a certidão dos atos de constituição e de alteração de sociedades mercantis, passada pelas Juntas Comerciais em que foram arquivados, serão o documento hábil para a transferência, por transcrição no registro público competente, dos bens com que o subscritor tiver contribuído para a formação ou aumento do capital social”*.

Logo, o registro imobiliário calcado na alteração contratual devidamente levada a efeito na Junta Comercial é possível em se tratando de aumento do capital social por meio da integralização de bens imóveis, sendo dispensada a escritura pública.

Igualmente merece ênfase que se extrai do feito a confusão entre os polos da demanda, sobressaindo evidente que a recusa por parte dos Herdeiros de Armin Odebrecht na realização da transferência do bem imóvel não existe.

De acordo com a 2ª Alteração Contratual, a Empresa – Administradora de Bens Marlene Ltda. – conta com quadro societário composto por Armin Odebrecht, Alexandre Odebrecht, André Armin Odebrecht e Martina Odebrecht Bornhausen (fl. 11), constando Marlene Ohf Odebrecht como administradora (fl. 8).

E conforme apontam as informações contidas na inicial e nos documentos que a acompanham, Marlene Ohf Odebrecht é esposa de Armin Odebrecht, e Alexandre Odebrecht, André Armin Odebrecht e Martina Odebrecht Bornhausen são filhos do casal, havendo identidade, portanto, entre os Herdeiros de Armin e os únicos Sócios da Pessoa Jurídica.

Ora, ainda que ausente documento comprobatório tanto do óbito quanto da abertura do inventário e da nomeação de inventariante, pela dicção do art. 1.797 do Código Civil, a viúva de Armin, sra. Marlene, é a administradora dos bens tanto da autora – Administradora de Bens Marlene Ltda. – quanto do réu – Espólio de Armin Odebrecht.

Em remate, não estando preenchidos os requisitos necessários à propositura da ação de adjudicação compulsória, restando flagrante a impropriedade de rito, mostra-se acertada a sentença de extinção por carência de ação decorrente da ausência de interesse de agir, na forma do art. 267, VI, do Código de Processo Civil, razão pela qual o *decisum* deve ser mantido incólume.

É o quanto basta.

Ante o exposto, por unanimidade, nega-se provimento ao Apelo.

Apelação Cível n. 2015.040751-6, da Capital

Relator: Des. José Carlos Carstens Köhler

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CAUTELAR INOMINADA. INACOLHIMENTO DAS PRETENSÕES INICIAIS. REBELDIA DA AUTORA.

DEMANDANTE QUE ALMEJA A PROIBIÇÃO DE REALIZAÇÃO DE QUALQUER DESCONTO EM SUA CONTA-CORRENTE OU A LIMITAÇÃO DOS DÉBITOS A 30% (TRINTA POR CENTO) DOS VENCIMENTOS. CONCESSÃO DE MÚTUO PELA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA, COM DESCONTO DIRETO NA CONTA-CORRENTE DE TITULARIDADE DA REQUERENTE. RETENÇÃO DA QUASE INTEGRALIDADE DO SALÁRIO DA AUTORA PARA AMORTIZAR DÍVIDA DAS PARCELAS DO FINANCIAMENTO FIRMADO. AFRONTA AO PRINCÍPIO DO MÍNIMO EXISTENCIAL. ABUSO DO DIREITO DE CONCESSÃO DE CRÉDITO, OCASIONADOR DE SUPERENDIVIDAMENTO. IMPERATIVA LIMITAÇÃO DOS LANÇAMENTOS A 30% (TRINTA POR CENTO) DOS VENCIMENTOS MENSAIS, EMPÓS DEDUZIDOS OS DESCONTOS OBRIGATÓRIOS (IMPOSTO DE RENDA E CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA). APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 6º, § 5º, DA LEI N. 10.820/2003. PRETENSÃO DEDUZIDA NA INICIAL ACOLHIDA. SENTENÇA ALTERADA.

ÔNUS DE SUCUMBÊNCIA. REFORMA INTEGRAL DO *DECISUM*. CONSUMIDORA QUE LOGROU ÊXITO NOS SEUS PLEITOS. INCUMBÊNCIA ATRIBUÍDA AO RÉU. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS FIXADOS CONFORME O ART. 20, §§ 3º E 4º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.

RECURSO PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2015.040751-6, da 2ª Vara de Direito Bancário da Comarca da Capital,

em que é apelante Maria Aparecida Delgado e apelado Banco Santander Brasil S.A.:

A Quarta Câmara de Direito Comercial decidiu, por unanimidade, dar provimento ao Recurso. 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 Everaldo Silva.

Florianópolis, 14 de julho de 2015.

Carstens Köhler
RELATOR

RELATÓRIO

Maria Aparecida Delgado interpôs Recurso de Apelação (fls. 84-89) em face da sentença prolatada nos autos da ação cautelar inominada n. 023.09.05766-6, ajuizada pela ora Apelante em face do Banco Santander Brasil S.A., em que o Magistrado oficiante na 2ª Vara Cível da Comarca de Direito Bancário da Comarca da Capital julgou improcedentes os pedidos vertidos na exordial, cuja parte dispositiva restou vazada nos seguintes termos:

Ante o exposto, nos termos do art. 269, I, do Código de Processo Civil, **JULGO IMPROCEDENTES** os pedidos deduzidos na inicial por **Maria Aparecida Delgado** contra **Banco Santander S.A.**

Ante o princípio da sucumbência, condeno a parte autora ao pagamento das custas processuais, bem como em honorários advocatícios, os quais fixo em R\$ 1.000,00, nos termos do art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil. Sobrestada a cobrança, nos termos da Lei 1.060/50, por ser a parte autora beneficiária da justiça gratuita.

(fls. 78-80, destaques do original).

A Inconformada sustentou nas razões de seu Recurso, em resumo, a ilegalidade dos descontos efetuados na conta-corrente de sua titularidade, requerendo, ao final, a imediata paralisação, ou limitação dos descontos a 30% (trinta por cento) dos vencimentos, com a consequente inversão dos ônus de sucumbência.

O Recurso foi recebido em seu duplo efeito (fl. 90).

Empós, com o oferecimento das contrarrazões do Banco (fls. 93-96), ascenderam os autos a esta relatoria por vinculação ao Agravo de Instrumento n. 2009.053678-4.

É o necessário escorço.

VOTO

Ab initio, para ser possível o enfoque da temática trazida à ribalta, faz-se oportuno esmiuçar as provas documentais ajuizadas na presente *actio*, quais sejam:

a) notificação extrajudicial encaminhada ao Banco solicitando a paralisação dos débitos na conta-corrente n. 01-016559-0 de titularidade da Autora (fl. 16);

b) demonstrativo de pagamento da Requerente referente ao mês de junho de 2009, no valor líquido de R\$ 1.469,67 (mil, quatrocentos e sessenta e nove reais e sessenta e sete centavos) (fl. 17);

c) cópia da cédula de crédito bancário n. 00330155320000130050 entabulada entre as Partes informando o valor global financiado de R\$ 51.354,24 (cinquenta e um mil, trezentos e cinquenta e quatro reais e vinte e quatro centavos), a ser adimplido em 48 (quarenta e oito) prestações de R\$ 1.069,88 (mil e sessenta e nove reais e oitenta e oito centavos) (fls. 18-22);

d) extrato da conta-corrente n. 01-016559-0 atinente ao período de julho de 2009, de onde se pode extrair algumas informações relevantes ao deslinde da contenda (fl. 23):

Descrição	Data	Valor (R\$)
Juros adiantamento	24-7-09	R\$ 63,06
Remuneração/Salário	30-7-09	R\$ 1.425,41
Prestação Empréstimos/Financiamentos	30-7-09	R\$ 1.069,88

Prima facie, tem-se que a análise das provas suso apontadas permite concluir que os lançamentos realizados na conta-corrente da Consumidora não se deram para cobertura de saldo devedor em aberto, mas sim para pagamento de parcelas de empréstimos ou similares, bem como dos encargos de mora a eles atrelados.

Outrossim, vale dizer que merece acolhimento a pretensão da Requerente, pois o Banco é também responsável pelo seu superendividamento, não sendo possível a retenção da integralidade do salário da Hipossuficiente para amortizar dívidas provenientes de empréstimos bancários.

A temática afeta à facilitação de concessão de crédito nos dias atuais e suas consequências já foi alvo de deliberação por este Colegiado, que em situação análoga a que ora se analisa, firmou posicionamento no sentido de que o superendividamento é fato e não pode ser imputado com exclusividade ao consumidor, tendo em vista a postura que se exige das Instituições Financeiras, por determinação do próprio Banco Central do Brasil – Resolução n. 3258 – que impõe às Casas Bancárias a observância aos princípios da seletividade, da garantia, da liquidez e da diversificação de riscos no momento em que concedem crédito aos consumidores.

Nesta alheta, transcreve-se a ementa do Apelo n. 2013.083938-4, de relatoria do eminente Desembargador Altamiro de Oliveira, j. em 22-7-14:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO BANCÁRIO COM PEDIDO DE DANOS MORAIS. SENTENÇA QUE ACOLHE O PLEITO DE REVISÃO, MAS REFUTA O COMPENSATÓRIO. REBELDIA DO AUTOR. MÚLTIPLOS EMPRÉSTIMOS. DESCONTO DIRETO EM CORRENTE-CORRENTE. RETENÇÃO DA INTEGRALIDADE DO SALÁRIO DO AUTOR PARA PAGAMENTO DAS PARCELAS CONSIGNADAS NA CONTA-CORRENTE. INOBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DO CHAMADO MÍNIMO EXISTENCIAL. SUPERENDIVIDAMENTO. ABUSO DO DIREITO DE CONCESSÃO DE CRÉDITO. LIMITAÇÃO A 30% DOS VENCIMENTOS BRUTOS MENSIS, APÓS DEDUZIDOS OS DESCONTOS OBRIGATÓRIOS. ANALOGIA DA LEI N. 10.820/2003. DANO MORAL *IN RE IPSA*. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

E das razões bem lançadas no v. acórdão, que são adotadas como parte das razões de decidir:

[...] Nas razões da rebeldia, o apelante sustenta que o agente financeiro deve ser condenado a compensar os danos morais ocasionados, pois, em virtude da intransigência em renegociar a dívida e da retenção de seu salário, viu-se desamparado para custear a própria subsistência.

O exame do apelo clama, primeiramente, por algumas reflexões.

Não se pode negar que o mundo vive numa época em que o consumo é superestimulado, e o Brasil não foge dessa tendência.

De maneira geral, o que se vislumbra, a partir do século XX, é o grande desenvolvimento das sociedades capitalistas movidas essencialmente pela necessidade da aquisição de produtos pela massa de consumidores, como forma de melhoria de vida e ascensão social. E o grande catalisador desse fenômeno deve ser atribuído à concessão de crédito.

Pode-se dizer que a “democratização do crédito” serve como combustível de movimentação da economia e, ainda, como “mola propulsora do desenvolvimento social-econômico de todas as sociedades no decorrer dos tempos”, como bem explica o Prof. Brunno Pandori Giancoli (*O*

Superendividamento do Consumidor como Hipótese de Revisão dos Contratos de Crédito. São Paulo: Editora Verbo Jurídico, 2008. p. 13-47).

Não se olvida, no entanto, que o acesso ao crédito tem repercussões tanto positivas quanto negativas. Ao mesmo tempo em que funciona como mecanismo de desenvolvimento econômico e inclusão social, pode se transformar em ferramenta de exclusão social quando adquirido de forma excessiva e irrefletida, pois, nesse caso, segundo Geraldo de Farias Martins Costa, o crédito torna-se “um flagelo que provoca a pobreza e a miséria” (COSTA, Geraldo de Faria Martins da. *Superendividamento: a proteção do consumidor de crédito em direito comparado brasileiro e francês*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 89).

Não há dúvida, portanto, que o crédito está intimamente ligado ao endividamento, quando este espelha a concretização da face negativa daquele.

Por outro viés, tal panorama evidencia que o “superendividamento” não pode ser mais ignorado, ou pior, atribuído apenas a falta de “controle” ou “planejamento” daquele que não soube administrar adequadamente o crédito concedido. Essa concepção, diga-se superficial e simplista, não é capaz de evidenciar os contornos de uma realidade em que o consumidor é “seduzido” por uma publicidade agressiva, omissa e enganosa, que constitui um dos grandes agentes fomentadores do estado de endividamento.

Percebe-se, então, que, em muitos casos, a fase pré-contratual já se encontra maculada pela prática abusiva na publicidade dos fornecedores de crédito, que, aproveitando-se da fragilidade de seus “futuros clientes”, deixam de observar e zelar pelos princípios da seletividade, da garantia, da liquidez e da diversificação de riscos, no momento em que concedem crédito à população brasileira.

Aliás, tal falta de cuidado, viola a Resolução 3258 do Bacen, que, em seu inciso IX, aduz que:

IX - É vedado às instituições financeiras:

a) realizar operações que não atendam aos princípios de seletividade, garantia, liquidez e diversificação de riscos;

b) conceder crédito ou adiantamento sem a constituição de um título adequado, representativo da dívida.

A preocupação é tamanha que chegou ao Poder Legislativo propostas de alterações do Código de Defesa do Consumidor, que visam combater o “superendividamento”, com a instituição de mecanismos judiciais e extrajudiciais para a prevenção e tratamento desse problema, além de primar pela garantia de práticas de crédito responsável, que respeite os princípios da boa-fé, dignidade da pessoa humana, e função social do crédito.

Dentre essas alterações, sugeriu-se, inclusive, a normatização de que o crédito consignado seja limitado ao percentual máximo de 30% de endividamento da renda líquida do consumidor, em respeito ao Princípio do Chamado Mínimo Existencial (maiores detalhes, ver o sítio: <http://www.senado.gov.br/noticias/agencia/pdfs/Anteprojetosfinais14%20mar%C3%A7o.pdf>).

Diante desse contexto e sob a máxima de que nenhum consumidor pode se endividar ou ser endividado além do mínimo necessário à manutenção da família e da própria existência, volve-se o olhar ao reclamo.

(sublinhou-se).

No caso vertente, a leitura do extrato de conta-corrente acostado à fl. 23 e da avença de fls. 18-22 permite aquilatar que a Consumidora firmou ajuste de crédito automático de maneira sequencial, em um curto intervalo de tempo, a ser quitado a médio prazo (quarenta e oito parcelas), com valores de prestações que suplantam o montante recebido a título de proventos.

Como se vê, o conjunto probatório indica de forma incontestante que o caso concreto configura hipótese de superendividamento, haja vista que o Banco concedeu indistintamente crédito à Consumidora, mesmo sendo conhecedor de que o mútuo sobrepujava a capacidade econômico-financeira da Hipossuficiente, tanto que conforme o extrato amealhado nos presentes autos, toda a remuneração do mês de julho de 2009 foi utilizada para adimplemento da parcela do empréstimo e seus encargos, nada sobrando para sua própria subsistência e de sua família.

Em circunstância como esta, sobressai evidente afronta à dignidade da pessoa humana, bem como a violação à proteção constitucional ao salário, garantidor do mínimo existencial, tornando-se imperativa a imposição de limite à concessão desenfreada de créditos automáticos por parte do Requerido.

Nesta tropilha, extrai-se mais um excerto do v. acórdão adredemente mencionado, de relatoria do ilustre Desembargador Altamiro de Olivera:

Por razões ignoradas, a instituição financeira liberou quantia de crédito desproporcional às forças de solvabilidade do recorrente, a tal ponto que este não está conseguindo dispor nem sequer de um centavo dos seus vencimentos para a própria subsistência; circunstância que atenta contra o bom-senso, a dignidade da pessoa humana, a proteção constitucional ao salário e, também, ao postulado do mínimo existencial.

Nessa feita, e levando-se em conta as considerações tecidas anteriormente, esta Relatoria, em ponderação entre os direitos creditórios do fornecedor e o Princípio do Mínimo Existencial, entende que deve ser limitada a possibilidade de creditamento automático por parte da instituição financeira credora.

E, diante da ausência de base legal a impor tal limitação, usa-se, por analogia, a Lei n. 10.820/2003 (que dispõe sobre a autorização para desconto de prestações em folha de pagamento dos empregados regidos pela CLT), para limitar as deduções mensais pela instituição financeira apelada a 30% dos vencimentos brutos do devedor, após deduzidos os descontos obrigatórios (imposto sobre a renda e contribuições previdenciárias), nos termos do que dispõe o art. 6º, §5º, da Lei n. 10.820/2003, com redação dada pela Lei n. 10.953/2004.

Tal solução, no sentir deste julgador, é a que melhor se coaduna com a proteção constitucional conferida ao salário, cujo resguardo deve se dar na forma da lei, nos termos do que dispõe o art. 7º, X, da Constituição da República, *in verbis*:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

[...]

X - proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa

Dessarte, considerando os argumentos suso lançados, observando tratar-se o caso concreto de superendividamento cuja responsabilidade deve ser atribuída tanto à Autora quanto ao Réu, e levando-se em conta a ausência de regramento específico para essas hipóteses, aplica-se por analogia a limitação estatuída no art. 6º, § 5º, da Lei n. 10.820/03 – que dispõe sobre a autorização para desconto de prestações em folha de pagamento dos empregados regidos pela CLT – impondo-se o teto de 30% (trinta por cento) dos vencimentos brutos da Demandante (após serem deduzidos os descontos obrigatórios) para comprometimento com empréstimos ou similares.

Diante desse quadro é imperativo reformar a sentença de fls. 78-80 para julgar procedente a pretensão deduzida na cautelar nominada e, via de consequência, determinar que nos meses em que os lançamentos referentes aos empréstimos e similares excederem o patamar de 30% (trinta por cento) dos vencimentos brutos da Autora – com a adrede dedução dos descontos obrigatórios, como imposto de renda e contribuições previdenciárias – as prestações dos contratos firmados entre as Partes sejam reduzidas de maneira a respeitarem o teto suso indicado.

Impende ressaltar também que a eventual redução das parcelas contratuais não exige a Apelante de pagar à Instituição Financeira todo o valor descrito no ajuste firmado entre os Contendores, devidamente aditados dos encargos contratuais referentes aos meses em que serão prorrogadas as prestações.

Por fim, modificado o *decisum* admoestado, deve a sucumbência ser alterada.

No caso *sub judice*, observa-se que a Demandante obteve êxito na integralidade dos pedidos deduzidos na inicial, na medida em que

se ordenou a redução dos lançamentos para o limite de 30% (trinta por cento) do rendimento bruto da Requerente, de sorte que a sucumbência deve ser arcada integralmente pela Instituição Financeira.

Noutro giro, quanto à verba honorária, com espeque nos §§ 4º e 3º e suas alíneas “a”, “b” e “c”, do art. 20 do Código Buzaid, considerando que inexistiu a instrução processual pela natureza jurídica da demanda; a baixa complexidade da matéria; a tramitação dos autos desde agosto de 2009, e o valor atribuído à demanda – R\$ 1.000,00 (mil reais) –, a verba honorária sucumbencial é fixada em R\$ 1.000,00 (mil reais).

É o quanto basta.

Ante o exposto, por unanimidade:

a) dá-se provimento ao Apelo para julgar procedente a pretensão deduzida na inicial, determinando que os descontos mensais relativos aos contratos firmados com a Instituição Financeira não ultrapasse o limite de 30% (trinta por cento) dos vencimentos brutos da Autora – com a adrede dedução dos descontos obrigatórios, como imposto de renda e contribuições previdenciárias – nos termos da fundamentação; e

b) recalibram-se os ônus de sucumbência nos balizamentos suso vazados.

QUINTA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

Apelação cível n. 2015.036389-8, de Tubarão

Relator: Des. Jânio Machado

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. JULGAMENTO “EXTRÁ PETITA” INEXISTENTE. DECISÃO QUE SE ATEVE AO QUE FOI PEDIDO PELA AUTORA. REVELIA QUE NÃO IMPORTA EM AUTOMÁTICO ACOLHIMENTO DO PEDIDO INICIAL. NECESSIDADE DE O JUIZ SOPESAR TODO O CONJUNTO PROBATÓRIO. AJUIZAMENTO DE AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO PELA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA TENDO POR OBJETO O VEÍCULO ALIENADO FIDUCIARIAMENTE EM GARANTIA DO CONTRATO DE FINANCIAMENTO CELEBRADO PELAS PARTES. NEGÓCIO QUE JÁ HAVIA SIDO QUITADO, CONFORME OS ACORDOS HOMOLOGADOS PELO JUÍZO EM AÇÃO REVISIONAL E AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO ANTERIORMENTE AJUIZADAS. MÁ-FE COMPROVADA. PRESENÇA DOS PRESSUPOSTOS PARA A APLICAÇÃO DA SANÇÃO PREVISTA NO ARTIGO 940 DO CÓDIGO CIVIL. VALOR DA INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. ARBITRAMENTO QUE OBSERVOU OS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE, NADA JUSTIFICANDO A INTERFERÊNCIA DA CÂMARA EM ATIVIDADE QUE É MARCADA PELO PODER DISCRICIONÁRIO ATRIBUÍDO PELO LEGISLADOR AO JUIZ DA CAUSA. ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA QUE É IMPOSTO AO LITIGANTE VENCIDO. ARTIGO 20, “CAPUT”, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. RECURSO PROVIDO EM PARTE.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível n. 2015.036389-8, da comarca de Tubarão (3ª Vara Cível), em que é apelante Shirlei Bocoli de Coitinho, e apelada Aymoré Crédito Financiamento e Investimento S/A:

A Quinta Câmara de Direito Comercial decidiu, por unanimidade, dar provimento parcial ao recurso. Custas legais.

O julgamento, realizado no dia 2 de julho de 2015, foi presidido pelo desembargador Cláudio Barreto Dutra, com voto, e dele participou a desembargadora Soraya Nunes Lins.

Florianópolis, 6 de julho de 2015.

Jânio Machado
RELATOR

RELATÓRIO

Shirlei Bocoli de Coitinho ajuizou “ação de responsabilidade civil” contra Aymoré Crédito, Financiamento e Investimento sob a alegação de que a requerida propôs a ação de busca e apreensão n. 1000157-28.2013.8.24.0075, tendo por objeto o contrato de financiamento n. 20016853423, que já havia sido quitado por intermédio dos acordos homologados pelo juízo na ação de revisão n. 075.12.012529-5 e na ação de busca e apreensão n. 075.13.500299-5, sendo deferida a liminar e a restrição da circulação do veículo pelo sistema Renajud, o que causou dano moral. Assim, pleiteou a concessão do benefício da justiça gratuita e a condenação da requerida ao pagamento da quantia de R\$38.628,44 (trinta e oito mil, seiscentos e vinte e oito reais e quarenta e quatro centavos), correspondente ao dobro do valor exigido indevidamente, e da indenização por dano moral.

A requerida, citada (fl. 60), deixou fluir o prazo para resposta (fl. 61), e o digno magistrado Eron Pinter Pizzolatti proferiu sentença (fls. 62/67), o que fez nos seguintes termos:

“Ante o exposto, declaro resolvido o feito, com o julgamento do mérito, nos termos do art. 269, I, do CPC, e, por consequência, **JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE** os pedidos formulados na inicial

desta ação movida por **Shirlei Bocoli de Coitinho** contra **Aymoré Crédito, Financiamento e Investimento S/A** para:

I. DENEGAR a repetição de indébito da quantia indevidamente exigida (R\$ 38.628,44), porque não houve desembolso a maior por parte da autora;

II. CONDENAR a requerida ao pagamento de uma indenização à autora, a título de dano moral, no valor correspondente a R\$ 8.000,00 (oito mil reais), incidindo sobre o montante correção monetária desde o ajuizamento do feito, e juros legais de mora a partir do evento danoso (20/11/2013), nos termos da Súmula 54 do STJ.

III. Ante a sucumbência recíproca, arcam as partes com as custas *pro rata*, suspensa a exigibilidade da autora ante o art. 12 da Lei 1060/50.

IV. Arbitro os **honorários advocatícios** em 7,5% do valor da condenação, em relação ao procurador da autora, o que faço com fundamento no art. 20, § 3º, do CPC.” (o grifo está no original).

Irresignada, a autora interpôs recurso de apelação cível (fls. 70/81) sustentando a: a) necessidade do reconhecimento da incidência dos efeitos da revelia; b) viabilidade da aplicação da sanção prevista no artigo 940 do Código Civil; c) nulidade da sentença na parte em que o julgamento contém o vício “extra petita” (a repetição do indébito nunca foi pleiteada); d) necessidade de majoração do valor arbitrado para a indenização por dano moral e daquele fixado a título de honorários advocatícios e e) imposição do ônus da sucumbência à requerida, com exclusividade.

Sem a resposta da apelada, os autos vieram a esta Corte.

VOTO

A apelante requereu a condenação da apelada ao pagamento em dobro do que foi exigido nos autos da ação de busca e apreensão n. 1000157-28.2013.8.24.0075, além de indenização por dano moral, porque esta buscou em juízo a retomada do veículo que foi o objeto

do contrato de financiamento n. 20016853423 celebrado pelas partes, a despeito do reconhecimento da quitação da dívida em razão dos acordos homologados pelo juízo nos autos da ação de busca e apreensão n. 075.13.500299-5 e da ação de revisão n. 075.12.012529-8 (fls. 46/53).

A sentença não contém o vício “extra petita” se o pedido formulado pela apelante, de pagamento em dobro da importância exigida na ação de busca e apreensão (R\$ 38.628,44), foi examinado pelo digno magistrado (fls. 63 e 66), podendo-se afirmar que a decisão atendeu, sim, os requisitos essenciais e não extrapolou os limites do pedido inicial, embora tenha contrariado os interesses da apelante.

A revelia da instituição financeira (fl. 61) não provoca o acolhimento automático do pedido inicial de aplicação do disposto no artigo 940 do Código Civil, sendo este o resultado do exame acurado de todo o conjunto probatório.

A respeito dos efeitos da revelia, Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery lecionam: *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 12. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 711.

Na Câmara, assim já se decidiu: apelação cível n. 2014.047170-7, de Rio Negrinho, de minha relatoria, j. em 7.8.2014.

A apelante pretende a condenação da apelada na sanção prevista no artigo 940 do Código Civil.

A aplicação da sanção do artigo 940 do Código Civil, de acordo com a lição de Arnaldo Rizzardo, pressupõe: “a) a existência de um crédito a favor de uma pessoa”, “b) que a dívida já se encontre paga, no todo ou em parte”, “c) que haja a demanda judicial buscando o recebimento” e “d) que não se faça a ressalva daquilo que restou pago ou se peça mais do que é devido” (*Responsabilidade civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 300).

A propósito, Carlos Alberto Menezes Direito e Sérgio Cavaliere Filho acrescentam a necessidade da demonstração da má-fé do credor: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo {Coord.}. *Comentários ao novo código civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 300-301, v. XIII).

No caso, a apelante demonstrou a quitação da dívida em razão dos acordos homologados pelo juízo nos autos da ação de revisão n. 075.12.012529-8 e da ação de busca e apreensão n. 075.13.500299-5 (fls. 46/53) e a cobrança pela instituição financeira por meio da ação de busca e apreensão n. 1000157-28.2013.8.24.0075.

A má-fé da instituição financeira, por sua vez, está bem evidenciada pelo ajuizamento da ação de busca e apreensão posteriormente à homologação judicial dos acordos para a quitação do contrato (note-se que a ação foi ajuizada em 20.11.2013, enquanto que as decisões homologatórias foram proferidas em 5.6.2013, fls. 52/53), não sendo possível falar em equívoco ou má compreensão dos fatos se de tudo a apelada foi informada na contestação oferecida naqueles autos (fls. 44/55) e ainda insistiu na procedência do pedido inicial (fls. 65/79).

Diante disso, fica inviabilizada a aplicação da orientação contida na súmula n. 159 do Supremo Tribunal Federal: “Cobrança excessiva, mas de boa-fé, não dá lugar às sanções do art. 1531 do código civil”.

Na Câmara, assim já se decidiu: apelação cível n. 2013.065461-4, de Lages, relator o juiz Guilherme Nunes Born, e apelação cível n. 2014.048948-1, de Joinville, de minha relatoria, ambas js. em 7.8.2014.

O valor devido à apelante em virtude da condenação da apelada ao pagamento em dobro do que foi exigido será acrescido de atualização monetária pelo INPC/IBGE (Provimento CGJ n. 13/95) a partir do ajuizamento da ação e de juros de mora à taxa de 1% (um por cento) ao mês a contar da citação (confira-se, desta Câmara, a apelação cível n. 2012.057390-2, de Santa Cecília, relator o desembargador Cláudio Valdyr Helfenstein, j. em 1º.8.2013).

O pedido de indenização por dano moral foi acolhido em primeiro grau, e o valor fixado (R\$8.000,00, fl. 66) não pode ser considerado irrisório, sendo compatível com a realidade verificada nos autos. Pode-se afirmar, então, que foi observada a orientação da Câmara para casos semelhantes, encontrando-se preservados os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

Confira-se, dentre outros, o que foi decidido na apelação cível n. 2010.034503-9, de Joinville, sendo relatora a desembargadora Soraya Nunes Lins, j. em 8.9.2011, quando o arbitramento atingiu a quantia de R\$850,00 (oitocentos e cinquenta reais); noutra ocasião, o valor foi fixado em R\$8.000,00 (oito mil reais), conforme se lê na apelação cível n. 2010.057291-1, de Imbituba, sendo relatora a desembargadora Soraya Nunes Lins, j. em 20.6.2013; em outra oportunidade, o valor atingiu a quantia de R\$20.000,00 (vinte mil reais), conforme se lê na apelação cível n. 2009.028211-1, de Blumenau, julgado em 6.6.2013, sendo relator o desembargador Cláudio Valdyr Helfenstein.

O Superior Tribunal de Justiça já decidiu que o valor de R\$15.000,00 (quinze mil reais) não justifica a sua interferência, porque “é razoável a condenação a até 50 (cinquenta) salários mínimos por indenização decorrente de inscrição indevida em órgãos de proteção ao crédito” (agravo de instrumento n. 1.341.390, de Minas Gerais, relator o ministro João Otávio de Noronha, j. em 27.9.2010). Evidentemente que as particularidades do caso concreto justificam a imposição de valores maiores ou menores. Aqui, a situação não se reveste de particularidade que justifique a interferência da Câmara numa atividade que é marcada pela discricionariedade assegurada por lei ao juiz da causa.

A distribuição do ônus da sucumbência realizada em primeiro grau merece reparo, não se podendo mais falar em sucumbência recíproca. Assim se diz porque os pedidos iniciais foram acolhidos, sendo aplicado o “caput” do artigo 20 do Código de Processo Civil para o fim de condenar a apelada ao pagamento das custas processuais e dos

honorários advocatícios, estes que são arbitrados em 15% (quinze por cento) do valor atualizado da condenação, nos termos do artigo 20, § 3º, do Código de Processo Civil.

Com essas considerações, o recurso interposto é provido em parte para o fim de condenar a apelada ao pagamento em dobro da quantia exigida na ação de busca e apreensão n. 1000157-28.2013.8.24.0075, com o acréscimo de atualização monetária pelo INPC/IBGE desde o ajuizamento da ação e dos juros de mora à taxa de 1% (um por cento) ao ano a contar da citação (2.7.2014, fl. 60), e ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, nos termos da fundamentação antes exposta.

Por último, não se faz necessária “a manifestação expressa sobre todos os argumentos apresentados pelos litigantes” e, tampouco, a “menção expressa dos dispositivos infraconstitucionais tidos como violados”. (AgRg no REsp. 1.480.667/RS, rel. min. Mauro Campbell Marques, j. em 18.12.2014).

Apelação cível n. 2015.052036-4, de Blumenau

Relator: Des. Jânio Machado

APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. ALEGAÇÃO DE NULIDADE DA SENTENÇA POR INSUFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO. ARTIGO 458 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E ARTIGO 93, INCISO IX, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL PLENAMENTE OBSERVADOS. NULIDADE AFASTADA. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. PROVA ORAL QUE SERIA INCAPAZ DE ALTERAR O RESULTADO DO JULGAMENTO. LIMITES IMPOSTOS PELO ARTIGO 401 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. CHEQUE. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. PRAÇA DE PAGAMENTO DIVERSA DA DE EMISSÃO DO TÍTULO. PRAZO PRESCRICIONAL DE 6 (SEIS) MESES QUE É CONTADO A PARTIR DA EXPIRAÇÃO DO PRAZO DE APRESENTAÇÃO, QUE, NO CASO CONCRETO, É DE 60 (SESENTA) DIAS. APLICAÇÃO DOS ARTIGOS 33 E 59 DA LEI N. 7.357, DE 2.9.1985. TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DO ARTIGO 586 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. POSSIBILIDADE DA COBRANÇA PELA VIA EXECUTIVA. PRESENÇA DAS CARACTERÍSTICAS DE AUTONOMIA, LITERALIDADE E CARTULARIDADE. PRETENSÃO DE DISCUSSÃO DA ORIGEM DA DÍVIDA. ALEGAÇÃO DE QUE HOUE O DESACORDO COMERCIAL ENTRE AS PARTES. ARGUMENTO DESTITUÍDO DE CREDIBILIDADE E DE UM MÍNIMO DE PROVA. AUSÊNCIA DE QUALQUER ELEMENTO APTO A DESCONSTITUIR O TÍTULO FORMALMENTE PERFEITO. ÔNUS PROBATÓRIO. ARTIGO 333, INCISO II, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível n. 2015.052036-4, da comarca de Blumenau (5ª Vara Cível), em que é

apelante Villa Germânia Alimentos S/A, e apelado Bilik & Companhia Ltda. ME:

A Quinta Câmara de Direito Comercial decidiu, por unanimidade, negar provimento ao recurso. Custas legais.

O julgamento, realizado no dia 3 de setembro de 2015, foi presidido pelo desembargador Cláudio Barreto Dutra, com voto, e dele participou a desembargadora Soraya Nunes Lins.

Florianópolis, 8 de setembro de 2015.

Jânio Machado
RELATOR

RELATÓRIO

Villa Germânia Alimentos S/A opôs embargos à execução ajuizada por Bilik & Companhia Ltda. ME arguindo, em preliminar, a carência de ação em virtude da impossibilidade jurídica do pedido. No mérito, sustentou: a) a ocorrência da prescrição dos títulos; b) a ausência dos requisitos de certeza, liquidez e exigibilidade; c) o excesso de execução; d) o desacordo comercial, já que os serviços contratados não foram prestados integralmente; e) a inexistência de memória de cálculo e f) a impossibilidade do pedido de reparação de danos e de ressarcimento dos honorários advocatícios contratuais.

Os embargos foram impugnados (fls. 69/75) e, após a manifestação da embargante (fls. 78/83), o digno magistrado Sérgio Agenor de Aragão proferiu sentença (fls. 84/88), o que fez nos seguintes termos:

“Ex posits, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTES os embargos opostos por Villa Germania Alimentos S/A em face de Bilik & Companhia Ltda. ME, para tão somente afastar a cobrança dos honorários contratuais, devendo a execução prosseguir somente em relação a cobrança dos cheques, despesas processuais e honorários advocatícios.

Considerando a sucumbência recíproca, condeno a embargante ao pagamento de honorários advocatícios em R\$ 2.000,00 (dois mil reais) (CPC, art. 20, § 4º), e ao pagamento de 70% das despesas processuais. Por outro lado, condeno a embargada ao pagamento do restante das despesas processuais, a qual também deverá arcar com honorários advocatícios em favor do procurador da embargante, estabelecidos em R\$ 500,00 (CPC, art. 20, § 4º), autorizada desde já a compensação (STJ - Súm. 306), não se confundindo tal verba com a estabelecida na execucional.

Transitada em julgado, traslade-se cópia para os autos executivos e após arquite-se.” (grifo no original).

Irresignada, a embargante interpôs recurso de apelação cível (fls. 92/126) argumentando com: a) a nulidade da sentença por ausência de fundamentação e por ofensa aos princípios da ampla defesa e do contraditório; b) a ocorrência da prescrição dos títulos e c) o desacordo comercial entre as partes.

A apelada não ofereceu resposta (fl. 133) e os autos vieram a esta Corte.

VOTO

Inicialmente, registra-se que a decisão prolatada não é nula por deficiência em sua fundamentação ou por incoerência entre a análise dos fatos e o fundamento legal, pois o disposto no artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal, e os requisitos previstos nos artigos 165 e 458, inciso II, ambos do Código de Processo Civil, foram plenamente observados.

O simples desatendimento à compreensão defendida pela apelante não retira do ato a sua força legal, sendo suficiente a observância do devido processo legal, do contraditório e do acesso à justiça (artigo 5º, incisos II, XXXIV, alínea “a”, XXXV, XXXVI, XXXVII, XL e LIV, da Constituição Federal).

A fundamentação exposta pelo magistrado é coerente com os fatos por ele extraídos do processo. A respeito, Cássio Scarpinella Bueno leciona:

“Exposta a causa – a tese e a antítese -, cumpre ao julgador analisar *criticamente* as questões de fato e de direito, *resolvendo-as*. É que o inciso II do art. 458 do CPC denomina de *fundamentos*. Por ‘questões’ de fato e de direito deve se entender os pontos, as matérias, sobre as quais controvertem autor e réu. Essa segunda parte ‘lógica’ da sentença (a referente à *fundamentação* ou à *motivação*) é o momento em que o julgador desenvolve seu raciocínio à luz do material carreado aos autos, aplicando, sobre as premissas fáticas que estabelece, as regras de direito. Tudo o que for relevante para o deslinde da causa deve ser apreciado e *resolvido* nessa *parte* da sentença.”

(...)

Não é demais salientar que a *fundamentação* das decisões jurisdicionais é expressamente exigida pelo art. 93, IX, da CF, necessidade que decorre, de qualquer sorte, do modelo político brasileiro, de Estado Democrático de Direito. O próprio CPC, ao estabelecer, no art. 131, liberdade do julgador na apreciação das provas (princípio do livre convencimento motivado), impõe, *como contrapartida*, que a sentença indique os motivos que formaram seu convencimento. A necessidade de fundamentação ou motivação das decisões jurisdicionais é, dessa feita, uma decorrência (uma verdadeira imposição) do modelo político de Estado adotado pelo Brasil.” (o grifo está no original) (MARCATO, Antonio Carlos {Coord.}. *Código de processo civil interpretado*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 1445-1446).

A propósito, a Câmara já decidiu:

“APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. CHEQUES. REJEITADO NA ORIGEM.

PRELIMINAR. NULIDADE DA SENTENÇA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. DECISÃO CLARA E DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. MAGISTRADO QUE NÃO ESTÁ ADSTRITO

À ANÁLISE DE TODAS AS TESES APRESENTADAS PELAS PARTES. REJEIÇÃO.

(...)” (apelação cível n. 2013.023550-0, de São José, relator o juiz Guilherme Nunes Born, j. em 12.6.2014).

Ao contrário do que foi afirmado nas razões do recurso, inexistiu o alegado cerceamento de defesa. O julgamento antecipado da lide, diante do que os autos retratam, era a providência necessária e indispensável, consoante o previsto no artigo 330, inciso I, do Código de Processo Civil.

Ademais, ao magistrado assiste o poder discricionário de valorar a prova e dizer a respeito da necessidade dela para a formação do seu livre convencimento motivado, nos termos dos artigos 130 e 131, do Código de Processo Civil.

Se a prova trazida para o processo autoriza o julgamento antecipado, cumpre ao juiz desde logo apreciar a demanda, o que faz independentemente de outras providências:

“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.” (grifo no original). (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, v. III, p. 555).

Assim também leciona Humberto Theodoro Júnior, ao homenagear os princípios da celeridade e da economia processual:

“Por outro lado, harmoniza-se com a preocupação de celeridade que deve presidir à prestação jurisdicional, e que encontra regra pertinente no art. 125, nº II, que manda o juiz ‘velar pela rápida solução do litígio’, e no

art. 130 que recomenda indeferir ‘as diligências inúteis ou meramente protelatórias’.

(...)

A instituição do julgamento antecipado da *lide* deveu-se, portanto, à observância do princípio de economia processual e trouxe aos pretórios grande desafogo pela eliminação de enorme quantidade de audiências que, ao tempo do Código revogado, eram realizadas sem nenhuma vantagem para as partes e com grande perda de tempo para a Justiça.” (grifo no original). (*Curso de direito processual civil*. 44. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, v. I, p. 447).

Então, se os elementos colhidos já são suficientes para a formação do convencimento do magistrado, não se justifica o alargamento da instrução, com a produção de prova desnecessária, porque seria incapaz de alterar o que os autos já deixaram bem delineado.

Nem custa recordar que a prova exclusivamente testemunhal só é admitida em contrato de valor inferior ao décuplo do salário mínimo (artigo 401 do Código de Processo Civil e artigo 227 do Código Civil de 2002), o que não é o caso dos autos (o salário mínimo, em julho de 2013, equivalia a R\$ 678,00). E a simples alegação – genérica – de que se fazia necessária a realização da prova testemunhal é incapaz de autorizar a abertura da instrução.

A ação de execução (autos n. 008.13.502912-8) está suportada nos cheques ns. 003741, 003742, 003743, da agência n. 2656, do Banco Bradesco, emitidos em 6.12.2012 e devolvidos por insuficiente provisão de fundos (alíneas 11 e 12 da Resolução n. 1.682 do Banco Central do Brasil), que totalizam a quantia atualizada de R\$6.886,24 (seis mil, oitocentos e oitenta e seis reais e vinte e quatro centavos) (fls. 39/44 e 55).

A prescrição da pretensão executiva somente começa a correr após escoado o prazo legal da apresentação para pagamento, conforme está posto na Lei n. 7.357, de 2.9.1985:

“Art. 33. O cheque deve ser apresentado para pagamento, a contar do dia da emissão, no prazo de 30 (trinta) dias, quando emitido no lugar onde houver de ser pago; e de 60 (sessenta) dias, quando emitido em outro lugar do País ou no exterior.

(...)

Art. 59. Prescreve em 6 (seis) meses, contados da expiração do prazo de apresentação, a ação que o art. 47 desta Lei assegura ao portador.”

Do que se viu, o cheque pode ser apresentado para pagamento, a contar do dia da emissão, no prazo de 30 (trinta) dias, quando emitido no lugar onde houver de ser pago, e no prazo de 60 (sessenta) dias, quando emitido em outro lugar, contando-se o prazo prescricional de 6 (seis) meses da expiração do prazo de apresentação (artigos 33 e 59 da Lei n. 7.357, de 2.9.1985).

No caso concreto, os cheques estão vinculados à agência bancária do município de Blumenau, mas foram emitidos, na data de 6.12.2012, no município de Indaial (fls. 39/44). Ademais, no verso dos títulos, nota-se que a apresentação ocorreu nos municípios de Itajaí e Joinville (fls. 39/44). Logo, se os cheques foram emitidos em lugar diverso daquele em que deveriam ser pagos, o prazo prescricional de 6 (seis) meses (artigo 59 da Lei n. 7.357, de 2.9.1985) deve ser contado a partir do 60º (sexagésimo) dia da emissão do cheque (6.12.2012), dando-se o encerramento em 6.8.2013.

O ajuizamento da ação de execução ocorreu em 17.7.2013 (data do protocolo da ação, realizada na comarca de Blumenau, conforme consta à fl. 28, que corresponde à fl. 2 da execução). Então, pode-se, afirmar a não configuração da aventada prescrição, o que se diz a partir de precedentes da Casa:

“APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS À EXECUÇÃO.

(...)

PREJUDICIAL DE MÉRITO.

PRESCRIÇÃO DA CÁRTULA. APRESENTAÇÃO FORA DA PRAÇA DE PAGAMENTO. EXECUÇÃO AJUIZADA DENTRO DO PRAZO LEGAL, OBSERVADO O PRAZO PARA APRESENTAÇÃO EM PRAÇA DIVERSA (60 DIAS - ART. 33 DA LEI N. 7.357/85). PRESCRIÇÃO NÃO VERIFICADA.

Recurso conhecido e desprovido.” (apelação cível n. 2014.082726-5, de Joinville, Quinta Câmara de Direito Comercial, relator o juiz Guilherme Nunes Born, j. em 19.3.2015).

Some-se:

“APELAÇÃO CÍVEL - EMBARGOS À EXECUÇÃO DE CHEQUES - SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA - RECURSO DA PARTE EMBARGANTE.

PRELIMINAR - ALEGADA PRESCRIÇÃO DE UM DOS TÍTULOS DE CRÉDITO QUE EMBASAM A AÇÃO EXECUTIVA - INOCORRÊNCIA - LAPSO TEMPORAL DE 6 MESES PARA O AJUIZAMENTO DO PROCESSO DE EXECUÇÃO QUE SE INICIA SOMENTE APÓS DECORRIDO O PRAZO DE APRESENTAÇÃO DAS CÁRTULAS - INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 33 E 59 DA LEI N. 7.357/85 - PROPOSITURA DA AÇÃO QUE SE DEU ANTES DO MARCO FINAL - CITAÇÃO VÁLIDA QUE FAZ RETROAGIR, À DATA DO AJUIZAMENTO DA DEMANDA, A INTERRUPÇÃO DA PRESCRIÇÃO - EXEGESE DO ARTIGO 219, § 1º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.

‘Consoante entendimento desta Corte, o lapso prescricional previsto no art. 59 da Lei nº 7.357/85 (de seis meses), somente tem início a partir da expiração do prazo para apresentação do cheque (de trinta dias), independentemente de o credor havê-lo feito em data anterior. Incidência da Súmula 083/STJ’ (REsp 274.633-6/SP, rel. Min. Jorge Scartezzini, j. 19-10-2006).

(...)” (grifo no original). (Apelação cível n. 2009.055879-7, de Tubarão, Terceira Câmara de Direito Comercial, relator o desembargador Cláudio Valdyr Helfenstein, j. em 19.8.2010).

Ainda:

“APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS À EXECUÇÃO REJEITADOS PELO MAGISTRADO *A QUO* QUE CONDENA O DEVEDOR AO PAGAMENTO DE MULTA POR LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. INSURGÊNCIA DO EMBARGANTE.

PROCESSIONAL CIVIL. ALEGADO ADVENTO DA PRESCRIÇÃO PARA A COBRANÇA DOS CHEQUES ATRAVÉS DO PROCEDIMENTO DA EXECUÇÃO. INOCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE TRANSCURSO DO PRAZO DE 06 (SEIS) MESES PREVISTO NO ART. 59 DA LEI N. 7.357/85 ENTRE A DATA DE EMISSÃO DAS CÂRTULAS E A DATA DE AJUIZAMENTO DA EXECUCIONAL. PRAÇA DE PAGAMENTO DIVERSA DO LOCAL DE EMISSÃO DOS CHEQUES. PRAZO PRESCRICIONAL QUE INICIA SOMENTE EMPÓS O TÉRMINO DOS 60 (SESSENTA) DIAS QUE O PORTADOR DISPÕE PARA APRESENTAR OS TÍTULOS AO BANCO SACADO. EXEGESE DO ART. 33 DA LEI DO CHEQUE. PRESCRIÇÃO NÃO CONFIGURADA. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA NESTE TÓPICO.

CONDENAÇÃO DO EMBARGANTE POR LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. DOCUMENTOS EXISTENTES NA AÇÃO DE EXECUÇÃO QUE DEMONSTRAM DE FORMA CLARA A TEMPESTIVIDADE DA PRETENSÃO MOVIDA PELO CREDOR. MANIFESTA INTENÇÃO DO DEVEDOR DE ALTERAR A VERDADE DOS FATOS, INDUZINDO O JUÍZO EM ERRO. EMBARGOS MERAMENTE PROTRELATÓRIOS. MÁ-FÉ CONFIGURADA. PENALIDADE MANTIDA.

INCONFORMISMO DESPROVIDO.” (apelação cível n. 2008.029351-3, de Ibirama, Quarta Câmara de Direito Comercial, relator o desembargador José Carlos Carstens Köhler, j. em 3.8.2010).

E se os cheques não estão prescritos, prestam-se eles a suportar a pretensão posta pela apelada, uma vez que continuam ostentando as características inerentes aos títulos de crédito, quais sejam, a literalidade, a autonomia e a cartularidade, assim conceituadas:

“a) *Literalidade*. O título é *literal* porque sua existência se regula pelo teor de seu conteúdo. O título de crédito se enuncia em um *escrito*, e somente

o que está nele inserido se leva em consideração; uma obrigação que dele não conste, embora sendo expressa em documento separado, nele não se integra.

b) *Autonomia*. Diz-se que o título de crédito é *autônomo* (não em relação à sua causa como às vezes se tem explicado), mas, segundo Vivante, porque o possuidor de boa fé exercita um direito próprio, que não pode ser restringido ou destruído em virtude das relações existentes entre os anteriores possuidores e o devedor. Cada obrigação que deriva do título é *autônoma* em relação às demais.

c) *Cartularidade* (documento necessário). O título de crédito se assenta, se materializa, numa cártula, ou seja, num papel ou documento. Para o exercício do direito resultante do crédito concedido torna-se essencial a exibição do documento. O documento é necessário para o exercício do direito de crédito. Sem a sua exibição material não pode o credor exigir ou exercitar qualquer direito fundado no título de crédito. (...).” (Grifo no original). (*Curso de direito comercial*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, v. II, p. 369-370).

Acerca dos requisitos do título executivo, ensina Luiz Fux:

“*Certa* é a obrigação indubitosa, resultante do título executivo. Incerta é a obrigação estimada pelo credor (...). A certeza que se exige deve estar revelada pelo título executivo, muito embora a natureza abstrata da execução permita a discussão da *causa debendi*. Em suma, a obrigação deve ser certa quanto à sua existência, e assim o é aquela assumida pelo devedor e consubstanciada em título executivo, muito embora ao crédito possa opor-se o executado, sustentando fatos supervenientes à criação da obrigação.

Exigível é a obrigação vencida. Em regra, o título consagra o vencimento da obrigação. (...) A exigibilidade confunde-se com o requisito do ‘inadimplemento do devedor’; por isso, inexigível a obrigação, é impossível a execução, que se impõe extinguir sem análise do mérito.

Líquida é a obrigação individuada no que concerne ao seu objeto. O devedor sabe ‘o que deve’. Assim, o objeto da execução que a torna líquida determina a espécie de procedimento a seguir. Desta sorte, se o devedor obrigou-se por quantia certa, seguir-se-á esta modalidade de execução;

se se comprometeu a fazer, este será o procedimento satisfativo; ou, se o vínculo consagra obrigação de entrega de coisa, diversos serão os meios executivos tendentes à satisfação do credor.

‘A liquidez indica quantitativa e qualitativamente o conteúdo da obrigação’, fixando os limites de atuação do Estado para atingir o escopo satisfativo a que se propõe o processo executivo.

O requisito em exame, por via de conseqüência, impede que se inicie a execução por obrigação de ‘conteúdo genérico’. Aliás, nesse particular, é claríssimo o texto legal do artigo 586, do CPC:

(...)” (grifo no original). (*Curso de direito processual civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 1261).

O exame atento dos autos permite a conclusão de que os cheques exibidos pela exequente constituem títulos executivos extrajudiciais (artigo 585 do Código de Processo Civil), revestindo-se eles das características de liquidez, certeza e exigibilidade (artigo 586 do Código de Processo Civil), o que torna viável a cobrança pela via executiva (artigo 614 do Código de Processo Civil).

Nas razões recursais, a apelante sustentou o desacordo comercial entre as partes, o que constitui alegação despropositada e sem qualquer sustentação jurídica.

Então, se os argumentos da apelante vieram destituídos de credibilidade e de um mínimo de prova, ônus esse que lhe competia, nos termos do artigo 333, inciso II, do Código de Processo Civil, a solução encontrada no primeiro grau mostra-se adequada e pertinente, nenhum reparo estando a merecer.

A propósito:

“Adotou o legislador método aparentemente simples de atribuição do encargo probatório a cada uma das partes, mas que encobre não poucas dificuldades; assim, em princípio cabe ao autor a prova dos fatos constitutivos de seu direito (inciso I) e ao réu a prova dos fatos

impeditivos, modificativos ou extintivos do direito da parte contrária (inciso II).

(...)

Coisa diversa, entretanto, é cogitar a parte não propriamente de negar o fato porventura afirmado pela outra, mas de afirmar um segundo fato ou circunstância, contemporâneo ou posterior àquele, que ao invés de excluir o primeiro tome por pressuposto sua realidade, mas que de alguma forma sobre ele interfira, impedindo a produção de seus efeitos naturais, modificando-os ou mesmo extinguindo-os (não por outro motivo, fala o art. 333, II, em limitações relativamente ao direito alheio, partindo-se pois de sua potencial existência, e por conseguinte da do fato que lhe serviu de base); nesses casos, o ônus da demonstração do aspecto secundário será da parte que o tenha alegado. Exemplos de fatos impeditivos do direito alheio são a nulidade do negócio, por alegada incapacidade da parte no momento de sua formação, ou a ocorrência de fraude à execução (impedimentos inerentes aos próprios atos; não se alega que os negócios, no plano fático, não tenham existido, mas que não podem produzir efeitos ou gerar direitos ao outro contratante ou a terceiros em razão dos vícios apontados); do mesmo modo, a obtenção, pelo devedor, de concordata (impedimento superveniente), afetando a imediata exigibilidade do crédito. Como fatos modificativos podem ser citadas a transação ou a remissão parcial da dívida, e, finalmente, como fatos extintivos, o pagamento, a novação, a compensação e mesmo a decadência (quanto à prescrição, por não implicar o perecimento do direito material propriamente dito, mas apenas afetar a possibilidade de seu exercício em juízo, melhor se enquadra como fato impeditivo)”. (MARCATO, Antonio Carlos {Coord.}. *Código de processo civil interpretado*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 1.045-1.046).

Assim, diante de títulos formalmente perfeitos, revestidos das características de literalidade, autonomia e cartularidade, mostra-se desnecessária a comprovação da sua origem.

Em caso semelhante, essa Câmara já decidiu: apelação cível n. 2014.046496-0, de Trombudo Central, de minha relatoria, j. em 4.9.2014, apelação cível n. 2009.027493-2, de Blumenau, relatora a desembargadora

Soraya Nunes Lins, j. em 27.6.2013, e apelação cível n. 2008.043487-2, de Videira, relator o desembargador Cláudio Valdyr Helfenstein, j. em 31.5.2012.

Dessa forma, mostra-se viável a cobrança da dívida representada por título formalmente perfeito, até porque o cheque vale pelo que expressa. A discussão da origem da dívida seria possível, mas o ônus da prova do alegado recai sobre a emitente do cheque (insiste-se: a peça de embargos não se fez acompanhar de qualquer início de prova material, inviabilizando a abertura da instrução).

Com essas considerações, o recurso é desprovido, mantendo-se inalterada a sentença.

Por último, não se faz necessária “a manifestação expressa sobre todos os argumentos apresentados pelos litigantes” e, tampouco, a “menção expressa dos dispositivos infraconstitucionais tidos como violados”. (AgRg no REsp. 1.480.667/RS, rel. min. Mauro Campbell Marques, j. em 18.12.2014).

GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PÚBLICO

Ação Rescisória n. 2014.008179-7, de Canoinhas (Juízo de retratação do art. 543-C, § 7º, II, do CPC)

Relator: Des. Jaime Ramos

PROCESSUAL CIVIL - PEDIDO RESCISÓRIO JULGADO IMPROCEDENTE - RECURSO ESPECIAL INTERPOSTO PELO INSS - REVISÃO DE ACORDÃO DETERMINADA PELO ART. 543-C, § 7º, DO CPC, PARA EVENTUAL RETRATAÇÃO, EM VIRTUDE DE DECISÃO CONTRÁRIA DO STJ TOMADA EM RECURSOS REPETITIVOS SOBRE A MATÉRIA - ACIDENTE DE TRABALHO OCORRIDO ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI FEDERAL N. 9.528/1997 - CONCESSÃO DE AUXÍLIO-ACIDENTE - BENEFÍCIO MENSAL E VITALÍCIO - APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO CONCEDIDA APÓS A EDIÇÃO DA LEI FEDERAL N. 9.528/1997 - ACUMULAÇÃO DE BENEFÍCIOS - POSSIBILIDADE - “TEMPUS REGIT ACTUM” - MANUTENÇÃO DO “DECISUM”.

“A alteração de entendimento, por si só, não é fundamento hábil a rescindir decisão com trânsito em julgado, na esteira do entendimento sumulado do Supremo Tribunal Federal: ‘Não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais’ (Súmula 343)” (TJSC - Ação Rescisória n. 2013.072557-3, de Criciúma, Rel. Des. Pedro Manoel Abreu).

Ademais, “não ofende o artigo 86 da Lei n. 8.213/1991, em sua redação atual, o julgado que permite a percepção cumulativa do benefício auxílio-acidente com aposentadoria por tempo de contribuição, uma vez comprovado que o fato gerador da incapacidade é anterior à entrada em vigor da Lei n. 9.529/1997, que, como é cediço, proibiu a percepção cumulativa de tais benefícios [...]” (TJSC - Ação Rescisória n. 2011.002871-0, de Criciúma, Rel. Des. Vanderlei Romer).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Rescisória n. 2014.008179-7, da Comarca de Canoinhas, em que é autor Instituto Nacional do Seguro Social INSS, e réu Tomaz José Novak:

O Grupo de Câmaras de Direito Público decidiu, por votação unânime, reexaminar o acórdão retro, com base no art. 543-C, § 7º, II e § 8º, do CPC, e confirmar o resultado do julgamento anterior. Custas na forma da lei.

Do julgamento realizado em 09 de dezembro de 2015, presidido pelo Exmo. Sr. Desembargador Cesar Abreu, com voto, participaram os Exmos. Srs. Desembargadores João Henrique Blasi, Jorge Luiz de Borba, Ronei Danielli, Luiz Fernando Boller, Ricardo Roesler, Carlos Adilson Silva, Edemar Gruber, Sérgio Baasch Luz e Cid Goulart.

Florianópolis, 09 de dezembro de 2015.

Jaime Ramos
Relator

RELATÓRIO

O Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), com fundamento no art. 485, inciso V, do Código de Processo Civil, ajuizou a presente ação rescisória, com pedido de tutela antecipada, com o intuito de rescindir o acórdão da lavra do eminente Des. Substituto Francisco Oliveira Neto (Apelação Cível n. 2011.057029-5, de Canoinhas), transitado em julgado no dia 11/07/2013, que não conheceu do recurso de apelação que interpôs e deu provimento parcial à remessa oficial “para determinar que sobre o valor devido incida correção monetária pela TR, a partir de quando deveria ter sido paga cada parcela e, a contar da citação, incidirão unicamente, para fins de juros e correção monetária, os índices oficiais da caderneta de poupança”, mantendo, no mais, a sentença que condenou a autarquia federal ao pagamento do auxílio-acidente, a contar de

30/11/2009, cumulado com a aposentadoria por tempo de contribuição concedida em 1º/12/2009.

A autarquia federal sustenta que, no caso concreto, não se aplica o enunciado da Súmula 343, do Supremo Tribunal Federal; que o acórdão rescindendo admitiu a acumulação do auxílio-acidente percebido até 30/11/2009 com a aposentadoria concedida a partir de 1º/12/2009, sob o fundamento “de que a lesão incapacitante que deu origem ao auxílio-acidente foi anterior à edição da Lei n. 9.528/1997, sendo possível a cumulação entre auxílio-acidente e aposentadoria, dado à manutenção do caráter de vitaliciedade do benefício acidentário”; que o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp n. 1.296.673/MG, sob o rito do art. 543-C, do Código de Processo Civil, assentou que o auxílio-acidente não pode ser acumulado com os proventos de aposentadoria, exceto se ambos forem concedidos antes da vigência da Lei Federal n. 9.528/1997; que, no caso em discussão, tanto a lesão incapacitante quanto a aposentadoria são posteriores à vigência da Lei Federal n. 9.528/1997, que deu nova redação ao art. 86, § 3º, da Lei Federal n. 8.213/1991, daí por que os benefícios não podem ser acumulados; que, por isso, o acórdão rescindendo violou literal disposição de lei (art. 485, inciso V, do CPC), sobretudo o art. 86, § 3º, da Lei Federal n. 8.213/1991, com redação dada pela Lei Federal n. 9.032/1995.

Requeru: **a)** a concessão da tutela antecipada para suspender os efeitos da decisão rescindenda, bem como o processo de execução e o pagamento judicial; **b)** a procedência do pedido rescisório para desconstituir o acórdão rescindendo, julgando-se improcedente, por conseguinte, o pedido formulado pelo segurado; **c)** a condenação do segurado no sentido de devolver qualquer valor percebido por força da decisão rescindenda; **d)** a condenação do segurado ao pagamento dos honorários advocatícios.

Indeferido o pedido de antecipação dos efeitos da tutela, o INSS interpôs agravo regimental, ao qual foi negado provimento por este Grupo de Câmaras de Direito Público.

Citado, o segurado, réu da rescisória, contestou dizendo que a ação rescisória não merece prosperar porque, ao tempo em que lavrado o acórdão rescindendo, os Tribunais “ainda não tinham posicionamento firme e consolidado sobre a matéria, predominantemente decidindo pela cumulatividade”, sendo aplicável, portanto, o enunciado da Súmula n. 343, do STF; que a mudança de entendimento jurisprudencial não autoriza o manejo da ação rescisória, devendo ser respeitado, no caso, a coisa julgada (art. 5º, inciso XXXVI, da CF/1988); que o auxílio-acidente foi concedido em 05/11/1995, quando ainda vigente o texto originário do art. 86, da Lei Federal n. 8.213/1991, ou seja, era vitalício, o que autorizava a percepção cumulada com qualquer outro benefício; que o princípio “tempus regit actum” lhe assegura o direito de perceber os benefícios cumulativamente; que, em caso de procedência do pedido rescisório, não está obrigado a restituir os valores que, por força de decisão judicial, percebeu de boa-fé, sobretudo em virtude da natureza alimentar da verba percebida.

Requeru: **a)** o benefício da justiça gratuita; **b)** em caso de procedência do pedido rescisório, não seja condenado a devolver os valores que percebeu de boa-fé.

Com vista dos autos, a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Exmo. Sr. Dr. Guido Feuser, que entendeu não haver interesse público na causa, deixou de intervir.

No dia 18/03/2015, o INSS peticionou requerendo reconsideração da decisão que indeferiu o pedido de antecipação dos efeitos da tutela, mas do pedido não se conheceu.

Este Grupo de Câmaras de Direito Público, por acórdão deste Relator Designado, decidiu, por maioria de votos, julgar improcedente o pedido rescisório.

O INSS interpôs Recurso Especial alegando que o benefício do auxílio-acidente somente poderia ser cumulado com a aposentadoria se

os fatos geradores dos dois benefícios (auxílio-acidente e aposentadoria) fossem anteriores à Lei Federal n. 9.528/97, que proibiu a cumulação de tais benefícios.

A 2ª Vice-Presidência desta Corte de Justiça, a quem compete o exame de admissibilidade do recurso, em razão da decisão tomada em incidente de Recursos Repetitivos pelo Superior Tribunal de Justiça devolveu a este Grupo de Câmaras de Direito Público os presentes autos para fins do disposto no art. 543-C, §§ 7º, inciso II, e 8º, do Código de Processo Civil.

VOTO

1. Trata-se de reexame, para eventual retratação a que se refere o art. 543-C, § 7º, inciso II, do Código de Processo Civil, do julgamento da Ação Rescisória n. 2014.008179-7, da Comarca de Canoinhas, em que este Grupo de Câmaras de Direito Público, na sessão de 08/07/2015, por maioria de votos, julgou improcedente o pedido rescisório, mantendo a acumulação do benefício de auxílio-acidente concedido antes da vigência da Lei Federal n. 9.528/1997, com o da aposentadoria por tempo de contribuição concedida depois da edição da Lei Federal n. 9.528/1997.

Contra o respectivo acórdão o INSS interpôs Recurso Especial que ficou sobrestado na 2ª Vice-Presidência até que fosse julgado o incidente de Recursos Repetitivos instaurado no Superior Tribunal de Justiça sobre a matéria.

Ao julgar o referido incidente a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça deu provimento ao Recurso Especial Repetitivo n. 1.296.673/MG, interposto pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, para julgar improcedente um pedido idêntico ao destes autos, de cumulação dos benefícios de auxílio-acidente e aposentadoria, ao fundamento de que somente é possível a cumulação das duas benesses, nos casos em que tanto a lesão ensejadora do direito ao auxílio-acidente, quanto o início da

aposentadoria sejam anteriores à alteração do art. 86, §§ 2º e 3º, da Lei Federal n. 8.213/91, promovida em 11/11/1997 pela MP 1.596-14/97, posteriormente convertida na Lei Federal n. 9.528/97.

Em razão desse julgamento do incidente de recursos repetitivos, a eminente 2ª Vice-Presidente houve por bem determinar o retorno dos presentes autos a este Grupo de Câmaras de Direito Público, para o reexame do acórdão e eventual retratação, nos termos do art. 543-C, § 7º, do Código de Processo Civil.

O art. 543-C, do Estatuto Processual Civil, com a redação dada pela Lei n. 11.418, de 19/12/2006, no que interessa ao deslinde da causa, estabelece:

“Art. 543-C. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, o recurso especial será processado nos termos deste artigo.

“[...]”

“§ 7º Publicado o acórdão do Superior Tribunal de Justiça, os recursos especiais sobrestados na origem:

“I - terão seguimento denegado na hipótese de o acórdão recorrido coincidir com a orientação do Superior Tribunal de Justiça; ou

“II - serão novamente examinados pelo tribunal de origem na hipótese de o acórdão recorrido divergir da orientação do Superior Tribunal de Justiça.”

THEOTÔNIO NEGRÃO, JOSÉ ROBERTO F. GOUVÊA E LUIS GUILHERME A. BONDIOLI acerca desse dispositivo, lecionam:

“Na hipótese de se considerar inadmissível o recurso especial com fundamento em idêntica questão de direito selecionado para efeito do art. 543- C (v. Nota 2ª), os recursos especiais sobrestados na origem devem simplesmente seguir adiante, como se nada houvesse acontecido, até que novo recurso seja pinçado para deflagrar o mecanismo previsto nesse dispositivo legal.

“Para que o Julgamento do recurso especial produza os efeitos programados no art. 543-C, ‘a questão de direito idêntica, além de estar selecionada na decisão que instaurou o incidente de processo repetitivo, deve ter sido expressamente debatida no acórdão recorrido e nas razões do recurso especial, preenchendo todos os requisitos de admissibilidade’ (STJ - 2ª Seção, Resp 1.061530, Min. Nancy Andrighi, j. 22.10.2008, DJ 10.3.09).

“Dessa decisão denegatória, proferida pelo tribunal local, cabe agravo de instrumento (art. 544).

“No reexame de recurso especial sobrestado, é possível a retratação por parte do tribunal local (v. Art. 543-B § 3º), nos casos em que o acórdão por ele proferido e objeto daquele recurso contrastar com o entendimento firmado pelo STJ no julgamento dos recursos anteriormente selecionados. Da decisão de retratação cabe novo recurso especial (CF105-III)” (Código de processo civil e legislação processual em vigor. 42ª. ed., Editora Saraiva, p. 697).

Todavia, não obstante o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial Repetitivo n. 1.296.673/MG, por acórdão da lavra do Ministro Herman Benjamin, tenha afirmado que a cumulação entre os benefícios auxílio-acidente e aposentadoria somente é possível nos casos em que tanto a lesão ensejadora do direito ao auxílio-acidente, quanto o início da aposentadoria sejam anteriores à alteração do art. 86, §§ 2º e 3º, da Lei Federal n. 8.213/91, promovida em 11/11/1997 pela MP 1.596-14/97, posteriormente convertida na Lei Federal n. 9.528/97, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no dia 08/02/2007, deu provimento por maioria de votos aos Recursos Extraordinários ns. 416.827/SC e 415.454/SC, ambos interpostos pelo INSS, para afastar a aplicação da Lei Federal n. 9.032/95 e determinar que o cálculo do benefício pensão por morte seja realizado nos termos da lei vigente à época do óbito do instituidor da pensão, ou seja, a maioria dos Ministros do Supremo Tribunal Federal entendeu que o cálculo dos benefícios previdenciários/acidentários deve respeitar a legislação vigente à época em que o segurado adquiriu o direito ao benefício, aplicando-se o princípio “tempus regit actum”.

Embora as decisões proferidas pelo Pretório Excelso em Recursos Extraordinários, portanto, no controle difuso da constitucionalidade das leis e dos atos normativos, inclusive jurisdicionais, como é o caso, não possuam efeito “erga omnes”, e valham apenas para as partes dos respectivos processos, a orientação fixada pelo Supremo Tribunal Federal deve ser adotada no presente caso a fim de preservar a segurança jurídica e a uniformidade dos julgamentos. Assim, os benefícios acidentários já concedidos ou pendentes de concessão devem ser regidos pela legislação vigente à época em que o segurado passou a ter direito ao benefício em virtude da ocorrência do acidente de trabalho.

Os julgados enfatizam a necessidade de se garantir a aplicação do princípio da irretroatividade das leis, uma vez que estas não podem prejudicar o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, como vem proclamado no art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal de 1988, e no art. 6º, da Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-lei n. 4.657, de 04/09/1942). Dizem, também, que a concessão de benefícios resultantes de infortúnios anteriores à lei aplicada viola o disposto no art. 195, § 5º, da Carta Magna, segundo o qual, “nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total”.

2. O INSS alega que “o ajuizamento da presente ação rescisória [...] não pode ser obstaculizado pelo TJ/SC, com base na Súmula 343, do STF, vez que a finalidade da medida judicial envidada pela autarquia é justamente rescindir acórdão que viola expressa disposição de lei infraconstitucional por contrariar a interpretação definitiva do art. 86, § 3º da Lei n. 8.213/1991, com redação dada pela Lei n. 9.528/1997”.

De outro lado, o segurado sustenta que, ao tempo em que foi proferido o acórdão rescindendo, os Tribunais Superiores “ainda não tinham posicionamento firme e consolidado sobre a matéria, predominantemente decidindo pela cumulatividade”, razão pela qual, com base no enunciado da Súmula 343, do Supremo Tribunal Federal, não cabe o ajuizamento da ação rescisória.

Assiste razão ao segurado, réu desta ação rescisória.

Isso porque, este Grupo de Câmaras de Direito Público decidiu, na sessão do dia 10/09/2014, por votação unânime, pela incidência do enunciado da Súmula n. 343, do Supremo Tribunal Federal e, por isso, julgou improcedente o pedido rescisório idêntico, deduzido na Ação Rescisória n. 2013.056399-7, de Canoinhas, de que foi Relator o Des. Subst. Paulo Henrique Moritz Martins da Silva, em acórdão assim ementado:

“AÇÃO RESCISÓRIA. SENTENÇA QUE RECONHECEU O DIREITO DO SEGURADO À ACUMULAÇÃO DO AUXÍLIO-ACIDENTE COM APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO. VIOLAÇÃO A LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI NÃO CONFIGURADA. (CPC, ART. 485, V). INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO N. 343 DA SÚMULA DO STF. PRECEDENTES. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO.

“A alteração de entendimento, por si só, não é fundamento hábil a rescindir decisão com trânsito em julgado, na esteira do entendimento sumulado do Supremo Tribunal Federal: ‘Não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais’ (Súmula 343)”. (AR n. 2013.072557-3, de Criciúma, rel. Des. Pedro Manoel Abreu, j. 11-6-2014 - original sem destaque).

No mesmo sentido:

“Ação Rescisória. Previdenciário. Cumulação de aposentadoria com auxílio-acidente. Decisão rescindenda lançada em época de divergência jurisprudencial e interpretativa sobre a vedação da Lei n. 9.528/97. Súmula 343 do STF. Inexistência de violação à dispositivo de lei. Ação improcedente.

“A alteração de entendimento, por si só, não é fundamento hábil a rescindir decisão com trânsito em julgado, na esteira do entendimento sumulado do Supremo Tribunal Federal: ‘Não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais’

(Súmula 343)”. (TJSC - Ação Rescisória n. 2013.072557-3, de Criciúma, Rel. Des. Pedro Manoel Abreu, julgada em 11/06/2014 - grifou-se)

Dos fundamentos deste julgado extrai-se:

“Com efeito, parcela da Corte tem proferido decisões no sentido de que, tendo o acidente ocorrido antes da entrada em vigor da Lei n. 9.528/97, o caráter vitalício do auxílio-acidente autoriza sua cumulação com qualquer aposentadoria, independentemente da data de implantação dessa benesse.

“Posicionamento mais recente, porém, advindo da Primeira Turma da Corte Superior, autoriza a cumulação dos benefícios somente quando tanto a eclosão da moléstia incapacitante quanto a concessão da aposentadoria se derem em momento anterior à Lei n. 9.528/97.

“O acórdão paradigma que vem sendo adotado nas inúmeras decisões do STJ sobre o tema está assim ementado:

“RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA. MATÉRIA REPETITIVA. ART. 543-C DO CPC E RESOLUÇÃO STJ 8/2008. RECURSO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. CUMULAÇÃO DE BENEFÍCIOS. AUXÍLIO-ACIDENTE E APOSENTADORIA. ART. 86, §§ 2º E 3º, DA LEI 8.213/1991, COM A REDAÇÃO DADA PELA MEDIDA PROVISÓRIA 1.596-14/1997, POSTERIORMENTE CONVERTIDA NA LEI 9.528/1997. CRITÉRIO PARA RECEBIMENTO CONJUNTO. LESÃO INCAPACITANTE E APOSENTADORIA ANTERIORES À PUBLICAÇÃO DA CITADA MP (11.11.1997). DOENÇA PROFISSIONAL OU DO TRABALHO. DEFINIÇÃO DO MOMENTO DA LESÃO INCAPACITANTE. ART. 23 DA LEI 8.213/1991. CASO CONCRETO. INCAPACIDADE POSTERIOR AO MARCO LEGAL. CONCESSÃO DO AUXÍLIO-ACIDENTE. INVIABILIDADE. 1. Trata-se de Recurso Especial interposto pela autarquia previdenciária com intuito de indeferir a concessão do benefício de auxílio-acidente, pois a manifestação da lesão incapacitante ocorreu depois da alteração imposta pela Lei 9.528/1997 ao art. 86 da Lei de Benefícios, que vedou o recebimento conjunto do mencionado benefício com aposentadoria. 2. A solução integral da controvérsia, com fundamento suficiente, não caracteriza ofensa ao art. 535 do CPC. 3.

A acumulação do auxílio-acidente com proventos de aposentadoria pressupõe que a eclosão da lesão incapacitante, ensejadora do direito ao auxílio-acidente, e o início da aposentadoria sejam anteriores à alteração do art. 86, §§ 2º e 3º, da Lei 8.213/1991 (“§ 2º O auxílio-acidente será devido a partir do dia seguinte ao da cessação do auxílio-doença, independentemente de qualquer remuneração ou rendimento auferido pelo acidentado, vedada sua acumulação com qualquer aposentadoria; § 3º O recebimento de salário ou concessão de outro benefício, exceto de aposentadoria, observado o disposto no § 5º, não prejudicará a continuidade do recebimento do auxílio-acidente.”), promovida em 11.11.1997 pela Medida Provisória 1.596-14/1997, que posteriormente foi convertida na Lei 9.528/1997. No mesmo sentido: REsp 1.244.257/RS, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 19.3.2012; AgRg no AREsp 163.986/SP, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 27.6.2012; AgRg no AREsp 154.978/SP, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 4.6.2012; AgRg no REsp 1.316.746/MG, Rel. Ministro Cesar Asfor Rocha, Segunda Turma, DJe 28.6.2012; AgRg no AREsp 69.465/RS, Rel. Ministro Cesar Asfor Rocha, Segunda Turma, DJe 6.6.2012; EREsp 487.925/SP, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Terceira Seção, DJe 12.2.2010; AgRg no Ag 1375680/MS, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, DJe 19.10.2011; AREsp 188.784/SP, Rel. Ministro Humberto Martins (decisão monocrática), Segunda Turma, DJ 29.6.2012; AREsp 177.192/MG, Rel. Ministro Castro Meira (decisão monocrática), Segunda Turma, DJ 20.6.2012; EDcl no Ag 1.423.953/SC, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki (decisão monocrática), Primeira Turma, DJ 26.6.2012; AREsp 124.087/RS, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki (decisão monocrática), Primeira Turma, DJ 21.6.2012; AgRg no Ag 1.326.279/MG, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, DJe 5.4.2011; AREsp 188.887/SP, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho (decisão monocrática), Primeira Turma, DJ 26.6.2012; AREsp 179.233/SP, Rel. Ministro Francisco Falcão (decisão monocrática), Primeira Turma, DJ 13.8.2012.

4. Para fins de fixação do momento em que ocorre a lesão incapacitante em casos de doença profissional ou do trabalho, deve ser observada a definição do art. 23 da Lei 8.213/1991, segundo a qual “considera-se como dia do acidente, no caso de doença profissional ou do trabalho, a data do início da incapacidade laborativa para o exercício da atividade

habitual, ou o dia da segregação compulsória, ou o dia em que for realizado o diagnóstico, valendo para este efeito o que ocorrer primeiro”. Nesse sentido: REsp 537.105/SP, Rel. Ministro Hamilton Carvalho, Sexta Turma, DJ 17/5/2004, p. 299; AgRg no REsp 1.076.520/SP, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 9/12/2008; AgRg no Resp 686.483/SP, Rel. Ministro Hamilton Carvalho, Sexta Turma, DJ 6/2/2006; (AR 3.535/SP, Rel. Ministro Hamilton Carvalho, Terceira Seção, DJe 26/8/2008). 5. No caso concreto, a lesão incapacitante eclodiu após o marco legal fixado (11.11.1997), conforme assentado no acórdão recorrido (fl. 339/STJ), não sendo possível a concessão do auxílio-acidente por ser inacumulável com a aposentadoria concedida e mantida desde 1994. 6. Recurso Especial provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução 8/2008 do STJ. (REsp 1296673/MG, rel. Min. HERMAN BENJAMIN, j. 22.8.2012)'

“Diversos órgãos deste Tribunal têm acompanhado o entendimento, reconhecendo a necessidade de ambos os benefícios serem anteriores à Lei n. 9.528/97. Veja-se:

“PREVIDENCIÁRIO. RESTABELECIMENTO DO AUXÍLIO-ACIDENTE. BENEFÍCIO PERCEBIDO NOS MOLDES DA LEI N. 6.367/1976. APOSENTADORIA POR IDADE CONCEDIDA APÓS A EDIÇÃO DA LEI N. 9.528/1997. IMPOSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO DOS BENEFÍCIOS. RESTABELECIMENTO INDEVIDO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. “Segundo entendimento pacífico desta Terceira Seção, é requisito para a acumulação do auxílio-acidente com proventos de aposentadoria que a lesão incapacitante e a concessão da aposentadoria sejam anteriores às alterações promovidas pela Lei n. 9.528/97’ (AgRg nos EAg n. 1375680/MS, rel. Min. Jorge Mussi, j. 8-8-2012). (TJSC, Apelação Cível n. 2012.085471-6, de Balneário Camboriú, rel. Des. Jorge Luiz de Borba, j. 11-06-2013).

“PREVIDENCIÁRIO - AUXÍLIO-ACIDENTE - INFORTÚNIO OCORRIDO SOB A ÉGIDE DA LEI N. 8.213/91 - APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO CONCEDIDA APÓS A EDIÇÃO DA LEI N. 9.528/97 - CUMULAÇÃO DE BENEFÍCIOS - IMPOSSIBILIDADE NA HIPÓTESE. “A acumulação do auxílio-

acidente com proventos de aposentadoria é possível somente se a lesão incapacitante e a concessão da aposentadoria forem anteriores às alterações promovidas pela Lei nº 9.528/97, consoante a jurisprudência da Primeira Seção desta Corte, firmada no Recurso Especial nº 1.296.673/MG, rel. Min. Herman Benjamin, submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução 8/2008 do STJ.2. Recurso especial não provido.”(Resp 1311604/SE, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 02/10/2012, DJe 09/10/2012) (TJSC, Ap. Cív. n. 2012.024012-0, de Joinville, rel. Des. Gaspar Rubick, j. 23.7.2013)’.

“De relatoria desse relator, cita-se, ainda:

“Apelação Cível. Cumulação de auxílio-acidente com aposentadoria por idade. Impossibilidade. Jubilação ocorrida após a edição da Lei n. 8.528/97. A jurisprudência remansosa do Superior Tribunal de Justiça evoluiu no sentido de que somente é possível a cumulação de auxílio-acidente com aposentadoria se a lesão incapacitante, geradora do auxílio-acidente, e a concessão da aposentadoria forem anteriores às alterações legislativas da Lei n. 9.528/97 (REsp 1296673/MG, rel. Min. HERMAN BENJAMIN, j. 22.8.2012) (TJSC, Apelação Cível n. 2012.001456-3, de Chapecó, j. 2.7.2013).

“Desse modo, vige, hoje, o entendimento de que ambos os benefícios devem ser anteriores à Lei n. 9.528/97.

“Na época da prolação da sentença, todavia, em 16.6.2010, reinava a interpretação no sentido de que bastava o auxílio-acidente ser anterior à norma para garantir a sua percepção vitalícia. Assim, sob a posição até então adotada, permitia-se - como ainda se permite por parcela dos membros da Corte - que o auxílio-acidente fosse mantido desde que concedido em período anterior à novel legislação, independentemente da data da concessão da aposentadoria.

“Negrita-se que a alteração de entendimento, por si só, não é fundamento hábil a rescindir o julgado, na esteira do entendimento sumulado do Supremo Tribunal Federal: ‘Não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais’ (Súmula 343).

“Em igual sentido, colhe-se do Superior Tribunal de Justiça:

“PROCESSO CIVIL - AÇÃO RESCISÓRIA - VIOLAÇÃO A LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI - ACÓRDÃO DECIDIDO COM RESPALDO EM DISPOSITIVOS INFRACONSTITUCIONAIS SEGUNDO ENTENDIMENTO VIGENTE À ÉPOCA - APLICAÇÃO DA SÚMULA 343/STF. [...] Não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais. Súmula nº 343/STF. (AR 4.895/PR, rel. Min. ELIANA CALMON, j. 11.9.2013)’

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO RESCISÓRIA. OFENSA A LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI. INOCORRÊNCIA. TEXTO LEGAL DE INTERPRETAÇÃO CONTROVERTIDA NOS TRIBUNAIS. ARTIGO 485, V, DO CPC. SÚMULA N.º 343 DO STF. [...] 1- O recorrente não conseguiu demonstrar, de forma inequívoca, à alegada violação da lei, devendo o acórdão rescindendo continuar coberto pelo manto da coisa julgada material. 2 - Ocorrência de divergência interpretativa acerca do assunto em causa, atraindo, ao caso sub examine, o enunciado da Súmula 343 do STF (AgRg no REsp 1370559/RJ, rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, j. 6.8.2013)’

“Cita-se, ainda, recente julgado proferido pelo Grupo de Câmaras de Direito Público desta Corte:

“Conforme o Código de Processo Civil a ‘sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida’ (art. 485), entre outras hipóteses, quando ‘violar literal disposição de lei’ (inciso V). Entretanto, ‘a violação da lei que autoriza o remédio extremo da ação rescisória é aquela que consubstancia desprezo pelo sistema de normas no julgado rescindendo’ (AR n. 4.248, Min. Mauro Campbell Marques). De ordinário, ‘a coisa julgada deve ser respeitada ainda que posteriormente a jurisprudência confira à norma outro sentido do que originariamente aplicado na decisão transitada’ (AgRgREsp n. 1.153.690, Min. Paulo de Tarso Sanseverino)’. (Ação Rescisória n. 2010.084884-1, da Capital, rel. Des. Newton Trisotto, j. 28.11.2012) [...] A mudança de entendimento jurisprudencial não pode justificar, somente por este motivo, a impugnação por via da ação rescisória. [...] A existência de interpretações jurisprudenciais razoáveis distintas sobre o mesmo tema, em um mesmo espaço de tempo, atrai a incidência da disposto na Súmula 343 do STF (TJSC, Ação Rescisória

n. 2011.064613-0, da Capital, rel. Des. Nelson Schaefer Martins, j. 11.9.2013)’.
“[...]

“Ante o exposto, julga-se improcedente o pedido inicial, extinguindo-se o feito na forma do art. 269, I, do CPC. Custas pelo INSS, observada a redução legal, além dos honorários advocatícios que, observados os critérios legais, são fixados em R\$ 1.000,00 (mil reais)”. (TJSC - Ação Rescisória n. 2013.072557-3, de Criciúma, Rel. Des. Pedro Manoel Abreu, julgada em 11/06/2014)

Portanto, se à época em que a sentença foi proferida (24/01/2011) havia divergência jurisprudencial e interpretativa acerca da possibilidade, ou não, de se acumular o auxílio-acidente com os proventos da aposentadoria, o que ainda ocorre nos dias atuais, vale dizer, se o julgado rescindendo está sustentado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais, incide o enunciado da Súmula n. 343, do Supremo Tribunal Federal, segundo o qual “Não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais”, daí por que se julga improcedente o pedido rescisório.

3. De qualquer modo, ainda que não se aplicasse o enunciado da Súmula n. 343, do Supremo Tribunal Federal, o pedido rescisório é improcedente.

Impende registrar, inicialmente, que consoante a orientação da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, em face de questão constitucional, a concessão de benefícios relativos a acidentes de trabalho deve seguir as normas da época da aquisição do direito, com base no princípio “tempus regit actum”.

Os benefícios previdenciários/acidentários tiveram seu regramento próprio dado pela Lei Federal n. 3.807/60, modificada ou substituída pelas Leis n. 5.890/73, 6.367/76 e 8.213/91, com as alterações dadas pelas Leis n. 9.032/95 e 9.528/97. As referidas leis foram regulamentadas por Decretos Federais, tais como: Decreto n. 61.784/67, Decreto n.

79.037/76, Decreto n. 83.080/79, Decreto n. 357/91, alterado pelo Decreto n. 611/92, e Decreto n. 3.048/99, alterado pelo Decreto n. 4.032/2001.

No caso concreto, o benefício do auxílio-acidente foi concedido em 05/01/1995 e, por isso, são aplicáveis as disposições da Lei Federal n. 8.213/1991.

O art. 86, da Lei Federal n. 8.213, de 24/07/1991, na sua redação original, tinha a seguinte redação:

“Art. 86 - O auxílio-acidente será concedido ao segurado quando, após a consolidação das lesões decorrentes do acidente de trabalho, resultar seqüela que implique:

“I - redução da capacidade laborativa que exija maior esforço ou necessidade de adaptação para exercer a mesma atividade, independentemente de reabilitação profissional;

“II - redução da capacidade laborativa que impeça, por si só, o desempenho da atividade que exercia à época do acidente, porém, não de outra, do mesmo nível de complexidade, após reabilitação profissional; ou

“III - redução da capacidade laborativa que impeça, por si só, o desempenho da atividade que exercia à época do acidente, porém não o de outra, de nível inferior de complexidade, após reabilitação profissional.

“§ 1º - O auxílio-acidente, **mensal e vitalício**, corresponderá, respectivamente às situações previstas nos incisos I, II e III deste artigo, a 30% (trinta por cento), 40% (quarenta por cento) ou 60% (sessenta por cento) do salário-de-contribuição do segurado vigente no dia do acidente, não podendo ser inferior a esse percentual do seu salário-de-benefício” (destaque apostro).

“§ 2º O auxílio-acidente será devido a partir do dia seguinte ao da cessação do auxílio-doença, independentemente de qualquer remuneração ou rendimento auferido pelo acidentado.

“§ 3º O recebimento de salário ou concessão de outro benefício não prejudicará a continuidade do recebimento do auxílio-acidente.

“§ 4º Quando o segurado falecer em gozo do auxílio-acidente, a metade do valor deste será incorporada ao valor da pensão se a morte não resultar do acidente do trabalho.

“§ 5º Se o acidentado em gozo do auxílio-acidente falecer em consequência de outro acidente, o valor do auxílio-acidente será somado ao da pensão, não podendo a soma ultrapassar o limite máximo previsto no § 2º. do art. 29 desta lei.”

A Lei Federal n. 9.032, de 28/04/1995, deu a seguinte redação ao “caput” do art. 86 e seu § 1º, da Lei n. 8.213/91, mantendo intactos os §§ 2º e 3º, mas revogou os §§ 4º e 5º:

“Art. 86. O auxílio-acidente será concedido, como indenização, ao segurado quando, após a consolidação das lesões decorrentes de acidente de qualquer natureza que impliquem em redução da capacidade funcional.

“§ 1º O auxílio-acidente **mensal e vitalício** corresponderá a 50% (cinquenta por cento) do salário-de-benefício do segurado.”

A Lei Federal n. 9.129, de 20/11/1995, mexeu apenas no “caput”:

“Art. 86. O auxílio-acidente será concedido, como indenização, ao segurado quando, após a consolidação das lesões decorrentes de acidente de qualquer natureza, resultar seqüelas que impliquem redução da capacidade funcional.”

Por fim, a Medida Provisória n. 1.596-14, de 10/11/1997, que se converteu na Lei Federal n. 9.528, de 10/12/1997, reformulando sensivelmente o art. 86 e seus parágrafos, da Lei Federal n. 8.213/91, além de dar nova redação ao “caput” e seus §§ 1º a 3º, restabeleceu o § 4º com novo texto:

“Art. 86. O auxílio-acidente será concedido, como indenização, ao segurado quando, após consolidação das lesões decorrentes de acidente de qualquer natureza, resultarem seqüelas que impliquem redução da capacidade para o trabalho que habitualmente exercia.

“§ 1º O auxílio-acidente mensal corresponderá a cinquenta por cento do salário-de-benefício e será devido, observado o disposto no § 5º, **até**

a véspera do início de qualquer aposentadoria ou até a data do óbito do segurado.

“§ 2º O auxílio-acidente será devido a partir do dia seguinte ao da cessação do auxílio-doença, independentemente de qualquer remuneração ou rendimento auferido pelo acidentado, vedada sua acumulação com qualquer aposentadoria.

“§ 3º O recebimento de salário ou concessão de outro benefício, exceto de aposentadoria, observado o disposto no § 5º, não prejudicará a continuidade do recebimento do auxílio-acidente.

“§ 4º A perda da audição, em qualquer grau, somente proporcionará a concessão do auxílio-acidente, quando, além do reconhecimento de causalidade entre o trabalho e a doença, resultar, comprovadamente, na redução ou perda da capacidade para o trabalho que habitualmente exercia.”

Vê-se que na redação original do art. 86 e seus parágrafos da Lei Federal n. 8.213/91 e em suas alterações formuladas pelas Leis n. 9.032/95 e 9.129/95, o **auxílio-acidente** se manteve “mensal e vitalício”, tal como já vinha sendo considerado desde a Lei Federal n. 6.367/76, ou seja, podia ser cumulado com aposentadoria de qualquer espécie que não fosse oriunda do mesmo acidente de trabalho.

A Medida Provisória n. 1.596-14, de 10/11/1997, convertida na Lei n. 9.528, de 10/12/1997, é que **vedou a acumulação de auxílio-acidente** com qualquer espécie de aposentadoria.

Todavia, em face da orientação consolidada no Supremo Tribunal Federal, e do princípio “tempus regit actum”, é evidente a impossibilidade de aplicação da Medida Provisória n. 1.596-14/97 e respectiva Lei Federal n. 9.528/97, para vedar a cumulação entre auxílio-acidente e aposentadoria de qualquer espécie não decorrente do mesmo infortúnio, nos casos em que o fato gerador da incapacidade parcial que gerou o benefício acidentário é anterior aos referidos normativos alteradores.

Não se desconhece que, na data de 22/08/2012, o Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o Recurso Especial n. 1.296.673/MG, como

representativo de matéria repetitiva, nos termos do art. 543-C do Código de Processo Civil e da Resolução STJ n. 8/2008, por acórdão da lavra do eminente Ministro Herman Benjamin, ainda que tratasse de acidente de trabalho ou doença ocupacional posterior à MP n. 1.596-14/97 e à Lei Federal n. 9.528/97, em face do que o auxílio-acidente jamais poderia ser cumulado com a aposentadoria, tratou de esclarecer que, de qualquer forma, para que seja possível a cumulação é necessário que ambos os benefícios tenham sido anteriores às referidas normas alteradoras da Lei n. 8.213/91. Veja-se o trecho decisivo dessa definição:

“RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA. MATÉRIA REPETITIVA. ART. 543-C DO CPC E RESOLUÇÃO STJ 8/2008. RECURSO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. CUMULAÇÃO DE BENEFÍCIOS. AUXÍLIO-ACIDENTE E APOSENTADORIA. ART. 86, §§ 2º E 3º, DA LEI 8.213/1991, COM A REDAÇÃO DADA PELA MEDIDA PROVISÓRIA 1.596-14/1997, POSTERIORMENTE CONVERTIDA NA LEI 9.528/1997. CRITÉRIO PARA RECEBIMENTO CONJUNTO. LESÃO INCAPACITANTE E APOSENTADORIA ANTERIORES À PUBLICAÇÃO DA CITADA MP (11.11.1997). DOENÇA PROFISSIONAL OU DO TRABALHO. DEFINIÇÃO DO MOMENTO DA LESÃO INCAPACITANTE. ART. 23 DA LEI 8.213/1991. CASO CONCRETO. INCAPACIDADE POSTERIOR AO MARCO LEGAL. CONCESSÃO DO AUXÍLIO-ACIDENTE. INVIABILIDADE.

“[...]”

“3. A acumulação do auxílio-acidente com proventos de aposentadoria pressupõe que a eclosão da lesão incapacitante, ensejadora do direito ao auxílio-acidente, e o início da aposentadoria sejam anteriores à alteração do art. 86, §§ 2º e 3º, da Lei 8.213/1991 (“§ 2º O auxílio-acidente será devido a partir do dia seguinte ao da cessação do auxílio-doença, independentemente de qualquer remuneração ou rendimento auferido pelo acidentado, vedada sua acumulação com qualquer aposentadoria; § 3º O recebimento de salário ou concessão de outro benefício, exceto de aposentadoria, observado o disposto no § 5º, não prejudicará a

continuidade do recebimento do auxílio-acidente.”), promovida em 11.11.1997 pela Medida Provisória 1.596-14/1997, que posteriormente foi convertida na Lei 9.528/1997.

“No mesmo sentido: REsp 1.244.257/RS, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 19.3.2012; AgRg no AREsp 163.986/SP, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 27.6.2012; AgRg no AREsp 154.978/SP, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 4.6.2012; AgRg no REsp 1.316.746/MG, Rel. Ministro Cesar Asfor Rocha, Segunda Turma, DJe 28.6.2012; AgRg no AREsp 69.465/RS, Rel. Ministro Cesar Asfor Rocha, Segunda Turma, DJe 6.6.2012; EREsp 487.925/SP, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Terceira Seção, DJe 12.2.2010; AgRg no AgRg no Ag 1375680/MS, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, DJe 19.10.2011; AREsp 188.784/SP, Rel. Ministro Humberto Martins (decisão monocrática), Segunda Turma, DJ 29.6.2012; AREsp 177.192/MG, Rel. Ministro Castro Meira (decisão monocrática), Segunda Turma, DJ 20.6.2012; EDcl no Ag 1.423.953/SC, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki (decisão monocrática), Primeira Turma, DJ 26.6.2012; AREsp 124.087/RS, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki (decisão monocrática), Primeira Turma, DJ 21.6.2012; AgRg no Ag 1.326.279/MG, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, DJe 5.4.2011; AREsp 188.887/SP, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho (decisão monocrática), Primeira Turma, DJ 26.6.2012; AREsp 179.233/SP, Rel. Ministro Francisco Falcão (decisão monocrática), Primeira Turma, DJ 13.8.2012 .

“[...]

“5. No caso concreto, a lesão incapacitante eclodiu após o marco legal fixado (11.11.1997), conforme assentado no acórdão recorrido (fl. 339/STJ), não sendo possível a concessão do auxílio-acidente por ser inacumulável com a aposentadoria concedida e mantida desde 1994.

“6. Recurso Especial provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução 8/2008 do STJ.” (STJ, REsp 1296673/MG, Rel. Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, julgado em 22/08/2012, DJe 03/09/2012).

Aos julgados citados pelo Ministro Relator, ainda podem ser acrescentados os seguintes, colhidos na Jurisprudência do STJ: REsp n.

748864/SP, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, 5ª Turma, julgado em 14.06.2005; AgRg no Ag. 493982/SP, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, 6ª Turma, julgado em 18.08.2005; AgRg no AgRg no Ag 1375680/MS, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, 6ª Turma, julgado em 27.09.2011; AgRg nos EAgs. 1375680/MS, Rel. Min. Jorge Mussi, 3ª Seção, julgado em 08.08.2012.

No entanto, CARLOS ALBERTO PEREIRA DE CASTRO e JOÃO BATISTA LAZZARI ensinam que “segundo precedentes do Superior Tribunal de Justiça, **não há óbice à acumulação do benefício previdenciário da aposentadoria com o auxílio-acidente, desde que a moléstia tenha eclodido antes do advento da Lei n. 9.528/97, por força da aplicação do princípio tempus regit actum**” (REsp n. 702.239/SP, 5ª Turma. Rel. Ministra Laurita Vaz, DJU de 1.4.2005). Ou seja, **se for possível determinar que a incapacidade deu-se antes da norma proibitiva, não há falar em inacumulabilidade de auxílio-acidente e aposentadoria.**

“Ocorrendo o evento ensejador do auxílio-acidente em data posterior à vedação da acumulação, o Superior Tribunal de Justiça tem entendido que o auxílio-acidente não tem caráter vitalício, sendo imperiosa a sua cessação com o advento da aposentadoria de seu beneficiário (Resp. n. 588.417/SP, 5ª Turma, Rel. Ministro José Arnaldo da Fonseca, DJU de 8.11.2004)” (Manual de Direito Previdenciário. 13. ed., São Paulo: Conceito Editorial. 2011, p. 688 - grifou-se).

IRINEU ANTONIO PEDROTTI e WILLIAM ANTONIO PEDROTTI, sobre o assunto, lecionam:

“A novidade imposta pela Lei n. 8.213, de 1991, é que, após a redação determinada pela Medida Provisória n.1596-14, posteriormente convalidada pela Lei n. 9.528/97, está proibida a percepção conjunta de aposentadoria e auxílio-acidente.

“[...]”

“Não faz a norma qualquer distinção quanto à espécie de aposentadoria, pois utiliza a expressão “qualquer aposentadoria” o que significa dizer que abrange todas as espécies de aposentadoria, seja previdenciária por tempo de contribuição comum, ou especial, ou por invalidez, ou por idade. Não há exceções.

“Nem mesmo difere a lei quanto à data da aposentadoria, alcançando os já aposentados quando do surgimento da lei que se acidentem posteriormente.

“Quisesse (a lei) diferenciar a concessão do auxílio-acidente para os aposentados antes do início de sua vigência, e aos aposentados posteriormente à sua edição, com certeza teria adotado outra expressão, v.g. vedada sua acumulação com qualquer aposentadoria concedida ‘após’ a vigência desta lei. Assim não o fez o legislador. Logo, onde a lei não distinguiu não é lícito ao intérprete fazê-lo.

“Acresce que esta lei regula a concessão do auxílio-acidente e, desta feita, o que deve ser posterior ao advento da norma é o infortúnio laboral que geraria o direito ao auxílio-acidente e não a aposentadoria, uma vez que a lei não está afastando o direito ao recebimento da aposentadoria (direito que permanece intacto), mas, sim, do benefício auxílio-acidente, não havendo que se falar em direito adquirido quando a data do infortúnio for posterior ao advento da norma proibitiva.

“Nos exatos termos da Lei n. 9.528, de 1997, não é possível o deferimento de auxílio-acidente àqueles que já estejam aposentados, pouco importando a data da aposentadoria (se anterior ou posterior à Medida Provisória n. 1596-14)” (Acidentes do Trabalho. 4. ed., São Paulo: Liv. e Ed. Universitária de Direito, 2003, p. 143/144 - grifo apostro).

Como já se disse, o § 1º do art. 86 da Lei Federal n. 8.213/1991, na sua redação original e na redação dada pelas Leis n. 9.032/95 e 9.129/95, dizia expressamente que o auxílio-acidente era um benefício **“mensal e vitalício”** até a chegada da Medida Provisória n. 1.596-14/97 e sua Lei n. 9.528/97.

A discussão sobre a possibilidade ou não de acumulação de auxílio-acidente de fato gerador anterior à Medida Provisória n. 1.596-14/97 e respectiva Lei n. 9.528/97, com aposentadoria de qualquer espécie, foi reiteradamente dirimida pelo Superior Tribunal de Justiça que disse, desde o princípio, que era possível a cumulação, desde que o início da incapacidade parcial geradora do auxílio-doença fosse anterior àquela lei:

“PREVIDENCIÁRIO. ACIDENTÁRIA. APOSENTADORIA ESPECIAL E AUXÍLIO-ACIDENTE. CUMULAÇÃO. POSSIBILIDADE. LEI 9.528, DE 10/12/97. DESCABIMENTO DE APLICAÇÃO RETROATIVA. HONORÁRIOS SOBRE PRESTAÇÕES VINCENDAS. SÚMULA 111/STJ. CUSTAS. SÚMULA 178/STJ. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. I. Ainda que em gozo de aposentadoria especial por tempo de serviço, faz jus o segurado ao auxílio-acidente, desde que preenchidos os requisitos legais, sendo certo que descabe aplicar-se retroativamente o regramento da Lei 9.528, de 10/12/97. (...) IV. Recurso conhecido e parcialmente provido.” (STJ, REsp 209301/RJ, Rel. Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, julgado em 06/02/2001, DJ 05/03/2001, p. 199).

“PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. CUMULAÇÃO DE BENEFÍCIOS. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. AUXÍLIO-ACIDENTE. VEDAÇÃO DO § 2º, DO ART. 86, DA LEI 8.213/91. REDAÇÃO DA LEI 9.258/97. IRRETROATIVIDADE DA LEI. CONCESSÃO DE BENEFÍCIO. TERMO INICIAL. JUNTADA DO LAUDO PERICIAL. - Em tema de acumulação de benefícios previdenciários, o § 2º do art. 86, da Lei 8.213/91, com redação dada pela Lei 9.258/97, impede a cumulação de qualquer aposentadoria com auxílio-acidente. “- Tendo a ação sido ajuizada anteriormente à publicação da mencionada norma, não há de se falar em impossibilidade de cumulação dos benefícios, em respeito ao princípio da irretroatividade das leis. - Esta Corte já pacificou o entendimento de que o benefício previdenciário decorrente de ação acidentária tem como termo inicial a apresentação em juízo do laudo pericial. - Recurso especial parcialmente conhecido e nesta extensão provido.” (STJ, REsp 369.413/SP, Rel. Ministro VICENTE LEAL, SEXTA TURMA, julgado em 07/02/2002, DJ 04/03/2002, p. 316; idem RE sp n. 401621/SP, julgado em 18.06.2002).

“PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO ACIDENTÁRIA. APOSENTADORIA ESPECIAL E AUXÍLIO-ACIDENTE. ACUMULAÇÃO. DOENÇA DO TRABALHO CONSOLIDADA ANTES DA APOSENTAÇÃO E DO AJUIZAMENTO DA AÇÃO. POSSIBILIDADE. INAPLICÁVEL A VEDAÇÃO INTRODUZIDA PELA LEI 9.528/97. I - Evidenciado que a moléstia oriunda do trabalho consolidou-se antes da aposentação e da Lei 9.528, de 10.12.97, descabe aplicar-se a proibição de acumular o auxílio-acidente com a aposentadoria, introduzida por essa lei. II - A aludida lei não pode retroagir para apanhar situações já consolidadas segundo norma anterior. III - Não impede o reconhecimento do direito ao benefício o fato de a ação ter sido ajuizada após a Lei 9.528/97. Tal fato reflete apenas no termo inicial que deve ser o da data da juntada do laudo médico em Juízo. Precedentes. IV - Embargos rejeitados.” (STJ, REsp 318.198/SP, Rel. Ministro GILSON DIPP, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 25/09/2002, DJ 14/10/2002, p. 186; idem AgRg no Ag 440.872/SP, julgado em 06.08.2002; agRg no Ag 582.594/SP, julgado em 16/09/2004).

“AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PREVIDENCIÁRIO. AUXÍLIO-ACIDENTE VITALÍCIO. REQUISITOS PREENCHIDOS ANTES LEI 9.528/97. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. CUMULAÇÃO. POSSIBILIDADE. I - É possível a concessão de auxílio-acidente, de forma vitalícia, desde que a moléstia tenha eclodido antes do advento da Lei nº 9.528/97. Precedentes. II - O auxílio-acidente, concedido em face de moléstia anterior à Lei 9.528/97, pode ser cumulado com o benefício de aposentadoria por tempo de serviço. Precedentes. Agravo regimental desprovido.” No corpo do acórdão o ilustre Ministro anotou: “**O auxílio-acidente** era um benefício vitalício, cujo pagamento não se suspendia em razão do deferimento ao segurado de outro benefício do Regime Geral de Previdência Social - RGPS, aí incluídas quaisquer das aposentadorias nele previstas” e, por isso, “**o entendimento que prevalece nesta e. Corte Superior é no sentido da possibilidade de acumulação** do benefício acidentário com a aposentadoria, desde que o acidente ou a simples eclosão da doença ocupacional tenha ocorrido antes da Medida Provisória nº 1.596-14. Como fundamento desse entendimento, destacou-se a aplicação do princípio **tempus regit actum**” (STJ, AgRg no REsp 1091213/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA

TURMA, julgado em 16/03/2010, DJe 05/04/2010; idem STJ, REsp 399.586/SP, julgado em 13/03/2002).

Este Tribunal de Justiça tem orientado, com base nos precedentes do Superior Tribunal de Justiça:

“AÇÃO RESCISÓRIA. VIOLAÇÃO A LITERAL DISPOSITIVO DE LEI. NÃO OCORRÊNCIA. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO. Não ofende o artigo 86 da Lei n. 8.213/1991, em sua redação atual, o julgado que permite a percepção cumulativa do benefício auxílio-acidente com aposentadoria por tempo de contribuição, uma vez comprovado que o fato gerador da incapacidade é anterior à entrada em vigor da Lei n. 9.529/1997, que, como é cediço, proibiu a percepção cumulativa de tais benefícios [...]” (TJSC - Ação Rescisória n. 2011.002871-0, de Criciúma, Rel. Des. Vanderlei Romer, julgada em 13/07/2011).

Do Tribunal de Justiça de São Paulo se apanha idêntica orientação:

“APELAÇÃO SEM REVISÃO - Restabelecimento de auxílio-acidente. Cumulação com aposentadoria por tempo de contribuição. Admissibilidade. Benefício implantado sob a égide da Lei nº 8.213/91, artigo 86, antes da modificação legislativa imposta pela Lei nº 9.528, de 10.12.1997. Prevalência do princípio “tempus regit actum”. Ação procedente. Sentença reformada” (TJSP - Apelação sem Revisão n. 0377956-10.2009.8.26.0000, de Campinas, Rel. Des. Meyer Marino, julgada em 13/11/2012).

Do corpo desse último acórdão extrai-se:

“O auxílio-acidente foi concedido à autora a partir de **30.05.1996** (fls. 18). Equivale dizer, pois, que desde então a própria autarquia já reconheceu a existência de moléstia e/ou incapacidade de origem laborativa na obreira.

[...]

“Pois bem.

“Àquela época, o artigo 86 e seu § 1º da Lei nº 8.213/91 determinava que:

“Art. 86. O auxílio-acidente será concedido, como indenização, ao segurado quando, após a consolidação das lesões decorrentes de acidente

de qualquer natureza, resultar sequelas que impliquem redução da capacidade funcional.

“§ 1º. O auxílio-acidente mensal e **vitalício** corresponderá a 50% (cinquenta por cento) do salário-de-benefício do segurado.” (in verbis destaquei em negrito).

“Posteriormente, houve a vedação da cumulação do benefício do auxílio-acidente com qualquer tipo de aposentadoria, o que foi introduzido em 11 de novembro de 1997, pela Medida Provisória nº 1.596, convertida na Lei nº 9.528, de 10.12.97, que modificou a redação dos artigos 18, § 2º, e 86 e §§, da Lei nº 8.213/91; tratava-se, portanto, de regra nova que se **projetava para o futuro, sem alcançar fatos pretéritos, tanto mais quando venham ou viessem a ferir direito adquirido.**

“No caso em pauta, o restabelecimento do benefício perseguido na exordial pela autora - auxílio-acidente - tem fato gerador distinto da aposentadoria que lhe foi concedida.

“A controvérsia, portanto, restringe-se à seguinte questão: poderia, ou não, o INSS suspender o auxílio-acidente da autora ante o advento de sua aposentadoria por tempo de contribuição, apoiando-se nas disposições da mencionada Lei nº 9.528/97?

“E a resposta à indagação feita é uma só: “**não**”, pois desde a concessão do auxílio acidente aos 30.05.1996 o INSS já reconhecia o nexo causal e a existência de incapacidade laborativa na obreira.

“Embora a aposentadoria por tempo de contribuição tenha sido concedida em 09.09.2005 (fls. 17), posterior, portanto, à norma proibitiva, o benefício perseguido é anterior a 1997, razão pela qual antecede a regra nova, tendo, assim, o caráter **vitalício**; ou seja, no caso em debate, a aposentadoria não obstava como de fato não obsta - , sem qualquer sombra de dúvida, a cumulação com o auxílio-acidente.

“[...]

“Assim sendo, é de se restabelecer o pagamento, à obreira, de seu auxílio-acidente, benefício que tem caráter **vitalício**, nos termos do artigo 86 da Lei nº 8.213/91 (**sem as restrições, portanto, da Lei nº 9.528/97**), a partir da data da cessação administrativa (08.09.2005 fls. 40), pelo

último valor pago antes da indevida cassação, observando-se, para os subsequentes reajustes, os mesmos índices, critérios e periodicidade até então em vigência” (TJSP - Apelação sem Revisão n. 0377956-10.2009.8.26.0000, de Campinas, Rel. Des. Meyer Marino, julgada em 13/11/2012).

Aliás, não é demasiado lembrar que a própria Advocacia Geral da União editou a Súmula 44, publicada no Diário Oficial Eletrônico da União em 15/09/2009, reconhecendo a possibilidade de se cumular o auxílio-acidente com a aposentadoria. Eis o enunciado da Súmula:

“É permitida a cumulação do benefício de auxílio-acidente com benefício de aposentadoria quando a consolidação das lesões decorrentes de acidentes de qualquer natureza, que resulte em sequelas definitivas, nos termos do art. 86 da Lei 8.213/91, tiver ocorrido até 10 de novembro de 1997, inclusive, dia imediatamente anterior à entrada em vigor da Medida Provisória nº 1.596-14, convertida na Lei 9.528/97, que passou a vedar tal acumulação” (original sem grifo).

Ora, o acidente de trabalho que reduziu a capacidade laborativa do segurado ocorreu em março de 1994, antes da alteração legislativa que proibiu a acumulação do auxílio-acidente com os proventos da aposentadoria, daí o caráter da vitaliciedade daquele benefício e a possibilidade de acumulação.

Portanto, considerando que o auxílio-acidente à época em que foi concedido (05/01/1995) era um benefício **“mensal e vitalício”**, não há dúvida alguma de que, em se tratando de “acidente anterior à vigência da Lei n. 9.528, de dezembro de 1997, é forçoso reconhecer a possibilidade da concessão do benefício em caráter vitalício, incidindo a Lei n. 8.213/91, com a redação dada pela Lei n. 9.032/95, por força do princípio *tempus regit actum*” (STJ - EDcl no REsp 443940/RS, Rel. Min. Hamilton Carvalho, Terceira Seção, julgado em 18/08/2005), razão pela qual o segurado, réu da ação rescisória, tem direito líquido e certo de continuar

percebendo o auxílio-acidente mensal e vitalício, cumulativamente com a aposentadoria, ainda que ela ocorra na vigência da norma que proíbe a acumulação, sem que isso implique ofensa aos arts. 5º, inciso XXXVI e 195, § 5º, da Constituição Federal de 1988, nem ao art. 86, § 1º, 2º e 3º, da Lei Federal n. 8.213/1991, com suas posteriores alterações.

Diante dessas razões, mesmo em face do disposto no art. 543-C, § 7º, inciso II, do Código de Processo Civil, e da decisão tomada pelo Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial n. 1.296.673/MG, representativo de controvérsia repetitiva, mantém-se o posicionamento anteriormente sustentado no acórdão de fls. 270/296, relativo ao julgamento desta Ação Rescisória.

Ação Rescisória n. 2013.022627-1, de Araranguá

Relator: Des. Cesar Abreu

AÇÃO RESCISÓRIA. TRABALHADORA AUTÔNOMA. COSTUREIRA. CONTRIBUINTE INDIVIDUAL. INCAPACIDADE TOTAL E PERMANENTE DIAGNOSTICADA POR PERÍCIA, TENDO COMO CAUSA DOENÇA DO TRABALHO. PEDIDO DE AUXÍLIO DOENÇA E APOSENTADORIA POR INVALIDEZ REJEITADOS NESTA INSTÂNCIA RECURSAL, NO ENTENDIMENTO DE QUE NÃO LHE CABE PROTEÇÃO ACIDENTÁRIA. HIPÓTESE, ENTRETANTO, EM QUE A DOENÇA DECORRENTE DO TRABALHO APENAS INFLUENCIA NA DEFINIÇÃO DA COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM PARA DIRIMIR O LITÍGIO, LHE SENDO DADO APLICAR O BENEFÍCIO QUE MELHOR SE AJUSTA AO CASO, MESMO QUE DE NATUREZA PREVIDENCIÁRIA. ERRO DE FATO RECONHECIDO. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA 343 DO STF. DIREITO AO AUXÍLIO-DOENÇA PREVIDENCIÁRIO E A SUBSEQUENTE SUBSTITUIÇÃO POR APOSENTADORIA POR INVALIDEZ PREVIDENCIÁRIA. INTELIGÊNCIA DO ART. 42 DA LEI N. 8.213/1991 QUE REVELA DUPLA FEIÇÃO PROTETIVA, ABARCANDO PRETENSÕES DE CARÁTER ACIDENTÁRIO E PREVIDENCIÁRIO. PROCEDÊNCIA DA AÇÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Rescisória n. 2013.022627-1, da comarca de Araranguá (2ª Vara Cível), em que é autora Dilma Zeferino Martins, e réu Instituto Nacional do Seguro Social INSS:

O Grupo de Câmaras de Direito Público decidiu, por votação unânime, julgar procedente a ação rescisória para restabelecer a sentença de primeiro grau, em sua inteireza, ajustando apenas os consectários legais para que, a partir de 1º-7-2009, observem o disposto no art. 1º-F da Lei n. 9.494/1997, com redação dada pela Lei n. 11.960/2009. Custas legais.

O julgamento, realizado no dia 9 de dezembro de 2015, foi presidido pelo signatário, com voto, e dele participaram os Excelentíssimos Senhores Desembargadores Cid Goulart, Jaime Ramos, João Henrique Blasi, Jorge Luiz de Borba, Ronei Danielli, Luiz Fernando Boller, Ricardo Roesler, Carlos Adilson Silva e Edemar Gruber.

Florianópolis, 11 de dezembro de 2015.

Cesar Abreu
PRESIDENTE E Relator

RELATÓRIO

Cuida-se de Ação Rescisória proposta por Dilma Zeferino Martins contra o INSS, objetivando a desconstituição do acórdão proferido na Apelação Cível n. 2010.071514-0 de Araranguá, fundada em erro de fato e violação à literal disposição de lei (art. 485, V e IX).

Oferecendo contestação, o INSS impugna o cabimento da rescisória, ausente o erro de fato ou a violação de lei. Diz que a decisão rescindenda baseou-se em texto legal de interpretação duvidosa, o que não daria ensejo à rescisória (Súmula 343 do STF), bem assim, que impertinente a sua pretensão de conversão do auxílio-doença acidentário em previdenciário. Alerta que para o benefício previdenciário teria que ser observado que a doença é pré-existente ao reingresso no RGPS. E mais, que a mesma só recebeu benefício porque foi considerado doença de natureza acidentária. Finalmente, que se pretendia benefício de natureza previdenciária e não acidentária, deveria recorrer ao TRF à época.

A douta Procuradoria Geral de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Paulo Ricardo da Silva, opinou pela improcedência da ação.

Este é o relatório.

VOTO

Indispensável, de início, uma breve digressão sobre os fatos da causa e seus desdobramentos processuais.

Ingressou a autora no Juízo de Araranguá, com competência simultânea para as causas acidentárias e previdenciárias (CF, art. 109, § 3º), propugnando pela concessão de aposentadoria por invalidez ou auxílio-doença, dando conta estar sofrendo dores insuportáveis em sua coluna lombar e em joelho, decorrência de sua atividade profissional de costureira autônoma.

Fundamentou a sua pretensão nos art. 41 e 42 c/c 37 do Decreto Federal n. 611/1992, que regulamentou a Lei n. 8.213/1991.

Em contestação, o INSS evidencia que o pedido de benefício previdenciário, na modalidade do auxílio-doença foi indeferido na seara administrativa, com parecer contrário da perícia médica, a qual atestava a capacidade para o trabalho. Afirmou que a perícia seria indispensável à solução da causa.

A perícia judicial, levada à termo, prescreveu incapacidade laboral total para a atividade de costureira (fl. 41).

À vista do diagnosticado em perícia o douto Togado de origem decidiu, invocando o art. 42 da Lei n. 8.213/1991 pelo “restabelecimento” [na verdade, concessão do auxílio-doença, ausente deferimento precedente] do auxílio-doença previdenciário a partir do requerimento administrativo e sua conversão em aposentadoria por invalidez a contar da perícia judicial, com os consectários legais.

Inconformado, o INSS ofereceu apelo, direcionando-o ao TRF 4, que declinou da competência, assinalando que a “doença profissional” e a “doença do trabalho” integram o conceito de acidente do trabalho (fl. 76), portanto, de competência da Justiça Comum Estadual.

Aportando a causa recursal neste Tribunal, sobreveio pronunciamento, agora objeto de rescisão, no sentido de prover a remessa necessária, prejudicados os recursos da obreira e do INSS, por entender que o contribuinte individual ou o trabalhador autônomo não está amparado pela Lei Infortunistica.

Essa é a questão que desafia a presente rescisória.

Pois bem. De início, não há esquecer a natureza eminentemente protetiva aos segurados das ações acidentárias, de forma a permitir que o magistrado, à vista da subsunção do fato à norma, conceda benefício previdenciário mais adequado, independentemente do pedido formulado, sem que se possa falar em julgamento extra-petita.

Depois, que em relação aos autônomos, os quais recolhem para a Previdência Social, na condição de contribuintes individuais, o que se veda, exatamente por falta de aporte financeiro específico, é tão somente o direito ao auxílio-acidente (art. 18, inc. I e § 1º da Lei n. 8.213/1991).

Como exposto em precedente do Tribunal vizinho:

APELAÇÃO CÍVEL. PREVIDENCIÁRIO. INSS. ACIDENTE DE TRABALHO. CONTRIBUINTE INDIVIDUAL. DIREITO A BENEFÍCIO ACIDENTÁRIO, RESSALVADO O AUXÍLIO-ACIDENTE. RECONHECIMENTO.

Inexistindo vedação legal ou constitucional, tem o segurado contribuinte individual direito a benefícios decorrentes de acidente de trabalho, ressalvado o auxílio-acidente (art. 18, § 1º da Lei 8.213/91). Os titulares dos benefícios de auxílio-doença e aposentadoria por invalidez - inclusive decorrentes de acidente de trabalho - são todos aqueles que ostentem a qualidade de segurado, não podendo o intérprete restringir a exegese da legislação previdenciária de modo a ferir o princípio da dignidade da pessoa humana. (TJRS - Ap. Cív. n. 70035404417).

Aliás, como consignado pelo STJ “Os trabalhadores autônomos assumem os riscos de sua atividade e não recolhem contribuição para

custear o benefício acidentário. Tal é desinfluyente no caso do autônomo que sofre acidente de trabalho e pleiteia a concessão de aposentadoria por invalidez (CC n. 86794/DF. Min. Arnaldo Esteves Lima).

Colhe-se, ademais, do magistério de Marcelo Leonardo Tavares:

“Nas palavras de Annibal Fernandes: O acidente do trabalho - o acidente-tipo - é um evento relacionado, diretamente ou não, ao trabalho executado pelo obreiro. Já não se trata de um infortúnio no trabalho mas do trabalho. O que envolve o trabalho, nos limites da legislação e interpretada a regra pela sua finalidade social, caracteriza o acidente para efeito de reparação.

Assim, é fundamental que haja relação entre o trabalho, o acidente, a lesão e a incapacidade consequente. A esse nexos evento-trabalho denomina-se causalidade direta”. (“Direito Previdenciário” 6ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 102).

Ora, a Lei 8.213/1991, em seu art. 129, II (reproduzindo o disposto no art. 19, II, da Lei 6.367/1976, que trata do seguro de acidentes do trabalho a cargo do então INPS), confere à Justiça Estadual a competência para apreciar litígios e medidas cautelares relativos a acidente de trabalho.

Entretanto, ao contrário de afastar a competência da Justiça Estadual para o julgamento da presente ação, que busca direito previdenciário fundado em acidente do trabalho, essas disposições vêm a corroborar o entendimento de que o objetivo maior da regra do art. 109, I, da Constituição é aproximar o julgador dos fatos inerentes à matéria que lhe está sendo submetida a julgamento, atribuindo à Justiça dos Estados a competência para julgamento das ações de acidentes de trabalho.

Ora, parece óbvio que, se um acidente ou doença não relacionado ao ambiente de trabalho confere ao trabalhador autônomo o direito ao auxílio-doença previdenciário e a aposentadoria por invalidez previdenciária, não seria um acidente de trabalho ou doença do trabalho, que iria retirar essa cobertura.

In casu, ademais, por perícia, está constatada a incapacidade total e permanente para a atividade da obreira ou outra que lhe exija esforço.

Portanto, se há admitir a essa altura que o juiz estava absolutamente certo ao reconhecer a obreira como trabalhadora autônoma, a sua enfermidade como doença do trabalho e ao conceder benefício de caráter previdenciário, no caso o auxílio-doença e a aposentadoria por invalidez, com fulcro nos arts. 42 e 59 da Lei n. 8.213/1991.

Embalado por um entendimento até então equivocado desta Corte, a decisão que se pretende rescindir, da Terceira Câmara de Direito Público, olvidando as circunstâncias acima evidenciadas, incidindo em erro de fato, negou qualquer proteção a obreira ao dizer que o contribuinte individual não faz jus a benefício acidentário, mas deixando de reconhecer que lhe é de direito o benefício de natureza previdenciária, embora tendo por causa acidente do trabalho, a tal equiparado a doença do trabalho.

O erro de fato está em simplesmente afastar o benefício de natureza acidentária, sem prosseguir, em uma causa eminentemente protetiva do obreiro, e lhe dar o justo benefício.

Não se trata, por outro lado, de interpretação controvertida, para reclamar a incidência da Súmula 343 do STF. Não há qualquer divergência no sentido de que não cabe benefício de caráter acidentário para proteção de contribuinte individual. Não é disso que se trata. O direito postulado e que não foi atendido, implicando erro de fato, diz com direito de natureza previdenciária, tendo como causa geradora acidente de trabalho.

Assim, se há acolher a pretensão rescisória para restabelecer a sentença de primeiro, que concedeu a autora auxílio-doença previdenciário e sua conversão subsequente em aposentadoria por invalidez previdenciária, ajustando apenas os consectários legais para que, a partir de 1º-7-2009, observem o art. 1º-F da Lei n. 9.494/1997 (com redação dada pela Lei n. 11.960/2009).

De minha parte, haveria ainda violação à literal disposição de lei, desconsiderada que foi pelo acórdão a dupla face do art. 42 da Lei n. 8.213/1991, que respalda tanto o benefício de caráter acidentário como previdenciário. Mas, desnecessário impor o exame dessa tese complementar aos meus eminentes pares.

Condena-se o INSS, por conta desta rescisória, nas custas processuais pela metade (art. 33, parágrafo único, da LC n. 156/1997, com redação dada pela LC n. 161/1997) e honorários advocatícios, que se arbitra em R\$ 1.500,00.

Diante do exposto, julgo procedente a presente ação rescisória, nos termos do voto proferido.

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

Apelação Cível n. 2013.085511-3, de Camboriú

Relator: Des. Luiz Fernando Boller

APELAÇÃO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA JULGADA IMPROCEDENTE. ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS MÉDICOS DE ULTRASSONOGRAFIA ATRAVÉS DE CARTA-CONVITE.

INSURGÊNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. AFIRMAÇÃO DE QUE O CONTRATO NÃO TRAZ PREVISÃO SOBRE A FORMA EM QUE SE DARIA A FISCALIZAÇÃO DO *MUNUS* ATINENTE À REALIZAÇÃO DOS EXAMES CLÍNICOS. CLÁUSULA DE QUE A LIQUIDAÇÃO DOS GASTOS SE CONSUMARIA, VIA RECEBIMENTO DOS SERVIÇOS. ACEPTÃO QUE NÃO CONDUZ À TIPIFICAÇÃO DE ATO ÍMPROBO, MORMENTE DIANTE DA FRÁGIL DEMONSTRAÇÃO DE DOLO DOS AGENTES. TESE AFASTADA.

ALEGADA AUSÊNCIA DE REQUISIÇÕES DE EXAMES OU GUIAS DE CONHECIMENTO MÉDICO DE CADA PACIENTE. INICIAL INSTRUÍDA COM ESCASSOS DOCUMENTOS. AUSENTES QUAISQUER NOTAS DE EMPENHO OU ORDENS DE PAGAMENTO PASSÍVEIS DE PROPICIAR A PERQUIRÇÃO DA MALVERSAÇÃO DO DINHEIRO PÚBLICO. OBJEÇÃO QUE DEVE SER DIRIMIDA À LUZ DO ART. 333 DO CPC. INCUMBÊNCIA QUE COMPETIA AO *PARQUET*. PRETENSÃO ARREDADA.

APONTADA FALTA DE PUBLICIDADE DOS CONTRATOS VENCEDORES DA MODALIDADE CARTA-CONVITE. INCÚRIA QUE, CONQUANTO OFENDA O DISPOSTO NO ART. 61, § ÚNICO, DA LEI Nº 8.666/93, NÃO CONSUBSTANCIA ATO ÍMPROBO. DIVULGAÇÃO DA INSTAURAÇÃO DO PROCESSO EDITALÍCIO, PRECEDENTE À ASSINATURA DAS AVENÇAS, QUE, AO MENOS, RESTOU AFIXADO NO ÁTRIO DO PRÉDIO DA MUNICIPALIDADE, CONFERINDO CONTORNOS DE BOA-FÉ NA CONDUTA DOS AGENTES. COTEJO DESTAS

CIRCUNSTÂNCIAS QUE NÃO RELUZ A EXISTÊNCIA DE DOLO DOS APELADOS. INTENTO REJEITADO.

“[...] Advirta-se que o tipo disciplinar de improbidade administrativa sub lite - em litígio - somente poderá ocorrer quando a ação de negativa de publicidade aos atos oficiais sejam perpetrados dolosamente, ou pelo menos voluntariamente, em que pretenda o agente público, ainda que por mero capricho, embotar a cristalinidade que deve prevalecer na pública administração. [...]” (ARMANDO DA COSTA, José. *Contorno jurídico da improbidade administrativa*. 3ª ed. Brasília: Editora Brasília Jurídica, 2005, p. 151).

REMESSA OFICIAL. INAPLICABILIDADE EM SEDE DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.**APELO CONHECIDO E DESPROVIDO. REEXAME NECESSÁRIO NÃO CONHECIDO.**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2013.085511-3, da comarca de Camboriú (Vara Única), em que é apelante Ministério Público do Estado de Santa Catarina, e apelados Anizete Wackernagel Plautz e outros:

A Primeira Câmara de Direito Público decidiu, por votação unânime, conhecer do recurso, todavia negando-lhe provimento, e, de outra banda, não conhecer do reexame necessário. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Excelentíssimo Senhor Desembargador Carlos Adilson Silva, com voto, e dele participou o Excelentíssimo Senhor Desembargador Substituto Paulo Henrique Moritz Martins da Silva. Funcionou como representante do Ministério Público o Procurador de Justiça André Carvalho.

Florianópolis, 27 de outubro de 2015.

Luiz Fernando Boller
RELATOR

RELATÓRIO

Cuida-se de apelação cível interposta pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina, contra sentença prolatada pelo juízo da Vara Única da comarca de Camboriú, que nos autos da Ação Civil Pública por Ato de Improbidade Administrativa nº 113.06.002320-3 (disponível em <<http://esaj.tjsc.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=350000TUO0000&processo.foro=113>> acesso nesta data), encetada contra Wilson Plautz (Prefeito do Município de Camboriú na “*Administração 2001/2004*”, falecido em 26/07/2007 - fl. 473), e também em direção a Simoni Russi, Giseli dos Santos Leal e Nelisete de Borba Carvalho de Lima - estes integrantes da Comissão de Licitação Permanente -, julgou improcedente o pedido, nos seguintes termos:

[...] São três as irregularidades narradas pelo Ministério Público na inicial quanto à licitação destinada a contratar prestação de serviços relacionados à realização de exames de ultrassonografia para pessoas carentes atendidas pela Secretaria da Saúde, assim como quanto à irregularidades verificadas na execução das contratações diretas de outros serviços de exames médicos.

2.1 A primeira seria que falta a comprovação da realização dos serviços decorrente de omissão contratual. Consta da exordial: “*Os contratos de prestação de serviços (FMS 11/2004 e FMS 12/2004) firmados com os prestadores de serviços vencedores do processo licitatório, são omissos quanto à prestação de contas sobre os serviços prestados para liquidação e autorização do pagamento [...] Além da liquidação nas Notas Fiscais emitidas pelos respectivos prestadores de serviço, também não localizamos nos processos de despesa 1118 e 1119 de 2004, qualquer outro tipo de comprovação da realização dos serviços*”.

Quanto às especificidades necessárias na elaboração do contrato administrativo decorrente de licitações, a Lei nº 8.666/93 prevê: [...].

Com efeito, os contratos administrativos firmados entre a administração pública do município de Camboriú (fls. 08/11) não atendem, especificamente, às especificidades no tocante aos incisos III, VI, X e XIII, até porque algumas dessas são ineficazes e despiciendas na espécie.

Contudo, os referidos pactos observam, estritamente, à necessidade de clareza de seu conteúdo, nos termos da Lei de Licitações: [...].

Ainda que assim não fosse, é importante destacar que, consoante o que dispõe a Lei nº 8.666/93, a elaboração do “*contrato administrativo*” em casos de licitação na modalidade Carta-Convite é dispensável, podendo-se fazê-lo substituir por outros instrumentos hábeis.

Neste caso, optaram os administradores por elaborar o referido contrato, ainda que de forma mais simplificada, característica esta marcante das licitações na modalidade convite.

Assim sendo, verifico que os contratos firmados estabeleceram, satisfatoriamente, o objeto da licitação, a contraprestação, o preço unitário, o modo de pagamento (em parcelas), o prazo (60 dias da entrega), a dotação orçamentária, o regime de execução e a forma de fornecimento, não havendo que se falar em insuficiência de clareza.

Assim, em que pese a omissão específica acima mencionada, observo que o contrato derivado da licitação levada a cabo pelos réus atendeu aos princípios da supremacia do interesse e público e às finalidades do procedimento licitatório: [...].

Além disso, não é possível esclarecer se houve qualquer dano ao erário decorrente da conduta dos requeridos, porquanto não foram juntadas aos autos as Notas de Empenho ou as Ordens de Pagamentos que comprovem a liquidação da despesa sem a prestação do serviço por parte dos contratados, como quer fazer crer o Ministério Público.

Diante do exposto, é de se reconhecer a infringência ao princípio da legalidade, materializada na espécie como irregularidade na elaboração do contrato administrativo. A subsunção da conduta à norma (constituição de ato de improbidade administrativa) será analisada em item posterior.

2.2 O Ministério Público ainda sustentou: *“em análise às Notas Fiscais relacionadas a contratações diretas, não localizamos menção às requisições de Exame ou conhecimento de cada paciente pelo Fundo Municipal de Saúde, e também, verificamos que a descrição dos serviços não é precisa, pois é de conhecimento que a realização de exames de ultrassonografia em diferentes partes do corpo humano possui preços diferenciados”*.

No tocante à questão relativa à ausência de precisão na descrição dos serviços, entendo que não é possível (pelo menos não a partir do escasso conteúdo probatório trazido aos autos) esclarecer as condições em que se dera a contratação direta de serviços de exames de ultrassonografia.

Ora, foram acostadas aos autos tão somente cópias de autorização de fornecimento, desacompanhadas dos pedidos que lhes deram origem, NÃO ASSINADAS pelo responsável pelo setor de compras (fls. 12/16).

Assim, não há como concluir sequer que referidos serviços tenham sido autorizados e custeados pelo município de Camboriú.

Superada esta questão, no tocante à verificação da execução dos mencionados serviços (se é que eles foram realmente autorizados), insta registrar que os atos referentes à execução ou aceitação do contrato em muito se afastam das competências atribuídas à Comissão de Licitação Permanente do município de Camboriú para o exercício de 2004, da qual faziam parte as requeridas Nelisete, Simoni e Giseli.

Quanto ao réu Wilson, na condição do Ordenador Primário das despesas da administração pública do município de Camboriú, poderia este ser responsabilizado por eventual pagamento irregular, porém não é o caso dos autos.

Isto porque, não há qualquer evidência nos autos de que este tivesse concorrido para eventual pagamento por serviço prestado à municipalidade sem a regular verificação de sua execução. Como visto, além de não existir provas de que o pagamento a que se refere a inicial tenha sido irregular, não há sequer elementos a apontar que, de fato, HOUVE algum pagamento.

Desta feita, tenho que os elementos acostados aos autos (ou a ausência destes) implica na conclusão de inexistência de qualquer irregularidade na condução dos referidos procedimentos.

2.3 Por fim, descreveu o Ministério Público na exordial que os contratos administrativos firmados entre a Administração Pública e as empresas vencedoras do certame na modalidade convite não foram devidamente publicados.

Constou da inicial: *“ano [sic] localizamos evidência da publicação resumida do instrumento de contrato firmado entre a Prefeitura Municipal de Camboriú e os fornecedores Joel Rogério Pires Júnior e José Mariz Costa [...]”*.

Com efeito, trata-se de fato incontroverso nos autos, porquanto as defesas dos requeridos sustentaram que, de fato, os instrumentos de contrato firmados no âmbito da Administração Municipal não eram publicados em jornal, sendo tão somente fixados em local apropriado, qual seja o Mural da Prefeitura.

3 DA SUBSUNÇÃO DOS FATOS À NORMA

Pois bem, constatadas as irregularidades (omissão de cláusulas necessárias e ausência de publicação do contrato) em uma das fases do certame, importa verificar se estas se consubstanciam em atos ímprobos por parte dos réus.

No caso do art. 10, conforme alhures mencionados, exige-se para configuração do ato de improbidade a comprovação do resultado danoso ao erário, consistente em perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens; nexos de causalidade entre a conduta do agentes públicos e o resultado danoso; e o elemento subjetivo, neste caso admitindo-se dolo e culpa.

Verifico que os fatos anteriormente constatados não importam, ou pelo menos não se comprovou no decorrer da presente ação, em lesão concreta ao erário, passível de enumeração e restituição.

Não se olvida que qualquer ilegalidade no âmbito da Administração Pública implica em lesão ao interesse público, porquanto fere os princípios norteadores do exercício da função pública. Contudo, o que a norma estabelece é a necessidade de dano patrimonial possível de aferição - “o art. 10, caput, conceitua o prejuízo patrimonial, enquanto seus incisos indicam situações ilícitas em que a lesão é elementar e decorrente indissociavelmente” - o que não houve na hipótese.

Por outro lado, os atos irregulares tomado pelos administradores (requeridos), igualmente, não podem ser enquadrados nas hipóteses do art. 11 da Lei nº 8.429/92.

Isto porque, não se descarta do que dispõe a Lei nº 8.666/93 quanto à necessidade de existência de determinadas cláusulas no contrato administrativo e à publicação do contrato como condição de eficácia do instrumento, de modo que a ação dos agentes públicos se deu, efetivamente, em contrariedade ao explicitado pela norma.

Todavia, consoante se verificou no item 1, o dispositivo da Lei de Improbidade Administrativa estabelece que para a configuração daquela espécie de ato de improbidade, exige-se a conjugação da ilegalidade e da demonstração do dolo dos agentes público em agir em evidente confronto aos princípios da Administração Pública, notadamente os princípios da legalidade e da publicidade.

Na hipótese, quanto à ausência de publicidade do contrato não se cogita sequer de ausência de provas quanto ao dolo, ao contrário está demonstrado que os agentes não agiram com a intenção manifesta de atentar contra os princípios da administração até porque a afixação do contrato no mural da Prefeitura era praxe da Administração.

Logo, houve publicidade parcial do contrato, o que afasta, inclusive, o dolo dos agentes públicos.

Importante frisar que se tratava de praxe na administração antecedente e à época dos fatos.

Já a inexistência de determinadas cláusulas no contrato administrativo pode ser justificada pelo despreparo e inexistência de instrução quanto aos procedimentos licitatórios em relação aos agentes públicos e pela ausência de planejamento de um município pequeno.

Aliás, a boa-fé dos requeridos, neste caso, está demonstrada nos autos. Ora, embora a Lei nº 8.666/93 sequer exija a elaboração de contrato administrativo decorrente de licitação na modalidade convite, podendo os administradores, a seu critério, substituí-lo por outros documentos hábeis, optaram os réus por redigi-lo (ainda que simplificada) dando ao procedimento certa formalidade e segurança aos contratantes.

Pois bem, além das meras irregularidades apontadas, os autos demonstram que todas as fases do procedimento licitatório foram estritamente observadas, com o envio de convite aos interessados, publicação do aviso, averiguação da habilitação e propostas.

Em síntese, há, portanto, tão somente pequenas e irrelevantes irregularidades que não geraram consequências de grave monta, até porque não implicaram em qualquer alteração na disputa entre as empresas licitantes.

[...]

Assim sendo, como consequência advinda do descumprimento do encargo probatório atribuído ao Ministério Público, que não provou parte dos fatos narrados na inicial, bem assim por entender que a outra parte da conduta dos réus não se amolda a quaisquer das hipóteses previstas na Lei de Improbidade Administrativa, a absolvição dos mesmos se impõe.

Ante o exposto, com fundamento no art. 269, inciso I, do Código de Processo Civil, resolvo o mérito da questão e JULGO IMPROCEDENTES os pedidos veiculados na exordial.

[...]

Sentença sujeita à reexame necessário. Após o decurso de prazo para recurso voluntário, remetam-se os autos ao egrégio Tribunal de Justiça (TJSC, Reexame Necessário n. 2012.079897-5, de Capinzal, rel. Des. Nelson Schaefer Martins, j. em 02/07/2013) (fls. 1.000/1.016).

Fundamentando a insurgência, o Ministério Público aduz que a instrução processual confirma a tese noticiada na exordial, consubstanciada em “*irregularidades constantes no Processo Licitatório nº 14/2004 e contratações diretas de serviços FMS nº 28 e outros, referente à prestação de serviços médicos - ultrassonografia - a pessoas carentes [...]*” (fl. 1.020).

Reitera os argumentos lançados na inicial e demais peças, garantido, assim, a falta de publicação dos Contratos Particulares de Prestação de Serviço para Realização de Exames de Ultrassonografia nº 11/2004 e nº 12/2004 que exsurgiram dos certames realizados, a omissão na prestação de contas dos serviços realizados; e a existência de imperfeições nos pagamentos, por falta de indicação da parte do corpo onde teriam sido realizados os respectivos exames médicos.

Garante, assim, que tais circunstâncias implicam “*na prática de atos de improbidade administrativa [...]*” (fl. 1.024), termos em que clama pelo conhecimento e provimento da insurgência (fls. 1.018/1.026).

Recebido o recurso nos efeitos suspensivo e devolutivo (fl. 1.028), sobrevieram as contrarrazões, onde Anizete Wackernagel Plautz, viúva

do falecido Prefeito, refutou as teses manejadas pelo *parquet*, clamando pelo conhecimento e desprovimento da insurgência (fls. 745/774).

Os demais réus, por sua vez, também apresentaram contrarrazões, rechaçando as teses ventiladas pelo *parquet* (fls. 1.048/1.063).

Ascendendo a esta Corte, foram os autos por sorteio originalmente distribuídos ao Desembargador Newton Trisotto (fls. 1.066/1.067). Após, por transferência, remetidos ao Desembargador Substituto Paulo Ricardo Bruschi, vindo-me conclusos em razão do superveniente assento nesta Câmara.

Em Parecer de lavra do Procurador de Justiça Sandro José Neis, o Ministério Público opinou pelo conhecimento e provimento do apelo (fls. 1.068/1.075).

É, no essencial, o relatório.

VOTO

Conheço do recurso porque, além de tempestivo, atende aos demais pressupostos de admissibilidade.

Muito embora o magistrado sentenciante tenha ordenado a remessa oficial, declino deste mister, já que, nas ações de improbidade administrativa, *“não há que se falar em aplicação subsidiária do art. 19 da Lei 4.717/65, mormente por ser o reexame necessário instrumento de exceção no sistema processual, devendo, portanto, ser interpretado restritivamente; [...] (Resp 1220667/MG, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 04-09-2014)[...]”* (Reexame Necessário n. 2015.015311-8, de Criciúma, rel. Des. Carlos Adilson Silva, j. 12/05/2015).

O Ministério Público do Estado de Santa Catarina intentou a subjacente Ação Civil Pública por Ato de Improbidade Administrativa contra Wilson Plautz (Prefeito do Município de Camboriú na *“Administração 2001/2004”*, falecido em 26/07/2007 - fl. 473), e

também em direção a Simoni Russi, Giseli dos Santos Leal e Nelisete de Borba Carvalho de Lima - estes integrantes da Comissão de Licitação Permanente -, por irregularidades decorrentes da contratação, por intermédio de Carta-Convite, da prestação de serviços para realização de exames médicos.

Pois bem.

Por norma de organização e método, impõe-se a análise individual de cada uma das questúnculas:

1.- Da alegada ausência de prova da realização dos exames clínicos e da falta de previsão contratual sobre a fiscalização pela tomada destes serviços:

[...] 2.1 Consta da exordial: *“Os contratos de prestação de serviços (FMS 11/2004 e FMS 12/2004) firmados com os prestadores de serviços vencedores do processo licitatório, são omissos quanto à prestação de contas sobre os serviços prestados para liquidação e autorização do pagamento [...] Além da liquidação nas Notas Fiscais emitidas pelos respectivos prestadores de serviço, também não localizamos nos Processos de Despesa nºs 1118 e 1119 de 2004, qualquer outro tipo de comprovação da realização dos serviços”* [...] (fl. 1.008).

O excerto dimana a averiguação de duas vertentes: a primeira correspondente à incúria do Município de Camboriú em estabelecer exigência acerca do cumprimento do ajuste; a segunda condizente com a efetiva realização dos serviços contratados.

Do acervo probatório constante nos autos, infere-se que após deflagrar o Edital de Convite nº 13/2004 (fls. 18/58), em decorrência da *“Solicitação de Abertura de Licitação”* pela Secretaria de Saúde (fl. 19), o Município de Camboriú expediu Carta-Convite aos concorrentes cadastrados (fls. 30/32), o que culminou na adjudicação das propostas vencedoras e na elaboração dos Contratos Particulares de Prestação de Serviço para Realização de Exames de Ultrassonografia nº 11/2004 e nº 12/2004, respectivamente, que, na Cláusula 4ª (quarta) de ambos, previam que:

[...] OBRIGAÇÕES DO CONTRATANTE: Constituem obrigações do CONTRATANTE, dentre outras insertas ou decorrentes deste Contrato:

- a. Liquidar os documentos de cobrança.
- b. Dar o devido recebimento dos serviços. [...] (fls. 08 e 10 - grifei).

Com efeito, o referido indicativo, ainda que singelo, torna tangível a predisposição da municipalidade em cancelar uma modalidade de exigência dos serviços ajustados, de modo que, muito embora não esclareça pormenorizadamente o *modus operandi* de tal averiguação, é suficiente para rechaçar a pretensão do Ministério Público de ser exigido o esgotamento de todos os meandros e particularidades do art. 54 da Lei nº 8.666/93, no sentido de que haveria de constar no instrumento “*expressamente as condições de pagamento [...]*” (fl. 04).

Não desconheço que a incúria dos administradores em registrar maior esclarecimento sobre tal dispêndio pavimenta ampla discussão sobre a necessidade de serem revistos seus procedimentos. Contudo, dizer que há, só por isso, conduta ímproba, constitui um axioma que inspira cautela.

É que, segundo Waldo Fazzio Júnior, o “*ato de improbidade administrativa é a exteriorização da vontade do agente público, portanto ato humano e, assim, expressa um querer. Daí a necessidade de se perquirir sobre seu elemento subjetivo. [...]*” (*Atos de improbidade administrativa: doutrina, legislação e jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 79).

Ora, ressei pertinente cotejar se o ato reprovável - desacerto na elaboração do contrato -, ostenta efetivamente a pecha de reprovação necessária para aplicabilidade da Lei de Improbidade de Administrativa.

A respeito, trago à lume o raciocínio professado por Marçal Justen Filho, de que “*o conteúdo essencial e fundamental do instrumento contratual já se encontra determinado em função do instrumento convocatório (ou outro ato que se funde o contrato). [...]*” (*Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 14ª ed. São Paulo: Dialética, 2010, p. 708).

Sob esta perspectiva, o exame da validade dos Contratos Particulares de Prestação de Serviço para Realização de Exames de Ultrassonografia nº 11/2004 e nº 12/2004 não se encerra nele mesmo, e que sua compreensão pode ser dilatada ao conjunto de todo o processo licitatório, donde a obtenção e a inspeção de elementos pragmáticos de sua validade podem reluzir materializados em outras peças.

É o caso da Solicitação de Abertura de Licitação (fl. 19), que em seu quadro “*Quantidade e Especificação*” delinea a demanda da municipalidade, com valores unitários para cada exame, bem como a indicação anatômica de cada consulta, desvelando que não houve propósito doloso dos réus em turvejar o processo licitatório.

Aliás, nesta toada, bem pontuou o togado singular que:

[...] Ainda que assim não fosse, é importante destacar que, consoante o que dispõe a Lei nº 8.666/93, a elaboração do “*contrato administrativo*” em casos de licitação na modalidade Carta-Convite é dispensável, podendo-se fazê-lo substituir por outros instrumentos hábeis.

Neste caso, optaram os administradores por elaborar o referido contrato, ainda que de forma mais simplificada, característica esta marcante das licitações na modalidade convite.

Assim sendo, verifico que os contratos firmados estabeleceram, satisfatoriamente, o objeto da licitação, a contraprestação, o preço unitário, o modo de pagamento (em parcelas), o prazo (60 dias da entrega), a dotação orçamentária, o regime de execução e a forma de fornecimento, não havendo que se falar em insuficiência de clareza. [...]. (fls. 1.009/1.010).

Portanto, “*da mera prática do ato não exsurge, presumidamente, o intuito malsã do Agente Público, competindo ao membro do Parquet, parte autora da ação, trazer aos autos provas que atestem haver o dolo do Agente (art. 333, I, do CPC). [...] (STJ, REsp 1253368/MG, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 21/08/2014).*”

De outra banda, quanto à efetiva prestação dos serviços contratados, entendo que o embate recai nas diretrizes estabelecidas pelo art. 333 do

Código de Processo Civil, que trata da distribuição do ônus da prova entre as partes.

2.- Alegada ausência de requisições de Exame ou Conhecimento de cada paciente:

[...] 2.2 O Ministério Público ainda sustentou: “*em análise às Notas Fiscais relacionadas a contratações diretas, não localizamos menção às requisições de Exame ou conhecimento de cada paciente pelo Fundo Municipal de Saúde, e também, verificamos que a descrição dos serviços não é precisa, pois é de conhecimento que a realização de exames de ultrassonografia em diferentes partes do corpo humano possui preços diferenciados*”. [...] (fl. 1.010).

Como visto, a presente capitulação reclama a mesma interpretação afeiçoada ao campo de provas.

Dito isto, trago à baila o ensinamento de Fredie Didier Júnior, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira, de que:

Como já dito, nosso CPC acolheu a teoria estática do ônus da prova (teoria clássica), distribuindo prévia e abstratamente o encargo probatório, nos seguintes termos: ao autor incumbe provar os fatos constitutivos do seu direito e ao réu provar os fatos impeditivos, modificativos e extintivos (art. 333, CPC).

[...]

Sucedem que nem sempre autor e réu têm condições de atender a esse ônus probatório que lhes foi rigidamente atribuído - em muitos casos, por exemplo, vêem-se diante de prova diabólica (prova impossível). E, não havendo provas suficientes nos autos para evidenciar os fatos, o juiz terminará por proferir decisão desfavorável àquele que não se desincumbiu do seu encargo de provar (regra de julgamento).

É por isso que se diz que essa distribuição rígida do ônus de prova atrofia nosso sistema, e sua aplicação pode conduzir a julgamentos injustos. [...] (*Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. V. 2. 6ª ed. Bahia: Juspodvim, 2011, p. 95).

Voltando ao conteúdo lançado nos autos, constato uma escassa prova no sentido de que o Município de Camboriú tenha efetivamente despendido verbas públicas para os tais serviços objetados, o que confirma os fundamentos pontuados pelo julgador *a quo*, quais sejam:

[...] Além disso, não é possível esclarecer se houve qualquer dano ao erário decorrente da conduta dos requeridos, porquanto não foram juntadas aos autos as Notas de Empenho ou as Ordens de Pagamentos que comprovem a liquidação da despesa sem a prestação do serviço por parte dos contratados, como quer fazer crer o Ministério Público.

[...]

No tocante à questão relativa à ausência de precisão na descrição dos serviços, entendo que não é possível (pelo menos não a partir do escasso conteúdo probatório trazido aos autos) esclarecer as condições em que se dera a contratação direta de serviços de exames de ultrassonografia.

Ora, foram acostadas aos autos tão somente cópias de autorização de fornecimento, desacompanhadas dos pedidos que lhes deram origem, NÃO ASSINADAS pelo responsável pelo setor de compras (fls. 12/16).

Assim, não há como concluir sequer que referidos serviços tenham sido autorizados e custeados pelo município de Camboriú.

Superada esta questão, no tocante à verificação da execução dos mencionados serviços (se é que eles foram realmente autorizados), insta registrar que os atos referentes à execução ou aceitação do contrato em muito se afastam das competências atribuídas à Comissão de Licitação Permanente do município de Camboriú para o exercício de 2004, da qual faziam parte as requeridas Nelisete, Simoni e Giseli.

Quanto ao réu Wilson, na condição do Ordenador Primário das despesas da administração pública do município de Camboriú, poderia este ser responsabilizado por eventual pagamento irregular, porém não é o caso dos autos.

Isto porque, não há qualquer evidência nos autos de que este tivesse concorrido para eventual pagamento por serviço prestado à municipalidade sem a regular verificação de sua execução. Como visto, além de não existir provas de que o pagamento a que se refere a inicial

tenha sido irregular, não há sequer elementos a apontar que, de fato, HOUVE algum pagamento.

Desta feita, tenho que os elementos acostados aos autos (ou a ausência destes) implica na conclusão de inexistência de qualquer irregularidade na condução dos referidos procedimentos. [...] (fls. 1.010/1.011).

Superado pois este ponto de insurgência, já que ausente a efetiva comprovação dos fatos articulados pelo *parquet*.

3.- Da apontada falta de publicidade dos Contratos vencedores da modalidade Carta-Convite:

[...] 2.3 Por fim, descreveu o Ministério Público na exordial que os contratos administrativos firmados entre a Administração Pública e as empresas vencedoras do certame na modalidade convite não foram devidamente publicados. [...] (fls. 1.011/1.012)

Rendendo ensejo à discussão, afigura-se plausível citar excerto doutrinário de Marçal Justen Filho, no sentido de que:

[...] O procedimento licitatório “*convite*” pressupõe a ausência de necessidade de especificações detalhadas ou de complexidade no objeto a ser contratado. O convite é adequado quando o objeto a ser contratado é simples o suficiente para ser realizado por qualquer profissional de uma determinada área. Por isso, o convite pode ser dirigido também a pessoas que não estejam cadastradas, como exposto acima. [...] (*Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 14ª ed. São Paulo: Dialética, 2010, p. 269).

É certo que este abrandamento da rigidez pertinente à Carta-Convite não isenta o agente público de observar os princípios basilares inerentes à *res publica*, notadamente o da publicidade, que, nas palavras de Volnei Ivo Carlin, “*exterioriza a democracia de um país que tem a transparência como regra básica e o segredo como exceção. Esse princípio torna obrigatória a divulgação oficial dos atos praticados pela Administração Pública, para conhecimento, controle e início de seus efeitos [...]*” (*Manual de direito administrativo: doutrina e jurisprudência*. 4ª ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007, p. 71).

Tal alteração é meritória, mas convém dividi-la em duas etapas: a primeira diz respeito à veiculação de notícias acerca do início do certame, ato que tem por escopo garantir a amplitude desta informação, ainda que na modalidade Convite esta seja direcionada basicamente aos concorrentes cadastrados na municipalidade; já a segunda providência, o contrato e sua publicação - termo pelo qual o particular e a administração selam o ajuste -, é volvido mais ao aspecto da fiscalização, já que tem o condão de conferir elementos para que a coletividade inspecione a faina de quefazeres da municipalidade.

Nesta solfa, o ápice da publicidade é alcançado pela anunciação de que o processo editalício encontra-se em aberto, conclamando os interessados a participarem da chamada pública.

Portanto, este protagonismo relega para um segundo plano - mas não menos dispensável -, a averiguação da adequada publicidade dos Contratos Particulares de Prestação de Serviço para Realização de Exames de Ultrassonografia nº 11/2004 e nº 12/2004.

No caso em rusga, as partes não dissentem que houve publicidade quanto ao chamamento dos concorrentes ao Processo Licitatório nº 13/2004. Até porque consta a expressa menção de que este, *“para os fins da lei nº 8.666/93, foi publicado e afixado no mural oficial desta instituição, a partir das 14:00 horas do dia 24/09/2004, até as 17:00 horas do dia 04/10/2004. Camboriú, 24 de setembro de 2004 [...]”* (fl. 33).

A controvérsia sobrepaira quanto à publicidade dos Contratos Particulares de Prestação de Serviço para Realização de Exames de Ultrassonografia nº 11/2004 e nº 12/2004 em si, ou seja, se o produto final do certame veio à tona para a coletividade.

A respeito, os réus aduziram que *“era prática reiterada da administração, posteriormente definida por Lei Municipal, a publicação dos atos oficiais no Mural da Prefeitura, inclusive o resumo de todas as licitações, os contratos e compras diretas. [...]”* (fls. 279/280 e 356).

Em contraponto, não desconheço da subsunção do caso ao disposto no § único do art. 61 da Lei nº 8.666/93, de que,

[...] A publicação resumida do instrumento de contrato ou de seus aditamentos na imprensa oficial, que é condição indispensável para sua eficácia, será providenciada pela Administração até o quinto dia útil do mês seguinte ao de sua assinatura, para ocorrer no prazo de vinte dias daquela data, qualquer que seja o seu valor, ainda que sem ônus, ressalvado o disposto no art. 26 desta Lei.

Ocorre que entre a negligência de um comando normativo, e a efetiva constatação da proposital vontade do agente em partilhar este caminho, subsiste - em estado latente -, a necessidade de se averiguar o seu dolo, nexos causal próprio da Lei de Improbidade Administrativa.

Assim, José Armando da Costa adverte que é preciso cotejar o viés subjetivo dos réus para que o constante no art. 11, inc. IV da Lei nº 8.429/92 (“*negar publicidade aos atos oficiais*”) ganhe repressivo contorno, senão vejamos:

[...] O tipo disciplinar de improbidade administrativa *sub lite* - em litígio - somente poderá ocorrer quando a ação de negativa de publicidade aos atos oficiais sejam perpetrados dolosamente, ou pelo menos voluntariamente, em que pretenda o agente público, ainda que por mero capricho, embotar a cristalinidade que deve prevalecer na pública administração. [...] (*Contorno jurídico da improbidade administrativa*. 3ª ed. Brasília: Editora Brasília Jurídica, 2005, p. 151).

Dito isto, apesar da falta de prova concreta acerca da afixação dos Contratos Particulares de Prestação de Serviço para Realização de Exames de Ultrassonografia nº 11/2004 e nº 12/2004 no mural do paço municipal de Camboriú - mas, em razão da infrutífera demonstração do dolo dos agentes perante esta incúria, aliado ao fato de que estes instrumentalizaram uma mínima publicidade para os atos de convocação do certame (satisfazendo o teor de publicidade de um dos momentos mais importantes do *iter* licitatório da modalidade Convite) -, entendo como equânime o apontamento vertido pelo togado singular, qual

seja, do abrandamento da conduta atribuída aos réus, o que culmina na consequente absolvição destes, visto que,

[...] Na hipótese, quanto à ausência de publicidade do contrato não se cogita sequer de ausência de provas quanto ao dolo, ao contrário está demonstrado que os agentes não agiram com a intenção manifesta de atentar contra os princípios da administração até porque a afixação do contrato no mural da Prefeitura era praxe da Administração.

Logo, houve publicidade parcial do contrato, o que afasta, inclusive, o dolo dos agentes públicos.

Importante frisar que se tratava de praxe na administração antecedente e à época dos fatos.

[...]

Pois bem, além das meras irregularidades apontadas, os autos demonstram que todas as fases do procedimento licitatório foram estritamente observadas, com o envio de convite aos interessados, publicação do aviso, averiguação da habilitação e propostas.

Em síntese, há, portanto, tão somente pequenas e irrelevantes irregularidades que não geraram consequências de grave monta, até porque não implicaram em qualquer alteração na disputa entre as empresas licitantes. [...] (fl. 1.013).

Dessarte, manifesto-me no sentido de conhecer do apelo, todavia negando-lhe provimento. De outro vértice, pronuncio-me pelo não conhecimento da remessa oficial.

É como penso. É como voto.

Apelação Cível n. 2014.000270-8, da Capital

Relator: Des. Luiz Fernando Boller

APELAÇÃO. AÇÃO INDENIZATÓRIA. DANOS MATERIAL E MORAL. TRANSPORTE PÚBLICO INTERESTADUAL DE PASSAGEIROS. FURTO DE PERTENCES PESSOAIS NO INTERIOR DE VEÍCULO DE TRANSPORTE COLETIVO.

CONSUMIDORAS QUE OBJETIVAM ATRIBUIR RESPONSABILIDADE À CONCESSIONÁRIA PRESTADORA DO SERVIÇO PELO PREJUÍZO EXPERIMENTADO. INVIABILIDADE.

CONDUTA DE TERCEIRO TIDA COMO FORTUITO EXTERNO. AUSÊNCIA DE NEXO CAUSAL COM A ATIVIDADE EXERCIDA PELA AUTO VIAÇÃO RECORRIDA. IMPREVISIBILIDADE.

BAGAGEM DE MÃO QUE, ADEMAIS, ESTAVA SOB A CUSTÓDIA DAS PRÓPRIAS VÍTIMAS. DESÍDIA DESTAS, QUE DEIXARAM SEUS PERTENCES NO BANCO DE TRÁS DOS RESPECTIVOS ASSENTOS, SEM QUALQUER FISCALIZAÇÃO OU CONTROLE. OBRIGAÇÃO DE REPARAR NÃO CARACTERIZADA. EXEGESE DO § 6º DO ART. 8º DA RESOLUÇÃO Nº 1.432/2006, DA ANTT.

“[...] É de incumbência do próprio passageiro a conservação dos pertences que guardam consigo, tratando-se de caso de excludente de responsabilidade no contrato de transporte, posto que a transportadora não pode se responsabilizar por fatos estranhos ao mesmo, como é caso de furto praticado por outros passageiros [...]” (Apelação Cível nº 2012.083111-0, de Maravilha. Rel. Des. Eduardo Mattos Gallo Júnior. J. em 19/02/2013).

RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2014.000270-8, da comarca da Capital (1ª Vara Cível), em que são apelantes Waleska Siczekowska e outro, e apelada Auto Viação Catarinense Ltda:

A Primeira Câmara de Direito Público decidiu, por votação unânime, conhecer do recurso, negando-lhe provimento. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Excelentíssimo Senhor Desembargador Carlos Adilson Silva, com voto, e dele participou o Excelentíssimo Senhor Desembargador Substituto Paulo Henrique Moritz Martins da Silva.

Florianópolis, 29 de setembro de 2015.

Luiz Fernando Boller
RELATOR

RELATÓRIO

Cuida-se de apelação cível interposta por WALESKA SIECZKOWSKA e NATASHA SIECZKOWSKA, contra sentença prolatada pelo juízo da 1ª Vara Cível da comarca da Capital, que nos autos da ação indenizatória nº 023.08.053813-7 (disponível em <http://esaj.tjsc.jus.br/cpopg/show.do?Processo.codigo=0N000GRAY0000&processo.foro=23> acesso nesta data), ajuizada contra a AUTO VIAÇÃO CATARINENSE LTDA., julgou improcedente o pedido, nos seguintes termos:

[...] Embora trate-se de responsabilidade objetiva, por haver relação de consumo, a conduta que causou os danos sofridos pelas autoras é externa e alheia ao agir da empresa. Rompe-se, pois, o nexó causal e a solução da lide não concerne ao âmbito da culpa.

Além do mais, as próprias autoras afirmaram que a causa de pedir é o furto de bagagens de mão e que estas se encontravam no “banco de trás”.

A responsabilidade por sua guarda era das proprietárias dos bens, posto que, com razão a requerida em sua defesa, ela só se responsabiliza pela guarda das bagagens colocadas no inferior do ônibus, sobre as quais tem controle. A bagagem de mão fica sob a vigilância de quem a porta, e não há dever de indenizar por conta disto, mormente diante do descuido [...].

Diante do exposto, JULGO IMPROCEDENTES os pedidos autorais, extinguindo o processo com resolução de mérito, forte no artigo 269, I, do Código de Processo Civil.

Custas e honorários advocatícios pelas vencidas, arbitrados estes em R\$ 1.000,00 (hum mil reais), mas suspensos por conta da Gratuidade da Justiça (art. 12 da Lei nº 1.060/50) (fls. 244/246).

Malcontentes, WALESKA SIECZKOWSKA e NATASHA SIECZKOWSKA sustentam que *“a responsabilidade da [...] transportadora é presumida, independentemente de culpa do seu preposto ou de terceiro, somente excluída se comprovada a ocorrência de caso fortuito ou força maior, não caracterizados na hipótese”* (fl. 252), devendo a auto viação ré, via de consequência, ser condenada ao pagamento de indenização pelo prejuízo decorrente do extravio de sua bagagem de mão, estando o abalo psicológico amparado no fato de que os objetos furtados eram utilizados por ambas no aperfeiçoamento de seus estudos musicais, termos em que bradaram pelo conhecimento e provimento da insurgência, atribuindo-se à demandada o dever de reparar os danos material e moral alegados (fls. 249/259).

Recebido o apelo nos efeitos devolutivo e suspensivo (fl. 261), ascenderam os autos a esta Corte sem o oferecimento de contrarrazões por parte da AUTO VIAÇÃO CATARINENSE LTDA. (fl. 263), tendo, por sorteio, sido originalmente distribuídos ao Desembargador Newton Trisotto (fl. 266), sobrevivendo, na sequência, a juntada de termo de substabelecimento pela ré apelada (fls. 267/268).

Após o que, vieram-me conclusos em razão do superveniente assento nesta Câmara (fl. 272).

É, no essencial, o relatório.

VOTO

Conheço do recurso porque, além de tempestivo, atende aos demais pressupostos de admissibilidade, estando as apelantes - na condição de

beneficiárias da Justiça Gratuita (fl. 246) -, dispensadas do recolhimento do preparo.

WALESKA SIECZKOWSKA e NATASHA SIECZKOWSKA objetivam atribuir à AUTO VIAÇÃO CATARINENSE LTDA. a responsabilidade por danos material e moral que aduzem ter experimentado, em decorrência do furto de sua bagagem de mão no interior de um dos ônibus da concessionária prestadora de serviço público de transporte interestadual de passageiros requerida, enquanto faziam o percurso São Paulo-Florianópolis em 21/02/2008, ressaíndo, ambas, que era dever da recorrida “*zelar para que o percurso da viagem seja bom e seguro, não permitindo que nenhum acontecimento funesto aconteça*” (fl. 255).

Pois bem.

Consoante estatui o art. 734, caput, do Código Civil, “*o transportador responde pelos danos causados às pessoas transportadas e suas bagagens, salvo motivo de força maior, sendo nula qualquer cláusula excludente de responsabilidade*” (grifei).

A respeito, Maria Helena Diniz pontua que:

[...] O transportador responde objetivamente pelos danos sofridos pelos viajantes e suas bagagens, oriundos de desastres não provocados por força maior, pagando uma indenização, por dano moral ou patrimonial, variável conforme a natureza ou extensão dos prejuízos, abrangendo tanto danos emergentes (p. ex., despesa médico-hospitalar, gasto com estada, alimentação etc.) como os lucros cessantes (Código Civil anotado - 17. ed. - São Paulo: Saraiva, 2014. p. 583).

In casu, a pretensão reparatória encontra-se lastreada na indevida subtração de pertences das autoras que foram trazidos para o interior do coletivo, aduzindo as apelantes terem experimentado um prejuízo não só moral, como também financeiro em decorrência de tal circunstância, já que, com isto, viram-se privadas de 1 (uma) filmadora SONY mini DVD, 1 (um) laptop HEWLETT PACKARD n° de série CNF6523MLV,

US\$ 500,00 (quinhentos) dólares, 1 (um) jogo de cordas de contrabaixo D'ADDARIO HELICORE, 1 (um) óculos de sol, 1 (um) aparelho de vídeo game PLAY STATION portátil modelo 2000, 1 (um) laptop TOSHIBA 2GB de memória *ram* e 200 GB de HD, 1 (uma) máquina fotográfica CANON digital de 8 MP, 1 (um) dicionário eletrônico SPEAKER, 1 (um) aparelho metrônomo INTELLI, 1 (uma) bateria extra do PLAY STATION, 1 (um) jogo (disco) LUMINES II, 1 (um) perfume AQUA DI GIO de 100 ml, e 1 (um) cartão de memória STICK PRO DUO de 8 GB SONY.

Entretanto, malgrado a indicação dos pertences que teriam sido furtados na data da viagem interestadual, entendo que não há como a AUTO VIAÇÃO CATARINENSE LTDA. ser responsabilizada pela atuação dos larápios, ainda que o evento lesivo tenha ocorrido no interior de um dos veículos da requerida.

Isto porque o fato da ação delituosa ter sido perpetrada por terceira pessoa não vinculada ao quadro de funcionários da demandada, em tais casos, constitui excludente de responsabilidade, visto que considerada a conduta dolosa de terceiro como sendo um fortuito externo - já que não se encontra relacionada aos riscos da própria atividade, tal como o choque com outros veículos ou o estouro de um pneu -, rompendo, assim, o nexo de causalidade entre o serviço contratado e o resultado imprevisível e inesperado decorrente do furto.

Sobre a matéria, Sérgio Cavalieri Filho aclama que:

[...] A melhor doutrina caracteriza o fato doloso de terceiro, vale dizer, o fato exclusivo de terceiro, como fortuito externo, com o que estamos de pleno acordo. Ele exclui o próprio nexo causal, equiparável à força maior, e, por via de consequência, exonera de responsabilidade o transportador. O transporte, em casos tais, não é causa do evento; é apenas a sua ocasião. É mais: após a vigência do Código do Consumidor, esse entendimento passou a ter base legal, porquanto, entre as causas exonerativas da responsabilidade do prestador de serviços, o § 3º, II, do art. 14 daquele Código incluiu o fato exclusivo de terceiro (Programa de responsabilidade civil - 9ª ed. - São Paulo: Atlas, 2010. p. 321).

De destacar que não se desconhece a necessidade de a concessionária prestadora de serviço público transportar os passageiros em segurança, garantindo a chegada incólume ao destino contratado.

Todavia, o art. 14, § 3º, inc. II, da Lei nº 8.078/90 estabelece que “*o fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar: [...] II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro*”, circunstância esta indubitavelmente implementada na espécie, sobretudo porque a subtração ocorreu apenas com relação aos pertences de mão que estavam sob os cuidados de WALESKA SIECZKOWSKA e NATASHA SIECZKOWSKA, e, não, quanto aquelas bagagens que haviam sido regularmente despachadas e estavam devidamente acomodadas no compartimento inferior do ônibus, estas, sim, de responsabilidade da AUTO VIAÇÃO CATARINENSE LTDA..

Inclusive, as próprias apelantes informaram que as haviam deixado no banco de trás daquele em que se encontravam sentadas por ocasião da viagem, o que, tenho para mim, descortina o evidente descaso das próprias vítimas quanto à guarda da respectiva bagagem de mão, sobretudo diante do valor econômico que representava.

Tal circunstância, indubitavelmente, corrobora o entendimento de que a auto viação apelada não deve ser responsabilizada pelo fato noticiado, visto que, consoante o disposto no § 6º do art. 8º da Resolução nº 1432/2006 da ANTT-Agência Nacional de Transportes Terrestres, “*os volumes transportados no porta-embrulhos estão sob a responsabilidade dos passageiros e não estão sujeitos a qualquer tipo de indenização por dano ou extravio*” (grifei).

A propósito, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu que:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL.
PROCESSO CIVIL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS.
ASSALTO NO INTERIOR DE ÔNIBUS COLETIVO. FORÇA
MAIOR. CASO FORTUITO. EXCLUSÃO DE RESPONSABILIDADE
DA EMPRESA TRANSPORTADORA. CONFIGURAÇÃO.

DECISÃO MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. REVELIA. PRESUNÇÃO RELATIVA. PROVIMENTO NEGADO.

Este Tribunal já proclamou o entendimento de que fato inteiramente estranho ao transporte (assalto no interior de ônibus) constitui caso fortuito, excludente de responsabilidade da empresa transportadora. Entendimento pacificado pela eg. Segunda Seção desta Corte. Precedentes [...] (AgRg no AREsp nº 531739/SP. Rel. Min. Raul Araújo. J. em 05/02/2015. DJe de 23/02/2015).

Portanto, considerando que o evento danoso adveio da conduta de terceiro que não mantinha relação direta com o serviço de transporte público de passageiros prestado pela AUTO VIAÇÃO CATARINENSE LTDA., escorreita é a decisão que julgou improcedente o pleito reparatório, não se olvidando que a WALESKA SIECZKOWSKA e NATASHA SIECZKOWSKA incumbia a prova da existência do direito invocado, de maneira a permitir a formação de um juízo favorável à pretensão deduzida (art. 333, inc. I, do Código de Processo Civil), ônus do qual não se desincumbiram.

Nessa linha:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. IMPROCEDÊNCIA NA ORIGEM. TRANSPORTE RODOVIÁRIO. FURTO DE BAGAGEM DE MÃO DURANTE A NOITE. BEM QUE ESTAVA SOB A ESFERA DE VIGILÂNCIA DA PRÓPRIA PASSAGEIRA. EXEGESE DO ARTIGO 14, § 3º, II, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA. IMPOSSIBILIDADE DA TRANSPORTADORA SE RESPONSABILIZAR POR FATO ESTRANHO AO CONTRATO DE TRANSPORTE. HIPÓTESE DE FURTO PRATICADO POR TERCEIRO. EXCLUDENTE CONTRATUAL. OBSERVÂNCIA AO ARTIGO 8º, § 6º, DA RESOLUÇÃO N. 1.432, DE 26.04.2006, DA ANTT. INEXISTÊNCIA DO DEVER DE INDENIZAR. CONJUNTO PROBATÓRIO INSUFICIENTE A AUTORIZAR A PROCEDÊNCIA DA DEMANDA. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO.

[...] É de incumbência do próprio passageiro a conservação dos pertences que guardam consigo, tratando-se de caso de excludente de responsabilidade no contrato de transporte, posto que a transportadora não pode se responsabilizar por fatos estranhos ao mesmo, como é caso de furto praticado por outros passageiros [...] (Apelação Cível nº 2012.083111-0, de Maravilha. Rel. Des. Subst. Eduardo Mattos Gallo Júnior. J. em 19/02/2013).

Donde o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul não destoa:

APELAÇÃO CÍVEL. TRANSPORTE. INDENIZAÇÃO. BAGAGEM DE MÃO. INVIÁVEL.

Hipótese em que o autor transportou os seus pertences na bagagem de mão, assumindo a sua custódia, razão pela qual não pode a ré ser responsabilizada pelo furto efetivado por terceiro. Apelo desprovido. Unânime. (Apelação Cível nº 70051497147, de Porto Alegre. Rel. Des. Antônio Maria Rodrigues de Freitas Iserhard. J. em 20/03/2013).

Em arremate:

CONSUMIDOR. RESPONSABILIDADE CIVIL. TRANSPORTE COLETIVO. FURTO DE PERTENCES. BAGAGEM CARREGADA JUNTO À PASSAGEIRA. FATO DE TERCEIRO. ROMPIMENTO DO NEXO DE CAUSALIDADE. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA QUE NÃO RECONHECEU O DEVER DE INDENIZAR. RECURSO DESPROVIDO.

[...] No caso dos autos, restou configurado o fato de terceiro, excludente da responsabilidade objetiva, razão pela qual não comporta reforma a decisão que não reconheceu o dever de indenizar. Além do mais, pelos relatos das testemunhas, a autora foi desidiosa no cuidado com a sua bagagem, contribuindo com a ocorrência do fato narrado na inicial (Recurso Cível nº 71004591921, de Canoas. Rel. Des. Cleber Augusto Tonial. J. em 11/09/2014).

Dessarte, pronuncio-me pelo conhecimento e desprovemento do apelo, mantendo intata a sentença verberada.

É como penso. É como voto.

Apelação Cível n. 2015.011269-3, de São José

Relator: Des. Jorge Luiz de Borba

AÇÃO CIVIL PÚBLICA COM PRECEITO DEMOLITÓRIO. AFASTAMENTO DA TESE DE AUSÊNCIA DO INTERESSE DE AGIR DA MUNICIPALIDADE. DEVER DO ENTE PÚBLICO DE ZELAR PELO CUMPRIMENTO DAS NORMAS DE ZONEAMENTO E EDIFICAÇÃO. OBRA REALIZADA SEM O ALVARÁ DE LICENÇA E EM TOTAL DESRESPEITO AO RECUO PREVISTO EM LEI. ESTABELECIMENTO COMERCIAL QUE PERMANECEU INERTE DIANTE DO EMBARGO ADMINISTRATIVO E CONCLUIU A REFORMA, INVIABILIZANDO A REGULARIZAÇÃO DA EDIFICAÇÃO. IMPACTO DIRETO NOS INTERESSES DA COMUNIDADE. DEMOLIÇÃO ACERTADA. RECUSA AO PEDIDO DE AMPLIAÇÃO DO PRAZO DE 30 DIAS FIXADO NA SENTENÇA PARA O CUMPRIMENTO DA MEDIDA EXTREMA. TRANSCURSO DE MAIS DE 240 DIAS SEM NOTÍCIAS DE APRESENTAÇÃO DE PROJETO PELA RÉ. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

“A construção em desacordo com as normas de urbanização municipal autoriza a Administração Pública, no exercício do seu poder de polícia, não só a embargá-la, imediata e sumariamente, mas também protestar pela sua demolição.

“A ninguém é lícito construir onde a lei proíbe. O ordenamento urbanístico da cidade interessa a todos os munícipes. Sob pena de instauração do caos, é preciso prestigiar a ação administrativa contra a violação dos preceitos que tutelam os interesses de todos’ (AC n. 35.564, da Capital, rel. Des. Xavier Vieira)” (AC n. 2004.014781-3, da Capital, rel. Des. Rui Fortes, j. 22-2-2005).

“Cabe a demolição da obra concluída em desobediência ao embargo administrativo do Município, por estar desprovida de alvará de autorização e em desacordo com a legislação municipal quanto à obrigatoriedade do recuo frontal, não sendo possível a regularização” (AC n. 2013.061704-9, de Porto Belo, rel. Des. Jaime Ramos, j. 26-2-2015).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2015.011269-3, da comarca de São José (Vara da Fazenda Pública), em que é apelante Supermercados Imperatriz Ltda. e apelado Município de São José:

A Primeira Câmara de Direito Público decidiu, por unanimidade, conhecer do recurso e negar-lhe provimento. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Carlos Adilson Silva, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. Luiz Fernando Boller.

Florianópolis, 14 de julho de 2015

Jorge Luiz de Borba
RELATOR

RELATÓRIO

O Município de São José ajuizou ação civil pública em face de Supermercados Imperatriz Ltda., relatando que foi constatada, por meio de vistoria *in loco* realizada em 28-6-2007, a construção e a reforma clandestina dos fundos do estabelecimento réu, com saída na Rua Delamar José Silva, bairro Kobrasol, sem a aprovação de projeto ou concessão da respectiva licença e fora dos recuos e padrões de nivelamento e alinhamento exigidos por lei. Narrou que a obra foi embargada e o responsável autuado. Não obstante, a reforma foi concluída e novo auto de infração e notificação foi lavrado. Postulou a demolição da construção irregular.

Citada (fls. 49-50), a ré apresentou contestação. Arguiu que não foram comprovados os fatos narrados na inicial e que a edificação já existia quando o imóvel foi alugado no ano de 2006. Argumentou que é imprescindível a avaliação de possível irregularidade por profissional habilitado e que, se for positiva, deve ser dado prazo razoável para o

seu saneamento, sendo a demolição a última medida, em respeito aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade (fls. 53-63).

Após a réplica (fls. 67-70), foi realizada perícia (fls. 78-116), sobre a qual somente o Município se manifestou (fls. 120-122). O Ministério Público opinou pela procedência do pleito (fls. 126-127).

Ato contínuo, constatou-se a existência de litisconsórcio passivo necessário com os proprietários do imóvel locado, efetivando-se os devidos trâmites (fls. 133-139 e 136-168) e a citação (fls. 174-175 e 194-196).

Sobreveio sentença de mérito, da qual se colhe a parte dispositiva:

Diante do exposto, JULGO PROCEDENTES os pedidos formulados pelo MUNICÍPIO DE SÃO JOSÉ na presente Ação Civil Pública com Preceito Demolitório proposta contra SUPERMERCADOS IMPERATRIZ LTDA., em que figuram como litisconsortes necessários ESPÓLIO DE ANEZIO RUBIK e JULIA ANTONIENTA WAGNER RUBIK e, em consequência, DETERMINO que os réus, no prazo de 30 (trinta) dias, apresentem projeto de demolição e reforma, para ser analisado e aprovado pelo órgão técnico municipal responsável e, após sua aprovação, procedam à demolição da obra construída sem autorização do Município, correspondente à área de 27m² (vinte e sete metros quadrados) localizada fora do recuo, sob pena desta ser efetuada pelo autor, às expensas daqueles, ficando, neste caso e se necessário, autorizado desde logo o emprego da força policial para o devido cumprimento da obrigação de fazer.

Por consequência, condeno os réus ao pagamento das despesas processuais e de honorários advocatícios, os quais fixo em R\$ 1.000,00 (mil reais), com fulcro no artigo 20, § 4º, do Código de Processo Civil (fl. 259).

Supermercados Imperatriz Ltda. interpôs recurso de apelação, levantando, em preliminar, a falta de interesse agir. Sustentou que existe norma disciplinadora do exercício do poder de polícia da municipalidade, sendo desnecessária a interferência judicial para a resolução do conflito.

Reforçou que a demolição sem a observância do devido processo legal administrativo é ilegal. Postulou, assim, a extinção do feito ou, sucessivamente, em atenção aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, a ampliação do prazo para 120 (cento e vinte) dias para que se apresente o projeto de demolição e reforma, a ser analisado e aprovado pelo órgão técnico municipal responsável (fls. 265-272).

Ofertadas as contrarrazões (fls. 277-281), os autos ascenderam a esta Corte para julgamento.

A Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra da Exma. Sra. Dra. Hercília Regina Lemke, manifestou-se pelo conhecimento e desprovimento do recurso.

VOTO

Trata-se de apelação cível interposta por Supermercados Imperatriz Ltda. contra a decisão singular que julgou procedentes os pedidos formulados na ação civil pública proposta pelo Município de São José para determinar a demolição da obra realizada no imóvel locado pela recorrente.

Estão preenchidos os pressupostos de admissibilidade do apelo.

Assevera a apelante que o processo deve ser extinto por ausência de interesse de agir. Explicou que a Lei Municipal n. 1.605/1985 dispõe sobre o zoneamento, uso e ocupação do território do Município de São José. Justificou que a demolição exigida pela municipalidade deve ser precedida de vistoria realizada por profissional especializado e que, após o respectivo laudo, o proprietário do imóvel deve apresentar defesa, respeitando-se o contraditório e o devido processo legal.

Dos autos é possível averiguar que foi instalado o procedimento administrativo n. 8.106/2006 (fl. 13) para a fiscalização de obra consistente na reforma realizada pela ré nos fundos de uma das suas lojas, a qual gerou o Auto de Infração e Notificação n. 2571, em 28-6-2007 (fl. 14),

tendo em vista o não atendimento aos recuos necessários exigidos pelo Plano Diretor do Município, emitindo-se o embargo administrativo n. 2704 (fl. 15). Na oportunidade, a ré deixou de apresentar defesa.

Em 24-8-2009, após nova fiscalização, verificou-se que a reforma então questionada tinha sido concluída (fls. 18-20). Por consequência, ante o impacto da construção em face dos interesses da sociedade, o Ministério Público iniciou processo administrativo disciplinar com o intuito de resolver a situação de modo que fossem atendidos com equilíbrio os anseios da municipalidade, da comunidade e do próprio estabelecimento comercial (fls. 21-33). Porém, esgotaram-se as possibilidades de solução, pois a obra estava em desacordo com as normas urbanísticas.

Como visto, se a recorrente tivesse providenciado as licenças pertinentes no prazo estabelecido por meio do embargo administrativo, poderia evitar a medida extrema da demolição, o que não fez. Além do mais, não houve nem sequer acordo firmado entre as partes, sendo desnecessário o esgotamento da via administrativa para o ajuizamento da ação. Logo, está presente o interesse de agir do Município ao buscar a interferência judicial para a resolução do conflito.

Recentemente, aliás, decidiu-se na Quarta Câmara de Direito Público:

ADMINISTRATIVO E CIVIL - AÇÃO DEMOLITÓRIA - ALEGAÇÃO DE NULIDADE POR CERCEAMENTO DE DEFESA - PERÍCIA DISPENSADA PELA APELANTE NO CURSO DO PROCESSO - PROVA TESTEMUNHAL DESNECESSÁRIA - ACERVO PROBATÓRIO SUFICIENTE - PRELIMINAR REJEITADA - PRESCRIÇÃO - NÃO OCORRÊNCIA - AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR DA MUNICIPALIDADE - AFASTAMENTO - OBRA CONSTRUÍDA SEM ALVARÁ DE LICENÇA E COM DESRESPEITO AO RECUO FRONTAL PREVISTO EM LEI - IMPOSSIBILIDADE DE REGULARIZAÇÃO - DEMOLIÇÃO AUTORIZADA.

Ao Juiz, na condição de presidente do processo e destinatário da prova, incumbe decidir sobre a necessidade ou não da realização de prova, não implicando cerceamento de defesa o julgamento antecipado da lide com base em prova exclusivamente documental, se as provas que a parte pretendia produzir eram desnecessárias ao deslinde da causa.

Compete ao Município “zelar pelo cumprimento das regras municipais de zoneamento e edificação, sendo-lhe escorreita a possibilidade de aforar ação demolitória para defender o seu estrito cumprimento, uma vez que a Constituição da República Federativa do Brasil estabelece que ‘a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor’ (art. 182, § 2º), competindo ao Poder Público municipal a execução da política de desenvolvimento urbano (art. 182, *caput*).” (TJSC, AC. n. 2011.075745-7, Rel. Des. José Volpato de Souza).

Cabe a demolição da obra concluída em desobediência ao embargo administrativo do Município, por estar desprovida de alvará de autorização e em desacordo com a legislação municipal quanto à obrigatoriedade do recuo frontal, não sendo possível a regularização (AC n. 2013.061704-9, de Porto Belo, rel. Des. Jaime Ramos, j. 26-2-2015; destacou-se).

No tocante ao mérito, tem-se que deve ser mantida a decisão que determinou a demolição da obra feita clandestinamente. Isso porque dos documentos anexados ao feito, percebe-se que a reforma promovida no imóvel não tinha alvará, motivo pelo qual foi embargada, com a consequente notificação do estabelecimento para proceder a regularização perante os órgãos competentes. Mesmo após a ordem administrativa, a obra foi irregularmente finalizada.

Ora, a simples ausência de alvará para a construção de imóvel já é motivo suficiente para tornar irregular a obra.

Sobre o assunto, veja-se os ensinamentos de Hely Lopes Meirelles:

A demolição de obra clandestina, por óbvias razões, pode ser efetivada mediante ordem sumária da Prefeitura, porque, em tal caso, o particular está incidindo em manifesto ilícito administrativo com o só ato de frustrar a apreciação do projeto, que é pressuposto legal de toda

construção. Como a construção é atividade sujeita a licenciamento pelo Poder Público, a ausência de licença para construir faz presumir um dano potencial à Administração e à coletividade, consistente na privação do exame do projeto e na possibilidade de insegurança e inadequação da obra às exigências técnicas e urbanísticas (*Direito de construir*, 6ª ed., São Paulo: Malheiros, 1994, p. 166).

Nessa senda, dispõe a Lei Municipal n. 06/1948:

Art. 36. Não se poderá dar começo à construção ou demolição de qualquer obra, dentro da zona urbana ou suburbana, sem respectivo alvará, ou sem a devida licença da Prefeitura.

Ademais, a natureza da obra e a sua finalidade não têm o condão de afastar a necessidade de aprovação da reforma pelos órgãos competentes, especialmente quando a construção interfere diretamente nos interesses da comunidade local, afetada não só pela obstrução da passagem de pedestres pela calçada, próxima de centro escolar, como também pelo mau cheiro decorrente da posição das lixeiras em detrimento das normas sanitárias, e pela má instalação do sistema de gás e de coleta das águas pluviais.

A questão ficou muito bem fundamentada na sentença recorrida:

Como se não bastasse, o laudo pericial das fls. 78-117 também atestou que o procedimento de carga e descarga – um dos motivos pelos quais a reforma em comento foi feita – é realizado no horário comercial, circunstância esta confirmada pela placa fixada pelo próprio estabelecimento réu, a qual indica que o recebimento de mercadorias ocorre de segunda a sexta das 8h ao 12h e das 14h às 17h, bem como nos sábados, no mesmo intervalo de tempo primeiramente citado (fl. 83).

O perito observou que tal procedimento, aliado à inexistência do recuo legalmente exigido, obstrui a passagem dos pedestres pela calçada e os obriga a caminhar no meio das vias destinadas aos veículos automotores, o que põe em risco a integridade física destes. Salientou, ainda, que nas proximidades do local existe uma escola, o que torna a situação ainda mais grave (fls. 83-85).

Como se não bastasse, as lixeiras do supermercado também são posicionadas na calçada e ocasionam igual interrupção do espaço destinado ao fluxo dos transeuntes (fl. 86) e mau cheiro (fls. 170/171). Também foi constatada a irregularidade do sistema de coleta das águas pluviais, que é despejado na calçada (fl. 94).

Outros fatores de risco constatados são a inadequação do sistema de instalação de gás – erigido em desacordo com as normas estabelecidas pelo Corpo de Bombeiros –, o descolamento de parte das lajes – que podem cair – e o fato de o chão ser de cimento, mas servir de depósito de alimentos – em afronta à normativa sanitária –, tudo ameaçando flagrantemente pedestres e funcionários do local (fl. 258; sublinhou-se).

O perito nomeado judicialmente, profissional técnico e habilitado, esclareceu no laudo que a Rua José Fermínio Novaes, para onde a ampliação da obra foi voltada, é caracterizada como via sem especificação, a qual exige recuo de 10m (dez metros) (art. 85, I, da Lei n. 1605/1985). No entanto, o afastamento constatado no local foi de 5,95m (cinco metros e noventa e cinco centímetros), ficando 4,05m (quatro metros e cinco centímetros) abaixo dos parâmetros legais (fl. 134).

Na perícia, concluiu-se ainda que, em relação à área de carga e descarga de mercadorias, a qual exige espaço para estacionamento dos veículos dos distribuidores, houve afronta ao art. 78, parágrafo único, da Lei referida, pois “nas atividades não residenciais, o afastamento frontal mínimo será de 5,50m independente da previsão de vagas de estacionamento”, ao passo que o espaço do supermercado é de 1,45m (um metro e quarenta e cinco centímetros) (fl. 135).

Como se vê, permitir a manutenção da construção sem o devido licenciamento é fechar os olhos à desobediência desmedida não só das normas de política urbana municipais, como da própria autoridade administrativa que foi diretamente desrespeitada pela continuidade da obra promovida após o embargo.

Colhe-se da jurisprudência:

ADMINISTRATIVO. ACRÉSCIMO EM EDIFICAÇÃO QUE NÃO RESPEITOU RECUO MÍNIMO. AUSÊNCIA DE PERMISSÃO - EDIFICAÇÃO CLANDESTINA. SENTENÇA QUE DETERMINOU A DEMOLIÇÃO MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO.

“Administrativo. Ação demolitória. Construção de acréscimo em edificação. Alegação de ausência de alvará de licença. Desobediência à norma municipal. Construção irregular. Recurso desprovido.

O abuso em edificar, ou seja, a construção que desconsidera o regramento legal, consiste em uma conduta contra *ius*, porque violadora de norma jurídica (Luiz Guilherme Marinoni).

A simples ausência de alvará de licença para construir, por si só, torna irregular a construção, o que autoriza a demolição (Apelação Cível n. 2010.029766-6, de Criciúma, rel. Des. Pedro Manoel Abreu, DJe 31/08/2012)” (AC n. 2011.081298-0, de São José, rel. Des. Carlos Adilson Silva, j. 16-10-2012; grifou-se).

Ainda:

A construção em desacordo com as normas de urbanização municipal autoriza a Administração Pública, no exercício do seu poder de polícia, não só a embargá-la, imediata e sumariamente, mas também protestar pela sua demolição.

“A ninguém é lícito construir onde a lei proíbe. O ordenamento urbanístico da cidade interessa a todos os munícipes. Sob pena de instauração do caos, é preciso prestigiar a ação administrativa contra a violação dos preceitos que tutelam os interesses de todos” (AC n. 35.564, da Capital, rel. Des. Xavier Vieira) (AC n. 2004.014781-3, da Capital, rel. Des. Rui Fortes, j. 22-2-2005).

E:

[...] CONSTRUÇÃO CLANDESTINA - AUSÊNCIA DE ALVARÁ DE LICENÇA - DESOBEDIÊNCIA ÀS NORMAS EDILÍCIAS MUNICIPAIS - INOBSERVÂNCIA DO EMBARGO ADMINISTRATIVO - ESCUSA À ILEGALIDADE - ALEGAÇÃO DE EXISTÊNCIA DE OUTRAS OBRAS IRREGULARES NA LOCALIDADE - IRRELEVÂNCIA - PRINCÍPIO SEGUNDO QUAL

OS ABUSOS E AS VIOLAÇÕES DAS LEIS DEVEM SER COIBIDOS E NUNCA IMITADOS - DEMOLIÇÃO - VIABILIDADE - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - MINORAÇÃO -. RECURSO DO RÉU PARCIALMENTE PROVIDO E DOS TERCEIROS INTERESSADOS DESPROVIDO

“Constatando-se a ausência do pertinente alvará de licença, a reforma procedida pela apelante foi clandestina, sendo a decisão que implica na sua demolição, medida de inteira justiça” (AC n. 2009.050671-2, da Capital, rel. Des. José Volpato de Souza, j. 18.6.2010) (AC n. 2008.024271-2, da Capital, rel. Des. Rodrigo Collaço, j. 17-11-2011).

Irretocável, pois, a sentença.

No tocante ao pedido recursal sucessivo de ampliação do prazo de 30 (trinta) dias fixado na decisão objurgada para a apresentação de projeto de demolição e reforma, não há como se acolher a pretensão. Isso porque, desde a interposição do apelo, em novembro de 2014, já se passaram mais de 240 (duzentos e quarenta) dias, e não existem notícias nos autos sobre providências por parte da ré. Inclusive, como ressaltado no parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, “a situação em comento se prolonga desde 2006, quando da intimação da empresa apelante acerca da irregularidade da construção” (fl. 296).

Ante o exposto, conhece-se do recurso e a ele se nega provimento.

É o voto.

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

Apelação Cível n. 2013.056548-9, de Criciúma

Relator: Des. João Henrique Blasi

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA AMBIENTAL. IMPLANTAÇÃO DE REDE DE ENERGIA ELÉTRICA. ALEGAÇÃO DE INOBSERVÂNCIA DAS CONDICIONANTES IMPOSTAS EM LICENÇA AMBIENTAL DE INSTALAÇÃO. DISTÂNCIA ENTRE OS POSTES AFIXADOS QUE DESTOIA DO EXIGIDO PELA LEGISLAÇÃO MUNICIPAL. PROVA PERICIAL NESTE SENTIDO. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. NECESSIDADE DE APLICAÇÃO DE MEDIDAS QUE ASSEGUREM RESULTADO PRÁTICO EQUIVALENTE AO DO ADIMPLENTO. DECISÃO REFORMADA. APELO PROVIDO.

O fato de ter sido concedida licença ambiental de operação (LAO) não autoriza a presunção de que foram cumpridas as condicionantes da licença ambiental de instalação (LAI), sendo certo, ainda, que, conquanto não tenha havido pedido exposto para a regularização do assentamento dos postes de energia elétrica, as condições de validade da LAI obrigavam o empreendedor a conduzir a obra em consonância com as normas e a legislação municipal vigentes. Nessa contextura, deve ser reconhecida a procedência do pedido, pois o laudo pericial evidenciou a desconformidade das obras com as exigências normativas municipais atinentes à distância mínima que os postes de energia elétrica devem guardar entre si, implicando a necessidade da adoção de medidas corretivas, que assegurem o resultado prático equivalente, a teor do art. 84 do Código de Defesa do Consumidor e do art. 21 da Lei n. 7.347/85.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2013.056548-9, da comarca de Criciúma (2ª Vara da Fazenda), em que é apelante Ministério Público do Estado e apelada Centrais Elétricas de Santa Catarina S/A - Celesc:

A Segunda Câmara de Direito Público decidiu, por votação unânime, dar provimento ao recurso para julgar procedente o pedido inicial a fim de que a empresa ré, no prazo de 180 (cento e oitenta) dias, cumpra as condicionantes da Licença Ambiental de Instalação, regularizando, conseqüentemente, a situação dos postes de energia elétrica assentados em desconformidade com o Decreto Municipal n. 184/SA/2008. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Exmos. Srs. Desembargadores Sérgio Roberto Baasch Luz e Cid Goulart.

Florianópolis, 24 de novembro de 2015

João Henrique Blasi
RELATOR E PRESIDENTE

RELATÓRIO

Cuida-se de apelação interposta pelo Ministério Público do Estado, pelo Promotor de Justiça Luiz Fernando Góes Ulysséa, contrastando sentença proferida pelo Juiz Edison Alvanir Anjos de Oliveira Junior (fls. 659 a 664), que julgou improcedente ação civil pública ambiental por ele proposta contra Centrais Elétricas de Santa Catarina S/A - Celesc, objetivando compeli-la a não instalar rede elétrica de alta voltagem na área objeto da ação, a não ser que cumpridas as condicionantes da licença ambiental de instalação (LAI).

Irresignado com a prestação jurisdicional entregue, sustenta, o apelante ser viável e imprescindível a regularização dos postes de energia elétrica instalados pela empresa ré, pois desconformes com a LAI (fls. 665 a 677).

Houve contrarrazões (fls. 685 a 691).

O Procurador de Justiça Alexandre Herculano Abreu opinou pelo provimento do recurso (fls. 698 a 702).

É o relatório.

VOTO

Da exordial colhe-se que o Ministério Público Estadual deflagrou a presente *actio*, objetivando, entre outros pedidos, o seguinte:

4 – a procedência do pedido inicial para compelir a CELESC, sob pena de cominação de multa diária, nos termos do artigo 14, inciso I da Lei nº 6.938/81 c/c art. 461, § 4º, do CPC:

4.1. à obrigação de não fazer, consistente em doravante abster-se de ligar a rede de energia elétrica de alta voltagem, na área questionada, a não ser que devidamente cumpridas as condicionantes da Licença Ambiental de Instalação e apresentado o relatório de execução dos Programas Ambientais relacionados na mesma, bem como a apresentação da Licença Ambiental de Operação. (fl. 12)

A sentença desacolheu o pedido inicial à luz da seguinte fundamentação:

Extrai-se do referido pedido a obrigação pelo cumprimento das condicionantes da Licença Ambiental de Instalação de fl. 27, e a obrigação de apresentação da Licença Ambiental de Operação.

Conforme Informação Técnica – IT n. 063/2010 – GELUR já houve a expedição da Licença Ambiental de Operação – LAO n. 304/09 (fls. 360/361), fato que por si só esclarece e comprova que as condicionantes contidas na LAI n. 047/08 foram devidamente cumprida.

Pois bem, retira-se da LAI n. 047/08 que:

[...]

Condições de validade desta Licença Ambiental de Instalação – LAI

[...]

2- O empreendedor deverá informar a esta FATMA quando da conclusão das obras de implantação, para efeito de vistoria e emissão da Licença Ambiental de Operação/LAO

[...]

Condições gerais.

[...]

Deverá ser requerida a Licença Ambiental de Operação, antes do início previsto para o funcionamento, que não será concedida caso não tenham sido atendidas as restrições e as condições de validade constantes desta licença.

[...]

Se não bastasse isso, houve a comprovação das condicionantes da LAI em questão, por meio dos documentos juntados às fls. 389/530.

Assim, entendo por devidamente cumprido o pedido contido no item 4.1. da petição inicial e, por consequência, o indefiro.

De outro lado, não se relegou o fato de que por todo o processo se discutiu sobre a colocação dos postes na linha de transmissão de energia elétrica entre Criciúma-Içara, entretanto, da leitura atenta dos autos, estes fatos não constaram da inicial, isto é, não há pedido a regularização na colocação dos postes. (fls. 663 e 664)

Discordo! O fato de ter sido concedida licença ambiental de operação (LAO) não autoriza a presunção de que foram cumpridas as condicionantes da licença ambiental de instalação (LAI), sendo certo, ainda, que, conquanto não tenha havido pedido expresso para a regularização do assentamento dos postes de energia elétrica, as condições de validade da LAI obrigavam o empreendedor a conduzir a obra em consonância com as normas e a legislação municipal vigentes (fl. 27 v.)

Bem por isso do parecer do *Parquet*, ao manifestar-se sobre a perícia (fls. 532 a 545), consta:

Segundo prescreve o art. 18, II da Lei Municipal n. 3.901/99 a largura mínima da faixa carroçável deve ser de 7m (sete metros). Já a faixa destinada exclusivamente à circulação de pedestres deve ter largura mínima de 1,20m (um metro e vinte centímetros), medidos a partir do término da faixa de serviço (art. 11, II, Decreto Municipal n. 184/SA/2008).

Contudo, o laudo pericial (fls. 532-545) demonstra que “os postes da LT 69 KV foram instalados em diferentes distâncias em relação à margem carroçável [...] que variam de 0,10 m a 4,43 m” (fl. 539).

Com efeito, o mencionado laudo atesta que alguns dos postes já instalados encontram-se em desacordo com o Decreto Municipal n. 184/SA/2008, sendo que inclusive, os postes n. 7 e 9 (gráficos fls 537-538) encontram-se invadindo a margem carroçável. (fls. 700 e 701)

Deve, nessa contextura, ser reconhecida a procedência do pedido, pois, como anotado, o laudo pericial evidenciou a desconformidade das obras realizadas com as condicionantes impostas pela LAI, implicando a necessidade da adoção de medidas corretivas.

Aplica-se, ao caso, *mutatis mutandis*, o seguinte precedente:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ESTAÇÕES DE RÁDIO BASE - ERBs. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM. IMPRESCINDIBILIDADE DE OBSERVÂNCIA DA LEGISLAÇÃO ESTADUAL E MUNICIPAL. NECESSIDADE DE LICENÇAS PARA INSTALAÇÃO E FUNCIONAMENTO DE ANTENAS DE TELEFONIA MÓVEL. PRECEDENTES. RECURSOS DESPROVIDOS. I. “[...] não se vislumbrando na espécie qualquer interesse jurídico da União ou da ANATEL, sobretudo porque a discussão não envolve a concessão do serviço de telefonia móvel, mas a observância, por parte da concessionária, das normas que dispõem sobre a instalação das estações de rádio-base, a competência para conhecer e julgar a presente demanda é mesmo da Justiça Comum Estadual.” (TJSC, Apelação Cível n. 2006.027298-4, rel. Des. Jaime Ramos, j. 14.2.2009) II. “A Lei Estadual n. 12.684/2004, ao disciplinar as condições ambientais para instalação de antenas de telefonia móvel (Estações de Radiobase - ERB’s), e determinar a obtenção de licença ambiental (para as novas) ou o

licenciamento corretivo (para aquelas pré-existentes ao diploma), utiliza-se da competência legislativa concorrente definida na ‘Lex Mater’, em seu art. 24, VI, VIII e XII, para matéria ambiental e em defesa da saúde pública, sem o intuito de invadir os critérios para o exercício de serviço público federal, limitado ao âmbito da União.” (TJSC, Apelação Cível n. 2007. 014201-7, rel. Des. Francisco Oliveira Filho, j. 4.12.2007) (TJSC - AC n. 2010.025036-9, de Urussanga, rel. Des. João Henrique Blasi, j. 30.4.2013 - negritei).

Registre-se que a discussão sobre a implantação da linha de transmissão em tela não é nova, tanto que este feito foi-me redistribuído por força de prevenção em face de apelação cível em mandado de segurança de que fui relator (fl. 704), onde deixei assentado:

APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. IMPLANTAÇÃO DE REDE DE ENERGIA ELÉTRICA. ALEGAÇÃO DE QUE A DISTÂNCIA ENTRE OS POSTES FIXADOS DESTOA DO EXIGIDO PELA LEGISLAÇÃO. DIVERGÊNCIA FÁTICA. MATÉRIA QUE DEMANDA DILAÇÃO PROBATÓRIA. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO A SER ALBERGADO PELA VIA MANDAMENTAL. EXTINÇÃO, EM REEXAME NECESSÁRIO, DO *MANDAMUS*. RECURSO DE APELAÇÃO PREJUDICADO.

Havendo fundada divergência em relação à matéria fática engastada nos autos, que somente pode ser dirimida com a produção de prova técnica, sabidamente descabida em sede de ação mandamental, é de ser extinto o *writ*, sem resolução de mérito. (ACMS n. 2009.039127-6, de Criciúma, j. em 10.8.2010 - negritei).

Assim, com espeque na prova pericial, e atentando para o fato de que *“na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento”* (art. 84 do CDC c/c art. 21 da LACP/n. 7.347/85 - negritei), voto pelo provimento do recurso para julgar procedente o pedido inicial a fim de que a empresa-ré, no prazo de 180 (cento e oitenta)

dias, cumpra as condicionantes da Licença Ambiental de Instalação (fl. 27), em ordem a regularizar a situação dos postes de energia elétrica assentados em desconformidade com o Decreto Municipal n. 184/SA/2008, sob pena de cassação da Licença Ambiental de Operação.

É como voto.

Apelação Cível n. 2014.093755-9, de Capivari de Baixo

Relator: Des. João Henrique Blasi

APELAÇÕES CÍVEIS. FORNECIMENTO DE ÁGUA TRATADA. ABASTECIMENTO DE MUNICÍPIO VIZINHO. INSURGÊNCIA EXORDIAL CONTRA O VALOR DO METRO CÚBICO COM PEDIDO DE NÃO INTERRUPÇÃO DO FORNECIMENTO. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA DA PRETENDIDA MINORAÇÃO DO VALOR PAGO. IMPRESCINDIBILIDADE, CONTUDO, DE MANUTENÇÃO DO SISTEMA DE DISTRIBUIÇÃO, DADA A ESSENCIALIDADE DO SERVIÇO. CIRCUNSTÂNCIAS PRÓPRIAS DE REGIÃO METROPOLITANA. RECURSO DO MUNICÍPIO RÉU PARCIALMENTE PROVIDO TÃO SÓ PARA DECLARAR A POSSIBILIDADE DE, EM AÇÃO PRÓPRIA, À LUZ DO PRIMADO DA AUTONOMIA MUNICIPAL, DISCUTIR-SE TERMO *A QUO* PARA A PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. RECURSO DO MUNICÍPIO AUTOR DESPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2014.093755-9, da comarca de Capivari de Baixo (Vara Única), em que é apte/apdo Município de Tubarão e apdo/apte Município de Capivari de Baixo:

A Segunda Câmara de Direito Público decidiu, por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso do Município de Capivari de Baixo e dar parcial provimento ao recurso do Município de Tubarão tão somente para declarar a possibilidade de, em ação própria, discutir-se termo *a quo* para o fornecimento de água tratada, por parte dele, ao Município autor. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Exmos. Srs. Desembargadores Sérgio Roberto Baasch Luz e Cid Goulart.

Florianópolis, 1º de setembro de 2015

João Henrique Blasi
RELATOR E PRESIDENTE

RELATÓRIO

Cuida-se de ação cominatória c/c declaratória de inexistência de débito movida pelo Município de Capivari de Baixo, representado pelo Procurador Eliezer Brígido Josino Júnior, tendo no polo passivo o Município de Tubarão, representado pela Procuradora Patrícia Uliano Efftig.

A questão posta na exordial concerne, em epítome, à postulação do Município autor de ver reduzido o valor pago pelo metro cúbico da água a ele fornecida pelo Município réu, por considerar o preço excessivo, bem como que não haja interrupção do serviço correspondente.

A sentença julgou a actio nos seguintes termos:

ANTE O EXPOSTO, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE o pleito formulado na presente demanda, para:

a) CONDENAR o MUNICÍPIO DE TUBARÃO ao cumprimento de obrigação de fazer, consistente em manter o fornecimento de água tratada ao **MUNICÍPIO DE CAPIVARI DE BAIXO**, mediante pagamento da importância de R\$ 1,23 (um real e vinte e três centavos) por metro cúbico, e com a aplicação do reajuste previsto no item 19.1. do contrato de concessão, podendo tal quantia, ante a manifestação de fls. 611, ser diretamente depositada na conta bancária da concessionária.

b) DETERMINAR que o débito relativo ao fornecimento de água no período de 15/12/2010 a 29/02/2012 seja calculado mediante custo unitário a ser obtido em futura liquidação, quando então deverão ser computados: **1)** todos os custos despendidos pelo município autor com a captação, tratamento, distribuição e comercialização do recurso para o município réu; **2)** a perda ou extravio de água; **3)** a depreciação dos bens

imobilizados para captação, adução e ETA; **4**) depreciação da rede que abastece Capivari de Baixo, com cômputo apenas dos ativos immobilizados que sejam necessários ao abastecimento da água ao autor e que estejam dentro dos limites territoriais do requerido; **5**) o percentual de BDI em 26,92%, nele englobando os tributos (14,25%), riscos seguros e garantias (1,17%), despesas financeiras (1,50%) e rateio da administração central (10%).

c) RECONHECER, por consequência, a inexigibilidade do débito no que exceder ao valor decorrente do recálculo com o custo unitário a ser apurado.

Tendo em vista a sucumbência recíproca, **CONDENO**, em idêntica proporção, o município de Capivari de Baixo e o município de Tubarão ao pagamento das despesas processuais, além de honorários advocatícios, estes últimos os quais fixo em R\$ 4.000,00 (quatro mil reais), autorizada a compensação na forma do Súmula 306, do STJ.

Face o disposto no artigo 33 da Lei Complementar Estadual n.º 156/97 (Regimento de Custas do Estado), ficam os réus isento do pagamento de custas processuais.

Fluído o prazo recursal sem interposição de recurso voluntário, remetam-se os presentes autos ao Egrégio Tribunal de Justiça de Santa Catarina, para reexame necessário. (fl. 674 v. e 675)

Irresignadas, ambas as Municipalidades apelaram, a de Tubarão sustentando que não pode permanecer indefinidamente como responsável pelo fornecimento de água tratada a Capivari de Baixo (fls. 728 a 736) e esta pugnando pela redução do preço, como pleiteado na exordial, bem como invocando ter havido cerceamento de defesa (fls. 867 a 876).

Ambas as partes deduziram contrarrazões (fls. 895 a 906 e 907 a 913) e a Procuradora de Justiça Gladys Afonso opinou pelo conhecimento e desprovimento dos dois recursos (fls. 918 a 931).

É o relatório.

VOTO

Princípio por examinar o argumento recursal expendido pelo Município de Tubarão, no sentido de que não se lhe pode impor a condição de ficar indefinidamente responsável pelo fornecimento de água tratada ao vizinho Município de Capivari de Baixo.

Anote-se, retrospectivamente, que a captação e o tratamento da água na esfera do Município de Tubarão eram antes promovidos pela Companhia Catarinense de Águas e Saneamento - Casan, que operava o sistema atendendo a ambos os Municípios litigantes neste feito.

Rompido, porém, o convênio com a Casan, e tendo o Município de Tubarão assumido, ele próprio, o sistema, continuou a fornecer o reportado insumo ao Município de Capivari de Baixo, sobrevivendo, então, as duas insurgências objeto desta *actio*: redução do preço do metro cúbico e não-interrupção no fornecimento.

Como asseverado na sentença, a situação hoje verificada é, de certo modo, anômala, porquanto o sistema em operação não foi idealizado nem construído para ser gerido pela Municipalidade tubaronense, atendendo também à de Capivari de Baixo. Observe-se, a propósito, o seguinte excerto:

No entanto, mesmo sendo a concessionária Tubarão Saneamento responsável pela captação da água, tratamento, exploração, expansão e manutenção do sistema, ao menos até o macromedidor que registra o consumo do recurso repassado para Capivari de Baixo, não houve até o momento o indispensável concerto de vontades entre os dois municípios ou entre prestador e município autor.

Digo indispensável porque segundo melhor exegese, a prestação regionalizada exige tratativa devidamente formalizada, em que fixados os direitos e obrigações dos titulares do sistema e até mesmo eventual subsídio cruzado, na medida em que obrigatoriamente os consumidores de determinado município tenham que suportar encargo tarifário maior, para compensar as benesses concedidas a outro, aliás, o que é a pretensão

deduzida pelo município autor – receber o mesmo serviço, pagando preço inferior do que os demais.

Tanto se faz impossível a prestação de serviço sem licitação e sem qualquer outro vínculo estável que defina os consectários jurídicos decorrentes, que o artigo 10 da Lei n.º 11.445/2007 diz que “*a prestação de serviços públicos de saneamento básico por entidade que não integre a administração do titular depende da celebração de contrato, sendo vedada a sua disciplina mediante convênios, termos de parceria ou outros instrumentos de natureza precária*” (Grifei).

Corroborando tal conclusão, o artigo 13 da Lei n.º 11.107/2005:

“Art. 13. Deverão ser constituídas e reguladas por contrato de programa, como condição de sua validade, as obrigações que um ente da Federação constituir para com outro ente da Federação ou para com consórcio público no âmbito de gestão associada em que haja a prestação de serviços públicos ou a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal ou de bens necessários à continuidade dos serviços transferidos”. (Grifei) (fl. 664 v.)

Calha anotar que o fornecimento de água é feito pela concessionária Tubarão Saneamento, responsável pela captação, tratamento e exploração do sistema, como registra o excerto acima transcrito. Todavia, as questões em debate nestes autos dizem respeito com relação jurídica existente entre os Municípios de Tubarão e de Capivari de Baixo, como dão conta os documentos de fls. 159 a 162. A mais disso, a petição de fl. 183 não deixa dúvida de que o crédito pelo fornecimento de água é apropriado pela Municipalidade tubaronense, motivo que justifica o fato de a concessionária referida estar fora da lide.

Proferida a sentença apelada, o Município de Tubarão opôs embargos de declaração expondo a necessidade de fixar-se termo final para o fornecimento de água a Capivari de Baixo, tendo o Juiz consignado que essa obrigação deveria estender-se “*enquanto necessário, consectário da natureza inter-municipal do serviço*” (fl. 718 v.).

Tem-se que os Municípios litigantes, vizinhos que são, estão inseridos dentro do mesmo contexto regional, compondo a mesma Região Metropolitana. Veja-se:

Art. 11. O Núcleo Metropolitano da Região Metropolitana de Tubarão será integrado pelos municípios de Tubarão, Capivari de Baixo e Gravatal. (Lei Complementar Estadual n. 495/10)

Assim, conquanto cada qual dos Municípios detenha autonomia e obrigações específicas para com os seus respectivos cidadãos, não há como olvidar que inúmeras circunstâncias entre eles existentes reclamam o concerto de vontades e soluções em prol do interesse público.

O fomento jurídico para a instituição das regiões metropolitanas advém da Constituição da República que, de modo expresso, estabelece no seu art. 25, § 3º, que “*os Estados poderão, mediante lei complementar, instituir regiões metropolitanas, [...] constituídas por agrupamentos de municípios limítrofes, para integrar a organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum*”, tendo a Constituição Estadual, complementarmente, disposto que:

Art. 114. O Estado, para integrar a organização, o planejamento e a execução das funções públicas de seu interesse e de Municípios limítrofes do mesmo complexo geoeconômico e social, poderá, mediante lei complementar, instituir:

I - regiões metropolitanas; [...]

Para dar concreção a essas diretrizes constitucionais sobreveio a Lei Complementar Estadual n.104/94 que, ao dispor sobre os princípios da regionalização, estatui o seguinte:

Art. 1º Os princípios para a criação e a delimitação das unidades regionais mencionadas no art. 114, da Constituição do Estado, para integrar a organização, o planejamento e a execução das funções públicas, far-se-ão conforme disposto nesta Lei.

Art. 2º O Estado desenvolverá ação administrativa regionalizada, com o objetivo de promover:

I - o planejamento regional voltado para o desenvolvimento sustentável, equilibrado e integrado do Estado, buscando a constante melhoria da qualidade de vida da população;

II - a integração entre os níveis federal, estadual e municipal de Governo, mediante a descentralização, articulação e integração de seus órgãos, para garantir maior eficiência no desempenho de ações públicas;

III - a utilização racional do território e dos recursos naturais e culturais, respeitando sua sustentabilidade e peculiaridades, com justiça social e complementaridade dos setores urbanos e rurais.

Art. 3º São consideradas funções públicas de interesse regional:

I - o planejamento integrado do desenvolvimento regional;

II - as prestações dos serviços de utilidade pública de:

- a) saúde e educação;
- b) transporte coletivo;
- c) segurança pública;
- d) limpeza pública;
- e) **abastecimento de água;**
- f) esgoto sanitário;
- g) abastecimento alimentar;
- h) outros que vierem a ser criados.

III - o exercício do poder de polícia administrativa para:

- a) preservação ambiental;
- b) controle do uso e ocupação do solo;
- c) preservação do patrimônio histórico e cultural;
- d) definição e execução do sistema viário intra-regional;

IV - utilização de incentivos técnicos e financeiros com o estímulo à atividade econômica;

V - imposição de tributos. (negritei)

Por conta desse regramento é natural que os Municípios de Capivari de Baixo e Tubarão, porque inseridos na mesma tessitura regional, tenham o serviço de abastecimento e tratamento de água provindos da mesma fonte.

Sobre a matéria soa oportuno coligir entendimento firmado em acórdão da Suprema Corte. Ei-lo:

A Constituição Federal conferiu ênfase à autonomia municipal ao mencionar os municípios como integrantes do sistema federativo (art. 1º da CF/1988) e ao fixá-la junto com os Estados e o Distrito Federal (art. 18 da CF/1988).

A essência da autonomia municipal contém primordialmente (i) *autoadministração*, que implica capacidade decisória quanto aos interesses locais, sem delegação ou aprovação hierárquica; e (ii) *autogoverno*, que determina a eleição do chefe do Poder Executivo e dos representantes no Legislativo.

O interesse comum e a compulsoriedade da integração metropolitana não são incompatíveis com a autonomia municipal. O mencionado *interesse comum* não é comum apenas aos municípios envolvidos, mas ao Estado e aos municípios do agrupamento urbano. O caráter compulsório da participação deles em regiões metropolitanas, microrregiões e aglomerações urbanas já foi acolhido pelo Pleno do STF (ADI 1841/RJ, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 20.9.2002; ADI 796/ES, Rel. Min. Néri da Silveira, DJ 17.12.1999).

O interesse comum inclui funções públicas e serviços que atendam a mais de um município, assim como os que, restritos ao território de um deles, sejam de algum modo dependentes, concorrentes, confluentes ou integrados de funções públicas, bem como serviços supramunicipais.

[...]

O art. 23, IX, da Constituição Federal conferiu competência comum à União, aos Estados e aos Municípios para promover a melhoria das condições de saneamento básico.

Nada obstante a competência municipal do poder concedente do serviço público de saneamento básico, o alto custo e o monopólio natural do serviço, além da existência de várias etapas – como captação, tratamento, adução, reserva, distribuição de água e o recolhimento, condução e disposição final de esgoto – que comumente ultrapassam os limites territoriais de um município, indicam a existência de interesse comum do serviço de saneamento básico.

A função pública do saneamento básico frequentemente extrapola o interesse local e passa a ter natureza de interesse comum no caso de instituição de regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, nos termos do art. 25, § 3º, da Constituição Federal.

Para o adequado atendimento do interesse comum, a integração municipal do serviço de saneamento básico pode ocorrer tanto voluntariamente, por meio de gestão associada, empregando convênios de cooperação ou consórcios públicos, consoante os arts. 3º, II, e 24 da Lei Federal 11.445/2007 e o art. 241 da Constituição Federal, como compulsoriamente, nos termos em que prevista na lei complementar estadual que institui as aglomerações urbanas. (negritei)

A instituição de regiões metropolitanas, aglomerações urbanas ou microrregiões pode vincular a participação de municípios limítrofes, com o objetivo de executar e planejar a função pública do saneamento básico, seja para atender adequadamente às exigências de higiene e saúde pública, seja para dar viabilidade econômica e técnica aos municípios menos favorecidos. Repita-se que este caráter compulsório da integração metropolitana não esvazia a autonomia municipal. (ADI n. 1.842/RJ, relator para o acórdão Min. Gilmar Mendes, j. 6.3.2013).

A equação a ser resolvida não é singela, pois consiste, como visto, em compatibilizar a autonomia municipal com a integração metropolitana quanto a serviços, ações ou funções partilhadas por Municípios.

Assim, o fornecimento de água ao Município autor não pode ser abruptamente cortado, em prejuízo a toda a sua população, haja vista a

essencialidade do produto em foco, bem como em razão do envolvimento regional antes exposto, motivo pelo qual não se pode, aqui e agora, atender à pretensão do Município réu - que, ademais, contestou a ação, mas não reconveio - de fixar um termo final para a prestação do serviço.

Trata-se de matéria que pode ser enfrentada e dilucidada. Não, entretanto, na ambiência deste feito, dado que a fixação de termo final para o fornecimento de água tratada não é o seu foco, daí porque, não há como incursionar por essa seara, conforme postulado no apelo do Município de Tubarão.

Como anotado, com precisão cirúrgica, no parecer exarado pelo Ministério Público, assim agir importaria “*ingerência em política pública não objeto destes autos*” (fl. 924).

De conseguinte, deve ser mantido o fornecimento de água, nos lindes sentenciados, restando aberta a possibilidade de discussão de termo a quo em ação própria ou mesmo na via administrativa.

Nessa contextura, é de ser provido parcialmente o recurso interposto pelo Município de Tubarão, não para fixar termo final à obrigatoriedade do fornecimento de água potável ao Município de Capivari de Baixo, como versado no apelo, mas para ressaltar a possibilidade de que essa questão venha a ser enfrentada, se for o caso, em ação própria.

Por outro ângulo, deve ser, de pronto, rejeitada a alegação de cerceamento de defesa, deduzida pela Municipalidade autora, por alegada falta de produção de pretendida prova pericial alusiva ao período compreendido entre 15.12.2010 e 29.2.2012, lapso temporal anterior à outorga da concessão do serviço.

Conquanto o Município de Capivari de Baixo invoque cerceio de defesa pela inexistência dessa prova, seu argumento não tem como prosperar porque não restou definitivamente descartada essa prova, dado que foi relegada para a fase de liquidação de sentença, tal como registra a decisão recorrida, ao dizer:

[...] a prova técnica poderá ser melhor aproveitada em liquidação de sentença, quando os balizamentos necessários a apuração dos valores já estarão acobertados pelo manto da coisa julgada.

A medida, aliás, além de permitida na legislação de regência (artigo 475-A e ss. do CPC), prestigia a solução abreviada do processo, com o julgamento dos temas mais controvertidos e de relevante interesse público, que reclamam urgente definição, tais como a resolução da sistemática de prestação do serviço de saneamento básico nos municípios demandantes – necessária para planejamento dos investimentos futuros – e também a fixação da contraprestação financeira devida – para que não se avolume ainda mais a dívida do município autor. (fl. 661)

Trago à baila o seguinte excerto de julgado desta Câmara, que demonstra o acerto da solução sentencial:

[...] AFASTAMENTO DA TESE DE CERCEAMENTO DE DEFESA POR NÃO TER SIDO ATENDIDO O PEDIDO DE PRODUÇÃO DE PERÍCIA CONTÁBIL PARA AVALIAÇÃO DOS CÁLCULOS APRESENTADOS PELA AUTORA. SENTENÇA QUE DETERMINOU A APURAÇÃO DOS CÁLCULOS EM FASE DE LIQUIDAÇÃO. [...] (AC n. 2011.083113-1, rel. Des. Nelson Schaefer Martins, 23.7.2013).

Deve ser igualmente mantida a sentença no tocante ao valor por ela estabelecido para o pagamento do metro cúbico de água tratada, na esteira dos fundamentos expostos, a exemplo do que segue:

[...] impossível que pretenda obter tarifa menor, transferindo os custos de tal redução aos usuários de Tubarão [...]

Sintetizando bem o tema, tanto a respeito da necessidade de planejamento do saneamento urbano a nível intermunicipal, assim como pelo instrumento da gestão associada ou por consórcio público, colaciona-se o voto proferido pelo Ministro Gilmar Mendes por ocasião do julgamento no STF da ADIN 2.340/SC:

“é preciso destacar as peculiaridades do serviço de fornecimento de água, de forma especial, e saneamento básico, de forma geral, que podem impactar

profundamente as demais comunidades em razão da própria distribuição geográfica de lençóis freáticos, bacias hidrográficas, mananciais, rios etc.

Nesse sentido, a competência para promover a melhoria das condições de saneamento básico é comum da União, dos Estados e Municípios (art. 23, IX, CF/1988).

[...]

Não há dúvida quanto à complexidade e à importância da prestação de serviços de saneamento básico.

Por um lado, as próprias circunstâncias naturais, bem como o elevado custo para a adequada prestação do serviço público e, principalmente, para instalação e manutenção da infraestrutura necessária – como canais e tubos em paralelo para amplo abastecimento de água e recolhimento de esgoto, estruturas de drenagem de águas pluviais, estações de tratamento etc. – demandam expressivos aportes financeiros, além de condições técnicas, que nem sempre estão ao alcance da grande maioria dos municípios brasileiros.

*Além disso, o serviço de saneamento básico constitui monopólio natural, pois os custos fixos de implantação e manutenção do sistema são tão elevados que uma única fornecedora pode atender a toda demanda com custo menor que múltiplas fornecedoras (cf. COOTER & ULEN. *Law and Economics*. 5ª ed. Boston: Pearson, 2007. p. 35 e ss. POSNER, Richard A. *Economic Analysis of Law*. 7ª ed. New York: Aspen, 2007. p. 367 e ss.).*

Assim, a configuração de monopólio natural revela não só ser inexequível o estabelecimento de concorrência na prestação de serviço de saneamento básico, como também indica que a reunião da demanda de municípios limítrofes pode reduzir custos e tornar o serviço mais atrativo para concessionários privados.

Notoriamente, poucos são os municípios que por si sós têm condições de atender adequadamente à função pública de saneamento básico. Normalmente, o próprio acesso aos recursos hídricos depende da integração das redes de abastecimento entre diversos municípios.

Captação, tratamento, adução, reserva, distribuição e, posteriormente, recolhimento e condução do esgoto, bem como sua disposição final, indicam várias etapas que usualmente ultrapassam os limites territoriais de um dado município.

Ademais, raras comunidades teriam isoladamente poder aquisitivo suficiente para atrair o interesse de concessionários privados ou para custear diretamente a prestação dos serviços inerentes ao saneamento básico.

Por outro lado, a inadequação na prestação da função pública de saneamento básico enseja problemas ambientais e de saúde pública que afetam comunidades próximas, principalmente nos casos em que se verifica o fenômeno da conurbação.

O vínculo entre saneamento básico e saúde pública é tão estreito que a própria Constituição Federal atribuiu competência ao SUS para participar na formulação da política e da execução das ações de saneamento básico (art. 200, IV, CF/1988).

Dessa forma, a função pública do saneamento básico frequentemente extrapola o interesse local e passa a ter natureza de interesse comum, apta a ser tratada não só pela legislação municipal.

*Com efeito, a integração do planejamento e da execução do saneamento básico de agrupamento de municípios não só privilegia a economicidade e a eficiência de recursos naturais e financeiros – **aproveitando, por exemplo, estação de tratamento e redes de distribuição e coleta para diversas comunidades** – como permite subsídios cruzados, isto é, a compensação de déficit na prestação de serviço em determinadas áreas com o superávit verificado nas áreas de maior poder aquisitivo.*

*Registre-se que **essa integração pode ocorrer tanto voluntariamente, por meio de gestão associada, empregando convênios de cooperação ou consórcios públicos**, consoante os arts. 3º, II, e 24 da Lei Federal n. 11.445/2007 e 241 da Constituição Federal, **como compulsoriamente, nos termos previstos na lei complementar estadual que institui as aglomerações urbanas**”*

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266777>).
(Grifei e negritei)

[...]

O edital de n.º 01/2010, acostado às fls. 62/100, demonstra que o município réu cumpriu com o preceituado na lei de regência, deflagrando procedimento de licitação para a outorga da concessão do abastecimento de água e esgotamento sanitário, culminado por conceder a exploração

do serviço público à empresa que apresentou a melhor combinação entre menor valor da tarifa e melhor técnica, nos termos do artigo 15, inciso V, da Lei Federal n.º 8.987/95.

Impossível não deixar de ressaltar – já que público e notório – que o processo de concessão do mencionado serviço à atual concessionária foi cercado de todas as garantias, com fiscalização criteriosa do Tribunal de Contas do Estado.

E, conforme se depreende da decisão encartada à fl. 499/504, tal verificação fez com que “*a tarifa máxima de água fosse reduzida de R\$ 5,18 (cinco reais e dezoito centavos) para R\$ 4,85 (quatro reais e oitenta e cinco centavos), o que representa uma redução de 6,37% em relação à proposição anterior*”, possibilitando que os usuários do sistema deixassem de recolher à concessionária a expressiva cifra de “R\$ 51.489.416,00 (*cinquenta e um milhões, quatrocentos e oitenta e nove mil, quatrocentos e dezesseis reais*)”.

O “anexo 4 – PROPOSTA COMERCIAL”, gravado no CD de fl. 498, por sua vez, revela que a empresa vencedora no certame – e que atualmente é responsável pela água adquirida por Tubarão para fornecer ao município autor – estabeleceu o mesmo valor, tido como condizente pelo TCE.

[...]

E porque referida tabela de custos foi submetida ao crivo do Tribunal de Contas do Estado, sua idoneidade – diga-se, não impugnada por prova melhor em contrário – não pode ser contestada, notadamente porque não tomou em consideração nenhuma das variáveis que foram impugnados pelo município autor no decorrer do processo.

De se ressaltar, como bem frisou o Doutor Promotor de Justiça, que a contraprestação devida pelo município autor deve guardar identidade com aquela desembolsada pelo município de Tubarão, sob pena de os contribuintes da cidade vizinha financiarem o abastecimento público em Capivari de Baixo.

Consequentemente, em razão da sistemática adotada para captação da água distribuída aos municípios demandantes, da constatação de realização de prévia licitação, com rigoroso acompanhamento do Tribunal de Contas do Estado e também porque não se vislumbra abuso do poder econômico ou cobrança de qualquer valor indevido na composição da

tarifa, improcede o pleito visando a redução da atual tarifa fornecida pelo município de Tubarão ao município de Capivari de Baixo. (fls. 665 a 671 v.)

Não deve medrar, igualmente, a pretensão de que se examine o laudo pericial juntado pela Municipalidade de Capivari de Baixo com a peça apelatória, porque inoportuno o momento processual para tal fim, conforme obtemperou o parecer do *Parquet*:

De outro lado, o laudo técnico de fls. 877-891, para além de unilateral, foi acostado aos autos tão somente na apelação, o que não encontra consonância com o preconizado pelo art. 397 do Código de Processo Civil. (fl. 930)

Ante ao expendido, impõe-se o desprovimento do recurso interposto pelo Município de Capivari de Baixo e o parcial provimento do recurso manejado pelo Município de Tubarão.

É como voto.

Apelação Cível n. 2013.050816-6, de São José

Relator: Des. Subst. Francisco Oliveira Neto

ACÇÃO CIVIL PÚBLICA. AMBIENTAL. PROTETORA DE ANIMAIS. SENTENÇA QUE LIMITOU O NÚMERO DE CÃES EM PROPRIEDADE PARTICULAR. INEXISTÊNCIA DE LEI SOBRE A MATÉRIA. IMPOSSIBILIDADE DO PODER JUDICIÁRIO SUBSTITUIR O LEGISLADOR LOCAL NAS SUAS COMPETÊNCIAS PRIVATIVAS. AUTONOMIA MUNICIPAL PARA LEGISLAR SOBRE ASSUNTOS DE INTERESSE LOCAL (CRFB/88, ART. 30, I). AUSÊNCIA DE PROVA SUFICIENTE DE PREJUÍZO À SAÚDE PÚBLICA. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA REFORMADA. APELO E REMESSA PROVIDOS.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2013.050816-6, da comarca de São José (Vara da Fazenda Pública), em que é apelante Rosângela da Costa Pinto e outro, e apelado Ministério Público do Estado de Santa Catarina:

A Segunda Câmara de Direito Público decidiu, por votação unânime, dar provimento ao apelo e à remessa. Custas de lei.

O julgamento, realizado no dia 17 de novembro de 2015, foi presidido pelo Excelentíssimo Desembargador João Henrique Blasi, com voto, e dele participou o Excelentíssimo Desembargador Sérgio Roberto Baasch Luz

Florianópolis, 20 de novembro de 2015.

Francisco Oliveira Neto
RELATOR

RELATÓRIO

Ministério Público do Estado de Santa Catarina ajuizou ação civil pública contra Zenilda Costa Pinto, Rosângela Costa Pinto e Município de São José com o objetivo de obter, em liminar, a interdição do local em que as duas primeiras rés abrigam aproximadamente 40 (quarenta) cães, sem as condições adequadas, encaminhando-os ao canil público e, conseqüentemente, determinando a limpeza e desinfecção das instalações, com a concorrência do ente municipal. No mérito, requereu a condenação das rés a obrigação de não fazer, consistente na interdição definitiva do local para instalação de canil ou assemelhado, ainda que para outro tipo de animal, sem licenciamento respectivo, com o permanente encaminhamento ou manutenção dos cães em canil público.

Para tanto, alegou que, por meio de representação formulada por Rodrigo de Barcelos e Giselle de Andrade de Barcelos, chegou ao conhecimento do órgão ministerial a notícia de que as duas primeiras rés mantêm em sua residência, sita na rua Bom Pastor, n. 694, bairro Ipiranga, São José/SC, aproximadamente 40 (quarenta) cães, instalados em desacordo com as normas ambientais, mantendo-os sob condições insalubres de sobrevivência e expondo a comunidade local a doenças e poluição sonora e ambiental (fls. 2/39).

A análise da liminar foi postergada (fl. 40).

Apenas a segunda ré foi citada (fl. 52 verso). Inobstante isso, ambas as demandadas ofertaram contestação, oportunidade em que arguíram, em preliminar, a ilegitimidade passiva da primeira, ao argumento de que não mais reside no local após ser vítima de diversas barbaridades cometidas por Rodrigo de Barcelos e Giselle de Andrade de Barcelos que, aproveitando-se da condição de serem soldados da polícia militar, perturbavam-na jogando pedras em sua residência, atirando ratos mortos em seu terreno, envenenando seu cão de estimação, além de outras atrocidades e lesões corporais de que fora vítima.

No mérito, negaram a existência de ‘canil clandestino’. Alegaram que a segunda ré é advogada, com mestrado e doutorado em Administração Pública pela UFSC, além de ambientalista e protetora de animais, atuando em diversas entidades, inclusive teve seu trabalho reconhecido internacionalmente e que, por esta razão, os denunciantes a perseguem a longa data, por motivo de vingança, mormente porque se manifesta contra a farra do boi, prática da qual os denunciantes são adeptos. Afirmaram que, nessa condição, abriga cães de rua ou abandonados temporariamente, até serem encaminhados para a adoção, em terreno de sua residência, que possui no total quase mil metros, dando-lhes condições necessárias e limpeza; todavia, jamais chegou ao número próximo a 40 cães. Asseguraram que, após as denúncias dos vizinhos da família Barcelos, receberam os fiscais da vigilância sanitária, os quais, porém, por terem sido previamente orientados, deixaram de observar a imparcialidade na emissão de parecer, além de não lhe fornecerem uma cópia. Esclareceram que sua atuação se faz necessária justamente porque o Município não tem canil municipal nem outro lugar para prestar este serviço de saúde pública, sendo que o Centro de Zoonoses não cuida dos animais, nem mesmo contra doenças, ao contrário, as dissemina, além de sacrificar sistematicamente os filhotes, exterminando-os.

Asseguraram inexistir qualquer notícia de alguma zoonose ou doença proveniente de seu terreno que atingisse pessoas ou animais das proximidades. Afirmaram que, por serem integrantes de associações de proteção animal, conhecem a realidade local e sabem que, no âmbito municipal, inexistem locais para cuidar os animais abandonados, sendo que há notícias de que “fiscais da vigilância sanitária, para se livrarem dos problemas, somem com animais, degredam em lixões ou matam a pauladas, ou os deslocam para municípios vizinhos” (fl. 70). Informou inexistir no município qualquer política pública de atendimento, castrações, abandono, etc., nem mesmo canil público.

Reiteraram que em seu terreno (com quase mil metros quadrados), há nove animais muito bem tratados, que recebem todos os cuidados

necessários para o seu bem estar e estão protegidos da violência e de maus-tratos das ruas, recebendo vacinas necessárias e tomando banho semanalmente. Impugnaram todos os documentos apresentados, principalmente o abaixo-assinado, mormente porque grande parte das assinaturas são de pessoas que sequer residem na vizinhança, como também, refutaram os atos da vigilância sanitária produzidos pela interferência de Rodrigo Barcelos e sua família, face a sua imparcialidade na causa.

Imputaram a litigância de má-fé de Rodrigo de Barcelos e Giselle de Andrade de Barcelos, por utilizarem-se do Ministério Público e do Poder Judiciário para realizarem vingança à pessoa da segunda ré, que inclusive já o denunciou pelo uso indevido do carro da Secretaria municipal de saúde e outras irregularidades cometidas no cargo público (fls. 58/199).

O Município foi citado (fl. 51v), e ofereceu contestação, arguindo, preliminarmente, a sua ilegitimidade passiva. Ao adentrar ao mérito, defendeu que “o Ministério Público Estadual não detém legitimidade para propor a presente Ação Civil Pública no intuito de compelir o exercício do Poder de Polícia ao Município de São José, na tutela do bem coletivo de proteção ambiental” (fls. 203/204). Registrou que a vigilância sanitária do município esteve no local e realizou seu poder de polícia, respeitando os preceitos legais e constitucionais, dentro das possibilidades que lhe foram oferecidas. Afirmou que “está enviando esforços no sentido de criar um centro de zoonoses (ação civil em curso), bem como está em fase de estudos para implantação de um canil/gatil público” (fl. 207). Aduziu não ter responsabilidade civil pela recuperação do dano ambiental, já que não o foi o causador, não podendo arcar com as obrigações de terceiro. Insurgiu-se contra a pretensão de interdição sumária de residência, porque a medida viola os primados constitucionais que regem a atuação administrativa (fls. 201/215).

O representante do Ministério Público pleiteou a apreciação da liminar (fl. 217).

Em decisão interlocutória, o magistrado afastou as prefaciais arguidas e deferiu a medida antecipatória para determinar “a imediata interdição do local descrito na inicial, onde se encontram os animais, e sua completa higienização e desinfecção, no prazo de 10 (dez) dias, de conformidade com as orientações da Vigilância Sanitária, a ser realizada pelas Rés, sob pena de multa diária de R\$ 200,00 (duzentos reais), bem como a imediata apreensão e remoção dos animais para canil público, a ser realizada pelo Município de São José, sob pena de multa diária no valor de R\$ 500,00 (quinhentos reais), sem prejuízo das demais sanções administrativas” (fls. 218/220).

A segunda ré postulou a suspensão da medida, ao argumento da inexistência de canil público para abrigar os cães, ou, a realização de audiência (fls. 224/228). Postulou, também a produção de prova testemunhal (fls. 231/232).

O Município comunicou a interposição de agravo de instrumento contra a decisão liminar (fls. 238/249), distribuído sob o n. 2010.068789-6.

O Oficial de Justiça, ao cumprir o mandado, certificou que não havia cachorros na residência e que foi realizada a higienização da casa (fl. 250v). Por tal razão, foi negada a concessão de efeito suspensivo ao agravo (fls. 254/255) e o município pugnou a extinção da ação, por perda de objeto (fl. 256). O agravo de instrumento foi extinto sem resolução do mérito diante da perda de seu objeto, tendo sido relator o eminente Desembargador Sérgio Roberto Baasch Luz (fls. 264/266).

A segunda ré também interpôs agravo de instrumento (autos n. 2010.065895-0), cujo efeito suspensivo foi denegado (fls. 258/260) e, posteriormente, foi extinto sem resolução de mérito, ante a perda de objeto, também em decisão da lavra do eminente Desembargador Sérgio Roberto Baasch Luz (fls. 267/269).

A segunda ré pugnou pelo julgamento da lide, ocasião em que asseverou inexistir prova do ‘canil clandestino’ e juntando boletins

de ocorrência das agressões sofridas, cometidas pela família Barcelos, inclusive ensejando termo circunstanciado (fls. 271/285). Posteriormente, apresentou novos documentos, dentre eles boletins de ocorrência, demonstrando ser vítima da família Barcelos, e pleiteando a condenação de Gisele de Barcelos às penas de litigância de má-fé (fls. 287/201).

O Ministério Público requereu a procedência do pedido exordial (fls. 308/318).

A segunda ré requereu a realização de vistoria judicial no local, para a real constatação de sua residência, sob a justificativa de que a guarda municipal age segundo as orientações do soldado Rodrigo de Barcelos, e designação de audiência com a oitiva de testemunhas (fls. 325/340).

Proferida a sentença, os pedidos foram julgados procedentes, nos seguintes termos:

“Diante do exposto, com resolução do mérito (CPC, art. 269, I), JULGO PROCEDENTES os pedidos formulados por Ministério Público DO ESTADO DE SANTA CATARINA na presente Ação Civil Pública proposta em face de ZENILDA COSTA PINTO, ROSÂNGELA COSTA PINTO e MUNICÍPIO DE SÃO JOSÉ e, em consequência, CONDENO as Rés Zenilda Costa Pinto e Rosângela Costa Pinto a obrigação de não fazer consistente em não manter em sua residência canil ou assemelhado, sem licenciamento e alvará respectivo, ressalvado o direito destas manterem um número de até 05 (cinco) cães de estimação em sua propriedade; o Município de São José a obrigação de fazer consistente em promover a imediata apreensão e remoção dos animais para canil público, sob pena de multa diária no valor de R\$ 500,00 (quinhentos reais), sem prejuízo das demais sanções administrativas, penais ou legais e; CONDENO as Rés, ZENILDA COSTA PINTO e ROSÂNGELA COSTA PINTO ao pagamento de 66% (sessenta e seis por cento) das custas e despesas processuais, ressaltando que o MUNICÍPIO DE SÃO JOSÉ é isento do pagamento das custas judiciais (RCE, art. 33). Sem honorários advocatícios, por incabíveis na espécie. Sentença sujeita ao duplo grau de jurisdição (CPC, art. 475, I). Decorrido o prazo para interposição de recursos voluntários, encaminhem-se os autos ao Egrégio Tribunal de Justiça de Santa Catarina para o reexame necessário e,

transitada em julgado, providencie-se a cobrança das custas finais e, não havendo manifestação das partes no prazo de 30 (trinta) dias, arquivem-se, anotando-se as devidas baixas. Publique-se. Registre-se. Intimem-se” (fls. 341/348).

A segunda ré opôs embargos declaratórios (fls. 351/359), que foram julgados parcialmente procedentes para sobrestar o pagamento das custas e despesas processuais, face à gratuidade da justiça. Neste mesmo ato, a magistrada ordenou a juntada aos autos da procuração outorgada pela primeira ré Zenilda Costa Pinto (fls. 361/362). Em consequência, veio aos autos a documentação de fls. 367/370.

Inconformadas, as duas primeiras rés interpuseram apelação, oportunidade em que asseguraram que no município de São José não há lei que regule o número máximo de animais por residência, sendo que a magistrada não justificou onde se embasou para impor a limitação de que em seu terreno, com quase mil metros quadrados, possam ter apenas 5 (cinco) animais de estimação. Registrou que o município não dispõe de estabelecimento capaz de receber animais feridos, doentes, velhos ou abandonados e asseverou que não possui ‘canil clandestino’, apenas auxilia na proteção de animais como ‘casa de apoio’ temporária e passageira, representando um primeiro acolhimento das ruas até que os animais sejam adotados.

Afirmaram que sua ação existe justamente em razão da inércia do município em instituir órgãos de apoio aos animais abandonados; todavia, não o faz, preferindo a eutanásia para se ‘livrar’ da situação. Registrou que sua atuação é nobre e deveria ser reconhecida e auxiliada tanto pelo município, a quem incumbiria tal dever, quanto pelo Ministério Público, como defensor dos direitos difusos. Asseveraram que cumpriram todas as determinações judiciais de limpeza e adequação do local; no entanto, as perseguições continuam.

Narraram que pleitearam a realização de vistoria judicial para por fim às dúvidas quanto à sanidade do terreno e dos animais lá presentes,

porém a mesma não foi realizada. Reiteraram que o Poder Judiciário deve observar os limites de atuação que lhe são próprios, mormente porque o tema envolve escolha política que incumbe unicamente ao município (fls. 372/394).

O ente municipal deixou de se insurgir em face da sentença e apontou que o defeito de representação não foi sanado, visto que, apesar de ter sido juntada a procuração pública outorgada pela sra. Zenilda da Costa Pinto para Rosângela da Costa Pinto, não houve a juntada de instrumento de mandato desta para o causídico (fls. 397/398).

O Ministério Público ofertou contrarrazões (fls. 399/402).

O apelo foi recebido em ambos os efeitos (fl. 403).

Ascenderam os autos a este Colegiado (fl. 405), tendo sido distribuídos ao eminente Desembargador João Henrique Blasi (fl. 406).

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, por intermédio do Procurador Sandro José Neis, reconheceu o trabalho realizado pelas apelantes na proteção dos animais, “a despeito da omissão do Poder Público”, a destacar que “o caso impõe, urgentes e necessárias medidas de formulação e implementação de políticas de saúde pública a serem tomadas pelo Poder Executivo do Município Josefense como garantia à saúde de seus administrados”, devendo, porém, ser mantida a limitação do número de animais como “uma alternativa conjunta”, opinando, dessa forma, pelo desprovimento do recurso (fls. 408/413).

Vieram a mim redistribuídos (fl. 414).

VOTO

1. De início, registre-se que se trata de causa sujeita à **remessa necessária**, visto que a sentença proferida foi desfavorável ao Município, a necessitar a diligência, a teor do que pressupõe o art. 475, I, do CPC.

2. Da representação processual:

Não há atos a serem ‘havidos por inexistentes’ (art. 37, parágrafo único, CPC), visto que as rés apresentaram defesa em conjunto (fls. 58/198), inexistindo atos praticados exclusivamente pela primeira demandada. Ademais, foi juntada aos autos a procuração pública em que a primeira ré outorgou à segunda ré, que é advogada, poderes amplos, inclusive das cláusulas ‘ad judicium’ e ‘extra’ (fls. 368/370).

3. O apelo e a remessa, adiante-se, devem ser providos.

Isso porque, o dispositivo da sentença impôs as duas primeiras rés “a obrigação de não fazer consistente em não manter em sua residência canil ou assemelhado, sem licenciamento e alvará respectivo” (fl. 348). Todavia, no âmbito do Município de São José, não há lei que discipline ou regule em que se constituiu um “canil ou assemelhado”.

A Carta Constitucional assegura o direito à propriedade (art. 5º, XXII), a qual deverá atender a sua função social (art. 5º, XXIII), sendo que, a teor do art. 182, § 2º, da CRFB/88, “*a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor*”.

As regras gerais para observância da função social também foi objeto do Estatuto da Cidade, aprovado pela Lei n. 10.257/01, o qual estabeleceu diretrizes gerais da política urbana a serem observadas pelos municípios, por meio de seu Plano Diretor e legislações esparsas que regulem “*o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos, bem como do equilíbrio ambiental*” (art. 1º, parágrafo único, da referida lei).

Como se pode observar, o município dispõe de instrumentos legais à sua disposição para regulamentar os locais (zoneamento) em que poderiam ou não ser permitidos a instalação de canis, públicos ou privados, ou mesmo quais os requisitos ou o números de animais que poderiam configurar esta espécie. Contudo, não há notícia da existência de **regulamentação** legal da matéria, sendo que ainda vige o Plano Diretor, sancionado pela Lei n. 1.604/85, que não dispõe acerca do tema.

Inexistem dúvidas de que a instalação de canis, públicos ou privados, devam atender à legislação municipal e observar as normas de regularização sanitária, com a concessão do alvará ou licenças necessários ao seu funcionamento. Entretanto, incumbe ao município regulamentar a matéria nos limites de sua competência para legislar sobre assuntos de interesse local (art. 30, I, CRFB/88), a qual inexistente. Denota-se, então, que o município manteve-se inerte no que tange à sua **competência legislativa**, visto que apenas a ele incumbia legislar a forma, os moldes, os locais em que canis podem funcionar.

Por outro lado, o recolhimento dos cães em residência particular deve respeitar os direitos de **vizinhança**, tanto que o art. 1.277 do Código Civil preconiza que *“o proprietário ou o possuidor de um prédio tem o direito de fazer cessar as interferências prejudiciais à segurança, ao sossego e à saúde dos que o habitam, provocadas pela utilização de propriedade vizinha”*.

A fim de harmonizar o direito à propriedade e, em respeito, ao direito de vizinhança, mostra-se indispensável que o dono de um animal demonstre as condições de lhe proporcionar seu bem-estar, assim como daqueles que o rodeiam, zelando pela saúde física e psicológica, bem como atentar as condições de limpeza do local, amenizar o ruído e proporcionar um espaço adequado, de modo a causar o menor impacto possível à vizinhança, até porque os donos e seus responsáveis tem deveres e responsabilidades.

Nesse diapasão, da forma como exposta a lide, depreende-se que esta pode, ou não, ter sido desencadeada por desavenças entre vizinhos, dada a quantidade de boletins de ocorrência entre o denunciante e a apelada, inclusive com relatos de violência corporal e que também poderiam também ter cunho pessoal diverso, que não o meramente contido nos autos, circunstância que poderia até mesmo desvirtuar os fins a que se destinam uma ação civil pública.

O fato é que, do contexto probatório dos autos, não há prova cabal e suficiente para comprovar que a presença dos animais na propriedade

das primeiras rés ocasionaram danos à saúde pública. Tal conclusão pode-se extrair dos quatro laudos e inspeções realizadas na residência, sendo que, naquele realizado pela vigilância sanitária, concluiu-se que a limpeza do local era superficial (fls. 214/215); enquanto que na inspeção efetuada pelo Secretário Municipal de Saúde de São José, foi atestado a inexistência de qualquer situação que ferisse as norma de higiene (fls. 174/175). Da mesma forma, no relatório elaborado pelo ACAPRA foi verificada a ordem e limpeza do ambiente (fls. 176/177) e, na vistoria realizada pela Guarda Municipal Ambiental, foi relatado a existência de odor (fl. 314).

Nessa panorama, como bem frisou o douto procurador de justiça “a questão é bastante controvertida se sopesados os interesses a serem tutelados” (fl. 410). Entretanto, ao autor incumbia a prova cabal e suficiente de que, efetivamente, houve violação à saúde pública. Ausente tal prova, não há como ser mantida a sentença neste aspecto.

Quanto à **limitação** imposta no comando sentencial, no sentido de impor o número máximo de 5 (cinco) cães na residência, a sentença merece ser reformada. Isso porque a magistrada em nenhum momento da prestação jurisdicional justificou o limite escolhido, apenas o fazendo por ocasião do dispositivo, inexistindo qualquer fundamento legal ou jurídico que a sustente.

Por outro lado, muito embora o douto Procurador de Justiça, neste aspecto, entendeu pela permanência daquele parâmetro, citou precedente deste Tribunal oriundo do município de Florianópolis, no qual havia (não há notícias de que ainda esteja em vigor, até porque a Lei n. 1065/10, posterior àquela, não mais limita o número de animais) decreto limitando em 5 (cinco) a quantidade de cães por residência (AC n. 2012.042480-5, rel. Des. Subst. Saul Steil, j. 14.8.12).

Entretanto, como dito, no município de São José **não há legislação**, ou previsão legal ou regulamentar, neste sentido. Justamente

por isso, não há como ser aplicada a norma de outro município; haja vista que cada municipalidade detém autonomia na sua organização político-administrativa (CRFB/88, art. 1º e art. 18), regendo-se por suas próprias leis, possuindo competência privativa para legislar sobre assuntos de interesse local (CRFB/88, art. 29 e art. 30).

Dito de outra forma: incumbe ao município estabelecer, por meio de lei, acima de qual número de animais o local deve ser considerado ‘canil’ e, então, por meio de regras sanitárias estabelecer os requisitos para a concessão de alvará, com a observância das condições de higiene, ruído e zoneamento urbano. Entrementes, não cabe ao Poder Judiciário dizer quantos animais o indivíduo possa ter em sua propriedade.

Inegável que a questão, exatamente pela amplitude de ideias e convicções, depende da regulamentação própria em cada ente federativo, não podendo o Poder Judiciário substituir os municípios que detêm competência constitucional privativa para legislar sobre assuntos de interesse local.

Consigne-se que, a despeito do douto Procurador de Justiça ter entendido ser possível a limitação do número de animais na forma estabelecida pela sentença, ao argumento de ser “*uma alternativa conjunta para a possibilidade concretização da decisão judicial tomada, evitando-se, assim, o desconforto de todos os envolvidos e dos próprios animais que dividem o local em que vivem*” (fl. 412), a **competência municipal deve prevalecer aos interesses individuais** de resolver a questão para um caso específico, sob pena de se violar outros princípios constitucionais, tais como o da isonomia e da autonomia do ente federativo.

Isso significa que os munícipes de São José juntamente com seus representantes da Câmara de Vereadores devem debater o tema e regular a matéria que lhe incumbe e é de seu interesse, não podendo o Poder Judiciário substituí-lo em tal mister, que lhes é atribuição constitucional.

Mutatis mutandis, colaciona-se deste Tribunal:

“AÇÃO CIVIL PÚBLICA. OBRIGAÇÃO DE FAZER. REMOÇÃO DE ANIMAIS DE PROPRIEDADE PARTICULAR. CANIL EM CONDIÇÕES INADEQUADAS, MORMENTE PORQUE BASTANTE EXPRESSIVO O NÚMERO DE CÃES INSTALADOS NO LOCAL - EM TORNO DE UMA CENTENA. EVIDENTE DIFICULDADE EM MANTER A HIGIENE DO RECINTO, PORQUE APENAS UMA PESSOA ERA A RESPONSÁVEL POR TODO O LABOR. **DESCUMPRIMENTO DAS DISPOSIÇÕES DA LEI MUNICIPAL COMPLEMENTAR N. 94/2001, QUE TRATA DAS EXIGÊNCIAS PARA A MANUTENÇÃO DE UM CANIL PÚBLICO, AFORA O EVIDENTE RISCO À SAÚDE PÚBLICA. DEVER DO MUNICÍPIO DE POR ELA ZELAR, BEM COMO AO MEIO AMBIENTE EVIDENTEMENTE VULNERADO. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 23, INCISOS II E VI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, E DA LEI ORGÂNICA DO MUNICÍPIO DE FLORIANÓPOLIS.** ASTREINTE. CABIMENTO. MEDIDA AUTORIZADA PELO ARTIGO 461, § 5º, DO CPC. IMPOSSIBILIDADE, TODAVIA, DE SUJEITAR O PREFEITO MUNICIPAL E O SECRETÁRIO DE SAÚDE AO SEU PAGAMENTO, UMA VEZ QUE NÃO INTEGRARAM O FEITO. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 472 DO CPC. ÔNUS QUE RECAI UNICAMENTE SOBRE A MUNICIPALIDADE COM EVENTUAL DIREITO REGRESSIVO. VALOR RAZOÁVEL. OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE. RECURSO VOLUNTÁRIO E REEXAME NECESSÁRIO PROVIDOS PARCIALMENTE. Hipótese em que o Ministério Público pretende compelir o município de Florianópolis a remover animais instalados em área residencial, em condições comprovadamente impróprias, visto que posta em risco a saúde pública e o próprio meio ambiente, diante da evidente possibilidade de propagação de doenças, especialmente porque os cães encontravam-se sob os cuidados de uma única pessoa, a qual, sem dúvida, realiza trabalho altruísta e que ‘deriva de um incomum desprendimento. Óbvios os sacrifícios aos quais exposta, pois o labor que realizada, ainda que conte com alguma ajuda alheia, deriva de seu esforço direto. Não é exagero algum afirmar que mutila interesses pessoais em prol dos animais - postura que, longe de me despertar aversão, estimula o reconhecimento’ (Dr. Hélio do Valle

Pereira). Conduta que, malgrado elogiável, não pode se sobrepor aos outros direitos postos em xeque. Inobservância, pelo Poder Público, do seu poder de polícia, porquanto omissa na fiscalização do local e na tomada das providências necessárias para a regularização da situação. Correta, nesse passo, a procedência do pedido para determinar a remoção dos cães para local adequado, garantida a sua incolumidade física. Imposição de multa de R\$ 10.000,00 por semana em caso de descumprimento que se revela razoável, pois o ente público, citado, não efetivou nenhuma providência concreta. Sentença que se impõe reformada, contudo, diante da impossibilidade de impor o seu pagamento ao Chefe do Poder Executivo Municipal e ao Secretário de Saúde, uma vez que não integraram o feito (artigo 472 do CPC)” (TJSC, AC n. 2010.010539-4, da Capital, rel. Des. Vanderlei Romer, j. 18.5.10 – grifou-se).

Assim, diante da ausência de lei regulando a matéria, não há como ser mantida a sentença que limitou o número de cães na propriedade particular e ordenou ao Município a apreensão e remoção dos animais para canil público, uma vez que inexistente previsão legal que ampare tal determinação.

Nesse contexto, dá-se provimento ao apelo e a remessa para, reformando a sentença, julgar improcedente os pedidos.

4. Provido o apelo e a remessa deve ser readequado o encargo sucumbencial. Neste aspecto, a considerar que inexistente comprovação da má-fé do autor, este é isento do pagamento das custas judiciais e do ônus da sucumbência, por força do art. 18, da Lei n. 7.347/85: “*Nas ações de que trata esta lei, não haverá adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, nem condenação da associação autora, salvo comprovada má-fé, em honorários de advogado, custas e despesas processuais*”

5. Ante o exposto, voto no sentido de **dar provimento ao apelo e à remessa** para, reformando a sentença, julgar improcedentes os pedidos.

TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

Apelação Cível n. 2014.030772-5, de Brusque

Relator: Des. Pedro Manoel Abreu

Apelação cível. Ação de reparação de danos. Residência invadida por deslizamento de terra. Loteamento que não atende às exigências mínimas de infra-estrutura. Ausência de fiscalização do ente municipal. Responsabilidade solidária entre loteador e Município. Nexo de causalidade demonstrado. Responsabilidade objetiva. Obrigação de indenizar caracterizada. *Quantum* fixado de maneira adequada. Sentença mantida. Recursos desprovidos.

Não é permitida a execução de qualquer obra ou serviço suscetível de provocar desmoração ou deslocação de terra, ou que comprometa a segurança do prédio vizinho senão após haverem sido feitas as obras acautelatórias, uma vez que o proprietário do prédio vizinho tem direito a ressarcimento pelos prejuízos que sofrer, não obstante haverem sido realizadas as obras acautelatórias.

Configurada a desídia da Administração Municipal, que aprovou loteamento em desconformidade com as normas de parcelamento do solo urbano e não promoveu ou ordenou que se fizessem as obras necessárias e adequadas para o correto escoamento das águas das chuvas, deve responder pelos danos correlatos. (AC n. 2010.047228-8, de São Lourenço do Oeste, rel. Des. Luiz César Medeiros, Terceira Câmara de Direito Público, j. 19-10-2010)

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2014.030772-5, da comarca de Brusque (Vara da Fazenda Pública e dos Registros Públicos), em que é apte/apdo Maurina Madalena Galitzki Schmitt e outros, e apdo/apte Fabrisio Comandolli e outro:

A Terceira Câmara de Direito Público decidiu, por unanimidade, negar provimento aos recursos. Custas legais.

O julgamento, realizado no dia 1º de setembro de 2015, foi presidido pelo Des. Vanderlei Romer, com voto, e dele participou o Des. Júlio César Knoll.

Florianópolis, 8 de setembro de 2015.

Pedro Manoel Abreu
RELATOR

RELATÓRIO

Cuida-se de ação de indenização interposta por Maurina Madalena Galitzki Schmitt, Maicon Oscar e José Marcos Schmitt em face de Fabrisio Comandolli e do Município de Brusque.

Alegaram os Autores, na inicial, que são legítimos proprietários do imóvel localizado na Rua AC-011, nº 04, Bairro Águas Claras, onde residem há mais de 18 anos.

O Réu Fabrisio Comandolli, com autorização do Município de Brusque, realizou obras de terraplanagem no terreno/morro localizado em frente ao imóvel dos autores, para abertura de um loteamento.

Ocorre que, por ocasião das chuvas torrenciais de novembro de 2008, mais precisamente em 29.11.08, houve um grande deslizamento de terra que soterrou grande parte da Rua AC-011, atingindo e destruindo parcialmente a residência dos autores, causando prejuízos de grande monta.

Aduziram que isso aconteceu porque o loteamento aberto não possuía sistema eficaz de drenagem do solo e escoamento das águas pluviais, acarretando uma enorme avalanche de terra e entulhos sobre a residência dos autores, destruindo parcialmente a casa, móveis, muros, cercas, portão, dentre outros pertences.

Acrescentaram que, no momento do deslizamento, a primeira autora estava em casa juntamente com seu filho mais novo, sendo obrigados a abandonarem o local, necessitando da ajuda de vizinhos e conhecidos para conseguir retirar seu filho, que é portador de deficiência, permanecendo, então, alojados na casa de familiares;

Nos dias anteriores à avalanche, prevendo a tragédia, alegam terem procurado a defesa civil do Município e o primeiro réu, mas estes sequer compareceram ao local para verificar a situação e tampouco tomaram qualquer providência.

Requereram assim, a reparação pelos danos materiais orçados em R\$ 19.088,96.

Pleitearam, ademais, a reparação pelos danos morais sofridos.

Pugnaram, por fim, a indenização pelos danos emergentes, visto que o imóvel sofreu enorme desvalorização após o gigantesco deslizamento de terras.

O *decisum* objurgado julgou parcialmente procedente o pedido, condenando os réus Fabrício Comandolli e Município de Brusque, solidariamente, ao pagamento de R\$ 19.088,96 a título de danos materiais, e ao pagamento de R\$ 15.000,00 para reparação dos danos morais.

Os Autores apresentaram apelação, pretendendo a majoração dos valores arbitrados a título de danos morais.

O réu Fabrisio Comandolli também apelou, argumentando, em síntese, que o fato ocorreu por caso fortuito ou força maior decorrente de evento climático que atingiu toda a região de Brusque, não havendo, portanto, responsabilidade sobre o sinistro.

Acrescenta, ademais, que a autorização para a terraplanagem e para a abertura do loteamento, decorreu do Poder Público Municipal, devendo ser atribuída culpa exclusiva do dano ao Município de Brusque.

Aduziu, ainda, que não há qualquer obra de contenção a ser feita, uma vez que o Município já procedeu a retirada do material, conforme os documentos de fls. 256/261.

Pugna, por fim, a redução do valor fixado a título de danos morais.

O Município de Brusque também recorreu, alegando que não há, nos autos, prova concreta donexo causal entre o dano e a conduta do Requerido.

Acrescenta que não existiram danos morais aptos a serem indenizados.

Pugnou, subsidiariamente, a redução do *quantum* fixado a título de danos morais.

Contra-arrazoando, os apelados pugnaram pela manutenção da sentença na parte que lhes beneficiou.

Este é o relatório.

VOTO

Nega-se provimento aos recursos.

Trata-se de ação de indenização por danos morais e materiais, em razão de deslizamento de terra de propriedade do primeiro Réu, em loteamento autorizado pelo Município de Brusque, sobre a residência dos Autores.

Analisa-se, pois, a responsabilidade de cada um dos réus.

1. Da responsabilidade do réu Fabrisio Comandolli:

Diga-se, inicialmente, que o réu Fabrisio não apresentou contestação, impondo-se, então, a aplicação dos efeitos da revelia. (fl. 208)

Diante disto, somente aproveitam ao Réu, as alegações do Município referentes à regularidade do projeto de loteamento, nos termos do inciso

I, do art. 320 do CPC. No mais, tem-se por verdadeiras as alegações dos Autores.

Assim, os autores sustentam que o réu Fabrisio obteve autorização do Município para realizar obras de terraplanagem no terreno/morro localizado em frente ao seu imóvel, para abertura de um loteamento.

Aduzem que o loteamento não possuía sistema eficaz de drenagem do solo e escoamento das águas pluviais, acarretando, por ocasião das chuvas de novembro de 2008, a enorme avalanche de terra e entulhos sobre a casa dos primeiros.

A pretensão dos autores em relação ao réu Fabrício funda-se nos arts. 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.”) e 927 do CC/02 (“aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.”), com ênfase no parágrafo único, segundo o qual “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.”

Para a responsabilização do Réu, neste momento, cabe uma breve análise sobre o exercício do direito de propriedade, e a eventual ocorrência de caso fortuito ou força maior.

1.1. O direito de propriedade, consagrado, como preceito fundamental, em solo constitucional (art. 5º, caput e inc. XXII, da Constituição da República Federativa do Brasil), e regulado pela legislação ordinária (art. 1.228 do Código Civil), apesar de ser tido como o direito subjetivo mais amplo concedido ao ser humano no campo patrimonial, tem seu exercício submetido a restrições, não apenas de interesse coletivo, mas também individual, tais como os direitos de vizinhança (arts. 1.277 a 1.313 do Código Civil).

Nesse contexto, tem-se o direito de construir, emanção do próprio direito de propriedade, porquanto asseguradas ao proprietário as faculdades de usar e dispor, como lhe aprouver, daquilo que lhe pertence, no que se inclui, por certo, a faculdade de edificar construções, sendo que, consoante lição de Hely Lopes Meirelles, “para fins de direito, entende-se por construção toda realização material e intencional do homem, visando a adaptar o imóvel às suas conveniências. Nesse sentido, tanto é construção a edificação ou a reforma como a demolição, o muramento, a escavação, o aterro, a pintura e demais trabalhos destinados a beneficiar, tapar, desobstruir, conservar ou embelezar o prédio” (Direito de construir. 11. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. p. 32).

O exercício do direito de propriedade, no entanto, não é absoluto e, por consequência, também não o é o direito de construir, encontrando especial limitação em dois principais contextos, os direitos de vizinhança (arts. 1.299 a 1.313 do Código Civil); e os regulamentos administrativos, em especial os municipais (art. 30, inc. VIII, da Constituição da República Federativa do Brasil), hipóteses que bem grava a letra do art. 1.299 do Código Civil, segundo o qual “o proprietário pode levantar em seu terreno as construções que lhe aprouver, salvo o direito dos vizinhos e os regulamentos administrativos”.

A liberdade de construir é a regra. As restrições e limitações ao direito de construir foram as exceções, e, assim sendo, só são admitidas quando expressamente consignadas em lei ou regulamento”. Assim, “no poder de levantar em seu terreno as construções que entender, está consignada, para o proprietário, a regra da liberdade de construção; na proibição do mau uso ou uso anormal da propriedade está o limite dessa liberdade. A normalidade do direito de construir se traduz no respeito ao direito dos vizinhos e às prescrições administrativas sobre a construção” (op. cit. p. 31).

Dentre as restrições e as limitações ao direito de construir oriundas do direito de vizinhança, cumpre destacar duas hipóteses pertinentes

ao caso concreto, o qual, por sua vez, merecerá posterior e apropriado exame.

Primeiro, tem-se aquela do art. 1.300 do Código Civil, segundo o qual “o proprietário construirá de maneira que o seu prédio não despeje águas, diretamente, sobre o prédio vizinho”.

Assim, a previsão normativa “impediu, em sentido amplo, o lançamento direto de águas sobre o imóvel vizinho, de qualquer modo: por goteiras, filetes ou correntes. Abrange a regra não somente beirais, como também calhas ou qualquer outra técnica construtiva de escoamento de águas pluviais” (Francisco Eduardo Loureiro, *Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência*. 5. ed. rev. e atual. Barueri/SP: Manole, 2011. p. 1326).

Segundo, tem-se aquela do art. 1.311 do Código Civil, segundo o qual “não é permitida a execução de qualquer obra ou serviço suscetível de provocar desmoronamento ou deslocação de terra, ou que comprometa a segurança do prédio vizinho, senão após haverem sido feitas as obras acautelatórias” (caput), sendo que “o proprietário do prédio vizinho tem direito a ressarcimento pelos prejuízos que sofrer, não obstante haverem sido realizadas as obras acautelatórias” (parágrafo único).

Em que, “o valor tutelado pela lei é a segurança do prédio vizinho, em sentido amplo, com especial destaque, em caráter exemplificativo, para o desmoronamento e o deslocamento de terras. Alcança também trepidações que provoquem rachaduras, escavações ou aterros, que de algum modo afetem a estabilidade e a solidez das construções próximas”. Nesse sentido, “o conceito de segurança”, tal como abarcado na norma, “vai além do risco de ruína do prédio vizinho, abrangendo, também, sua habitabilidade, como infiltrações e rachaduras”. Além disso, “não exige o artigo que o dano se consume, mas, em vez disso, subordina o início de construções potencialmente perigosas à prévia realização de obras acautelatórias, sem o que pode o vizinho em risco embargá-la.

Caso o risco se consuma e se converta em dano, independentemente de realização de medidas preventivas por parte do construtor, nasce o dever de indenização, independentemente de culpa, bastando ao lesado demonstrar o nexo entre a construção e o dano” (op. cit. p. 1335).

Sob esse prisma, aquele que violar as restrições e as limitações do direito de construir - sejam elas oriundas dos direitos de vizinhança, sejam elas provenientes dos regulamentos administrativos - estará sujeito às sanções previstas no art. 1.312 do Código Civil, quais sejam, a demolição das construções feitas; e/ou o pagamento de indenização por perdas e danos, sem prejuízo das demais punições previstas, inclusive nas esferas administrativa e penal.

A responsabilidade civil, em tais casos, “é objetiva: nasce do só ato ou fato lesivo da obra ou de seus trabalhos preparatórios. Não se exige, para a reparação, nem dolo, nem culpa, nem voluntariedade do agente da ação lesiva”. (Carlos Roberto Gonçalves, *Direito civil brasileiro: direito das coisas*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 372)

Nesse sentido, “pode o ato danoso ser legítimo, como geralmente é a construção; pode resultar de um ato involuntário do dono da obra; pode provir de um fato estranho à vontade do construtor: em qualquer caso, sujeitará o proprietário e o construtor à obrigação de indenizar o dano causado pela construção às pessoas e bens da vizinhança” (op. cit. p. 353).

Logo, o caso dos autos, trata da modalidade de responsabilidade civil objetiva por previsão legal expressa (art. 927, parágrafo único, primeira parte, do Código Civil).

Assim, conclui-se que a responsabilidade civil pelos danos decorrentes da violação aos direitos de vizinhança pelo exercício anormal do direito de construir é de ordem objetiva, por previsão legal expressa do art. 1.312 do Código Civil.

In casu, o deslizamento de terras que atingiu a casa dos autores é fato incontroverso, seja por toda a prova documental acostada aos autos, seja porque não foi negado pelos réus.

O réu Fabrício não contestou sua condição de dono da obra, tampouco as obras realizadas, tornando-se tais fatos, portanto, também incontestável.

Quanto ao nexo de causalidade entre a ação e o resultado, impõe-se a análise da questão aventada pelo Município, de que o deslizamento ocorreu durante as chuvas torrenciais de 2008, razão pela qual poderia se atribuir a tragédia a evento extraordinário e imprevisível.

Ocorre, no entanto, pelo que se extrai dos autos, que antes das obras realizadas pelo réu Fabrício, nunca houve, naquela localidade, qualquer deslizamento.

A testemunha Moisés Voltolini disse que, antes da terraplanagem feita pelo Réu, não se recorda de nenhuma ocorrência de deslizamento de terras, naquela área.

No mesmo sentido declarou a testemunha Zenaide T. C. Marchi, que acrescentou: “eles cavaram e soltaram o barro todo dentro da capoeira”.

Reforça, ademais, a responsabilidade do Réu, o testemunho do senhor Apladismo Ademar Woiciokoski, que declarou que, antes das chuvas, já haviam ocorrido alguns deslizamentos em razão do loteamento do réu Fabrício, o qual já estava em fase de implantação desde 2001 aproximadamente.

Analisando-se as fotografias acostas aos autos (fls. 13, 14, 15, 16, 146, 147/159), constata-se que a abertura da rua que dá acesso ao loteamento deixou a terra do barranco solta e vulnerável.

Não há relatos, ou mesmo se identifica na abundante quantidade de fotos trazidas aos autos, qualquer sistema de drenagem, tampouco método de contenção do solo.

Logo, pode-se deduzir que as chuvas torrenciais provavelmente contribuíram para o resultado, mas certamente não têm o condão de excluir a responsabilidade do réu Fabrisio, porque, caso não tivesse havido inovação na geografia do terreno de forma tão temerária, é possível afirmar que o evento não teria ocorrido.

1.2. Quanto à ocorrência de caso fortuito ou força maior, também não merece prosperar o pedido dos Réus.

A isenção de responsabilidade para os casos fortuitos e de força maior, estão previstos no art. 393 do Código Civil, nos seguintes termos: “o devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado” (caput), sendo que “o caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir” (parágrafo único).

De acordo com Sérgio Cavalieri Filho, “embora destinado à disciplina das obrigações, esse dispositivo, por consagrar um princípio geral do direito, é aplicável não só à responsabilidade contratual como também à responsabilidade extracontratual” (*Programa de responsabilidade civil*. 11. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014. p. 88).

O autor oferece, ainda, a distinção entre caso fortuito e força maior:

[a] o caso fortuito é aquele evento imprevisível e, por isso inevitável, tal como, v. g., um assalto; e [b] a força maior é aquele evento irresistível - ainda que previsível - e, por isso, inevitável (é o chamado *Act of God*, no dizer dos ingleses), tal como, v. g., uma tempestade.

Nesse sentido, tem-se que: [a] a imprevisibilidade é aquela relacionada ao fato específico e concreto, e não às situações genéricas e abstratas dos sinistros quotidianos; [b] a irresistibilidade é aquela decorrente de fato superior às forças do agente, tais como o são as forças da natureza; e [c] a inevitabilidade, efeito comum do caso fortuito (mas aqui decorrendo da imprevisibilidade) e da força maior (mas aqui decorrente da irresistibilidade), e que deve ser apurada de acordo com as peculiaridades do caso concreto, dizendo-se, inclusive, que toda inevitabilidade é

relativa, no tempo e no espaço, tornando-se cada vez mais relativa a sua caracterização, notadamente “em razão do avançado estágio atual do progresso tecnológico e científico, do extraordinário aparato tecnológico de medidas de segurança destinadas a prever e diminuir os riscos” (p.88).

E, configurado o caso como fortuito ou de força maior, estaria excluída a conduta ilícita do Réu.

Ocorre, no entanto, que o deslizamento de terras não teria ocorrido se a ré tivesse tomado medida acautelatória suficiente, tal como a construção de adequado e resistente muro de contenção ou mesmo de sistema de drenagem, independentemente do peculiar volume excessivo de chuvas.

Assim, o evento danoso, apesar de decorrente de evento da natureza que, apesar de, em termos, ser previsível, mas irresistível, não se pode ter como inevitável, pois deveria o Réu ter se acautelado de forma suficiente, com a construção de adequado e resistente muro de contenção ou de sistema próprio de drenagem.

Logo, incorrente, na hipótese, força maior ou caso fortuito a extirpar a responsabilidade civil objetiva da ré.

2. Da responsabilidade do Município de Brusque:

Os autores apontam a responsabilidade do Município, já que teria autorizado o réu Fabrisio a realizar as obras de terraplanagem, sem antes providenciar o estudo do impacto ambiental e da vizinhança.

Aduzem que foi omissa ao não adotar as medidas cabíveis contra a abertura de loteamento em área de risco, acrescentando que houve falhas na fiscalização.

Na contestação, constata-se que o Município atribui o evento danoso à ação da natureza, sustentando que as chuvas de 2008 foram extraordinárias e imprevisíveis, e também à posição geográfica do imóvel atingido (edificado em uma baixada).

Assim, inicialmente o ato ilícito consistiria no fato de que o ente público aprovou o loteamento, em burla ao art. 3º, V, da Lei Estadual n. 6.063/1982, que dispõe que “não será permitido o parcelamento do solo: [...] em áreas de proteção especial, definidas na legislação, e naquelas onde o parcelamento do solo possa causar danos relevantes à flora, fauna e outros recursos naturais”.

A vedação é repetida na Lei de Parcelamento do Solo (art. 3º, parágrafo único, V).

Ocorre que, não se pode chegar a uma conclusão segura, com base nas provas carreadas aos autos, de que a área era mesmo de risco e, por isso, não comportava a instalação de um loteamento.

Tal constatação depende de elementos probatórios mais precisos, técnicos, já que meras ilações leigas, baseadas nas fotografias juntadas ou nos depoimentos colhidos (nenhum com conotação técnica), são insuficientes para tanto. E esses elementos técnicos não vieram aos autos.

Por outro lado, os autores também pretendem a responsabilização do Município Réu, em razão da ausência de fiscalização das obras do loteamento.

A autora Marina relata, na inicial, que, apreensiva com as obras, recorreu à Prefeitura Municipal em busca de informações já quando da abertura do loteamento, ocasião em que recebeu a notícia de que o loteamento era regular.

Afirma que procurou a Defesa Civil ainda antes da avalanche, quando, na semana anterior, constatou, juntamente com os vizinhos, queda de grande quantidade de barro. No entanto, nenhum auxílio - sustenta - recebeu. Aduz que nem mesmo após a tragédia recebeu ajuda do Município.

A testemunha Apladismo Ademar Woiciokoski confirmou que, antes da autora Maurina, outra vizinha já havia procurado a Prefeitura

em razão de uma inundação e, aparentemente, nenhuma providência foi tomada.

A testemunha Moisés Voltolini afirmou que, antes de 2008, já havia sido atingida a casa de Osvaldina Cruz e que, em razão disso, a obra do loteamento foi embargada pelo Município, mas que prosseguiu depois de um tempo.

Assim, a prova testemunhal deixou claro que problemas anteriores de deslizamento já haviam ocorrido e que o Município já havia sido procurado e alertado sobre isso.

A abertura da rua, foi realizada, visivelmente, sem método de contenção do solo e sistema de drenagem. O Município foi procurado pela autora antes do deslizamento que motivou a presente demanda.

Competia ao Município exercer fiscalização sobre as obras do loteamento, ainda com mais rigor diante dos problemas anteriores ocorridos.

Inegavelmente, deixou de tomar providências que lhe cabiam e, por consequência, deve ser responsabilizado pelos danos sofridos pelos autores.

A propósito, confira-se, do STJ:

Segundo entendimento do Superior Tribunal de Justiça, o Município tem o poder-dever de agir para fiscalizar e regularizar loteamento irregular, pois é o responsável pelo parcelamento, uso e ocupação do solo urbano, atividade essa que é vinculada.” (AgRg no AREsp 446.051/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 27/03/2014, DJe 22/04/2014).(AgRgREsp n. 1310642/RS, rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, j. 3-3-2015).

Nesta Corte, já se decidiu:

ACÇÃO INDENIZATÓRIA. APROVAÇÃO, PELO PODER MUNICIPAL, DE LOTEAMENTO IRREGULAR, QUE AVANÇA EM ÁREA QUE NÃO A COMPÕE. PERDA DA PROPRIEDADE.

RESPONSABILIZAÇÃO DO MUNICÍPIO. PROCEDÊNCIA PARCIAL DO PEDIDO.

...o Município é o principal responsável pela ocupação do solo urbano e os particulares não dispõem dessa autonomia de vontade para a prática de ilicitude, com o direito a não serem molestados pela administração. O que caracteriza o Estado de Direito é justamente a possibilidade de atuação conforme a lei. E o Brasil é um país de prolífica produção normativa. Existe lei para tudo. Principalmente para tentar coibir as práticas nefastas da ocupação irracional do solo. Prática injustificável num Estado nação continental, que não luta com a falta de chão e que poderia ser o paradigma de uma racional ordenação do solo. Vício mesquinho de repartição minúscula dos terrenos e somente compreensível pelo reduzidíssimo grau civilizatório desta sociedade que parece acelerar seu rumo ao declínio, sem ter conseguido passar pelo ápice (TJSP, Agravo de Instrumento n. 801.760.5/6-00, de Guarulhos, rel. Des. Renato Nalini). (AC n. 2010.055369-8, de Chapecó, rel. Des. Vanderlei Romer, j. 28-9-2010).

Ainda:

“RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DO MUNICÍPIO. DANO MATERIAL. QUEDA DE MURO DE CONTENÇÃO DE LOTEAMENTO PREVIAMENTE APROVADO PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA MUNICIPAL. FATO PROVOCADO POR CANALIZAÇÃO INSUFICIENTE E INADEQUADA DE ESGOTO E ÁGUAS PLUVIAIS. DESÍDIA NA APROVAÇÃO DO PROJETO DO LOTEADOR E OMISSÃO POR FATOS POSTERIORES.

“Responde por danos materiais sofridos pelo particular, o Município que, na aprovação de projeto de loteamento, permite a implantação de canalização de esgotos e águas pluviais manifestamente subestimada e que, por sobre isso, à vista de problemas posteriormente verificados, não se empenha para neutralizar a ameaçadora situação de risco que se desenhava como profecia de fato que iria realizar-se.” (Ap. Cív. n. 2008.059171-8, de Blumenau, Rel. Des. Newton Janke, j. 25.03.10)

Nestes termos, devem os réus, portanto, responder solidariamente, pelos prejuízos causados.

3. As partes, por fim, pretendem a alteração do quantum fixado a título de indenização por danos morais.

Apropriado enfatizar que a satisfação compensatória relativa ao dano de natureza extrapatrimonial não deve ensejar vantagem sem causa à parte lesada. No entanto, a indenização a ser paga deve representar para o lesado uma satisfação capaz de neutralizar, ou ao menos amenizar em parte os efeitos dos transtornos causados pelo evento danoso. Ademais, deve servir como forma de punição, com o fito de evitar a repetição do fato.

É evidente que os Autores tiveram abalo moral, já que foram surpreendidos, os autores e seu filho com condições especiais (atualmente já falecido - fl. 223), com o deslizamento de terras de grandes proporções, enquanto estavam dentro de casa.

Diga-se, ademais, que a tragédia ocorreu em 29.11.08, e o laudo de vistoria da Defesa Civil que indicava a necessidade de realização de obras de contenção, a fim de evitar novos danos e prejuízos, foi lavrado somente em 18.02.09, ou seja, 81 dias após a data do evento, e, segundo se extrai da petição inicial, em 14.05.09, nenhuma providência havido sido tomada.

Assim, a par dos critérios da condição econômica do responsável, de seu grau de culpa e da extensão do dano, necessário que o julgador proceda com circunspeção e razoabilidade na estipulação do montante indenizatório.

Logo, parece razoável manter a reparação pelo dano moral suportado pelos demandantes no valor de R\$ 15.000,00, montante este que entende-se atender bem aos desígnios da demanda.

Ante o exposto, nega-se provimento aos recursos

Este é o voto.

Apelação Cível n. 2014.083220-4, de São Bento do Sul

Relator: Des. Vanderlei Romer

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS E MATERIAIS. ATUAÇÃO POLICIAL. AUTOR QUE PRESENCIOU TROCA DE TIROS ENTRE AGENTES CIVIS E SUPOSTO TRAFICANTE DE DROGAS E AINDA TEVE O SEU AUTOMÓVEL ATINGIDO POR UM DOS PROJÉTEIS. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 37, § 6º, DA LEI MAIOR. PRELIMINARES DE CERCEAMENTO DE DEFESA E DE FALTA DE INTERESSE DE AGIR AFASTADAS.

MÉRITO.

PROJÉTIL QUE ATINGIU O VEÍCULO DO REQUERENTE. JUNTADA DE BOLETIM DE OCORRÊNCIA, FOTOS E TRÊS ORÇAMENTOS QUE SÃO SUFICIENTES PARA COMPROVAR O DANO MATERIAL. DEVER DE RESSARCIMENTO DO ESTADO PELO ILÍCITO.

O artigo 186 do Código Civil dispõe que “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

“A análise pormenorizada do acervo probatório evidencia, sem espaço para dúvidas, o preenchimento dos requisitos do art. 927 do Código Civil, havendo prova segura, não só quanto ao dano sofrido pelo autor e quanto ao ato ilícito praticado pela ré, mas também quanto ao liame causal existente entre eles, exsurgindo imperativo, nesse viés, o dever de indenizar. A quantificação do dano material deve tomar por base os documentos idôneos carreados pelo autor a fim de comprová-lo, sobretudo quando não derruídos pela ré que, embora pudesse produzir contraprova com facilidade, deixa de fazê-lo” (TJSC, Apelação Cível n. 2014.057802-5, de São Francisco do Sul, rel. Des. Jorge Luis Costa Beber, j. 30-4-2015).

DANOS MORAIS. ABALO ANÍMICO NÃO EVIDENCIADO. REFORMA PARCIAL DA SENTENÇA.

Caso em que o autor presenciou a atuação da polícia civil no combate ao crime de tráfico de entorpecentes, com a tomada das necessárias, dentre elas o uso de arma de fogo, para evitar uma hostilização pelo suposto traficante ou a sua evasão do local.

Alegação do autor de que, em virtude do ocorrido, sofreu abalo anímico, o que impõe a sua indenização.

Ausência, todavia, de conduta ilícita por parte dos agentes públicos no ponto, pois agiram no estrito cumprimento do dever legal e no exercício regular do direito, afora que bastante discutível a ocorrência de sofrimento de tal magnitude que autorizasse a procedência do pedido sob esse aspecto, mormente porque, felizmente, o requerente não sofreu nenhum ferimento físico.

JUROS DE MORA E CORREÇÃO MONETÁRIA. ADEQUAÇÃO *EX OFFICIO*. LEI 11.960/2009.

“Os juros de mora e correção monetária são matérias cujo conhecimento pode ser realizado *ex officio* em qualquer grau de jurisdição” (TJSC, Apelação Cível n. 2015.016901-8, de São Miguel do Oeste, rel. Des. Luiz Antônio Zanini Fornerolli, j. 6-7-2015).

PREQUESTIONAMENTO DISPENSÁVEL AO CASO.

O Magistrado “não precisa esgotar exhaustivamente todos os argumentos e normas legais invocadas pelas partes” (TJSC, Apelação Cível n. 2015.006734-3, de Jaraguá do Sul, rel. Des. Saul Steil, j. 8-9-2015).

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA.

Em razão da sucumbência recíproca, ficam os honorários arbitrados em R\$ 1.000,00 (mil reais) para cada um dos procuradores, cabendo a cada parte, outrossim, arcar com 50% das custas, ressalvado que o Estado está isento do seu recolhimento.

RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2014.083220-4, da comarca de São Bento do Sul (3ª Vara), em que é apelante Estado de Santa Catarina, e apelado Giancarlo Grossl:

A Terceira Câmara de Direito Público decidiu, por votação unânime, conhecer do recurso e dar-lhe parcial provimento. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado em 22 de setembro de 2015, os Exmos. Srs. Des. Pedro Manoel de Abreu e Júlio César Knoll. Funcionou como Representante do Ministério Público a Exma. Sra. Dra. Walkyria Ruicir Danielski.

Florianópolis, 23 de setembro de 2015.

Vanderlei Romer
PRESIDENTE E RELATOR

RELATÓRIO

Trata-se de apelação cível interposta pelo Estado de Santa Catarina contra a sentença que, nos autos da ação de reparação por danos materiais e morais que lhe move Giancarlo Grossl, julgou procedentes os pedidos exordiais nos seguintes termos:

Diante do exposto, julgo procedente o pedido, para condenar o réu ao pagamento de indenizações por danos materiais e morais em favor do autor, respectivamente quantificadas em R\$ 3.456,66 (três mil, quatrocentos e cinquenta e seis reais e sessenta e seis centavos) e R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) a serem acrescidas de juros e correção conforme fundamentação. O réu é isento de custas (art. 35, “h” da LCE nº 156/97), mas arcará com honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, nos moldes do art. 20, § 3º, do CPC, porque “está pacificada nesta Corte a orientação segundo a qual, vencida a Fazenda Pública, os honorários advocatícios devem ser fixados no patamar de 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação” (TJSC, AC nº 2013.059162-8, de Caçador, Rel. Des. Jaime Ramos).

Sem prejuízo, renove-se a intimação do advogado do autor para os esclarecimentos exigidos à fl. 64, no prazo máximo de cinco dias, sem o que poderá ocorrer requisição de instauração de inquérito policial.

Sentença não sujeita a reexame (art. 475, § 2º do CPC) (fls. 131-140).

Em seu recurso, o ente público arguiu preliminares de cerceamento de defesa e de falta de interesse de agir, esta em relação à indenização por danos materiais, uma vez que teria o autor, em reunião realizada com a Delegada regional, abdicado desse seu direito.

No mérito, sustentou a inexistência de responsabilidade pelos danos suportados pelo autor, uma vez que as autoridades policiais agiram no exercício regular do seu direito, no estrito cumprimento do dever legal e em legítima defesa, ao flagrarem a comercialização de entorpecentes em plena via pública.

Alegou que o proponente não comprovou o fato constitutivo do seu direito e, portanto, não faz jus à indenização.

Na hipótese, todavia, deve ser mantido o *decisum*, afirmou que o montante indenizatório fixado na sentença a título de danos morais deve ser minorado, pois em descompasso com a realidade do caso e com o princípio da razoabilidade.

Prequestionou, por fim, dispositivos legais e pugnou pela reforma da decisão com o conseqüente indeferimento da pretensão do autor.

Com contrarrazões, ascenderam os autos a esta Instância.

Lavrou parecer pela douda Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. André Carvalho, que não vislumbrou a necessidade de intervir no *meritum causae*.

Este é o relatório.

VOTO

O apelante sustenta, preliminarmente, o cerceamento de defesa, por não ter sido oportunizada a produção de prova testemunhal, que, ao seu ver, comprovaria, dentre outros, a falta de interesse de agir do autor em relação aos danos materiais.

Isso porque, segundo alegou, logo após o evento danoso, orientou-se o autor a encaminhar o seu veículo para perícia, ao que ele recusou.

Sabe-se que, conforme dispõem os artigos 130 e 330, I do Código de Processo Civil, cabe ao Magistrado, na condição de presidente do processo e destinatário da prova, decidir sobre a necessidade ou não da produção das provas, cabendo-lhe dispensá-las quando desnecessárias ou inócuas para o deslinde da controvérsia.

É o caso dos autos.

Isso porque a circunstância de o requerente, naquela oportunidade, ter manifestado o seu desinteresse em ser ressarcido dos danos materiais, não obstava a propositura posterior da ação visando, justamente, obtê-los.

Esta Corte de Justiça já decidiu:

“Cabe ao Juiz, na condição de presidente do processo e destinatário da prova, decidir sobre a necessidade ou não da realização de prova, não implicando cerceamento de defesa o julgamento antecipado da lide com base em prova exclusivamente documental, se as provas que a parte pretendia produzir eram desnecessárias ao deslinde da ‘*quaestio*’”. (TJSC - Apelação Cível n. 2014.094744-0, de Itaiópolis, rel. Des. Jaime Ramos, j. 5.3.2015) (TJSC, Apelação Cível n. 2015.040319-2, de Itaiópolis, rel. Des. João Henrique Blasi, j. 8-9-2015).

Questão que mereceria, em tese, melhor prova, seria aquela referente aos danos morais; porém, como se verá oportunamente, a produção de prova, para a sua análise, era despicienda.

Dessarte, não há falar em cerceamento de defesa.

No que tange a alegada falta de interesse de agir em relação aos danos materiais, a preliminar está fadada, por igual ao insucesso, pelos mesmos fundamentos retro citados, ao que se acrescenta que uma suposta abdicação do autor ao seu direito de ressarcimento, retira do réu o dever de reparar o dano (artigo 186 do Código Civil).

Ademais, caso demonstrado a contento o nexo causal entre a ilicitude e o dano, fundamentado estará o pedido de reparação.

É da jurisprudência:

A análise pormenorizada do acervo probatório evidencia, sem espaço para dúvidas, o preenchimento dos requisitos do art. 927 do Código Civil, havendo prova segura, não só quanto ao dano sofrido pelo autor e quanto ao ato ilícito praticado pela ré, mas também quanto ao liame causal existente entre eles, exurgindo imperativo, nesse viés, o dever de indenizar. A quantificação do dano material deve tomar por base os documentos idôneos carreados pelo autor a fim de comprová-lo, sobretudo quando não derruídos pela ré que, embora pudesse produzir contraprova com facilidade, deixa de fazê-lo (TJSC, Apelação Cível n. 2014.057802-5, de São Francisco do Sul, rel. Des. Jorge Luis Costa Beber, j. 30-4-2015).

Com isso, afastam-se ambas as prefaciais e passa-se à análise do mérito.

É consabido que o artigo 37, § 6º, da Carta Magna consagrou a teoria do risco administrativo, a qual considera que a responsabilidade do ente público para reparar os danos causados pelos seus agentes, nessa qualidade, é objetiva, ou seja, prescinde de culpa.

Nesse aspecto, cumpre esclarecer que a hipótese versa sobre prejuízos provocados por agentes do Estado, pelo que aplicável ao caso a referida teoria da responsabilidade objetiva.

Dessa feita, cumpre verificar a configuração do dano passível de ser indenizado e o nexo causal com a conduta do lesante.

No que concerne o ato ilícito, ensina Maria Helena Diniz *apud* Ricardo Fiuza:

O ato ilícito é praticado em desacordo com a ordem jurídica, violando direito subjetivo individual. Causa dano patrimonial ou moral a outrem, criando o dever de repará-lo (STJ, Súmula 37). Logo, o ilícito produz efeito jurídico, só que este não é desejado pelo agente, mas imposto pela lei.

[...]

Para que se configure o ato ilícito, será imprescindível que haja: a) fato lesivo voluntário, causado pelo agente, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência; b) ocorrência de um dano patrimonial e/ou moral, sendo que pela Súmula 37 do Superior Tribunal de Justiça serão cumuláveis as indenizações por dano material e moral decorrentes do mesmo fato; c) nexo de causalidade entre o dano e o comportamento do agente (*Código civil comentado*. 7. ed. Rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 157).

O artigo 186 do Código Civil dispõe que “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

In casu, verifica-se que, em maio de 2013, por volta das 19h, o requerente ao sair do seu trabalho em direção ao seu automóvel, presenciou uma troca de tiros entre policiais civis e traficantes de drogas, o que, segundo ele, causou-lhe abalo moral e danos ao referido veículo.

O Estado alegou que o ocorrido se deu tão somente em razão do exercício regular do direito e no estrito cumprimento do dever legal.

Por oportuno, extrai-se de sua defesa:

Os policiais atuaram de acordo com as regras aplicáveis à situação, de forma regular, sem cometer quaisquer excessos ou abusos, o que afasta por completo a pretensão indenizatória.

[...]

Quando está ameaçada a paz pública o policial tem o dever de restaurá-la, ainda que para isso venha a lesar direito individual de cidadão, desde que não o faça com excesso” (fl. 154).

No tocante ao dano material, tem-se que a versão do autor é absolutamente verossímil e, mais que isso, está demonstrada pelo conjunto probatório, especialmente o boletim de ocorrência (fls. 25-25v), as fotografias de fls. 30-33) e os três orçamentos juntados (fls. 42-46), que dão conta de que o automóvel, marca Audi, modelo A3 SPB, cor

prata, placa MDP 5883, foi atingido no farol dianteiro esquerdo por um dos projéteis, que atravessou até o seu interior.

O referido boletim de ocorrência esclarece, *litteris*:

[Relata o autor] que seu veículo estava estacionado na via pública Vigando Koch, que por volta das 19:10hs saiu da Câmara de Vereadores, se dirigindo ao seu veículo que estava estacionado na referida via, em frente a estrada da Secretaria da Sociedade Desportiva Ginástico. Que, no momento em que estava se aproximando da porta do motorista de seu veículo [...], escutou um disparo, em ato contínuo olhou para frente do veículo, que visualizou neste momento um Kadett prata e um Fiesta preto e visualizou uma pessoa efetuando um segundo disparo [...] (fl. 25).

Dáí estar amplamente comprovado o nexo de causalidade entre o evento danoso e o ato dos agentes civis.

Ademais, o apelante não nega o ocorrido, tendo, inclusive, mencionado em seu apelo que “no caso em comento, conforme narrativa oficial inclusa nos autos, não houve recusa por parte da autoridade policial em reparar os danos materiais do veículo do autor” (fl. 152).

Isso posto, a indenização deve ser mantida tal como fixada na origem, pois evidente o ônus do Estado de ressarcir o autor pelos danos causados no seu veículo, em virtude do projétil que o atingiu.

O *quantum* segue incólume, qual seja, aquele estampado no orçamento de menor custo, conforme consolidado na jurisprudência (TJSC, Apelação Cível n. 2014.089631-8, de Campos Novos, rel. Des. Eládio Torret Rocha, j. 25-6-2015).

No entanto, relativamente aos danos morais, impõe-se a reforma do julgado *a quo*.

É que não há falar em excesso dos policiais. Disso nem sequer se cogitou, sendo certo que eles atuaram no estrito cumprimento do dever legal e no exercício regular do direito.

Ora, os agentes públicos estavam no meio de uma operação para apurar a autoria e materialidade do crime de tráfico de entorpecentes, e o uso da arma de fogo foi imprescindível para evitar uma hostilização pelo suspeito ou a sua evasão do local, haja vista que aquele ameaçou fazer uso de seu revólver.

Assim, insista-se, não há falar em excessos ou ofensa a qualquer direito do requerente (artigo 5º, X, da Carta Magna), porquanto esse, inclusive, apenas presenciou e não vivenciou a situação.

Ainda que ele tenha vivenciado uma situação de risco, é certo que a ação era necessária e visava justamente assegurar a segurança pública.

Por oportuno, citam-se os seguintes julgados do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE ESTATAL. DANOS MATERIAIS ACOLHIDOS. DANOS MORAIS E LUCROS CESSANTES AFASTADOS. TIROTEIO EM VIA PÚBLICA. NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE A CONDUTA DO AGENTE PÚBLICO E O DANO OCACIONADO NO AUTOMÓVEL. AGRAVO RETIDO. Considerando que o Estado responde pelos atos de seus prepostos, bem como levando em consideração que a denúncia à lide ou o chamamento ao processo dos bandidos, no caso, não é obrigatória, importa desprover o recurso. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA. Afastada, levando em consideração que a responsabilidade do Estado subsistirá quando o causador do prejuízo estiver vinculado ao Estado, independente da forma da vinculação MÉRITO. A prova dos autos dá conta que os policiais agiram no estrito cumprimento de seu dever, em nada excedendo em sua função, de modo que, a indenização devida deve limitar-se aos danos materiais sofridos. Rejeitados os pedidos de indenização por dano moral e lucros cessantes, pois a prova coligida não demonstra tal ocorrência. Os ônus da sucumbência devem ser suportados por ambas as partes, haja vista a procedência parcial da demanda movida pelo autor. AGRAVO RETIDO DESPROVIDO. NEGADO PROVIMENTO AO APELO DO AUTOR. PRELIMINAR AFASTADA. APELO DO RÉU PARCIALMENTE PROVIDO.

SENTENÇA REFORMADA, EM REEXAME NECESSÁRIO. (TJRS, Apelação e Reexame Necessário nº 70007878838, rel. Des. Artur Arnildo Ludwig, j. 28-4-2004).

E ainda:

APELAÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL EM ACIDENTE DE TRÂNSITO. PERSEGUIÇÃO POLICIAL. VEÍCULO DO AUTOR COLHIDO PELA CAMIONETA QUE TRANSPORTAVA OS FUGITIVOS E ATINGIDO POR TIROS DISPARADOS PELA POLÍCIA MILITAR. DANOS MATERIAIS E MORAIS. 1.Danos materiais. É devido pelo Estado réu o reembolso do valor despendido pelo autor no pagamento da franquia de seu automóvel. Embora este tenha sido colhido pela camioneta que transportava os fugitivos da Polícia - fato de terceiro -, a prova dos autos evidencia que foi também atingido por tiros disparados pelos policiais militares. Havendo nexos causal entre parcela dos danos materiais do veículo e ato dos servidores do Estado, impõe-se a responsabilização do ente público. Aplicação da teoria objetiva do art.37, §6º, da CF. 2.Danos morais não caracterizados. Os policiais militares agiram no estrito cumprimento de seu dever legal, ao perseguirem os criminosos, no intuito de resguardar a segurança pública. Excesso não verificado. A circunstância de que o autor se preocupou com sua integridade física e de suas passageiras não constitui necessariamente abalo moral de reflexo indenizável. Apelo do autor parcialmente provido. (TJRS, Apelação Cível nº 70031008717, rel. Des. Orlando Heemann Júnior, j. 10-6-2010).

Mutatis mutandis, é da jurisprudência desta Corte:

RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS MORAIS POR SUPOSTO EXCESSO NA CONDUTA POLICIAL DURANTE ABORDAGEM E POSTERIOR PERSEGUIÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA. INTELIGÊNCIA DO ART. 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. VÍTIMA ARMADA QUE, QUANDO ABORDADA EMPREENDEU FUGA E EFETUOU TIROS CONTRA O POLICIAL QUE, POR SUA VEZ, REVIDOU, CULMINANDO NA MORTE DO PERSEGUIDO. DOCUMENTOS E PROVA TESTEMUNHAL QUE INDICAM QUE OS AGENTES PÚBLICOS

AGIRAM NO ESTRITO CUMPRIMENTO DO DEVER LEGAL. PARTE AUTORA QUE NÃO TROUXE AOS AUTOS A PROVA DE QUE A AÇÃO POLICIAL SE DEU DE FORMA EXACERBADA. ÔNUS QUE LHE INCUMBIA NÃO CUMPRIDO. ART. 333, I, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. DEVER DE INDENIZAR NÃO CONFIGURADO. RECURSO DOS AUTORES CONHECIDO E DESPROVIDO. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA MANTIDA. (TJSC, Apelação Cível n. 2012.059213-9, de Videira, rel. Des. Francisco Oliveira Neto, j. 26-5-2015).

É importante acrescentar que o fato de se tratar de uma cidade pequena, em que episódios como o que ocorreram são raros, não enseja a responsabilização estatal, como consigna a *sententia*.

Noutras palavras, a vingar o raciocínio ali esposado, sempre que a polícia militar atuasse em locais em que o índice de criminalidade é pequeno, ver-se-ia obrigado o ente público a indenizar as testemunhas presenciais.

À vista disso, é de rigor a reforma da sentença no ponto enfocado.

Ex officio, contudo, urge adequar o julgado no tocante à correção monetária e aos juros de mora, que, como é cediço, consubstancia matéria de ordem pública, suscetível, pois, de modificação, sem que isso implique em *reformatio in pejus*.

A respeito, veja-se:

Os juros de mora e correção monetária são matérias cujo conhecimento pode ser realizado *ex officio* em qualquer grau de jurisdição (TJSC, Apelação Cível n. 2015.016901-8, de São Miguel do Oeste, rel. Des. Luiz Antônio Zanini Fornerolli, j. 6-7-2015).

Na hipótese, foi determinado que a atualização sobre o valor da indenização seria regida pelo IPCA. Entretanto, com o advento da Lei 11.960/09, consolidou-se que os seus preceitos a serem aplicados para o cômputo da correção monetária e dos juros de mora, balizam-se pelos índices oficiais de remuneração básica e juros da caderneta de poupança.

Desse modo, adequa-se o índice de atualização monetária e juros fixados na sentença, de ofício, para determinar que sejam computados pela Lei 11.960/09.

Por derradeiro, em relação a correção monetária, mantém-se desde o arbitramento (AgRg no AREsp 663758/RJ, rel. Min. Moura Ribeiro, p. 31-8-2015; AgRg no REsp 1214365/RS, rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, p. 5-8-2015, dentre tantos outros). Já os juros de mora, entretanto, diversamente do que se determinou no primeiro grau de jurisdição, deve incidir a contar do evento danoso (Súmula 54 do STJ).

Quanto ao prequestionamento, entende-se que é dispensável ao caso, haja vista que a decisão se encontra devidamente fundamentada e, como é sabido, o Magistrado “não precisa esgotar exaustivamente todos os argumentos e normas legais invocadas pelas partes” (TJSC, Apelação Cível n. 2015.006734-3, de Jaraguá do Sul, rel. Des. Saul Steil, j. 8-9-2015).

Por fim, em razão da sucumbência recíproca, ficam os honorários arbitrados em R\$ 1.000,00 (mil reais) para cada um dos procuradores, isento, contudo, o Estado.

Ante o exposto, conhece-se do recurso e dá-se-lhe parcial provimento.

Este é o voto.

QUARTA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

Apelação Cível n. 2014.059291-5, de Itapema

Relator: Des. Jaime Ramos

ADMINISTRATIVO – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS – SUSPENSÃO DO SERVIÇO DE ABASTECIMENTO DE ÁGUA – CONCESSIONÁRIA DO SERVIÇO PÚBLICO – COMPANHIA ÁGUAS DE ITAPEMA – RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA (CF, ART. 37, § 6º) – CAUSAS EXCLUDENTES DE RESPONSABILIZAÇÃO NÃO OPORTUNÍVEIS AOS CONSUMIDORES – PREJUÍZOS DECORRENTES DA CONTRATAÇÃO PARTICULAR DE FORNECIMENTO EMERGENCIAL DE ÁGUA – CUSTO ELEVADO – OBRIGAÇÃO DA CONCESSIONÁRIA DE RESSARCIR AOS USUÁRIOS – PLEITO DE DEDUÇÃO DO VALOR QUE A CONCESSIONÁRIA COBRARIA SE TIVESSE PRESTADO O SERVIÇO – POSSIBILIDADE – VEDAÇÃO DE ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA – RECURSOS DESPROVIDOS.

A concessionária de serviço público responde objetivamente pelos danos que causar aos usuários, nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição Federal de 1988, e do Código de Defesa do Consumidor. “Se da ineficiência, ainda que temporária, na prestação do serviço resultar prejuízos a terceiros, estes estando devidamente comprovados, a Concessionária não tem como se esquivar do dever de indeniza-los.” (TJSC, AC n. 2008.052017-3, Rel. Des. José Volpato de Souza, j. 23.07.2009). Suspenso o fornecimento de água, pela concessionária, por tempo suficiente para o esgotamento das reservas nos edifícios, obrigando aos condomínios a contratação de fornecimento particular, em situação emergencial, com alto custo, deve aquela ressarcir o valor gasto, deduzido o preço que teria cobrado se tivesse fornecido a água.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2014.059291-5, da comarca de Itapema (1ª Vara Cível), em que é apte/

apdo Edifício Dr. Marco Polo Passos, e apdo/apte Companhia Águas de Itapema:

A Quarta Câmara de Direito Público decidiu, por votação unânime, negar provimento aos recursos. Custas na forma da lei.

Do julgamento realizado em 2 de julho de 2015, presidido pelo Exmo. Sr. Desembargador Jaime Ramos, participaram os Exmos. Srs. Desembargadores Edeimar Gruber e José Everaldo Silva.

Florianópolis, 2 de julho de 2015.

Jaime Ramos
RELATOR

RELATÓRIO

Na Comarca de Itapema, o condomínio Edifício Dr. Marco Polo Passos ajuizou “ação de reparação de perdas e danos” contra a Companhia Águas de Itapema, sustentando, em síntese, que durante os períodos de 30.12.2006 a 08.01.2008 foi obrigado a comprar cargas de água, no valor de R\$ 7.580,00, em razão do desabastecimento que atingiu o bairro em que se situa; que a ré, concessionária de serviço público e responsável pelo abastecimento de água no Município de Itapema, fracassou em sua atividade, devendo indenizar o autor, dos danos materiais e morais, nos termos dos arts. 37, § 6º, da Constituição Federal; 22, e seu parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor.

Citada, Companhia Águas de Itapema contestou alegando, preliminarmente que deve ser reconhecida a prescrição da pretensão da autora quanto aos valores da temporada de 2006/2007, conforme inciso V, do § 3º, do art. 206 do Código Civil. No mérito, aduziu que nos mais de 25 anos em que a CASAN foi responsável pelo abastecimento de água no Município, houve o sucateamento da estrutura, devido à ausência de investimentos, manutenção e expansão da rede; que quando

recebeu a cessão do serviço, foi ajustado um prazo de dois anos para que restabelecesse a integral normalidade do abastecimento de água, o que não poderia ser feito de imediato; que na época das ocorrências notificadas, não havia transcorrido esse prazo de “carência”, muito embora já estivesse empreendendo altos investimentos para a modernização da rede a bem do cumprimento do serviço; que contou com fatos imprevisíveis e inevitáveis, como a estiagem havida e o aumento considerável do consumo durante o veraneio; que sendo atribuída uma postura omissiva como causadora do dano, é imperiosa a demonstração do nexo de causalidade, do dano e da culpa, inócurrenente no caso em comento; que a quantificação do dano, em caso de condenação, deve levar em conta o preço que teria sido cobrado pelo abastecimento, abatendo-o do montante pago pela aquisição da carga de água; que algumas excludentes de responsabilidade, como a culpa de terceiro (no caso a CASAN), retiram a obrigação à indenização dos prejuízos, porquanto não lhe deu causa; que impugna os documentos apresentados, reputando-os inábeis à comprovação do alegado; que não houve dano moral.

Impugnados os argumentos da contestação, foi prolatada a seguinte sentença:

“Ante o exposto, JULGO PROCEDENTE o pedido ajuizado pelo Condomínio Edifício Residencial Marco Polo Passos em face da Companhia Águas de Itapema, para, em consequência e na forma do artigo 269, inciso I, do Código de Processo Civil, CONDENAR a ré ao pagamento da importância de R\$ 7.580,00 (sete mil, quinhentos e oitenta reais), a título de indenização por danos materiais, da qual deverá ser subtraído o montante correspondente ao preço que o autor pagaria se a aquisição se desse diretamente da ré, valor a ser apurado em liquidação de sentença. Importe este corrigido monetariamente, pelo INPC, a contar da data do desembolso dos valores pelo autor e acrescido de juros à razão de 1% ao mês, na forma dos artigos 406 do CC e 161, § 1º, do CTN, a partir da citação.

“Condeno a ré ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, os quais fixo em 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação, nos termos do artigo 20, §3º, do CPC.”

Inconformado, o autor opôs embargos de declaração, os quais foram rejeitados.

A Companhia Águas de Itapema apelou, reiterando as teses apresentadas na contestação.

De sua parte, o autor também apelou requerendo a exclusão do dispositivo da sentença que determinou a dedução, na condenação, do valor do custo da água que seria fornecido pela empresa ré.

Com as contrarrazões, os autos ascenderam a esta Superior Instância.

VOTO

Há que se negar provimento aos recursos.

Num caso idêntico, da Comarca de Itapema, esta Quarta Câmara de Direito Público decidiu:

“APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS–JULGAMENTOANTECIPADODALIDE–QUESTÃO DE FATO INCONTROVERSA NOS AUTOS – CERCEAMENTO DE DEFESA INOCORRENTE – SUSPENSÃO DOS SERVIÇOS DE ABASTECIMENTO DE ÁGUA – CONCESSIONÁRIA DO SERVIÇO PÚBLICO – RESPONSABILIDADE CIVIL REGIDA PELO ART. 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – CAUSAS EXCLUDENTES DE RESPONSABILIZAÇÃO NÃO Oponíveis AOS CONSUMIDORES – PREJUÍZOS DECORRENTES DA CONTRATAÇÃO PARTICULAR DE FORNECIMENTO DE ÁGUA EM SITUAÇÃO EMERGENCIAL – OBRIGAÇÃO INDENIZATÓRIA VERIFICADA – PLEITO PELA DEDUÇÃO DO VALOR CORRESPONDENTE AO PREÇO DA ÁGUA, CASO TIVESSE SIDO PRESTADA PELA CONCESSIONÁRIA – POSSIBILIDADE VEDAÇÃO DO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA - RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

“Desenvolvendo a Companhia de Águas de Itapema atividade voltada à satisfação de um interesse público, agindo como concessionária de serviço público, está equiparada ao Estado em sede de responsabilização civil, lhe sendo aplicada a teoria do risco administrativo, dispensando quem contra ela demandar da prova da culpa.

“Se da ineficiência, ainda que temporária, na prestação do serviço resultar prejuízos a terceiros, estes estando devidamente comprovados, a Concessionária não tem como se esquivar do dever de indeniza-los.” (TJSC, AC n. 2008.052017-3, Rel. Des. José Volpato de Souza, j. 23.07.2009).

Do corpo do acórdão, devido à relevância e à pertinência, extrai-se o seguinte excerto, que passa a integrar os fundamentos deste acórdão:

“Tratam os presentes autos de apelação cível interposta pela Companhia Águas de Itapema em face da sentença que julgou procedente a pretensão indenizatória que lhe move o Condomínio Edifício Residencial Serra Dourada, em razão dos prejuízos que teve que suportar em razão da interrupção do abastecimento de água, durante a temporada de verão 2005/2006.

“[...]”

“Nesse aspecto, tenciona a apelante a análise de seus argumentos de defesa, os quais, segundo aduz, foram olvidados pela Magistrada ‘a quo’, prejudicando o julgamento.

“As suas principais alegações se voltam, fundamentalmente, à existência de questões excludentes de responsabilidade, como a existência de um período de carência contratualmente ajustado, que lhe conferiu um prazo de dois anos para a implementação de medidas satisfatórias à preservação do regular abastecimento de água. Além disso, reforça as teses de culpa de terceiro, atribuindo à CASAN a responsabilidade pelo sucateamento da rede, que por ela foi explorada por cerca de vinte anos, e de caso fortuito, decorrente da estiagem que atingiu o litoral do Estado naquele veraneio.

“Primeiramente, cumpre ressaltar que a Companhia de Águas de Itapema é pessoa jurídica de direito privado concessionária do serviço público de abastecimento de água na cidade de Itapema e, portanto,

sua responsabilidade civil está exposta na teoria do risco administrativo, conforme o art. 37, § 6º, da Constituição Federal, que dispõe:

“§ 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nesta qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

“Hely Lopes Meirelles, ao comentar este artigo, preconiza:

“O exame desse dispositivo revela que o constituinte estabeleceu para todas as entidades estatais e seus desmembramentos administrativos a obrigação de indenizar o dano causado a terceiros por seus servidores, independentemente da prova de culpa no cometimento da lesão (Direito Administrativo Brasileiro, 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 622).

“Continuando seu raciocínio:

“Para obter a indenização, basta que o lesado acione a Fazenda Pública e demonstre o nexo causal entre o fato lesivo (comissivo ou omissivo) e o dano, bem como o seu montante. Comprovados esses dois elementos, surge naturalmente a obrigação de indenizar. Para eximir-se dessa obrigação incumbirá à Fazenda Pública comprovar que a vítima concorreu com culpa ou dolo para o evento danoso. Enquanto não evidenciar a culpabilidade da vítima, subsiste a responsabilidade objetiva da Administração. Se total a culpa da vítima, fica excluída a responsabilidade da Fazenda Pública; se parcial, reparte-se o quantum da indenização’ (Op. Cit. p. 627).

“Com efeito, desenvolvendo a Companhia de Águas Itapema atividade voltada à satisfação de um interesse público, agindo como concessionária de serviço público, está equiparada ao Estado em sede de responsabilização civil, lhe sendo aplicada a teoria do risco administrativo, dispensando quem contra ela demandar da prova da culpa.

“Nessa ordem de idéias, assentada a responsabilização a ser aplicada, bem assim da incontestável ocorrência na falha de abastecimento, emerge como cristalino o dever de indenizar os prejuízos advindos dos problemas operacionais por ela enfrentados.

“E, nesse ponto, ainda que a Companhia de abastecimento não tenha olvidado esforços para o restabelecimento das condições normais e voltar

a guarnecer à população, adotando medidas como a narrada, de abastecer cisternas ou distribuir água em caminhões-pipa, se essas providências não foram suficientes e os particulares se viram obrigados a tomar medidas sponte sua, é certo que não devem suportar o prejuízo financeiro decorrente.

“Se afigura absolutamente razoável a conduta do Condomínio que, privado do fornecimento de água por algum período, na época em que se registra maior movimento de pessoas na cidade e ocupação de suas unidades habitacionais, buscou proporcionar meios à satisfação mínima das necessidades dos condôminos, à falta de efetividade na prestação de serviço público tão essencial.

“Relativamente à primeira excludente de responsabilização invocada, qual seja, o período de carência de dois anos para que o abastecimento na cidade atingisse o ‘status’ de regularidade, entendo que não possui o condão de afastar a obrigação constitucional que lhe é imposta.

“Consoante bem elucidado pela Magistrada monocrática, ‘a cláusula contratual firmada pela requerida com o Município não se pode sobrepor à responsabilidade da concessionária expressamente prevista na Carta Magna (art. 37, § 6º), tampouco sobre as disposições do Código de Defesa do Consumidor (art. 22), as quais são de ordem pública e caráter cogente’ (fl. 228).

“Além disso, as condições das instalações, assumidas pela apelante após a rescisão da avença entre o Município e a CASAN, são fatos que não podem ser opostos aos consumidores, que continuaram efetuando o pagamento pelo serviço oferecido e dele dependiam para a manutenção das condições mínimas de dignidade, com o fornecimento contínuo do abastecimento de água.

“No que concerne à suposta estiagem que assolou o Estado no período em comento, também este fato, muito embora não demonstrado de forma eficiente como determinante para a interrupção no fornecimento, porquanto as notícias de jornais acostadas aos autos já apontavam a incapacidade do sistema, não se afigura como excludente da responsabilização.

“E, dessa forma, por falha no sistema de abastecimento, foi o autor, assim como inúmeros outros consumidores de água do Município, obrigado

a adquirir de fornecedores diversos cargas de água para satisfazer as necessidades mínimas que se apresentaram, diante do colapso no fornecimento da concessionária do serviço público, merecendo por isso ser indenizado.

“Em outra oportunidade, ao analisar situação fática semelhante, ocorrida no Município de Balneário Camboriú, assim me manifestei:

“APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZATÓRIA – CASAN – FALHA NO ABASTECIMENTO QUE OBRIGOU PARTICULAR A ADQUIRIR ÁGUA DE EMPRESA DIVERSA – PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO INDISPENSÁVEL – RESPONSABILIDADE PELO RISCO ADMINISTRATIVO – PREJUÍZOS CABALMENTE DEMONSTRADOS – OBRIGAÇÃO INDENIZATÓRIA INAFASTÁVEL – PRETENSÃO INICIAL PARCIALMENTE ACOLHIDA – RECURSO PROVIDO EM PARTE.

“Desenvolvendo a CASAN atividade voltada à satisfação de um interesse público, agindo como concessionária de serviço público, está equiparada ao Estado em sede de responsabilização civil, lhe sendo aplicada a teoria do risco administrativo, dispensando quem contra ela demandar da prova da culpa.

“Se da ineficiência, ainda que temporária, na prestação do serviço resultar prejuízos a terceiros, estes estando devidamente comprovados, a Concessionária não tem como se esquivar do dever de indenizá-los (Apelação Cível n. 2006.042383-5, de Balneário Camboriú, j. 14/04/08).

“Além disso, existem julgados precedentes desta Corte acerca do problema enfrentado na própria cidade de Itapema, no mesmo período da temporada do verão 2005/2006, que assim enfrentaram a matéria:

“APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO INDENIZATÓRIA – JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE – PROVA DOCUMENTAL SUFICIENTE PARA O DESLINDE DA QUESTÃO – DESNECESSIDADE DE REALIZAÇÃO DE AUDIÊNCIA – CERCEAMENTO DE DEFESA AFASTADO – ABASTECIMENTO DE ÁGUA – SERVIÇO ESSENCIAL – INTERRUÇÃO NO FORNECIMENTO – PARTICULAR OBRIGADO A ADQUIRIR ÁGUA DE TERCEIRO – RESPONSABILIDADE OBJETIVA (ART. 37, § 6º, CF/88 E ART. 22 DO CDC – EXCLUDENTES DE ILICITUDE NÃO VERIFICADAS

– PROVAS – PREJUÍZOS DEMONSTRADOS – DEVER DE INDENIZAR – RECURSO DESPROVIDO.

“É cediço que as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos respondem objetivamente pelos danos causados a terceiros, essa é a dicção do art. 37, § 6º, da CRFB/88 e do art. 22 do CDC. Portanto, uma vez configurados o dano e o nexo de causalidade, nasce para o lesado o direito ao ressarcimento dos ônus que teve de suportar (Apelação Cível n. 2008.059924-0, de Itapema, Rel.: Des. Sérgio Roberto Baasch Luz, j. 02/03/09).

“RESPONSABILIDADE CIVIL – ABASTECIMENTO DE ÁGUA – SUSPENSÃO DO SERVIÇO PÚBLICO – DEFEITO NA PRESTAÇÃO – DANOS MATERIAIS – OCORRÊNCIA

“A responsabilidade civil das prestadoras de serviço é de natureza objetiva. Ao ocorrer a suspensão do abastecimento de água, demonstrado o defeito na prestação do serviço público e inexistentes as hipóteses de excludentes, impõe-se o dever de indenizar os prejuízos dela decorrentes (Apelação Cível n. 2008.059714-3, de Itapema, Rel.: Des. Luiz César Medeiros, j. 12/02/09).

“Por fim, como pedido alternativo, a recorrente pugna pela consideração de que o valor que teria sido dispendido pelo consumo regular de água no período há de ser abatido do montante indenizatório, à razão do custo do fornecimento, sob pena de o autor ser beneficiado com enriquecimento ilícito.

“Nesse aspecto, sua tese merece ser acolhida.

“Isso porque, parte-se da questão lógica de que, caso a indenização se dê de forma integral, a consequência seria a gratuidade do produto por parte do condomínio que se viu obrigado a adquirir de terceiros, obtendo um enriquecimento indevido. Razoável, portanto, a alegação de que se deduza do montante indenizatório, considerado o gasto efetuado com a compra das cargas de água, o valor que teria sido dispendido em favor da Companhia pelo abastecimento de igual quantidade de água.

“Ao apreciar idêntico pedido, envolvendo a mesma apelante, o Des. Paulo Henrique Moritz Martins da Silva assim considerou:

“Há que se consignar, todavia, que não é sobre a integralidade das notas que vai se operar o ressarcimento. Se isso fosse deferido, representaria enriquecimento sem causa.

“Vejam: se houvesse fornecimento regular de água, os autores teriam que pagar à concessionária.

“Como compraram de terceiros, devem receber apenas a diferença do que pagaram a mais, considerado o valor da tarifa oficial da Cia de Águas de Itapema.

“Se obtivessem ressarcimento integral do valor das notas, era como se não pagassem pelo consumo de água.

“Esse montante deve ser aferido em liquidação de sentença, cabendo à ré apresentar o valor de sua tarifa por m³ de água em janeiro de 2006, para verificar o saldo, se houver, em favor dos consumidores, porque se estes pagaram menos aos terceiros, terão economizado e não haverá saldo a receber.”

“Assim, com vistas a evitar o enriquecimento indevido do Condomínio, determino a dedução do preço do valor do metro cúbico de água, na quantidade em que foi comprada, pelo preço que custaria se a aquisição se desse diretamente perante a concessionária.

“Por fim, diante da parte mínima em que sucumbe a parte apelada, mantenho a distribuição dos ônus de sucumbência.

“Tecidas essas considerações, o recurso merece ser conhecido e parcialmente provido.”

No mesmo sentido, as Apelações Cíveis n. 2008.058500-7 e 2008.059715-0, da Comarca de Itapema, deste Relator, julgadas em 10.09.2009; 2008.058936-6, 2008.059024-2 e 2008.067817-5, da Comarca de Itapema, Rel. Des. José Volpato de Souza, julgadas em 23.07.2009.

Assim é que nenhum dos recursos merece provimento.

Pelo exposto, nega-se provimento aos recursos.

Apelação Cível n. 2012.083413-0, de Correia Pinto

Relator: Des. Edeмар Gruber

APELAÇÃO CÍVEL. INDENIZAÇÃO. HOMICÍDIO DOLOSO PERPETRADO À SERVIDORA PÚBLICA LOTADA EM POSTO DE SAÚDE MUNICIPAL. MOTIVAÇÃO RELACIONADA AO DESEMPENHO DAS FUNÇÕES DE ATENDIMENTO. RESPONSABILIDADE AFASTADA EM PRIMEIRO GRAU. APELO DOS AUTORES, ESPOSO E FILHOS DA VÍTIMA FATAL. PRETENZA REPARAÇÃO CIVIL FULCRADA NA NEGLIGÊNCIA DA ADMINISTRAÇÃO MUNICIPAL QUANTO AO FORNECIMENTO DE SEGURANÇA NO LOCAL. TESE ACOLHIDA. CONJUNTO PROBATÓRIO SUFICIENTE PARA CONFIGURAR A CONDUTA NEGLIGENTE DO ENTE PÚBLICO E O NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE ESTA E O PREJUÍZO SOFRIDO. EXCLUDENTES INOCORRENTES. DESCASO COM A SEGURANÇA DOS SERVIDORES MESMO DIANTE DE RELATOS DE AMEAÇAS E INSATISFAÇÃO DA POPULAÇÃO COM O SERVIÇO PÚBLICO DE SAÚDE. DEVER DE INDENIZAR. DANO MORAL *IN RE IPSA*. *QUANTUM* INDENIZATÓRIO. MONTANTE PROPORCIONAL, RAZOÁVEL E ADEQUADO AO SOFRIMENTO EXPERIMENTADO. PRECEDENTES DESTE COLEGIADO. PENSÃO MENSAL. VERBA INDEVIDA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

[...] o luto não é somente sinal de dor, é a própria dor; é o sofrimento moral íntimo; donde surge para logo, necessariamente, logicamente, a ideia de dano, ou melhor, de dor moral, esteja ou não escrito nas leis. Não se cuida, assim, de ressarcir os danos materiais, apenas, como despesas com o tratamento da vítima, e seu funeral; mas sim de propiciar aos seus familiares ainda uma compensação pecuniária reparatória do dano moral, que lhes possibilite, para satisfação pessoal e conforto espiritual, tributar à memória do falecido e o preito de saudade e reverência póstuma (CAHALI, Yussef Said. Dano e Indenização, São Paulo: RT, 1980, p. 42).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2012.083413-0, da comarca de Correia Pinto (Vara Única), em que é apelante A. C. e outros, e apelado Município de Correia Pinto:

A Quarta Câmara de Direito Público decidiu, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento parcial. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Jaime Ramos, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. José Everaldo Silva.

Florianópolis, 02 de julho de 2015.

Edemar Gruber
RELATOR

RELATÓRIO

Perante o Juízo de Direito da Vara Única da comarca de Correia Pinto, A. C., por si e representando seus filhos menores N.R.C, C.E.R.C e N.R.C., deflagram “ação de indenização” em face do Município de Correia Pinto, narrando, em síntese, que, no dia 20.7.2010, sua esposa e genitora, servidora pública municipal, faleceu enquanto trabalhava no Posto de Saúde ao ser atingida por projétil de arma de fogo disparado por Celso Muniz Coelho, o qual buscava agendamento para consulta médica.

Discorreram acerca da omissão do requerido consistente na falta de segurança do Posto Médico para com seus servidores, razão pela qual clamaram pela condenação deste ao pagamento de indenização a título de danos morais e de pensão mensal somente para os filhos.

Em contestação (fls. 97-108), o requerido suscitou, em preliminar, a carência de ação por impossibilidade jurídica do pedido em relação ao pedido de pensionamento aos filhos da servidora. Requereu, ainda, a suspensão do processo até a conclusão da ação penal movida contra Celso Muniz Coelho (n. 083.10.001233-0).

No mérito, alegou a inexistência de responsabilidade pelo evento danoso diante da falta de determinação específica obrigando-o a fazer a contratação de seguranças diurnos. Ressaltou, ainda, que a contratação de vigilantes não impediria a ação do autor dos disparos, configurando, assim, fato de terceiro. Ao final, rebateu a pretensão indenizatória, postulando pela improcedência do pedido inicial.

Após a réplica (fls. 113-117), na instrução, foram inquiridas 3 (três) testemunhas e, na sequência, o Ministério Público, instado para se manifestar, opinou pela procedência do pleito indenizatório (fls. 135-139).

Em seguida, sentenciando o feito (fls. 140-144), o magistrado rejeitou as prefaciais e julgou improcedentes os pedidos iniciais, assim concluindo na parte dispositiva:

Diante do exposto, com fulcro no artigo 269, I, do CPC, JULGO IMPROCEDENTES os pedidos formulados por A. C., N. R. C., C. E. R. e N. R. C. em face do Município de Correia Pinto, todos qualificados.

CONDENO os autores ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, os quais arbitro, diante do grau e zelo do profissional, o lugar da prestação do serviço, a natureza e importância da causa, em R\$ 2.000,00 (dois mil reais). Fica, porém, suspensa a exigibilidade dos créditos, face ao benefício da gratuidade de justiça inicialmente deferido.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Descontentes com tal desfecho, os autores interpuseram recurso de apelação cível (fls. 148-152), reiterando os termos explicitados na peça portal.

Com as contrarrazões, os autos ascenderam a este Tribunal de Justiça, tendo a douta Procuradoria-Geral de Justiça, por intermédio da Dra. Eliana Volcato Nunes, opinado pelo conhecimento e provimento do apelo.

É o necessário escorço.

VOTO

Satisfeitos os pressupostos de admissibilidade, conhece-se do recurso.

Cuida-se de apelação cível interposta pelos autores em desfavor da sentença que, nos autos da “ação de indenização”, julgou improcedente o pleito indenizatório, sob o fundamento de não ter restado configurada a responsabilidade civil do Município pelo evento danoso.

Adianto que o inconformismo recursal parcialmente procede, *data venia* do entendimento ao qual chegou o magistrado sentenciante.

Justifico.

Do dever de indenizar

De início, vale ressaltar que o § 6º, do art. 37, da Constituição Federal estabelece que “*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.*”

Contudo, importante registrar que, não obstante a responsabilidade objetiva do ente municipal por atos de seus prepostos estatuída no dispositivo legal supramencionado, na hipótese em julgamento a vítima era servidora pública e estava no desempenho de suas atribuições no momento do infortúnio, o que torna imprescindível a demonstração da conduta culposa do suposto causador do dano (imprudência, negligência ou imperícia), além da existência do nexo causal entre o ato lesivo praticado pelo Poder Público e do prejuízo suportado pelo postulante.

A esse respeito, cito trecho de decisão proferida por este Colegiado no julgamento da Apelação Cível n. 2010.073369-8, de relatoria do ilustre Des. Ricardo Roesler, em 26-3-2015:

A Constituição Federal consagra a responsabilidade objetiva do Estado por danos causados por agentes públicos. No entanto, é de se ressaltar

que, em se tratando de responsabilidade civil decorrente de lesões corporal de natureza grave de servidor público, ocorrido no exercício da função, inaplicável o disposto no art. 37, § 6º, da CF, tampouco a teoria dos atos omissivos. Diferentemente, alicerça-se no art. 7º, inciso XXVIII, da Constituição da República, como também nos arts. 186 e 927 do Código Civil.

Assim, a responsabilidade do Estado, dependerá, além da comprovação do dano e do nexos causal, da existência de evidências do dolo ou culpa, esta última em qualquer das suas modalidades.

Portanto, no presente caso, mister a comprovação da culpa do ente público, para que se efetive a pretensão indenizatória.

Na mesma direção, bem explicou o Des. Carlos Adilson Silva ao julgar a Apelação Cível n. 2012.091643-2, em 31.3.2015:

Todos os órgãos estatais e seus correspondentes desmembramentos serão civilmente responsáveis pela conduta praticada por seus servidores e pelos danos daí originados, independentemente da existência ou não de culpa na prática da lesão.

É dizer que na existência do nexos causal entre o ato lesivo praticado pelo Poder Público e do prejuízo suportado pela vítima, surge automaticamente a obrigação do Estado de indenizar o ofendido, ficando este isento de tal responsabilidade somente se comprovar alguma circunstância fortuita ou a culpa exclusiva da vítima no evento danoso.

No entanto, na hipótese concreta, arreda-se a aplicação da teoria do risco administrativo (art. 37, §6º, da CF), devendo ser utilizada, em seu lugar, a teoria da culpa. Isso porque, a vítima do ato lesivo era servidor no desempenho de suas funções, evento que implica a aplicação do art. 7º, XXVIII, da CF, o qual determina que em tais hipóteses o direito reparatório fica submetido à prova de dolo ou culpa do empregador no evento, aplicando-se, então, a teoria da responsabilidade subjetiva, prestigiada pelo Código Civil no art. 186. [...]

Neste contexto, para fins de indenização, sendo a vítima servidor público, torna-se imprescindível a prova não só do dano, mas também do nexos causal e da culpa ou dolo.

Outro precedente deste Tribunal:

RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO AFORADA CONTRA O ESTADO DE SANTA CATARINA POR FAMILIARES DE POLICIAL MORTO QUANDO EM EXERCÍCIO DA SUA FUNÇÃO. PRETENSÃO JULGADA IMPROCEDENTE. RECURSO DESPROVIDO.

“É subjetiva a responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público interno pela reparação dos danos sofridos por seus servidores em decorrência de acidente do trabalho. Àqueles que reclamam indenização cumpre provar que o dano decorreu de conduta omissiva ou comissiva culposa do empregador (CF, art. 7º, XXVIII)” (TJSC, 1ª CDP, AC n. 2002.008757-6, Des. Newton Trisotto; 2ª CDP, AC n. 2013.012387-2, Des. Cid Goulart; 3ª CDP, AC n. 2009.045167-5, Des. Francisco Oliveira Neto; 4ª CDP, AC n. 2012.027632-1, Des. Jaime Ramos). (AC n. 2012.092427-1, rel. Des. Newton Trisotto, j. 11-3-2014).

Pois bem.

No caso em comento, o dano é evidente, pois restou incontroverso que a esposa e mãe dos apelantes, servidora pública municipal, faleceu ao ter sido atingida por projétil de arma de fogo disparado por Celso Muniz Coelho (fl. 19), no prédio da Secretaria Municipal de Saúde, especificamente na sala de atendimento ao público, local que a vítima laborava diariamente.

Nesse contexto, a título de esclarecimento, anoto que a prestação jurisdicional em relação ao referido crime já foi atendida quando do julgamento dos autos n. 083.10.001233-0 pelo Tribunal do Júri, restando o acusado condenado ao cumprimento de 13 (treze) anos, 2 (dois) meses e 23 (vinte e três) dias de reclusão, por homicídio qualificado. Confira-se a parte dispositiva da sentença penal:

Ante o exposto, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE a denúncia para: ABSOLVER o acusado CELSO MUNIZ COELHO, já qualificado, com base no artigo 386, V, do CPP, do cometimento do crime do artigo 12 da Lei nº 10826/03.

CONDENAR o réu CELSO MUNIZ COELHO, já qualificado, ao cumprimento de 13 (treze) anos, 2 (dois) meses e 23 (vinte e três) dias de reclusão, pela infração ao artigo 121, §1º, §2º, inciso IV, do CP a ser cumprida em regime inicial fechado (artigo 33, §2º, alínea 'a', do CP).

CONDENO o acusado ao pagamento das custas processuais.

DENEGO ao réu o direito de apelar em liberdade, já que permaneceu segregado durante toda a instrução criminal, não havendo justificativa para ser libertado no instante em que é reconhecida sua responsabilidade criminal, além de a manutenção da prisão do acusado ser necessária para a garantia da ordem pública, de acordo com a sentença de fls. 164/169.

EXPEÇA-SE PEC provisório.

DENEGO a substituição da pena por restritivas de direitos, tendo em vista que o crime foi cometido com violência à pessoa, além do acusado ter sido condenado a pena superior a 4 (quatro) anos.

DENEGO a concessão do sursis, vez que condenado a pena superior a 2 (dois) anos.

DETERMINO que o pagamento das custas seja feito no prazo de 10 (dias), a contar do trânsito em julgado. Não havendo prova dos prejuízos materiais sofridos pela administração municipal, DEIXO de fixar valor mínimo de reparação.

FIXO em 40 URHs os honorários do defensor nomeado ao acusado, devendo ser expedida a respectiva certidão.

De igual modo, a conduta negligente do apelado e o nexos de causalidade entre esta e o dano são incontestes.

Isso porque, os elementos constantes dos autos levam à conclusão de que o evento danoso tinha grande possibilidade de ocorrer, notadamente quando da análise dos depoimentos prestados pelas testemunhas, já que foram uníssonos ao afirmar que os servidores do Posto de Saúde sofriam grande pressão da população para receber atendimento médico e, mesmo assim, o Município não oferecia a mínima condição de segurança, sendo relatado, ainda, que em algumas ocasiões outros servidores sofreram agressões verbais e físicas.

Confira-se o depoimento de Grazielle Moraes dos Santos, que era colega de trabalho da vítima (CD-DVD fl. 127):

que trabalhavam juntas na Secretaria de Saúde; que no prédio não tinha vigilância; que havia muita pressão da população para ter atendimento de saúde; que após o ocorrido a Prefeitura não intensificou a vigilância e somente foi mudada a entrada; que já ouviu relatos sobre outras agressões da população contra os funcionários do posto; que o autor dos disparos já havia incomodado em outros locais e que na tarde do acontecido o pessoal comentou que estava tendo um tumulto com relação a ele.

Na mesma direção, Miriam Josiane Da Rocha Souza, também servidora, assim declarou (CD-DVD fl. 127):

que trabalhava com a vítima na Secretaria de Saúde; que nunca soube de agressões físicas; que os servidores sofriam apenas agressões verbais; que havia muita ameaça pelo não atendimento da população; que a Prefeitura após o ocorrido não efetuou melhoria na segurança; que a vítima era bem cautelosa para atender as pessoas que chegavam até ela; que foi comunicado o Município e solicitada a prestação de serviço de segurança antes e depois dos fatos; que o Município se comprometeu a tomar providência mas que nada fez.

Ainda, a assistente social do Município, Vera Lúcia Andrade da Silva, prestou depoimento com teor semelhante (CD-DVD fl. 127):

que era colega de trabalho da vítima; que trabalhou com a vítima até 9.7.2010; que trabalhou cinco anos na Secretaria de Saúde; que é assistente social e ouviu algumas agressões verbais da população; que havia pressão da população sobre os funcionários; que uma funcionária da farmácia já havia sofrido agressão física; que a vítima era muito prestativa com a população tanto que chegou a trabalhar mesmo doente.

Oportuno consignar que a vítima só foi alvejada em razão da função que exercia como atendente no estabelecimento de saúde e não por motivos pessoais, tanto que antes de praticar o crime, no mesmo dia, o autor dos disparos foi até a Delegacia de Polícia e registrou um Boletim de Ocorrência (fl. 28) afirmando que estava indignado com a demora

para ser agendada a consulta médica. Em seguida, portando uma arma de fogo, retornou ao estabelecimento de saúde e consumou o fato.

Ora, é de fácil percepção que caso existisse algum obstáculo no prédio público, o infortúnio não teria se consumado de tal forma, já que o autor dos disparos teve livre acesso mesmo estando armado e aparentemente descontrolado.

Conforme se depreende da declaração prestada pela servidora Marjorie Figueredo, na fase de Inquérito Policial (fls. 34-35), concluo que a arma de fogo poderia ter sido facilmente identificada se houvesse a presença de eventual segurança ou vigilância no local, considerando que afirmou ter visto *“quando o indiciado entrou no local e se dirigiu diretamente para a sala de Lenemar, ficando na porta; que o indiciado estava com o capuz e jaqueta sobre a cabeça e assim que entrou na recepção do prédio a declarante já viu que ele tinha uma arma de fogo em suas mãos. [...] que o indiciado chegou na porta da sala, apontou a arma para dentro e disse ‘é bem você que eu quero’ e efetuou dois tiros.”*

Com efeito, dúvida não há acerca da omissão e negligência do Município na presente lide, pois se manteve inerte mesmo diante dos relatos dos funcionários acerca das ameaças que vinham sofrendo pela ineficácia da prestação do serviço público, deixando de providenciar medidas necessárias para garantir a incolumidade de seus servidores quando do atendimento à população descontente.

E como bem ressaltou a Procuradora de Justiça, Dra. Eliana Volcato Nunes, à fl. 175: *“Não há, então, como desconsiderar a contribuição do ato omissivo da Administração para o infeliz acontecimento. Logo, verifica-se que a presença de segurança poderia coagir o autor dos disparos a não praticar o ato ou, ao menos, dificultar sua tarefa, sob pena de arriscar a própria vida, já que o homicídio ocorreu em local acessível e visto por todos.”*

É evidente, portanto, a existência do nexo de causalidade entre o óbito da servidora e a conduta negligente do Município, afastando-se, assim, a tese de culpa de terceiro.

Configurada a responsabilidade da municipalidade pelo evento danoso, cumpre analisar os prejuízos decorrentes.

Do dano moral

Em relação ao pleito indenizatório acerca dos danos morais, é pacífico o entendimento de que a perda de um ente querido é fato suficiente para ensejar a condenação em danos morais, por ser presumível a angústia e a dor causadas pela falta da pessoa falecida.

Como por demais consabido, tal ressarcimento não tem o desiderato de restabelecer a situação anterior, mas de compensar o abalo sofrido pelo ofendido e, ainda, tem o caráter inibitório de evitar que seja reiterada a conduta causadora do dano.

A esse respeito, colhe-se da doutrina:

[...] o luto não é somente sinal de dor, é a própria dor; é o sofrimento moral íntimo; donde surge para logo, necessariamente, logicamente, a idéia de dano, ou melhor, de dor moral, esteja ou não escrito nas leis. Não se cuida, assim, de ressarcir os danos materiais, apenas, como despesas com o tratamento da vítima, e seu funeral; mas sim de propiciar aos seus familiares ainda uma compensação pecuniária reparatória do dano moral, que lhes possibilite, para satisfação pessoal e conforto espiritual, tributar à memória do falecido e o preito de saudade e reverência póstuma. (CAHALI, Yussef Said. Dano e Indenização, São Paulo: RT, 1980, p. 42).

Árdua, em se tratando de dano extrapatrimonial, a função do julgador quanto à fixação da reparação devida, mormente porque a legislação em vigor não estabeleceu critérios objetivos para tanto.

Assim, inexistindo parâmetros legais para referida fixação, deve o julgador atentar para os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Além disso, importante considerar a extensão do dano, a reprovabilidade da conduta ilícita, a intensidade e duração do sofrimento vivenciado e a capacidade econômica das partes, de modo que o valor da indenização não seja demasiadamente elevado que se torne fonte de enriquecimento sem causa, nem tão baixo que se configure inexpressivo.

Acerca do tema, leciona Sérgio Cavaliéri Filho:

A razoabilidade é o critério que permite cotejar meios e fins, causas e consequências, de modo a aferir a lógica da decisão. Para que a decisão seja razoável é necessário que a conclusão nela estabelecida seja adequada aos motivos que a determinaram; que os meios escolhidos sejam compatíveis com os fins visados; que a sanção seja proporcional ao dano. Importa dizer que o juiz, ao valorar o dano moral, deve arbitrar uma quantia, que de acordo com seu prudente arbítrio, seja compatível com a reprovabilidade da conduta ilícita, a intensidade e duração do sofrimento experimentado pela vítima, a capacidade econômica do causador do dano, as condições sociais do ofendido, e outras circunstâncias mais que se fizerem presentes (*Programa de Responsabilidade Civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros. 2006. p. 116).

De fato, pois, não é difícil imaginar a dor experimentada com a perda da esposa e genitora de maneira tão drástica e injusta. Em casos semelhantes, esta Corte de Justiça já estabeleceu como adequadas as seguintes quantias referente ao dano moral:

- para pai e irmãos de vítima de acidente de trabalho a serviço do Município: R\$ 50.000,00 (AC n. 2013.075000-2, rel. Des. Jaime Ramos, j. 30-4-2015);
- para esposa de vítima de acidente de trânsito: R\$ 70.000,00 (AC n. 2014.075890-8, rel. Des. Júlio César Knoll, j. 12-3-2015);
- para mãe de vítima de acidente de trânsito: R\$ 70.000,00 (AC n. 2011.100833-1, rel. Des. Júlio César Knoll, j. 26-6-2014);
- para companheiro e filhos de vítima de acidente de trânsito: R\$ 50.000,00 para cada autor (AC n. 2011.092542-1, rel. Des. Carlos Adilson Silva, j. 11-2-2014);
- para esposa e filhos de vítima de acidente de trânsito: R\$ 50.000,00 para cada autor (AC n. 2012.055950-0, rel. Des. Newton Trisotto, j. 17-12-2013).

Com efeito, in casu, respeitando os critérios da razoabilidade e proporcionalidade, como também os precedentes deste Tribunal, arbitro

o *quantum* indenizatório em R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) para cada apelante, valor este que atinge o objetivo de anestesiá-lo ou neutralizar de alguma forma o sofrimento experimentado com a perda da esposa e mãe, de forma inesperada, sem causar, de outro lado, uma fonte de enriquecimento ilícito.

Ao arremate, vale ressaltar que “*dinheiro algum compensa a dor da perda de um ente querido. Logo, em hipóteses como o presente, a indenização não se presta a fazer cessar completamente o sofrimento da família da de cujus. O seu objetivo é tão somente confortar aqueles que viram ceifada prematuramente a vida do familiar e, assim, atenuar a sua dor.*” (Apelação Cível n. 2011.075299-0, de Anita Garibaldi, Relator: Des. Luiz César Medeiros, j. em 26.2.2013).

Anoto que sobre referido valor incidirá juros de mora desde o evento danoso (20.7.2010) nos termos da Súmula n. 54, STJ e, correção monetária, a contar deste arbitramento (Súmula n. 362, STJ). No que se refere aos índices de atualização, como houve condenação contra a Fazenda Pública, devem incidir os da caderneta de poupança, nos termos do 1º-F da Lei n. 9.494/97, alterado pela Lei n. 11.960/09.

Do pensionamento mensal

Neste ponto, tenho por não acolher a pretensão, considerando que o pensionamento é devido pelo Município (INSS) de quem a falecida era servidora, observada a declaração de dependência acostada à fl. 20.

Dos ônus sucumbenciais

Por fim, em razão da sucumbência mínima da parte autora, impõe-se a condenação do réu ao pagamento dos honorários advocatícios, os quais arbitro em 10% (dez por cento) sobre o valor total da condenação, com fulcro no art. 20, § 3º, alíneas “a”, “b” e “c”, do CPC, e considerando o entendimento deste Colegiado: “*Está pacificada nesta Corte de Justiça a orientação de que, vencida a Fazenda Pública, os honorários advocatícios*

devem ser fixados no patamar de 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação.” (AC n. 2013.056805-2, rel. Des. Jaime Ramos, j. 26-3-2015).

Ressalto, ainda, a isenção do Município em relação ao pagamento das despesas processuais de acordo com o que dispõe o art. 33, *caput*, da Lei Complementar Estadual 156/97, com a redação dada pelas Leis Complementares Estaduais ns. 161, de 23/12/1997, e 279, de 27/12/2004: “*Art. 33. São isentos de custas judiciais e os emolumentos pela prática de atos notariais e de registro público em que o Estado de Santa Catarina e seus Municípios, for interessado e tenha que arcar com este encargo.*”

Ante o exposto, voto no sentido de conhecer do recurso e dar-lhe provimento parcial para condenar o Município ao pagamento de: a) indenização a título de ressarcimento por dano moral no montante de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) para cada apelante, atualizados nos termos acima; e, b) honorários advocatícios, estes arbitrados em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação.

É, pois, como voto.

Apelação Cível n. 2012.025829-9, de Trombudo Central

Relator: Des. Edeмар Gruber

APELAÇÕES CÍVEIS E REEXAME NECESSÁRIO. INDENIZAÇÃO. ERRO MÉDICO. FALECIMENTO DE RECÉM-NASCIDO PREMATURO. DIAGNÓSTICO EQUIVOCADO DE ÓBITO POR MÉDICA PLANTONISTA DE NOSOCÔMIO MUNICIPAL. CONDUÇÃO DO BEBÊ AO NECROTÉRIO, LOCAL ONDE PERMANECEU POR HORAS ATÉ CHEGADA DE MÉDICO DA GESTANTE QUE AO EXAMINAR A CRIANÇA VERIFICOU SINAIS VITAIS. TENTATIVA DE SALVAMENTO FRUSTRADA. BEBÊ PREMATURO QUE NECESSITAVA DE CUIDADOS ESPECIAIS QUANDO DO NASCIMENTO. NEXO DE CAUSALIDADE CONFIGURADO E EXCLUDENTES DE RESPONSABILIDADE INOCORRENTES. NEGLIGÊNCIA E IMPERÍCIA. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO MUNICÍPIO E SUBJETIVA DA MÉDICA. DEVER DE INDENIZAR. DANO MORAL *IN RE IPSA*. PRETENSA REDUÇÃO DO *QUANTUM* INDENIZATÓRIO. ACOLHIMENTO. ADEQUAÇÃO PROPORCIONAL AO CASO CONCRETO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. QUANTIA ARBITRADA DE ACORDO COM OS CRITÉRIOS LEGAIS.

De acordo com o art. 37, § 6º, da Carta Magna, “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”. Quanto à responsabilidade civil do profissional de medicina, devem ser comprovados além da conduta ilícita, do dano, e do nexo causal, a culpa ou dolo, de acordo com os arts. 186 e 951 do Código Civil (TJSC, AC n. 2012.005309-1, rel. Des. Francisco Oliveira Neto, j. 04-11-2014).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2012.025829-9, da comarca de Trombudo Central (1ª Vara), em que

é apelante Município de Pouso Redondo e outro, e apelada Sinara de Fátima de Oliveira Neto e outro:

A Quarta Câmara de Direito Público decidiu, por unanimidade, conhecer e dar parcial provimento aos apelos voluntários e à remessa oficial. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Jaime Ramos, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. Ricardo Roesler.

Florianópolis, 24 de setembro de 2015

Edemar Gruber
RELATOR

RELATÓRIO

Perante o Juízo de Direito da 1ª Vara da comarca de Trombudo Central, Sinara de Fátima de Oliveira e Volnei Debacher deflagraram “ação de indenização por danos morais” em face de Nícia Maria de Campos Grillo e do Município de Pouso Redondo, narrando, em síntese, que, no dia 18.11.2005, a primeira autora, grávida de 7 (sete) meses, se dirigiu à Sociedade Hospitalar Comunitária Annegret Neitzke, situada no Município requerido, com fortes dores abdominais e, em decorrência da demora no atendimento, ocorreu o parto prematuro de seu filho, que nasceu à 1h45min do dia 19.11.2005.

Aduziram que na ocasião a médica requerida diagnosticou equivocadamente o óbito de seu filho, o qual ficou aproximadamente 6 (seis) horas no necrotério do nosocômio. Sustentaram que após tal período, outro médico, ao mostrar o filho para o autor, constatou que o bebê ainda estava vivo e de imediato o levou ao Hospital Regional Alto Vale na cidade de Rio do Sul. Afirmaram que não obstante o atendimento de emergência, o recém-nascido não resistiu, vindo a óbito.

Desse modo, discorreram acerca da responsabilidade dos requeridos pelo mau atendimento médico, clamando pela respectiva condenação desses, de forma solidária, ao pagamento de indenização pelos danos morais sofridos com a perda injusta de seu filho.

Em contestação (fls. 83-132), a requerida Nícia Maria de Campos Grillo arguiu, em preliminar, carência de ação por ilegitimidade passiva *ad causam* e falta de interesse dos autores. No mérito, afirmou ter agido com perícia quando do atendimento da autora, pois enquanto tentava contato com o serviço de sobreaviso em obstetrícia e pediatria do hospital, o feto nasceu de forma abrupta. Defendeu que, após o nascimento, examinou o bebê e constatou o óbito, pois no momento da avaliação esse apresentava todas as indicações clínicas de morte fetal. Ressaltou a inexistência de comprovação do nexo de causalidade entre sua conduta e o evento danoso, argumentando que utilizou todos os meios e cuidados previstos nas técnicas médicas. Ao final, argumentou a inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor ao presente caso e rebateu a pretensão indenizatória.

Por sua vez, o Município ofertou defesa (fls. 185-193), suscitando, em preliminar, sua ilegitimidade passiva *ad causam*. Quanto ao mérito, defendeu que a hipótese deve ser analisada de acordo com a teoria da responsabilidade subjetiva já que se refere à ocorrência de suposto ato omissivo. Alegou que não há como imputar à profissional demandada a culpa pelo falecimento do nascituro, pois além de não estar comprovado o liame de causalidade entre o procedimento adotado no parto e o óbito posterior, inexistente demonstração de que tenha agido com negligência e imperícia.

Às fls. 217-219, o requerido clamou pela denúncia da lide à PR Médico Dentista S/A Ltda., por ser a empresa responsável pela manutenção dos plantões noturnos, oferecendo os profissionais habilitados para tanto. Tal pedido foi deferido à fl. 234, sendo apresentada contestação pela denunciada às fls. 238-243.

Após as réplicas da autora (fls. 278-289, 290-292 e 294-300), o magistrado, em interlocutório, afastou as preliminares suscitadas pelas partes e reconheceu a ilegitimidade passiva da empresa PR Médico Dentista S/A Ltda., julgando extinto o processo em relação a ela (fls. 302-307). Contra referida decisão, o Município interpôs agravo de instrumento (n. 2009.007671-4) que teve provimento negado por este Colegiado, em 17.7.2009 (fls. 374-377).

Na instrução foram ouvidas 5 (cinco) testemunhas e, na sequência, sentenciando o feito (fls. 485-497), o magistrado julgou procedente o pedido inicial, assim concluindo na parte dispositiva:

Ante o exposto, julgo procedente o pedido inicial para condenar os Réus, solidariamente, ao pagamento de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais) aos Autores, a título de indenização por danos morais, verba que deverá ser atualizada monetariamente e acrescida de juros de mora, à base legal, da data desta sentença, já que nada obstante se cuide de responsabilidade aquiliana, o montante fixado o foi com a ponderação do tempo decorrido até este momento, havendo de se considerar, ainda, a natureza declaratória/condenatória desta sentença.

Condeno a Ré, ainda, ao pagamento de 50% (cinquenta por cento) das custas e despesas processuais, já que isento o Réu em razão do artigo 33 da Lei Complementar 156, de 15 de maio de 1997.

Condeno os Réus, ainda ao pagamento de honorários advocatícios em favor do patrono dos Autores que fixo em 5% (cinco por cento) do valor da condenação para a Ré e em R\$ 10.000,00 (dez mil reais) para o Demandado, com fundamento nos §3º e §4º, do artigo 20, do C.P.C.

Sentença sujeita ao reexame necessário (art.475, I, C.P.C.).

Certificados os prazos para recurso, remetam-se ao Tribunal de Justiça de Santa Catarina.

P. R. I.

Inconformado com a solução ministrada, o Município interpôs recurso de apelação (fls. 500-508), sustentando que não

tem responsabilidade pelo infortúnio. Insurgiu-se, também, contra o reconhecimento dos danos morais, postulando, subsidiariamente, por sua minoração. Ao final, clamou pela redução dos honorários advocatícios contra si arbitrados.

Igualmente descontente, a ré Nícia Maria de Campos Grillo recorreu (fls. 513-524), reafirmando os termos constantes de sua peça de defesa e ainda requerendo a minoração das verbas indenizatória e honorária.

Com as contrarrazões, os autos ascenderam a esta Corte de Justiça, tendo a douta Procuradoria-Geral de Justiça, por intermédio do Dr. André Carvalho, deixado de se manifestar sobre o mérito do recurso por falta de motivos que justificassem a intervenção do Ministério Público.

É o necessário escorço.

VOTO

Conheço dos recursos voluntários, pois satisfeitos os pressupostos de admissibilidade, e da remessa oficial, por se tratar de condenação contra a Fazenda Pública acima de 60 (sessenta) salários mínimos (art. 475 do CPC).

Cuida-se de apelações cíveis interpostas pelos réus em desfavor da sentença que, nos autos da “ação de indenização por danos morais”, julgou procedente o pedido inicial, condenando-os de forma solidária ao pagamento de R\$ 200.000,000 (duzentos mil reais) a título de danos morais, e fixando os honorários advocatícios em favor do patrono dos autores em 5% (cinco por cento) do valor da condenação para a ré, Nícia Maria de Campos Grillo, e em R\$ 10.000,00 (dez mil reais) para o Município.

Adianto que os recursos e a remessa necessária merecem parcial provimento, especificamente no que se refere à minoração da verba

indenizatória, porque no mais o *decisum* sob enfoque examinou criteriosamente e decidiu com acerto a questão posta.

De início, ressalto que examinarei os reclamos em conjunto por versarem sobre a mesma matéria.

Do dever de indenizar

No tocante ao dever de indenizar, dúvida não há acerca da responsabilidade tanto do ente municipal quanto da médica pela ocorrência do evento danoso, diante do precário atendimento médico prestado ao filho recém-nascido dos autores, conforme se demonstrará.

É cediço que, em relação ao ente público, o § 6º, do art. 37, da Constituição Federal estabelece que “*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.*”

Oportuno acerca da matéria é o ensinamento de Hely Lopes Meirelles:

[...] incide a responsabilidade civil objetiva quando a Administração Pública assume o compromisso de velar pela integridade física da pessoa e esta vem a sofrer um dano decorrente da omissão do agente público naquela vigilância. Assim, alunos da rede oficial de ensino, pessoas internadas em hospitais públicos ou detentos, caso sofram algum dano quando estejam sob a guarda imediata do Poder Público, têm direito à indenização, salvo se ficar comprovada a ocorrência de alguma causa excludente daquela responsabilidade estatal (Direito Administrativo Brasileiro. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 654).

Assim, o Poder Público responderá pelos prejuízos caso o autor demonstre o dano e o nexo de causalidade entre o evento danoso e a conduta lesiva, independente de quaisquer das formas de culpa. Para afastar tal obrigação é imprescindível a comprovação de uma das causas

excludentes da responsabilidade civil: culpa exclusiva da vítima ou de terceiro, caso fortuito ou força maior.

De outro lado, no que se refere à profissional, ora ré, essa será responsabilizada pessoalmente caso esteja comprovado nos autos que agiu com imperícia, negligência ou imprudência no procedimento médico adotado, conforme estabelecem os arts. 186 e 951 do Código Civil. *Verbis*:

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. 951. O disposto nos arts. 948, 949 e 950 aplica-se ainda no caso de indenização devida por aquele que, no exercício de atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho.

Complementando, o art. 14, § 4º, do Código de Defesa do Consumidor esclarece que “*a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa*”.

A esse respeito, extraio lição do corpo da decisão deste Colegiado proferida no julgamento da Apelação Cível n. 2013.080848-2, de relatoria do ilustre Des. Jaime Ramos, em 26-6-2014:

A responsabilidade civil imputada ao Estado por ato de seus agentes é objetiva (art. 37, § 6º, CF), tocando-lhe o dever de indenizar nos casos em que for verificada a existência de dano ao administrado e de nexo causal entre o dano produzido e o comportamento do agente público.

Também objetiva é a responsabilidade das casas de saúde pelos atos culposos de seus prepostos.

Já os médicos só deverão ser responsabilizados pessoalmente se for comprovada a imperícia, a negligência ou a imprudência (art. 951,

do Código Civil de 2002), capazes de dar azo ao erro no procedimento médico adotado.

[...] Aliás, também o Código de Defesa do Consumidor, no seu art. 14, par. 4º, deixa claro que “a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa”.

A obrigação do médico, decorrente de sua atividade curativa não é de resultado e sim de meio. Cabe a ele fazer tudo que estiver ao alcance científico da medicina para curar o paciente. Todavia sabe-se que a medicina não é uma ciência exata em que obrigatoriamente os procedimentos chegariam a um mesmo resultado, haja vista a diversidade das reações de cada corpo humano.

[...] Como se vê, para que se caracterize o erro médico que imporia a obrigação de indenizar os danos eventualmente sofridos pela paciente, é necessário que se prove a culpa do médico, cuja responsabilidade civil é subjetiva. Não pode o médico ser responsabilizado por todo e qualquer dano que advier ao paciente sem que esteja provada a sua imprudência, negligência ou imperícia ou o dolo.

Na mesma direção, cito outro precedente desta Corte:

De acordo com o art. 37, § 6º, da Carta Magna, “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”.

Quanto à responsabilidade civil do profissional de medicina, devem ser comprovados além da conduta ilícita, do dano, e do nexo causal, a culpa ou dolo, de acordo com os arts. 186 e 951 do Código Civil (AC n. 2012.005309-1, rel. Des. Francisco Oliveira Neto, j. 04-11-2014).

Pois bem.

A presente pretensão indenizatória é embasada no precário atendimento prestado à autora, grávida de sete meses, desde o momento

em que chegou no nosocômio municipal com fortes dores abdominais e foi atendida pela médica, Dra. Nícia Maria Campos Grilo, culminando no parto de um bebê prematuro, o qual foi diagnosticado pela profissional como se morto estivesse. Ocorre que, após seis horas do recém-nascido estar no necrotério, outro médico, Dr. Vitório Antônio Roveri da Silva, ao levar o autor para se despedir de seu filho, constatou que esse estava vivo e de imediato o levou ao Hospital Regional Alto Vale na cidade de Rio do Sul, porém o bebê não resistiu e veio a óbito (fl. 19).

Por sua vez, os réus alegaram a inexistência de imperícia ou negligência quando do atendimento médico. A ré, especificamente, afirmou que agiu com presteza, argumentando que como era plantonista tinha o dever de estabilizar os pacientes e encaminhar as emergências às especialidades concernentes. Defendeu que, enquanto tentava contato com o serviço de sobreaviso em obstetrícia e pediatria do hospital e também de outra instituição, o bebê nasceu de forma abrupta e ao examiná-lo constatou o óbito, tendo em vista que esse apresentava todas as indicações clínicas de morte fetal.

Do exame dos autos, tenho que o dano que está fortemente demonstrado pelo óbito do filho dos autores no dia 19.11.2005 (fl. 19). Igualmente, está configurado o liame de causalidade entre o infortúnio e a conduta culposa da ré, porque caso tivesse agido com presteza e perícia teria observado que o recém-nascido apresentava sinais vitais, já que tinha atividade cardíaca e pequena movimentação corporal, proporcionando o tratamento adequado para que tivesse a chance de sobreviver, evitando, assim, o óbito posterior.

Os depoimentos das testemunhas condizem com os fatos narrados na inicial e são uníssonos no sentido de que houve, de fato, falha por parte da médica ao atender a paciente e atestar, equivocadamente, a morte fetal, deixando de prestar os cuidados especiais ao bebê prematuro.

Também pela análise da prova oral é possível concluir que o outro profissional de saúde do hospital, Dr. Vitório Antônio Roveri da Silva, ao

constatar que o recém-nascido estava vivo, de imediato seguiu para Rio do Sul, em seu próprio carro, a fim de possibilitar o atendimento médico de urgência do prematuro no Hospital Regional Alto Vale.

Confira-se o depoimento prestado pelo médico Dr. Vitório Antônio Roveri da Silva (fl. 442):

que na madrugada do dia indicado na inicial a técnica Maura fez contato telefônico com o depoente; que Maura disse ainda por telefone que o filho dos autores havia nascida e que estava morta; que Maura não esclareceu se a criança havia nascida morta ou se entrou em óbito depois do nascimento; que uma ou duas horas depois dessa ligação o depoente foi chamado novamente agora para fazer um outro parto; que ao terminar esse parto foi até o quarto do autor e disse para Volnei irem até o local onde estava o recém nascido para que ele visse a criança; que até aquele momento a criança dos autores era dada como morta; que o responsável pelo atendimento médico aos autores foi a Dra. Nícia, ora demandada; que segundo Maura disse ao depoente ainda ao depoente a Dra. Nícia é que havia atestado que o filho dos autores estava morto; que quando chegou com Volnei até o local onde estava o recém nascido, até então falecido, o depoente retirou um pano que o cobria e viu que o mesmo realizou um leve movimento; que não recorda ao certo qual membro o recém nascido mexeu naquela hora; que diante disso examinou a criança e viu que ela tinha atividade cardíaca; que prestou os atendimentos de emergência naquele momento e tratou de remover a criança para Rio do Sul; que a criança respondeu muito pouco ao atendimento de emergência realizado pelo depoente; que acredita que a ré Nícia ainda se encontrava naquele local mas não chegou a chamá-la para acompanhar o ocorrido; que não chegou depois a conversar com a ré Nícia para entender o ocorrido; que tecnicamente respondendo se a leve atividade cardíaca apresentada pela criança quando o depoente fez o exame pode ser considerado óbito, o depoente esclarece que não; que o procedimento para atestar o óbito de um recém nascido se baseia nos seguintes fatores: ausência de atividade

cardiorrespiratória, a não resposta a luz por parte da pupila, podendo haver outros que especialista realize; que não lembra se chegou a olhar os registros médico para ver qual o diagnóstico dado pela ré Nícia; [...] Que ao que lembra deslocou a criança em seu próprio carro para Rio do Sul; que talvez tenham deixado o hospital de Pouso Redondo um pouco antes das 7h; [...]; que naquele dia não compareceu durante o plantão porque a técnica Maura quando falou com o depoente por telefone disse que isso não era necessário porque a ré Nícia já havia atendido e atestado o óbito do recém nascido. (grifou-se)

A testemunha Leliane Rohling, técnica em enfermagem do Hospital Regional Alto Vale de Rio do Sul assim declarou (fl. 423):

que a depoente não se recorda do caso, dado ao tempo que passou, porém no dia de hoje, pela manhã, a depoente teve acesso ao prontuário médico envolvendo a criança filha dos Autores, a qual chegou ao hospital de Rio do Sul por volta das 07:40 horas, trazida pelo Dr. Vítório, em seu próprio colo, e sem oxigênio; que a criança foi encaminhada para UTI neonatal, eis que apresentava alguns sinais vitais tais como pulso fraco e pequeno movimento de respiração e gemência, onde foi entubada, sulfatada (medicação utilizada para amadurecer o pulmão da criança que nasce prematura) e utilizada sonda; que a criança já chegou ao hospital de Rio do Sul com hematomas e aparência roxa; que a criança parou definitivamente de respirar as 14:30 horas do mesmo dia; que pela idade gestacional e tamanho do bebê, as chances de sobrevivência seriam mínimas [...]. Que é necessário fazer aspiração após o nascimento da criança; que também dada a idade do bebê, seria importante já logo nas primeiras horas aplicar sulfato, entubar e aquecer a criança; que na evolução de atendimento ao filho dos Autores, no Hospital de Rio do Sul, o médico Dr. Nestor constatou que antes de a criança ter sido encaminhada ao Hospital desta cidade, já teria sido dada como morta no Hospital de Pouso Redondo, e na mesma evolução o Dr. Nestor constatou que às 14:30 horas efetivamente a criança veio a óbito nesta cidade.

Ainda, infere-se do depoimento da testemunha Nestor Daniel Huaco Polomino, médico que atendeu o recém-nascido na cidade Rio do Sul (fl. 436):

que por ocasião dos fatos relacionados na inicial o depoente fazia e continua fazendo parte do corpo clínico do hospital regional do Alto Vale e nessa condição presta serviços médicos, inclusive de plantonista, naquele nosocômio; que nessa condição e exercendo as funções de médico pediatra recebeu uma criança recém nascida, com a notícia de ter nascido prematuramente; que recebeu o recém nascido sem as condições ideais de transporte, na medida em que havia sido transportado no colo de uma pessoa, sem oxigênio e sem incubador; que ao examinar a criança constatou que a mesma apresentava hematomas pelo corpo, assim como demonstrava insuficiência respiratória, bem como um quadro de cianose, ou seja: “falta de oxigenação”; que imediatamente procedeu a incubação oro traquial e ministrou ventilação mecânica; que a criança já estava na CII onde o depoente exercia suas atividades de médico pediatra intensivista; que além destas providências o depoente também adotou outras medidas de reanimação pulmonar; que como o quadro clínico do recém nascido era grave, veio ao óbito horas após; que todos os esforços adotados pelo depoente visando salvar a vida do recém nascido não foi possível; [...]; que o depoente lembra de ter recebido o recém nascido por volta das 7:45 horas; que não lembra o horário de nascimento da criança; que quando o nascimento de criança prematura, o médico deverá adotar as seguintes medidas: ‘aquecer a criança, secar a criança, aspirar as vias aéreas, nariz, boca, e providenciar oxigenação prévia’; que sulfatação é um procedimento que deve ser adotado em seguida, pelo médico, ou seja, nas primeiras horas após o nascimento; que os procedimentos acima devem ser imediatamente após o nascimento.

De outro lado, importante registrar que os réus deixaram de produzir qualquer prova para eximir suas responsabilidades (art. 333, II, do CPC).

O Município, além de insistir na falta de comprovação de erro médico, limitou-se a sustentar que não teria responsabilidade pelo evento danoso pelo fato da médica não estar vinculada ao seu quadro de funcionários, cuja alegação não merece acolhida, visto que agiu na qualidade de servidora do nosocômio, já que lá fazia os plantões médicos.

Igualmente, a ré apenas alegou mas não comprovou que agiu dentro das normas técnicas ao examinar o recém-nascido. Nesse contexto, é impossível acolher sua alegação de que não agiu com culpa pelo fato de ter especialidade em “medicina do trabalho” e não em obstetria e pediatria, porquanto, como médica, tinha o dever de examinar detalhadamente o recém-nascido a fim de descartar com firmeza o mínimo resquício de vida, considerando, ademais, que a própria autora afirmou ter alertado a profissional de que seu filho não estava morto, pois percebeu que o bebê estava se movimentando.

Tampouco convence a assertiva de que o bebê apresentava todas as indicações clínicas de morte fetal, porque mesmo após ter ficado horas no necrotério, sem tratamento médico, ainda apresentava atividade cardíaca e movimentação corporal. Ora, não há como admitir que uma profissional de saúde não perceba os sinais vitais de um recém-nascido, ainda que seja prematuro.

Por ser elucidativo, cito trecho da decisão do magistrado sentenciante que bem analisou a questão à fl. 493:

Destaca-se, no sentido de demonstrar a total impropriedade do diagnóstico o fato de que outro médico ao dirigir-se com o Autor ao necrotério levantou um pano que cobria o bebê e neste exato momento viu movimentação corporal, constatando a seguir a atividade cardíaca.

Portanto, independentemente da especialidade da profissional – justificativa ineficaz trazida em sua defesa – a constatação pela visualização de movimentos e atividade cardíaca é possível a qualquer médico na medida em que todos cursaram a faculdade e tiveram os ensinamentos

necessários ao desempenho da profissão que não se confundem com a posterior especialização em determinadas áreas da medicina.

Repita-se, pela relevância, que a ciência da vida presente no filho dos Autores era possível a qualquer médico e quiçá outro profissional da saúde mais cuidadoso que o examinasse com a atenção devida.

Todavia, não foi o que ocorreu e, embora levada em consideração a problemática expectativa de vida do recém-nascido pela sua condição de prematuro, os profissionais ouvidos em Juízo não descartaram a possibilidade de sua sobrevivência desde que, é lógico, tivessem sido tomadas as medidas necessárias por eles descritas tão logo o parto foi realizado, providências essas que a Ré, culposamente, não adotou.

Em suma, restou clara a conduta imperita e negligente da ré, pois, inegavelmente, o filho dos autores teria a chance de sobreviver se não fosse o diagnóstico inadequado e a sua permanência no necrotério por aproximadamente 6 (seis) horas sem o atendimento de que necessita um bebê prematuro tão logo nasça.

Da mesma forma, a teor do que dispõe o § 6º, do art. 37, da Constituição Federal, ressoa evidente a responsabilidade do Município réu pelo evento danoso, tendo em vista que, como já salientado, a médica ré agiu na qualidade de servidora da entidade de saúde, já que estava escalada para fazer os plantões médicos.

Sobre o tema, esta Corte de Justiça assim decidiu:

APELAÇÕES CÍVEIS. RESPONSABILIDADE CIVIL. INDENIZAÇÃO POR ERRO MÉDICO. PRÉ-ECLAMPSIA GRAVE. PRÉ-NATAL QUE NÃO ATENDEU AS ESPECIFICAÇÕES DA DOCTRINA MÉDICA E AS DIRETRIZES DO ESTADO DE SANTA CATARINA E DO MINISTÉRIO DA SAÚDE. GENITORA DA AUTORA QUE DEU ENTRADA NO HOSPITAL ESTADUAL E A CESARIANA SOMENTE FOI INICIADA NO FINAL DA TARDE DO DIA SEGUINTE. PRESENÇA DE MECÔNIO NO LÍQUIDO AMNIÓTICO. MÉDICO QUE AGUARDOU 4 HORAS APÓS

O ROMPIMENTO DA BOLSA GESTACIONAL PARA INICIAR O PARTO CESARIANO EM ESTÁGIO HÁ, NO MÍNIMO, 12 HORAS. AUTORA RECÉM-NASCIDA QUE SOFREU ANOXIA NEONATAL, ESTADO CIANÓTICO E CONVULSÕES. POSTERIOR DIAGNÓSTICO DE ENCELOPATIA HIPÓXICO-ISQUÊMICA PERINATAL, PROVOCADA PELO PARTO PROLONGADO. ESTADO VEGETATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO ESTADO. INTELIGÊNCIA DO ART. 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DO MÉDICO. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 186 E 951 DO CÓDIGO CIVIL. CULPA COMPROVADA. DEVER DE INDENIZAR INARREDÁVEL. DANOS MORAIS. PARALISIA CEREBRAL. OFENSA À INTEGRIDADE FÍSICA E PSÍQUICA DA AUTORA. MAJORAÇÃO DO QUANTUM. [...] (AC n. 2011.095596-7, rel. Des. Júlio César Knoll, j. 10-7-2014).

Dos danos morais

De igual modo, vejo que é irretocável o *decisum* no tocante ao reconhecimento do abalo moral suportado pelos autores com óbito precoce de seu filho recém-nascido.

É pacífico o entendimento de que a perda de um ente querido é fato suficiente para ensejar a condenação em danos morais, por ser presumível a angústia e a dor causadas pela falta da pessoa falecida.

Como por demais consabido, tal ressarcimento não tem o desiderato de restabelecer a situação anterior, mas de compensar o abalo sofrido pelo ofendido e, ainda, tem o caráter inibitório de evitar que seja reiterada a conduta causadora do dano.

Aliás, a propósito, extraio da doutrina:

[...] o luto não é somente sinal de dor, é a própria dor; é o sofrimento moral íntimo; donde surge para logo, necessariamente, logicamente, a idéia de dano, ou melhor, de dor moral, esteja ou não escrito nas leis. Não se cuida, assim, de ressarcir os danos materiais, apenas, como despesas com o tratamento da vítima, e seu funeral; mas sim de propiciar aos seus familiares ainda uma compensação pecuniária reparatória do dano

moral, que lhes possibilite, para satisfação pessoal e conforto espiritual, tributar à memória do falecido e o preito de saudade e reverência póstuma (CAHALI, Yussef Said. Dano e Indenização. São Paulo: RT, 1980. p. 42).

Em decorrência, tem-se a presunção da existência de dano moral indenizável, dispensando-se, para tanto, qualquer prova acerca do sofrimento, até por ser impossível adentrar na esfera psíquica da apelante, sendo certa a impossibilidade de compensação pecuniária da dor suportada. Cuida-se de dano moral puro, cuja prova se dispensa, por ser o prejuízo suportado presumido.

Do quantum indenizatório

De outro vértice, no que se refere à verba indenizatória, melhor sorte contemplam os pleitos recursais que pretendem a sua redução, porque observo que o valor arbitrado em R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais) é excessivo, destoando do entendimento firmado nesta Câmara, não obstante a gravidade do descaso no atendimento médico oferecido à autora e principalmente ao recém nascido tido como morto.

Assim, considerando as peculiaridades do caso em apreço, bem como as consequências do sinistro e as condições pessoais das partes, sopesando-se, ainda, os critérios da proporcionalidade e da razoabilidade, além do caráter compensatório e punitivo que devem estar implícitos na condenação, tenho que a quantia de R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais) devida aos autores é adequada para amenizar o abalo moral suportado, notadamente por terem os réus sido condenados de forma solidária.

Aliás, a propósito, este Colegiado, ao analisar outra situação de erro médico, entendeu como razoável elevar a verba indenizatória para valor aproximado ao do presente caso (R\$ 180.000,00). Confira-se: AC n. 2011.095596-7, rel. Des. Júlio César Knoll, j. 10-7-2014.

Desse modo, reduzo a verba indenizatória fixada a título de reparação por danos morais para o importe de R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais).

Dos honorários advocatícios

Quanto à minoração das verbas fixadas a título de honorários advocatícios, anoto que os inconformismos, também, não devem ser atendidos, sob pena de desmerecer o trabalho realizado pelo procurador dos autores.

Constou da sentença a condenação ao pagamento de honorários advocatícios em favor do patrono dos autores em 5% (cinco por cento) do valor da condenação para a ré e, em R\$ 10.000,00 (dez mil reais), para o Município.

Como por demais consabido, fixa-se tal estipêndio de acordo com o labor desempenhado pelo profissional, a complexidade da causa, o lugar e a forma pela qual o serviço foi prestado, bem como a duração do processo.

Com efeito, *in casu*, verifico que a presente lide demandou debate jurídico intenso, afigurando-se justos os valores arbitrados pelo magistrado sentenciante, montante que remunera de forma digna a atuação do causídico vencedor, nos termos dos §§ 3º e 4º e alíneas do § 3º do art. 20 do Código de Processo Civil.

Ademais, em relação à condenação do Município, anoto que tal importe corresponde ao percentual normalmente arbitrado por este Colegiado nos casos de condenações contra a Fazenda Pública, confira-se: “*Está pacificada nesta Corte de Justiça a orientação de que, vencida a Fazenda Pública, os honorários advocatícios devem ser fixados no patamar de 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação*” (AC n. 2013.056805-2, rel. Des. Jaime Ramos, j. 26-3-2015).

Ante o exposto, voto no sentido de conhecer e dar parcial provimento aos apelos e à remessa oficial, a fim de reduzir o *quantum* indenizatório para o importe de R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais).

Agravo de Instrumento n. 2015.027364-7, de Blumenau

Relator Designado: Desembargador Ricardo Roesler

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DECISÃO QUE DETERMINA A MATRÍCULA DE CRIANÇAS PORTADORAS DE DEFICIÊNCIAS EM ESCOLAS PARTICULARES, BEM COMO A ADEQUAÇÃO DOS EDUCANDÁRIOS PARA ATENDÊ-LAS. REGULAÇÃO, NO ÂMBITO ESTADUAL, EM APARENTE CONFLITO COM O ART. 208 DA CR E COM O DEC. 6.949/09, QUE PROMULGOU A CONVENÇÃO INTERNACIONAL SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA, E QUE IMPÕE COMO PRIORIDADE O ENSINO INCLUSIVO, SOBRETUDO PARA ASSEGURAR A SOCIALIZAÇÃO DAQUELES PORTADORES DE NECESSIDADES. MEDIDA REAFIRMADA NA LEI N.º 13.143/15, QUE VIGERÁ EM MEADOS DO PRÓXIMO ANO. NECESSIDADE DA ADOÇÃO, POR ENTIDADES DE ENSINO PÚBLICO E PARTICULAR, DE ADEQUAÇÃO DAS UNIDADES E, PRINCIPALMENTE, DE RECEPCIONAR PESSOAS PORTADORAS DE LIMITAÇÕES. MEDIDA QUE, A RIGOR, ESTÁ EM SINTONIA COM O COMPROMISSO INTERNACIONAL FIRMADO COM O BRASIL, E COM OS TERMOS DA LEI DE REGÊNCIA. FUMAÇA DO BOM DIREITO E PERIGO DA DEMORA EVIDENCIADOS.

DETERMINAÇÃO, AMPLA E GENÉRICA, QUE IMPÕE A NECESSIDADE DE IMEDIATA MATRÍCULA E ADEQUAÇÃO DAS UNIDADES ESCOLARES. MODULAÇÃO. NECESSIDADE DE OBSERVAR-SE, MEDIANTE PRÉVIA AVALIAÇÃO, DA COMPATIBILIDADE DA EVENTUAL NECESSIDADE ESPECIAL DO EDUCANDO COM O ENSINO REGULAR. ADAPTAÇÃO DOS EDUCANDÁRIOS E ADEQUAÇÃO DAS UNIDADES QUE DEVERÁ OBSERVAR PRAZO MÍNIMO, A COINCIDIR COM O INÍCIO DO PRÓXIMO ANO LETIVO, TENDO EM VISTA A PROXIMIDADE DO ENCERRAMENTO DAS ATIVIDADES ESCOLARES. RECURSO PROVIDO EM PARTE, UNICAMENTE PARA FIXAR A OBSERVAÇÃO DE CRITÉRIOS TÉCNICOS

MÍNIMOS NA RECEPÇÃO DOS EDUCANDOS, BEM COMO PARA ESTABELECEER PRAZO PARA A ADAPTAÇÃO DAS ESCOLAS.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 2015.027364-7, da comarca de Blumenau (Vara da Infância e Juventude), em que é agravante Sociedade Divina Providencia Colegio Sagrada Familia, e agravado Ministério Público do Estado de Santa Catarina:

A Quarta Câmara de Direito Público decidiu, por maioria de votos, conhecer do recurso e dar-lhe parcial provimento, vencido o relator que dava provimento integral. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado em 3 de dezembro de 2015, os Exmos. Srs. Desembargadores Jaime Ramos (Presidente com voto) e Paulo Ricardo Bruschi.

Florianópolis, 10 de dezembro de 2015.

Ricardo Roesler
RELATOR DESIGNADO

RELATÓRIO

Colégio Sagrada Família interpôs agravo de instrumento contra decisão liminar que, em autos de ação civil pública, proposta pelo Ministério Público de Santa Catarina, determinou, sob pena de multa diária, a imediata admissão de crianças portadoras de necessidades especiais, bem como da adaptação dos educandários para atendimento desse contingente, pelas unidades de ensino particular.

Em suma, aduziu que o Conselho Estadual de Ensino, órgão regulador, disciplinou a oferta de ensino especial, distinguindo-o do ensino regular, bem como determinou sua prestação por “instituições

especializadas (Res.º 182/13/CEE/SC e Res. N.º 499/02/CEE/SC), dependendo a “educação especial” nas unidades de ensino regular de prévia autorização (Res. 112/06/CEE/SC), o que viria a ser corroborado pelo Parecer n.º 152/14, do mesmo Conselho.

Diante desse cenário, a disciplina vigente no Estado de Santa Catarina impedia que escolas de ensino regular admitam crianças que demandem necessidades especiais. Ademais, os educandários de ensino regular não estariam preparados para atender pessoas com necessidades especiais, quer por não dispor de adequado projeto pedagógico, quer por não dispor de estrutura física e de equipe técnica para cumprir as exigências habituais dessa modalidade de ensino.

Indeferiu-se o pedido suspensivo (fls. 331-336). Sobrevieram aclaratórios (fls. 341-343), adiante rejeitados (fls. 347-353).

Houve contraminuta (fls. 337-345).

O Ministério Público opinou pelo desprovimento (fls. 360-365). Lavrou parecer pela douda Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Durval da Silva Amorim.

É o relatório.

VOTO

“Quando eles prenderam os comunistas, eu não disse nada, pois não era comunista. Vieram pelos socialistas, e eu não disse nada, pois não era socialista. Vieram pelos dirigentes sindicais, e eu não disse nada, pois não era dirigente sindical. Vieram pelos judeus e eu não disse nada, pois não era judeu. Depois vieram por minha causa e não restava mais ninguém para dizer alguma coisa”. (Elisabeth Roudinesco, *O paciente, o terapeuta e o Estado*, Jorge Zahar Editor, 2005, p. 9)

A citação a que faço referência trata-se do depoimento de um pastor sobre o período nazista, e simboliza algo muito singelo, e sobretudo perigoso: quem abdica deliberadamente da fraternidade

como cláusula comum de convivência, pode sujeitar-se à solidão de seus interesses, a ficar só, e a não ter quem o defenda quando confrontado com as adversidades.

Embora se discuta medida efêmera em autos de ação civil pública, sem a possibilidade de investigações em torno do mérito, o tema que se trata aqui é bastante delicado e complexo. E a alusão que faço inicialmente tem em conta o cenário em que recentemente instalou-se o debate sobre a inclusão de pessoas com deficiências no ensino regular.

Em meio a um debate formalmente centrado entre o eventual despreparo pedagógico/educacional das instituições privadas para acolher alunos com alguma exigência especial, e a necessidade de custeio tanto para adequação de equipamentos quando para habilitação e contratação de profissionais especializados, a entidade que representa as unidades privadas de ensino, o Sindicato das Escolas Particulares de Santa Catarina (Sinepe), divulgou o que intitula “Carta Aberta à Comunidade Escolar”.

Aquele documento, que sobreveio à iniciativa do Ministério Público de instar as escolas a observar medidas inclusivas, revela, de modo terrificante, a despeito da necessidade de discussão do tema e mesmo de medidas de transitoriedade para atenderem-se as eventuais exigências de inclusão, o preconceito com aqueles que eventualmente exijam alguma atenção extraordinária. Daquele documento, cujo conteúdo causa instintivo mal-estar, um entre tantos trechos é bastante simbólico em relação à visão da entidade:

Causa-nos estranheza um país que não reconhece, não contempla e não premia os valorosos serviços que, abnegadamente, por anos, vêm sendo prestados pelas APAES e outras instituições altamente especializadas.

Quem nasceu e mora em Santa Catarina conhece de perto – através de familiares, amigos e colegas portadores – os resultados positivos, alguns verdadeiros milagres, obtidos através das Associações de Pais e Amigos

de Excepcionais, pelo Instituto Dionísio Freitas, em Criciúma, Abludef e Abada, em Blumenau, AMA de Joinville, CAPP em Chapecó, Coepad, Iatel, ACIC e Aflodef, todos em Florianópolis, além da Orionópolis, em São José.

Essas instituições não se limitam apenas a atender os deficientes físicos, mas estendem esse trabalho aos portadores dos mais diversos transtornos. A nosso ver, melhor se faria reconhecendo o trabalho de tais entidades, privilegiando-as, amparando-as, fortalecendo-as e lhes dando recursos suficientes. Poderiam ser mesmo suporte especializado para trabalho conjunto com famílias e com as escolas comuns, não apetrechadas, não preparadas suficientemente para atender os portadores de necessidades especiais, conseguindo-se real, verdadeira e efetiva inclusão social. Seriam um núcleo especializado à disposição de todos. Os poderes públicos têm condição de transformá-los em verdadeiros centros de atendimento altamente qualificados e especializados. Impostos, aliás, não faltam!

Algumas perguntas inquietantes podem levar a uma visão mais equilibrada e holística do melhor atendimento e inclusão dos portadores de necessidades especiais. Apenas, como exemplos, é possível formular algumas, capazes de provocar uma avaliação mais atenta da situação. Como uma escola comum, competente para cumprir com a missão para a qual foi criada, mas não equipada e sem pessoal especializado, pode agir diante de um adolescente com 13 ou 14 anos, ainda não alfabetizado, que, por sua própria condição e idade, se isola dos demais ou por eles é isolado? Será que, a título de inclusão social:

- a) alguém pode ser ministro do S.T.F. sem preencher os requisitos previstos no artigo 101 da Constituição da República?**
- b) há condições de um autista ou alguém com idade mental reduzida e psicológica ser Presidente da República?**
- c) é possível a um cego ser cirurgião ou piloto de avião?**

- d) para um cardiopata ou vítima de câncer é suficiente o tratamento por um clínico geral ou posto de saúde de primeiro atendimento? Ou seriam apenas os encaminhadores aos especialistas?
- e) alguém sem braços ou sem pernas poderia jogar basquete ou futebol (nas paraolimpíadas são classificados ou agrupados conforme o tipo e grau de deficiência)? Por que simplesmente não inseri-los nos meios e disputas dos atletas que não têm limitação?
- f) Uma clínica especializada em oftalmologia está obrigada também a atender patologias na área de cardiologia?
- g) O Serviço Militar (Marinha, Exército e Aeronáutica) está preparado para aceitar nas suas fileiras toda e qualquer pessoa portadora de deficiência? Aliás, eles aceitam?
- h) o que uma dessas escolas poderia fazer por um aluno que, em razão de atraso mental de idade, não se integra com os colegas, que têm interesses diferentes, porque estão em idade mais avançada?
- i) o que uma dessas escolas pode fazer por um aluno que, em razão de deficiência, abre a braguilha e expõe a genitália para as colegas ou agride os menores?
- j) que procedimento pode adotar a direção de uma escola comum quando uma jovem professora, aos prantos e ferida física e psicologicamente, anuncia que pede demissão e desiste da profissão, porque foi espremida com uma carteira contra a parede por um hiperativo [*sic*], ao impedi-lo de agredir uma outra criança paraplégica, num de seus descontroles em que inopinadamente e sem motivos bate em todos os colegas?
- k) como proceder diante de um aluno que, sem capacidade de discernir, armado, ameaça agredir os colegas?
- l) há real inclusão social, carinho e amor ao deficiente, colocando-o numa escola comum, entre alunos comuns, simplesmente para satisfazer a um possível sentimento de culpa injustificável?
- m) pode, honestamente, uma escola comum certificar promoção, conclusão de nível ou grau de ensino, para quem foi impossível alcançar tal nível? Isso não seria uma enganação individual e coletiva?

É bom lembrar que grande parte dessas escolas têm leigos como professores. (grifei)

Causa perplexidade que a entidade de representação de educandários venha a público e exerça tão abertamente o preconceito a pretexto de despreparo dos profissionais ou de custos de adequação ao atendimento dos portadores de necessidades especiais. Mais que isso, é lamentável e preocupante, pelo fato de que suas afiliadas são responsáveis pela educação e formação de valores de nossas crianças, e nestes ambientes é que se estabelecem as regras iniciais de convívio social.

Aliás, o desconforto com aquela carta foi de tal ordem que entidades como a OAB/SC (<http://www.oab-sc.org.br/noticias/nota-repudio-carta-aberta-divulgada-pelo-sindicato-das-escolas-particulares-sc/11918>) e outras ligadas à área da educação – entre elas a Confederação Nacional dos Trabalhadores em Estabelecimentos de Ensino – Contee (<http://contee.org.br/contee/index.php/2015/09/contee-repudia-em-nota-preconceito-em-santa-catarina/#.VlhwCI2FOM9>) – manifestaram repúdio publicamente. A infeliz manutenção serviu, também, ao editorial de diversos jornais, e nesta Capital realizou-se ato público, em meados de outubro, organizado pela Coordenadoria de Políticas Públicas para as Pessoas com Deficiência, a Câmara Municipal de Vereadores, a Ordem dos Advogados do Brasil (subseção de Santa Catarina e a Assembleia Legislativa de Santa Catarina (<http://www.pmf.sc.gov.br/noticias/index.php?pagina=notpagina¬i=15468>)).

O Sinepe/SC, efetivamente, não compõe a demanda originária, que é na prática patrocinada por algumas de suas representadas – entre elas, a recorrente. Todavia, pareceu-me muito apropriado não reduzir a solução dessa demanda a partir da especulação formal que anima o recurso, uma vez que por trás das cortinas rivaliza-se de modo muito pequeno em torno do eventual direito dessas minorias. A incapacidade como argumento universal, a qualificação das pessoas com necessidades especiais como cidadãos de segunda classe, e a tentativa de segregá-los a ambientes reservados deve ser considerada na análise do pedido.

Formalmente a agravante deduz recusar-se à matrícula de crianças com necessidades especiais por recomendação do Conselho Estadual de Educação, que faz distinção entre a *educação comum* e aquela dirigida a pessoas portadoras de determinadas limitações, considerando a necessidade então de “serviços especializados” em “entidades especializadas”, tal como se cuidasse de modalidade autônoma de educação. É essa a orientação da Res. 183/2013 (art. 13, IV e VII) e da Res. 449/02 (art. 37) e sobretudo da Res. 112/06, ao dispor expressamente que “os educandos diagnosticados com severos comprometimentos mentais poderão ser atendidos, exclusivamente, em centros de Atendimento Educacional Especializado em Educação Especial na área de deficiência mental ou transtornos invasivos do desenvolvimento”.

A interpretação que se fez desses diplomas, aos quais o eminente Relator oportunamente agregou fundamento constitucional, foi de que o ensino regular deve ser observado *preferencialmente*, mas não *obrigatoriamente* aos portadores de necessidades especiais.

Suponho que a premissa seja insofismável. Mesmo sem dimensões técnicas apuradas é possível afirmar em tese que nem todas as pessoas que padeçam de alguma limitação, sobretudo aquelas de natureza psiquiátrica estão aptas à educação regular, dado que muitas são acometidas de patologias sociais severas, e que eventualmente limitam a convivência. Mas a ideia que se põe em geral, pré-concebida, e que normalmente habita o imaginário popular, é reflexa e antagônica: dá-se à preferência condição subsidiária. Vale dizer: em lugar de ser a regra, a submissão do educando com limitações ao convívio social regular é medida subsidiária.

Essa leitura, aliás, bem faz a Sinepe, quando disfarçadamente enaltece os serviços que determinadas entidades prestam à “educação especial”, e ao mesmo tempo aposta na própria limitação de suas instituições (que não estariam nem autorizadas e tampouco preparadas para as exigências específicas), caminho também trilhado pela defesa da recorrente. A fórmula que se propõe, então, é da passividade institucionalizada, do

seguinte modo: não se recepciona crianças com limitação porque não se tem estrutura, e por outro lado, tendo quem o faça – sem medir a que preço, é bom que se diga – não há interesse na adequação de serviços, de modo a incluir aqueles com limitações. E a partir daí se estabelece um círculo vicioso, onde se abdica da inclusão.

Parece-me que pelo menos sob duas premissas essa dinâmica pode ser problematizada. A primeira de que essa leitura inversa – quando se põe a excepcionalidade do ensino regular como regra – tem em sua gênese a redução do sujeito. Obviamente, ao confrontar a pessoa com deficiência não se pretende observar, rigorosamente, a possibilidade de aprendizado e socialização, mas sim o grau de limitação, qualquer que seja. Se a regra é submetê-la à educação especializada, não há razão para algum investimento pedagógico. Em outras palavras, a inversão do discurso propõe a renovação de uma postura estigmatizante, onde a limitação, de qualquer ordem ou natureza, pressupõe sumariamente a incapacidade e a inaptidão.

Esse olhar equivocado que se tributa em regra às pessoas com alguma deficiência parece reflexo de algum “atomismo psicológico”, cuja crítica é posta por Jean-Paul Sartre. Em breve artigo de instrução à revista *Les Temps Modernes*, o francês sugere que os indivíduos convivam na sociedade moderna tal qual ervilhas em uma lata: redondos, fechados em si mesmos, e principalmente incomunicáveis entre si. Essa redução estabeleceria um certo “atomismo social”, transformando a sociedade um mero agrupamento de pessoas, cindindo o individual do social (*Situações II*. Apresentação da revista *Les Temps Modernes*. Publicações Europa-América, 1960).

Em outras palavras, a modernidade parece ter traído os ideais que reuniram os indivíduos em sociedade, e a percepção aristotélica de que o homem é um “*animal cívico, mais social do que as abelhas e os outros animais que vivem juntos*” (A política, Martins Fontes, 2002, p. 5); ou ao menos o convívio social se guia pelo utilitarismo, privilegiando em

primeiro plano o interesse de um ou outro grupo, e não propriamente o coletivo. Eis a ruptura e o estamento social, e a justificação das diversas pautas reivindicatórias de tantos grupos desamparados em seus mínimos direitos.

O sintoma desse mal segregatório e de sua perturbação é recorrente sobretudo no campo legislativo, de sorte que, em contraponto a algum discurso de igualdade o sentimento de solidariedade só se faz sentir pela imposição do direito das minorias. Daí, paradoxalmente, a igualdade ser afirmada em diversos estatutos, cada qual contemplando determinado segmento das classes minoritárias (idosos, mulheres, transgêneros, portadores de necessidade especial).

Essa afirmação de direitos, portanto, é o contramovimento ao estado de exclusão estabelecido. Embora a fixação de leis não seja apropriada e a mais efetiva forma para reordenar práticas culturais estabelecidas, a urgência da solução dessas rançosas patologias sociais legitima a disciplina de comportamentos como instrumento de correção. O descompasso entre o exercício da aceitação e a necessidade da implementação de políticas mínimas de proteção de direitos fundamentais assim determina. Nenhum ser humano basta a si mesmo, e é preciso que convivamos com a diferença, pois as minorias tem o direito à sua identidade, à sua individualidade e, principalmente, ao respeito e ao reconhecimento de seus direitos mais elementares, como requer qualquer democracia.

Em lugar, enfim, de investir-se no exercício da negação a esses direitos, ou de simplesmente tolerá-los por força de lei, deve-se compreendê-los num esforço comum de *aceitação* do outro, com suas limitações. Não há mais espaço para vis rotulagens, nem tampouco para ensaios eufemísticos de isonomia. A igualdade não pode mais ser tarifada retoricamente, nem ser invocada como uma promessa sínica, do amanhã. E, principalmente em relação às pessoas com deficiência, não se trata de agir com indulgência ou compaixão, mas de compreender o outro

em sua limitação. Essa prática se insere entre aquelas denominadas *ações afirmativas*. E sobre o tema é pontual a lição de Peter Singer:

Durante séculos, os deficientes estiveram submetidos a preconceitos que, em alguns casos, não eram menos graves do que os sofridos por minorias raciais. Pessoas intelectualmente deficientes eram trancadas, longe dos olhos do público, em condições aterradoras. Algumas se tornavam verdadeiros escravos, explorados como mão-de-obra barata em casas ou fábricas. Sob um chamado “programa de eutanásia”, os nazistas assassinaram dezenas de milhares de pessoas intelectualmente incapacitadas que, muito provavelmente, gostariam de ter continuado a viver e a aproveitar a vida. Ainda hoje, algumas empresas não contratarão uma pessoa que vive numa cadeira de rodas, mesmo que ela seja capaz de realizar o trabalho com anta eficiência quanto qualquer outra. Outras, que estão selecionando um vendedor, deixarão de contratar alguém cuja aparência não seja normal, com medo de que as vendas caíam. (Argumentos semelhantes foram usados contra a contratação de membros de minorias raciais; podemos superar mais facilmente esses preconceitos acostumando-nos às pessoas diferentes de nós.

Só agora se está começando a refletir sobre a injustiça que tem sido cometida contra os deficientes e a considerá-los como um grupo desfavorecido. É bem possível que o fato de termos demorado tanto a fazê-lo se deva à confusão entre igualdade factual e igualdade moral, que já discutimos no início deste capítulo. Como, em alguns aspectos, os deficientes são diferentes, deixamos de ver como discriminatório o ato de tratá-los de modo diferente. Negligenciamos o fato de que, como nos exemplos apresentados acima, a inaptidão do deficiente tem sido irrelevante para o tratamento diferente – e desfavorável. Existe, portanto, uma necessidade de garantir que a legislação que proíbe a discriminação baseada na raça, na etnia ou no sexo também proíba a discriminação baseada na deficiência, a menos que se possa demonstrar sua relevância para o emprego ou serviço oferecido. (*Ética prática*, Martins Fontes, 2001, p. 62).

A inclusão, portanto, deve ser posta em primeiro plano, em todos os quadrantes. Somente se deve conceber algum tipo de tratamento distinto (limitador) quando não for possível o esforço de inclusão. Em

síntese, tanto quanto possível cabe à maioria adaptar-se às exigências do portador de necessidade, e não fazer dessa necessidade, de modo linear, irrestrito e retórico, cláusula de barramento de seus direitos.

Uma segunda premissa, lógico-decorrente, e ainda mais grave é quase imperceptível. A partir do momento que se ignora, no primeiro plano, as necessidades transitórias da criança portadora, com o tarifamento liminar de sua condição, tem-se a chance real de contribuir para o seu subdesenvolvimento intelectual e social. Impor deliberada e irrestritamente o portador de necessidades especiais a esse modelo de educação que se intitula “especial”, sem a verificação pontual e atenta de quais sejam suas limitações, sujeitará o seu desenvolvimento aos contornos da limitação alheia. Dito de outro modo, não é porque uma criança exige algum reforço pedagógico ou educacional que se pode condená-la a ser educada como se fosse “especial” (veja-se a perversidade eufemística que o adjetivo assume), comparada e limitada então com outras crianças que efetivamente evidenciam limitações extraordinárias, que não podem ser contornadas pela educação ordinária.

Feita essas observações, a despeito do que se trouxe tenho que a leitura do art. 208 da CR deva ser projetada sob outra perspectiva: antes de tudo deve-se optar por uma conduta inclusiva, e somente quando evidenciada a impossibilidade de fazê-lo por vias ordinárias é que se autorizará a submissão a modelos educacionais específicos. Não se trata de um exercício de lógica naturalista, como a distinção que se possa propor diante de um copo de água (se meio cheio ou meio vazio, por exemplo); essa conclusão já está positivada há anos entre nós.

Observo algo que parece inaudito até então: o Brasil é signatário da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, a partir do qual editou o Decreto 6.949/09. Mais que isso, aquela Convenção foi promulgada de acordo com o disposto no art. 5.º, § 3.º, da CR, o que lhe confere a condição de norma constitucional. E particularmente sobre a educação, a Convenção dispõe que:

Artigo 24

Educação

1. Os Estados Partes reconhecem o direito das pessoas com deficiência à educação. Para efetivar esse direito sem discriminação e com base na igualdade de oportunidades, os Estados Partes assegurarão sistema educacional inclusivo em todos os níveis, bem como o aprendizado ao longo de toda a vida, com os seguintes objetivos:

- a) O pleno desenvolvimento do potencial humano e do senso de dignidade e auto-estima, além do fortalecimento do respeito pelos direitos humanos, pelas liberdades fundamentais e pela diversidade humana;
- b) O máximo desenvolvimento possível da personalidade e dos talentos e da criatividade das pessoas com deficiência, assim como de suas habilidades físicas e intelectuais;
- c) A participação efetiva das pessoas com deficiência em uma sociedade livre.

2. Para a realização desse direito, os Estados Partes assegurarão que:

- a) **As pessoas com deficiência não sejam excluídas do sistema educacional geral sob alegação de deficiência e que as crianças com deficiência não sejam excluídas do ensino primário gratuito e compulsório ou do ensino secundário, sob alegação de deficiência;**
- b) **As pessoas com deficiência possam ter acesso ao ensino primário inclusivo, de qualidade e gratuito, e ao ensino secundário, em igualdade de condições com as demais pessoas na comunidade em que vivem;**
- c) **Adaptações razoáveis de acordo com as necessidades individuais sejam providenciadas;**
- d) **As pessoas com deficiência recebam o apoio necessário, no âmbito do sistema educacional geral, com vistas a facilitar sua efetiva educação;**
- e) **Medidas de apoio individualizadas e efetivas sejam adotadas em ambientes que maximizem o desenvolvimento acadêmico e social, de acordo com a meta de inclusão plena.**

3. Os Estados Partes assegurarão às pessoas com deficiência a possibilidade de adquirir as competências práticas e sociais necessárias de modo a facilitar às pessoas com deficiência sua plena e igual participação no sistema de ensino e na vida em comunidade. Para tanto, os Estados Partes tomarão medidas apropriadas, incluindo:

a) Facilitação do aprendizado do braille, escrita alternativa, modos, meios e formatos de comunicação aumentativa e alternativa, e habilidades de orientação e mobilidade, além de facilitação do apoio e aconselhamento de pares;

b) Facilitação do aprendizado da língua de sinais e promoção da identidade lingüística da comunidade surda;

c) Garantia de que a educação de pessoas, em particular crianças cegas, surdocegas e surdas, seja ministrada nas línguas e nos modos e meios de comunicação mais adequados ao indivíduo e em ambientes que favoreçam ao máximo seu desenvolvimento acadêmico e social.

4. A fim de contribuir para o exercício desse direito, os Estados Partes tomarão medidas apropriadas para empregar professores, inclusive professores com deficiência, habilitados para o ensino da língua de sinais e/ou do braille, e para capacitar profissionais e equipes atuantes em todos os níveis de ensino. Essa capacitação incorporará a conscientização da deficiência e a utilização de modos, meios e formatos apropriados de comunicação aumentativa e alternativa, e técnicas e materiais pedagógicos, como apoios para pessoas com deficiência.

5. Os Estados Partes assegurarão que as pessoas com deficiência possam ter acesso ao ensino superior em geral, treinamento profissional de acordo com sua vocação, educação para adultos e formação continuada, sem discriminação e em igualdade de condições. Para tanto, os Estados Partes assegurarão a provisão de adaptações razoáveis para pessoas com deficiência.

Como se vê, não há como sustentar que a educação inclusiva tenha caráter subsidiário. Em primeiro plano deve-se primar pela inclusão e socialização do portador de deficiência, física ou psíquica, no ensino regular. Não será a disciplina seletiva, estabelecida pelo Conselho de Ensino deste Estado que haverá de sobrepujar os termos da convenção

adotada pelo Brasil. E bem por essa razão, também, se algum juízo de constitucionalidade é exigível, ele não impede, em absoluto, que a liminar se mantenha, considerada a envergadura dessa normatização.

Essa proposição é corroborada por outro elemento: observo que em meados de 2016 passa a vigor a Lei n. 13.146/2015 (autointitulada “Estatuto da Pessoa com Deficiência”), que reafirma o compromisso internacional e as garantias de acesso à educação por pessoas com necessidades especiais. Bem a propósito, o diploma serve de objeto à ADI n. 5.357/DF, em que é requerente a Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino (Confenen), que questiona objetivamente as disposições concernentes à educação inclusiva. A liminar, recentemente indeferida pelo relator (em 20.11.2015), reforça sobretudo o compromisso democrático firmado na Convenção a que faço referência. A decisão monocrática está assim ementada:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA CAUTELAR. LEI 13.146/2015. ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA. ENSINO INCLUSIVO. CONVENÇÃO INTERNACIONAL SOBRE OS DIREITOS DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA. INDEFERIMENTO.

1. A Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência concretiza o princípio da igualdade como fundamento de uma sociedade democrática que respeita a dignidade humana.
2. À luz da Convenção e, por consequência, da própria Constituição da República, o ensino inclusivo em todos os níveis de educação não é realidade estranha ao ordenamento jurídico pátrio, mas sim imperativo que se põe mediante regra explícita.
3. A Lei nº 13.146/2015 indica assumir o compromisso ético de acolhimento e pluralidade democrática adotados pela Constituição **ao exigir que não apenas as escolas públicas, mas também as particulares** deverão pautar sua atuação educacional a partir de todas as facetas e potencialidades que o direito fundamental à educação possui e que são densificadas em seu Capítulo IV.
4. Medida cautelar indeferida (grifei).

Embora a liminar ainda dependa do juro plenário, e em face dela também se tenha lançado mão de agravo, não há subsídios para que se negue sua constitucionalidade até aqui, salvo a eventual pretensão do Estado brasileiro de romper o pacto internacional (o que, ao primeiro olhar, nem mesmo é cogitado).

Assim, com as vênias do Relator, tenho que seja imprescindível que se privilegie o modelo de inclusão na educação. Não me convenço bem por isso com a dedução de que o implemento dessas medidas é temerário pelo despreparo técnico e estrutural das unidades particulares de ensino. Penso mais: é leviano reduzir a atividade de educação a simples atividade mercantil, e opor-se ao implemento de uma garantia fundamental sob a ameaça de elevação de custos.

O eventual gasto com a implantação de equipamentos ou o preparo de profissionais para atender esse contingente deve observar a dinâmica ordinária, bem conhecida e elaborada pelas instituições de ensino: a divisão dos custos. Aliás, essa é a fórmula ordinária com a qual se estabelece o preço médio pela prestação do ensino. Basta lembrar que, embora nenhum curso regular ocupe seus alunos 12 meses por ano, o custo da mensalidade é projetado de sorte a recobrir a remuneração anual dos professores e funcionários, tanto quanto os demais direitos remuneratórios (licenças, férias e 13º salário).

Ou seja, o que se estabelece é a solidariedade entre todos os contratantes do serviço, em nome do interesse comum. É como ocorre no implemento de qualquer obra ou serviço, atenda ou não todos os alunos. É como deverá ser na adequação de unidades e de pessoal para atender as necessidades dos alunos com limitações.

Bem por isso é tampouco factível a tentativa de onerar diretamente os pais da criança portadora de deficiência; afinal, a depender da limitação (sobretudo físicas), medidas de acessibilidade atenderão tantos quantos alunos com limitações se seguirem nos anos seguintes. Não seria razoável acrescentar-lhes custos, como não se exige de um cadeirante

preço diferenciado em restaurantes ou eventos de qualquer natureza por disporem de estrutura para atendê-lo. Nos demais casos, valerá a regra ordinária: todos arcam, em nome de um interesse maior.

Observo, aliás, que às vésperas desse julgamento me foi entregue, pelos representantes da agravante, cópia de inicial em que a Sinepe demanda o Estado de Santa Catarina para que autorize o planilhamento de cálculos distintos de mensalidades – um dos quais destinados especificamente aos alunos portadores de necessidades especiais. Da ação em si, que nem mesmo se tem notícia do protocolo, não há muito o que ser dito; nem me parece que imprima alguma gerência nesse julgamento.

Aquela demanda é, na prática, a resposta a iniciativa do Ministério Público, a simples reafirmação do que aquele sindicato já anunciava quando instado a fazer os ajustes. Na atual quadra o que se tem de concreto é a decisão liminar, e sobre ela é que se deve debruçar. E a rigor, para sua análise, não vejo por qual razão ignorar a premissa elementar de homogeneização dos custos. Afinal, ao que se lê da peça, que trata objetivamente sobre custos pedagógicos (não se cogita de todas as outras medidas que serão necessárias), ignora-se que a inclusão não é medida de ocasião, mas que projetará seus reflexos ao longo dos anos, para tantos quantos alunos com necessidades especiais forem utilizar o mesmo serviço (pedagógico ou estrutural).

Ao que tudo indica – ao menos sugere a forma rasa com a qual algumas instituições têm guiado sua insatisfação – parece esquecido que a prestação do serviço de educação não é um simples ato de comércio, mas a realização de uma atividade pública (que estas mesmas instituições, a propósito, prestam em nome do Estado, por delegação). A excessiva mercantilização dos espaços e atividades públicas, tem revelado a experiência brasileira, parece autorizar a abdicação dos fins da administração pública, transformando até mesmo as atividades essenciais num simples negócio, sujeito apenas à regência do mercado. Ainda que não se possa sumariamente ignorar os riscos próprios dessas atividades,

e sobretudo que a delegação não é pacto abnegado ou altruísta, o delegatário não pode recusar-se à adequação de suas atividades, a fim de atingir o bem comum, ainda que o faça sob a condição de distribuir seus custos, de modo homogeneizado, aos beneficiários. O que efetivamente não se concebe é valer-se da alegação para justificar a acomodação.

Por fim, embora haja robusta disposição legislativa assegurando a pretensão antecipatória e uma recusa aberta, linear e aparentemente sem razão palmar (a fumaça do bom direito), e se revele intuitiva a urgência (perigo da demora), parece-me que a decisão estabeleceu preceito normativo, pois impõe a rigor obrigação bastante ampla e genérica.

O fato é que medida dessa ordem deve considerar variáveis que extrapolam a percepção do senso comum e a discussão formal em torno do direito. Embora agrade a ideia de integração, esse interesse deve ser implementado de modo a não interferir ou mesmo impedir a regular atividade de ensino. Isso porque, já alertou o Relator, nem mesmo dispomos de conhecimento técnico suficiente para assegurar a livre matrícula de toda e qualquer criança portadora de deficiência.

Tendo em vista o caráter precário dessa decisão, a aurora da vigência da Lei n.º 13.146/15, e principalmente a necessidade de permitir a efetividade da pretensão, creio ser bastante razoável que se autorize a matrícula de pessoas portadoras com deficiência física, desde que com a autonomia mínima, ou, dito de outra forma, que a manutenção de sua saúde e segurança não dependa de monitoramento extraordinário e da utilização de equipamentos extracorpóreos, além dos que lhes permitam a locomoção e bem-estar.

Os eventuais entraves arquitetônicos, por outro lado, não podem servir de justificativas à recusa de alunos nessa condição, sendo exigível dos estabelecimentos que implementem medidas de acessibilidade que franqueiem o livre acesso e permanência destes alunos nas unidades de ensino.

Deverá haver, ainda, a necessária adaptação das escolas para atender, de forma inclusiva, aqueles portadores de limitações sensoriais, com a utilização de tecnologias ou a capacitação de pessoas que possam permitir a comunicação (em linguagem braile e libras, por exemplo), e sem que isso interfira na regular prestação do serviço.

Por outro lado, em relação àqueles alunos portadores de limitações cognitivas, decorrentes das mais variadas patologias psiquiátricas, a admissão deverá ser inicialmente condicionada à avaliação por profissionais habilitados (psiquiatras), ou mesmo de avaliação psicopedagógica, nos casos que assim parecer mais adequado ou mesmo nas hipóteses de alunos que já frequentam o ensino regular, tudo de modo a evidenciar a possibilidade de acompanhamento do ensino regular, autonomamente, ainda que com alguma atenção especial, e desde que a condição da criança, dada a patologia, não se tenha estabelecido de forma a demonstrar que somente a atenção especial e dirigida permita o acompanhamento regular (conforme já orienta o art. 2.º, § 1.º, Lei n.º 13.146/2015).

Por fim, considerado o fato do ensino ser seriado, a constatação da mora a essa quadra, com pretensão sancionatória, parece-me providência irrefletida. Creio antes providencial que se estabeleça a regularidade da inclusão tanto sob o prisma da sociabilidade quanto da instrução regular. Assim, parece oportuno que se determine a adequação dos liceus até o último dia útil do mês de fevereiro de 2016 para que se permita, a partir do próximo ano letivo, a inclusão das crianças com necessidades especiais, a despeito do termo da *vacatio legis* conferida à Lei n. 13.146/2015.

Pedindo vênia, assim, ao eminente Relator, dou parcial provimento ao recurso, apenas, para dimensionar a liminar nos termos indicados e com a modulação proposta.

É como voto.

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Substituto Paulo Ricardo Bruschi.

Ementa Aditiva

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. EDUCAÇÃO. INSTITUIÇÕES PÚBLICAS E PRIVADAS. PORTADORES DE NECESSIDADES ESPECIAIS. IMEDIATA ADAPTAÇÃO A QUALQUER HIPÓTESE DE NECESSIDADE ESPECIAL E MATRÍCULA OBRIGATÓRIA NA REDE REGULAR DO ENSINO, INDEPENDENTEMENTE DO TIPO E GRAU DE DEFICIÊNCIA APRESENTADA. LIMINAR DEFERIDA. NORMAS CONSTITUCIONAIS E INFRACONSTITUCIONAIS, TODAVIA, QUE APONTAM PARA A PREFERENCIALIDADE DO ACOLHIMENTO, NÃO SUA OBRIGATORIEDADE. *FUMUS BONI JURIS* AUSENTE. DECISÃO REFORMADA.

Prevedo a Constituição Federal aos portadores de deficiência atendimento educacional especializado preferencialmente na rede regular de ensino e não se vislumbrando hipótese discriminatória decorrente da própria deficiência, ausente estará o *fumus boni juris* a amparar a concessão de liminar tornando indistintamente obrigatória a referida matrícula.

Ousei dissentir da douta maioria, embora o respeito que lhe nutro, razão por que aponto, abaixo, as razões do mencionado dissenso.

Saliento, por oportuno e de plano, que, ao cingir o julgamento efetuado ao espectro do agravo de instrumento, entendi por bem não adentrar à matéria de mérito propriamente dita em sua totalidade, reservando tal atuação ao digno Togado *a quo*, a fim de não macular a *jurisdictio*, isto é, no intuito de preservar íntegra a competência do Juízo a quo para o julgamento do mérito, evitando-se, assim, eventual supressão de instância.

Não obstante, igualmente por oportuno, aduzo ter entendido por bem aquela douta maioria em modular, desde já, os efeitos da decisão liminar, asseverando, de qualquer forma, com a máxima *venia*, exatamente o que foi apontado na decisão vencida, ou seja, o fato de que, dizendo a Constituição Federal que deverá **ocorrer preferencialmente a matrícula de alunos com necessidades especiais no ensino regular**, nada mais fez do que dizer que não se dará a matrícula de forma

obrigatória em qualquer caso, em qualquer tipo de necessidade especial, como dissera a decisão liminar e como pretende a ação civil pública e que a decisão vencedora, em verdade, modulou.

Contudo, como salientei e deixei assente no voto que proferi, por ser cediço que, em sede de agravo de instrumento, o julgamento deverá ater-se ao acerto ou eventual desacerto da decisão prolatada em Primeiro Grau, abstraindo-se o quanto possível de se adentrar ao *meritum causae* discutido na demanda principal, cingir-se-ia, pois, à decisão vergastada.

Isso porque ela, a decisão então requestada, assim o foi em razão de sua amplitude, vale dizer: porque em decisão liminar, se modificou um cânone constitucional, que prevê um atuar preferencial, transmudando-o em atuar obrigatório.

Por esta razão, deixei assente que divergia da decisão do MM. Juiz *a quo*, quando deferiu *initio litis* a liminar postulada, por não concordar com o argumento de que presentes estariam os requisitos ensejadores, quais fossem, a fumaça de bom direito e o perigo de dano decorrente da demora, os quais, com a necessária *venia*, entendia e entendo ausentes.

Neste compasso, primeiramente, deixei registrado o fato de, afora isso, comungar integralmente com o esposado no Parecer do douto Procurador de Justiça, quando afirma ser “[...] *impróprio proceder a consideração dos demais argumentos tecidos sobre matéria própria aos aspectos do litígio não abrangidos pelo ‘decisum’ interlocutório, cujo enfrentamento caberá, a tempo e modo devidos, ao juízo singular, após regular instrução*” (fl. 362).

Não obstante, com a necessária *venia*, entendi que a decisão liminar, ao que se deduz dos autos, em que pese inegavelmente pretender prestigiar o caráter inclusivo da educação ao indivíduo portador de necessidades especiais, a meu sentir, efetivamente transmudou a determinação constitucional que assevera atendimento educacional especializado de **preferencialmente** para obrigatoriamente.

Aliás, neste compasso, com esteio no acima afirmado pelo ilustre Procurador de Justiça, aduzi, para não aprofundar o mérito da demanda, circunstância reservada ao digno Juízo *a quo*, para não ferir o duplo grau de jurisdição, que não se iria aqui aprofundar o entendimento do que seja o crime previsto no artigo 8º, da Lei n. 7.853/89, a não ser o fato de que, para sua ocorrência, a hipótese de recusa deverá ser totalmente injustificada, o que, ao que parece, foi olvidado na exordial da Ação Civil Pública (fls. 21 e 27 destes autos), porquanto, ao menos em princípio, não é o caso dos autos, embora lá assim taxativamente se afirme.

Da mesma forma, assentei que não iria aqui aprofundar o entendimento do que seja o autismo, móvel principal da Ação Civil Pública – não, porém, de sua conclusão primeira, vez que a demanda e a liminar vergastada, na verdade, foram voltadas a toda e qualquer espécie de especial necessidade – o qual, segundo a literatura médica, é visto como uma inadequação no desenvolvimento que se manifesta de maneira grave por toda a vida; que acomete cerca de vinte entre cada dez mil nascidos, sendo quatro vezes mais comum entre meninos do que meninas; que é uma necessidade especial encontrada em todo o mundo e em famílias de qualquer configuração racial, étnica ou social; que não se conseguiu até agora provar nenhuma causa psicológica, no meio ambiente destas crianças que possa causar a doença; que os sintomas, causados por disfunções físicas do cérebro, são verificados pela anamnese ou presentes no exame ou entrevista com o indivíduo; que incluem vários sintomas e que existem formas mais graves, onde pessoas com autismo podem apresentar comportamento destrutivo, autoagressivo e forte resistência a mudanças.

Aliás, em reportagem à Revista Época, em 03/05/2008, Angélica Menezes, jornalista, diretora da Associação Baiana de Autismo e mãe de Ygor Felipe, um autista naquela data com 22 anos, deixou assente que o autismo é *“Provocado por uma alteração no desenvolvimento do cérebro durante a primeira infância, o autismo se caracteriza principalmente por inabilidade social, dificuldade com a linguagem e hábitos repetitivos. Tem*

vários graus de gravidade e está relacionado a uma grande variedade de outros sintomas e alterações de comportamento. Sem a educação e o tratamento adequados, alguns autistas passam a agredir a si mesmos e, em alguns casos, a agredir outras pessoas. O autismo não tem “cura”. Mas o tratamento melhora a qualidade de vida, o grau de independência e a sociabilidade”, e o que é mais importante, conforme afirmou a entrevistada, “Nenhuma instituição pública está preparada para receber um autista de grau severo”.

(<http://diganaoerotizacaoinfantil.wordpress.com/2008/05/03/autistas-em-cativeiro/>).

Igualmente não iria aqui discutir o que seja a igualdade de condições para o acesso e permanência na escola a todos os alunos, independentemente de qual seja a necessidade especial que lhe assola, vez que, cedo, a discriminação está, na realidade, em se tratar de forma desigual os iguais e não em se tratar de forma desigual os eventualmente desiguais.

Por este mesmo argumento, não iria neste aresto adentrar ao fato de, na realidade, ao se atribuir à sociedade a solidariedade, sobreposta ao individualismo, por ser seu dever a educação de todos, ou como disse a nobre Promotora que subscreveu a exordial da Ação Civil Pública, com posterior socialização do valor adicional (fl. 29), haver a verdadeira criação de um novo tributo, cuja criação, como cedo, não se pode dar senão por lei.

Em derradeiro, também não iria aqui realizar estudo aprofundado quanto ao entendimento esposado naquela exordial (fl. 29), segundo o qual, ao menos em princípio é o que se deduz, teria o Conselho Estadual de Educação – CEE tratado a educação especial como uma modalidade autônoma, o que, *venia*, não se visualiza e não transparece de plano, a não ser o efetivo cumprimento das determinações lá constantes.

Contudo, afora tais questionamentos que, evidentemente, seriam e deverão ser aprofundados e abordados em seu âmago quando da decisão

resolutiva do feito, após regular instrução pelo digno Juiz condutor do processo, independentemente da necessidade de autorização do estabelecimento, portanto, cuja discussão igualmente resta relegada, ao menos por ora, ao Primeiro Grau, não se havia e não se há olvidar que, tanto a Constituição Federal, no seu artigo 208, inciso III, quanto a Lei de Diretrizes Básicas da Educação, nos artigos 58 e seguintes, deixam assente que o atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência deve-se dar **preferencialmente** na rede regular de ensino **e não nela obrigatoriamente**, como, ao que se vislumbra, pretende a Ação Civil Pública e assim restou deferido liminarmente pela decisão ora vergastada.

Aliás, quanto ao que seja rede regular de ensino, desnecessárias quaisquer considerações, eis que, tanto o insigne prolator da decisão objurgada, quanto a própria agravante são expressos em defini-la, a qual, por evidente, abrange tanto as escolas públicas, quanto as particulares, não sobejando qualquer dúvida sobre tal ponto.

Inobstante isso, conforme bem asseverado pelo ilustre prolator da decisão guerreada, é compromisso dos Estados Partes da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, fato amplamente englobado pela Lei de Diretrizes Básicas da Educação, o de assegurar e promover o pleno exercício dos direitos humanos e liberdades fundamentais, sem qualquer tipo de discriminação por causa da deficiência, tomando todas as medidas apropriadas para eliminá-la, em qualquer lugar onde ocorra ou possa ocorrer, assegurando-lhes a plena acessibilidade, com base na igualdade de oportunidades de um Sistema Educacional inclusivo em todos os seus níveis, com as adaptações razoáveis e de acordo com as necessidades individuais, mediante efetivas medidas individualizadoras, a fim de que recebam o necessário apoio à consecução de seus objetivos, ou seja, o de um estudo e ensino dignos.

A propósito, atente-se que a efetivação de tais medidas se deve dar mediante o “*atendimento educacional especializado aos portadores de*

deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino” (CF, art. 208, III, grifei e sublinhei).

E veja-se que, de acordo com o artigo 58, da Lei Federal n. 9.394/96, na sua redação original, “*entende-se por educação especial, para os efeitos desta Lei, a modalidade de educação escolar, oferecida preferencialmente na rede regular de ensino, para educandos portadores de necessidades especiais*” (grifos meus).

Neste diapasão, ao que se apreende de tais ditames legais, a determinação emanada da Constituição, da Lei de Diretrizes Básicas da Educação e, bem assim, da Convenção Internacional alhures mencionada é uníssona no sentido de asseverar a promoção de medidas individualizadas, sem qualquer tipo de discriminação, com as **adaptações razoáveis** e de acordo com as necessidades individuais, ou seja, em todas elas há a observância de que, **preferencialmente e não obrigatoriamente**, deverá haver, sempre que possível e razoáveis as adaptações, o atendimento educacional especializado na rede regular de ensino.

Tanto é assim que o inciso VI, do artigo 3º, da Lei n. 13.146/2015, a vigorar a contar de janeiro do ano vindouro, visando espancar dúvidas, elucida com clareza o que sejam adaptações razoáveis, asseverando tratarem-se de:

“adaptações, modificações e **ajustes necessários e adequados que não acarretem ônus desproporcional e indevido**, quando requeridos em cada caso, a fim de assegurar que a pessoa com deficiência possa gozar ou exercer, em igualdade de condições e oportunidades com as demais pessoas, todos os direitos e liberdades fundamentais;” (grifei).

A propósito, não destoa deste direcionamento o disposto na Lei n. 7.853/89, eis que a alínea “f”, de seu artigo 2º, é expressa em assegurar “*a matrícula compulsória em cursos regulares de estabelecimentos públicos e particulares de pessoas portadores de deficiência capazes de se integrarem*”

no sistema regular de ensino”, ditame repetido integralmente no Decreto n. 3.298/99, art. 24, I, que regulamenta a referida lei (grifos meus), ou seja, não em todos e quaisquer os casos, mas, sim, àqueles que sejam capazes de se integrar ao sistema regular de ensino.

Aliás, no artigo 25, do mesmo diploma legal, igualmente está expresso que “*Os serviços de educação especial serão ofertados nas instituições de ensino público ou privado do sistema de educação feral, de forma transitória ou permanente, mediante programas de apoio para o aluno que está integrado no sistema regular de ensino, ou em escolas especializadas exclusivamente quando a educação das escolas comuns não puder satisfazer as necessidades educativas ou sociais do aluno ou quando necessário ao bem-estar do educando*” (grifei).

O mesmo se diga com relação às Resoluções do CEE, eis que vazadas no mesmo sentido, isto é, no de que se deva assegurar matrícula obrigatória, sempre que razoáveis forem as adaptações e houver capacidade de integração do portador de necessidade especial ao sistema regular de ensino.

Aliás, ao responder ao questionamento da digna Promotora subscritora da exordial da ACP, após evidenciar as modalidades de educação escolar que devem ser preferencialmente oferecidas na rede regular, ponderou o aludido Conselho:

“[...] Assim, podemos fazer as seguintes afirmações: primeira, de que nem todas as situações de ensino-aprendizagem poderão ser levadas para as classes comuns do ensino regular e que o atendimento especializado se mantém como alternativa educacional, para os casos que não se possam estar inclusos na classe regular. Segunda, se o atendimento deve ser gratuito, por óbvio se refere ao ente público, que tem obrigação de fornecer ensino gratuito e de qualidade.

Até porque falar em Educação Especial e em Inclusão é tratar-se de coisas distintas. Educação Especial é modalidade de ensino e prescinde de autorização específica por parte do Poder Público para ser oferecida. No caso do próprio Conselho Estadual de Educação de Santa Catarina, conforme Resoluções

nº 112/206 e 182/2013. Já a inclusão é entendida como a tentativa de aproveitamento do currículo e pedagogia oferecida pela escola regular, pelos educandos portadores de deficiência, que sejam capazes de serem incluídos na classe regular” (fl. 72 – sic).

Isso, ao menos em sede de liminar, com a necessária *venia*, afasta a total inconstitucionalidade aventada, vez que, em princípio, coerente com a legislação, a qual, como corolário e por evidente, deverá ser melhor investigada no contexto da demanda aforada.

Não se olvida que, com o veto ao inciso IV, do artigo 2º, bem como do § 2º do art. 7º, ambos da Lei Federal n.12764/2012, que permitiam, de certa forma, a exclusão do ensino regular em casos específicos, com a regulamentação da referida Lei pelo Decreto 8.368/2014, houve a determinação da inclusão dos estudantes com tais necessidades nas classes comuns do ensino regular, com a garantia de atendimento educacional especializado e gratuito, inclusive com penalidades pelo descumprimento, em quaisquer circunstâncias, isto é, em qualquer grau de autismo.

Aliás, vale o registro de que a Norma Técnica do MEC, determinando o cumprimento daquela legislação, previu, inclusive, a integração dos custos pela Instituição. Criou, ao menos em princípio, um novo tributo que a lei não previu.

Por oportuno, vale igualmente o registro de que o fundamento do veto a alguns dos ditames daquela lei, sob o argumento de que, *“Ao reconhecer a possibilidade de exclusão de estudantes com transtorno do espectro autista da rede regular de ensino, os dispositivos contrariam a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, internalizada no direito brasileiro com status de emenda constitucional. Ademais, as propostas não se coadunam com as diretrizes que orientam as ações do poder público em busca de um sistema educacional inclusivo, com atendimento educacional especializado nas formas complementar e suplementar”*, pode ser considerado até mesmo equivocado, eis que a lei, na realidade, não foi criada por especialistas no assunto, a ponto de

saberem qual a melhor convivência em cada caso, além do que, venia, o que a Convenção Internacional preza em suas diretrizes e que foi acolhido constitucionalmente em nosso País é o espancamento de qualquer tipo de discriminação em razão da deficiência.

Mas, discriminar, na verdade, de acordo com qualquer dicionário, é separar, é diferenciar. Porém, no contexto da aludida Convenção, o discriminar ali previsto é separar, é diferenciar única e exclusivamente em razão da deficiência, o que, convenhamos, efetivamente é repugnante.

Não obstante, diferenciar para proteger não será discriminar e, como não se tem qualquer prova cabal de que a convivência em nível escolar em casos tais seja melhor ou pior, vez que somente o acompanhamento médico especializado é quem irá evidenciar tais fatos, eis que, como alhures mencionado na entrevista com a diretora da Associação Baiana de Autismo, “*Nenhuma instituição pública está preparada para receber um autista de grau severo*”, nesta era do politicamente correto, a pretexto de inclusão, tomam-se decisões que, em verdade, emprestam fundadas dúvidas quanto a se saber se, efetivamente, em todos os casos, realmente há inclusão, ou se, na realidade, ocorre uma verdadeira e própria exclusão, especialmente porque, no assunto, repise-se, somos completamente leigos, vez que se trata de matéria afeta à literatura médica.

Não se olvida que tal afirmação pode soar um tanto quanto antipática à sociedade. Contudo, o Magistrado, a quem a Constituição atribuiu o dever e a competência de dizer o direito, não se pode pautar pela empatia ou antipatia de suas decisões, mas, sim, por aquilo que soar razoável, proporcional e adequado ao Sistema Jurídico vigente.

Até porque, igualmente cediço, toda a ordem jurídica repousa na certeza de que as disposições nela constantes serão firmemente observadas pelo magistrado, a fim de permitir que as pessoas possam efetivamente orientar seus comportamentos e pautar suas condutas com base naquele agir.

E, *venia*, soa razoável e proporcional lutar-se incondicionalmente pela constante e imediata inclusão social de todo e qualquer portador de necessidades especiais, todavia, observando-se eventual limitação de cada um para inseri-lo no grupo onde melhor se acomodar, onde possa, evidentemente, melhor atingir o objetivo primordial do ensino, qual seja, o de uma eficaz educação.

Quiçá por tais razões é que a lei, não efetuada por especialistas no assunto, de forma prudente, tenha inserido os ditames posteriormente vetados pela digna Presidente da República.

E, veja-se: foi exatamente este o rumo que tomou o brilhante voto vencedor, ou seja, o de, desde já, modular os efeitos da liminar concedida, o que, a meu sentir, deveria sobejar ao digno magistrado *a quo*, evitando-se o quanto possível eventual supressão de instância.

Isso porque, independentemente de tais discussões, a liminar aqui ventilada, a destempo do autismo ter sido o móvel primeiro da iniciativa quanto à propositura da Ação Civil Pública, posteriormente ultrapassado tanto na *actio*, como no *decisum in limine*, vez que é extremamente mais ampla do que o atendimento aos portadores de transtorno do espectro autista, os quais, inegavelmente, são pessoas consideradas com deficiência para todos os efeitos legais, conforme previsão na lei de regência e conforme assegura o § 2º, do seu artigo 1º, eis que, como salientei, efetivamente transborda para toda e qualquer situação de deficiência ou de necessidades educacionais especiais, o que, por vias transversas, *venia*, também como alhures asseverado, transmuda o que a Magna Carta determina como sendo o direito de obter um atendimento **preferencialmente** no ensino regular para o de um atendimento **obrigatoriamente** no referido ensino regular.

Como cediço, na Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/85), impetrada para a defesa de qualquer outro interesse difuso ou coletivo (art. 1º, IV), como é o caso, possível a concessão de tutela cautelar (art. 4º), mandado liminar (art. 12) ou verdadeira antecipação da tutela, com esteio no art.

273, do CPC, aplicável subsidiariamente, por força da menção expressa do artigo 19, da LACP.

Entretanto, como se vê da *actio*, não se trata aqui de tutela cautelar, mas, sim, de mandado liminar para cumprimento, na realidade, da tutela específica postulada, o que deixa antever, portanto, a necessidade dos requisitos expressos na Lei Adjetiva Civil, quais sejam, a prova inequívoca capaz de convencer o Magistrado da verossimilhança da alegação e o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, vez que, se repise, tem, indubitavelmente, natureza antecipatória.

Neste andar, como corolário, a “liminar” é uma antecipação de tutela específica, prevista em lei, concedida *initio litis*, isto é, no *limiar* do processo, com ou sem justificação prévia, com o escopo de entregar desde logo o provimento que só se obteria ao final, em razão da grande probabilidade de ser o autor considerado vencedor na demanda.

Feitas tais observações, no caso em tela, porém, com todas as *venias* possíveis, ante as inúmeras ressalvas apresentadas, especialmente quanto ao fato de que, para fins de liminar, transparece até mesmo irresponsável se pretender que todas as escolas aceitem a todos os portadores de eventuais deficiências, independentemente do tipo e grau de especial necessidade que possuam, diversamente do que determinam a Constituição, a Lei e a Convenção Internacional, aderida pelo Estado e, portanto, com força de Emenda Constitucional, que, ao que se deduz, tratam da inclusão **preferencialmente e não obrigatoriamente** no ensino regular, sem sequer se saber qual a deficiência ou qual o grau das dificuldades e especiais necessidades do educando, vez que inegavelmente intrinsecamente ligados à descoberta/ciência das específicas necessidades, porquanto diretamente unida e de modo indissociável ao que seja necessário ao aprendizado no que tange à própria inclusão e segurança, a ser atestada por profissional habilitado da área, podendo-se, ao contrário, desavisadamente e na realidade, criarem-se maiores empecilhos, como se disse, com o pretexto da inclusão.

Aliás, não há, ao menos por ora, qualquer prova a suportar o fato de que a determinação liminar seja melhor do que um atendimento especializado, em ambiente apropriado às necessidades especiais e de acordo com a indicação efetuada por profissionais a tanto habilitados, vez que, como se disse, diferenciar para o cuidado especial dos que necessitam de tal especial e específico cuidado, em ambiente próprio, visando o crescimento e a efetiva inclusão do deficiente é, na verdade, atender especificamente aos ditames constitucionais, convencionais e legais, o que, a meu sentir, pedindo *venia* a entendimentos diversos, não transparece, ao menos em sede liminar, no caso vertente.

Diante disso, não se vislumbra, por consequência e por ora, os requisitos do *fumus boni juris* e do *periculum in mora* aptos a suportar o deferimento da medida, aquele porque uma decisão tão elástica como a vergastada, isto é, a de obrigação geral e irrestrita de acolhimento, independentemente do tipo e grau de deficiência, a meu sentir, não se mostra nem um pouco razoável ou viável, seja por questões de garantia de aprendizado do educando especial, seja por questões, inclusive, de segurança de todos os educandos com e sem especiais necessidades, além do que o outro requisito, por evidente, sendo dependente de avaliação médica em inúmeros casos, dela não se podendo prescindir e sendo incabível sua transferência ao estabelecimento de ensino, até porque não competente para tanto, não só não se revela presente como, na realidade, evidencia um perigo exatamente inverso.

A propósito, *mutatis mutandis*:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. OBRIGAÇÃO DE FAZER. AGRAVANTES QUE OBJETIVAM O CUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO ASSUMIDA PELO AGRAVADO EM AÇÃO DE DIVÓRCIO. AGRAVADO QUE NÃO ESTÁ HONRANDO COM O PAGAMENTO DAS PRESTAÇÕES DO FINANCIAMENTO NO DIA DO RESPECTIVO VENCIMENTO. ATRASO QUE NÃO CAUSOU NENHUM PREJUÍZO ÀS AGRAVANTES QUE SEQUER TIVERAM SEUS NOMES NEGATIVADOS. AUSÊNCIA

DE ELEMENTOS SUFICIENTES À CONCESSÃO DA TUTELA PRETENDIDA. DECISÃO MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

A concessão da tutela antecipada tem como pressupostos a existência de prova inequívoca capaz de convencer o magistrado da verossimilhança das alegações e do fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação (artigo 273 do CPC). Ausente um destes requisitos legais, a antecipação da tutela jurisdicional não pode ser concedida.

Por tais razões, votei no sentido de se conhecer do recurso e dar-lhe provimento, modificando-se na íntegra a decisão do digno Juízo *a quo*, nos termos da fundamentação supra.

É como voto.

Paulo Ricardo Bruschi
Desembargador Substituto Participante
Relator Originário

SEÇÃO CRIMINAL

Revisão Criminal n. 2015.071155-6, de Laguna

Relator: Des. Getúlio Corrêa

REVISÃO CRIMINAL - CONDENAÇÃO PELO CRIME PREVISTO NO ART. 34, PARÁGRAFO ÚNICO, III, DA LEI N. 9.605/98 - TESE DE NULIDADE POR INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA - NÃO ACOLHIMENTO - MATÉRIA AFETA À JUSTIÇA ESTADUAL - COMPETÊNCIA COMUM PARA PRESERVAÇÃO DA FAUNA (CF, ART. 23, VII) - INEXISTÊNCIA DE INTERESSE DIRETO DA UNIÃO - ESPÉCIE DE PEIXE SOBRE-EXPLOTADA - APURAÇÃO DA INFRAÇÃO PELO IBAMA - NÃO DESLOCAMENTO DE COMPETÊNCIA - PESCA EM MAR TERRITORIAL, NA COSTA INTERESTADUAL - DENÚNCIA PELO TRANSPORTE DO PEIXE, NÃO PELA SUA PESCA - COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL - PEDIDO INDEFERIDO.

Não se tratando de espécie ameaçada de extinção, o processamento e o julgamento do crime de transporte de pesca proibida é de competência da Justiça Estadual, mesmo que o auto de infração tenha sido lavrado pelo IBAMA.

INÉPCIA DA DENÚNCIA - ALEGAÇÃO INÉDITA - PRECLUSÃO - PRECEDENTES - NÃO CONHECIMENTO.

“Resta preclusa a alegação de inépcia da denúncia, se a quæstio não foi suscitada antes da prolação da sentença” (Min. Felix Fischer).

PEDIDO REVISIONAL PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESTA EXTENSÃO, INDEFERIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Revisão Criminal n. 2015.071155-6, da Comarca de Laguna (Vara Criminal), em que é requerente Júlio Cesar Henrique:

A Seção Criminal decidiu, por votação unânime, conhecer em parte do pedido revisional e, nesta extensão, indeferi-lo. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado em 25 de novembro de 2015, os Excelentíssimos Senhores Desembargadores Ernani Guetten de Almeida, Luiz Cesar Schweitzer, Rui Fortes (Presidente), Moacyr de Moraes Lima Filho, Jorge Schaefer Martins, Marli Mosimann Vargas, Roberto Lucas Pacheco, Paulo Roberto Sartorato, Rodrigo Collaço e Sérgio Rizelo.

Funcionou como representante do Ministério Público o Excelentíssimo Senhor Procurador de Justiça Luiz Ricardo Pereira Cavalcanti.

Florianópolis, 27 de novembro de 2015.

Getúlio Corrêa
RELATOR

RELATÓRIO

Trata-se de revisão criminal ajuizada por Júlio Cesar Henrique contra sentença transitada em julgado no Processo-crime n. 040.07.00746-2.

Disse haver sido denunciado, juntamente com o corréu Miguel Sidnei Teixeira da Silva, pela prática, em tese, do crime ambiental previsto no art. 34, parágrafo único, III, c/c 15, II, *a*, ambos da Lei n. 9.605/98, pelos fatos assim descritos na peça acusatória:

“No dia 13 de novembro de 2006, por volta das 8h30min, no Porto pesqueiro, bairro Magalhães, nessa cidade, os denunciados foram flagrados fazendo o desembarque de 5040 Kg (cinco mil e quarenta quilos) de anchova.

Ressalta-se que ambos transportaram os 5040 Kg (cinco mil e quarenta quilos) de anchova, os quais eram provenientes de pesca proibida (período de defeso) na embarcação HENRIQUE V, e que

ambos visavam comercializar a mercadoria, ou seja, buscavam obter vantagem pecuniária” (fls. I-II do anexo).

A denúncia foi recebida, ocasião na qual também foi designada audiência para proposta de suspensão do processo para o codenunciado Miguel, a qual foi aceita (fl. 66). Deixou-se de ofertar a suspensão ao ora revisionando porque respondia a processo criminal na comarca de Santa Rosa do Sul.

Instruído o feito, o Juiz de Direito Renato Müller Bratti julgou totalmente procedente a denúncia e condenou Júlio Cesar Henrique à pena de 01 (um) ano e 02 (dois) meses de detenção, além do pagamento de 10 (dez) dias-multa, no mínimo legal, em regime inicialmente aberto. Substituiu a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direito, consistentes no pagamento de prestação pecuniária arbitrada em 05 (cinco) salários mínimos e de multa no montante de 10 (dez) dias-multa, cada qual fixado em 1/2 (metade) do salário mínimo (fls. 157-163 do anexo).

A decisão transitou em julgado em 06.09.2010 (certidão de fl. 217) e formou-se o PEC (autos n. 040.10.005021-2, fl. 221), encaminhado à comarca de Santa Rosa do Sul, pois o revisionando reside em Passo de Torres/SC.

No pedido revisional (fls. 02-12), Júlio Cesar Henrique aventou a nulidade do processo (CPP, art. 626) por incompetência absoluta, porquanto “*é incontroverso que se tratando de pesca de anchova (Pomatomus saltatrix) em período de defeso, seja em águas interestaduais, seja em mar territorial, seja por ter sido objeto de autuação do IBAMA, por se tratar de espécie em extinção, resta evidenciada situação indicativa da existência de lesão a bens, serviços ou interesses da União, a ensejar a competência da Justiça Federal*” (fl. 09).

Alegou, de outra parte, a inépcia da peça acusatória, já que o tipo penal que embasou a condenação é norma penal em branco e, portanto, a denúncia deveria ter indicado a respectiva norma complementar.

Mencionou que, embora a pena já tenha sido cumprida, os efeitos da condenação persistem na seara eleitoral, impedindo-o de candidatar-se ao cargo de Prefeito de Passo de Torres nas eleições de 2016.

Diante disso, requereu a procedência do pedido a fim de *a)* cassar-se a sentença rescindenda para reconhecer a incompetência absoluta do juízo da Vara Criminal da Comarca de Laguna/SC, com a remessa dos autos à Justiça Federal ou, alternativamente, *b)* declarar-se a inépcia da denúncia e, por conseguinte, a absolvição do requerente pelo não recebimento da peça acusatória.

O pedido liminar foi indeferido (fls. 17-20).

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, por parecer do Procurador de Justiça Luiz Ricardo Pereira Cavalcanti, manifestou-se pelo indeferimento do pedido revisional (fls. 25-28).

VOTO

1. Antecipando o voto, conheço em parte e, nesta extensão, indefiro o pedido revisional.

2. O revisionando, com fulcro nos arts. 621, I, e 626, parte final, ambos do CPP, alegou a nulidade absoluta do feito, por se tratar de questão afeta à competência da Justiça Federal.

De acordo com o texto constitucional, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios têm competência comum para “*preservar as florestas, a fauna e a flora*” (CF, art. 23, VII). Diante disso, com a superação do enunciado n. 91 da súmula do STJ (“*Compete à Justiça Federal processar e julgar os crimes praticados contra a fauna*”), ante a vigência da Lei n. 9.605/98, a competência para o julgamento dos crimes ambientais, via de regra, é da Justiça Estadual, salvo se o delito for praticado em “*detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas*” (CF, art. 109, VI). É

que, nessas hipóteses, prevalece a competência expressa na Constituição. Sobre o tema, extraio da doutrina:

“Portanto, em sendo a proteção ao meio ambiente matéria de competência comum da União, dos Estados e dos Municípios, e inexistindo, quanto aos crimes ambientais, dispositivo constitucional ou legal expresso sobre qual a Justiça competente para o seu julgamento, tem-se que, em regra, o processo e o julgamento dos crimes ambientais é de competência da Justiça Comum Estadual, salvo se praticados em detrimento de bens, serviços e interesse da União, ou de suas autarquias e empresas públicas” (DE LIMA, Renato Brasileiro. JusPodivm. 3. ed. Salvador, 2015. p. 422).

Uma das situações em que se entende por afetado interesse da União é a prática de delitos envolvendo espécies ameaçadas de extinção. Nesse sentido:

“RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CRIMES CONTRA A FAUNA. TRANSPORTE DE ESPÉCIMES DA FAUNA SILVESTRE AMEAÇADAS DE EXTINÇÃO. EXISTÊNCIA DE INTERESSE DA UNIÃO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. RECURSO DESPROVIDO.

1. O Superior Tribunal de Justiça assentou o entendimento de que, após a revogação do enunciado da Súmula n.º 91, compete à Justiça Estadual, de regra, o processamento e o julgamento dos feitos que visem à apuração de crimes ambientais.

2. Contudo, quando presente o interesse da União na lide, porquanto as **espécies ilegalmente transportadas e comercializadas estão ameaçadas de extinção**, evidencia-se a competência da Justiça Federal. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça.

3. Recurso desprovido” (STJ, RHC n. 32592, Min. Laurita Vaz, j. 17.09.2013 - grifei).

Não é esse, porém, o caso dos autos. Isso porque a anchova - *Pomatomus saltatrix* -, de acordo com a Instrução Normativa n. 05/04, não é espécie em extinção, mas sim sobre-explotada, assim considerada porque a “*condição de captura de uma ou todas as classes de idade em uma*

população são tão elevadas que reduz a biomassa, o potencial de desova e as capturas no futuro, a níveis inferiores aos de segurança” (art. 2º, II). Justamente por isso, na Instrução Normativa Interministerial (Ministério da Pesca e Aquicultura e Ministério do Meio Ambiente) n. 02/09, foi instituído o período de defeso, ou seja, a época do ano em que a pesca - e também o transporte (art. 5º, parágrafo único) - da referida espécie é proibida.

Não se tratando de espécie em extinção, não há falar em interesse da União a justificar a competência da Justiça Federal. O fato de o IBAMA ter lavrado auto de infração não altera essa conclusão, como alegou o revisionando. Ora, o envolvimento do órgão federal, com vista à fiscalização da preservação ambiental, não representa interesse direto e específico do ente federal, logo deve-se preservar a competência residual da Justiça Estadual. A respeito da questão, o seguinte julgado:

“RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. DESFLORESTAMENTO DE UNIDADE DE CONSERVAÇÃO MUNICIPAL. ART. 40 E § 1º, DA LEI 9.605/98. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL. INOCORRÊNCIA DE LESÃO DIRETA A BENS, SERVIÇOS OU INTERESSES DA UNIÃO OU ENTIDADE AUTÁRQUICA. ADMINISTRAÇÃO DO IBAMA. NÃO DESLOCAMENTO DA COMPETÊNCIA PARA A JUSTIÇA FEDERAL. RECURSO PROVIDO.

1. A Lei nº 9.605/98, que disciplina os crimes cometidos em detrimento do meio ambiente (fauna e flora), nada dispõe acerca da competência para o processamento e julgamento das ações penais relativas aos delitos nela descritos.
2. É restrita a competência da Justiça Federal para processar e julgar delitos ambientais aos crimes cometidos em detrimento de bens, serviços ou interesses da União, suas autarquias ou empresas públicas, considerando-se que o art. 23, incisos VI e VII, da Constituição Federal fixa a competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios para “proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas” e “preservar as florestas, a fauna e a flora”.

[...]

5. A atribuição do IBAMA (autarquia federal) como responsável pela fiscalização e preservação do meio ambiente não atrai a competência da Justiça Federal, tendo em vista a ocorrência, apenas, de interesse genérico e indireto da União.

6. Recurso provido para fixar a competência da Justiça Estadual, determinando a remessa dos autos para o juízo prevento” (STJ, RHC n. 26483, Min. Jorge Mussi, j. 02.08.2011 - destaquei).

Também não há cogitar do deslocamento da competência em razão de a pesca ter sido efetuada, segundo o requerente, em mar territorial na costa dos municípios de Rincão/SC, Torres/RS e Tramandaí/RS. Como bem explicou o Procurador de Justiça Luiz Ricardo Pereira Cavalcanti, o ora revisionando foi denunciado pela conduta de transportar pesca proibida (Lei n. 9.605/98, art. 34, parágrafo único, III), não pela pesca em si (Lei n. 9.605/98, art. 34, *caput*). A propósito:

“A priori, cumpre esclarecer que o revisionando foi denunciado e condenado pelas condutas de ‘transportar’ e ‘comercializar’ *‘espécimes provenientes da coleta, apanha e pesca proibidas’*, previstas no art. 34, parágrafo único, III, da Lei n. 9.605/98, e não pela pesca proibida descrita no *caput* do referido artigo, em que pese os denunciados terem admitido que também cometeram tal delito”.

Assim, como o objeto material do delito praticado não é peixe ameaçado de extinção, não verifico violação aos critérios de fixação da competência absoluta. Portanto, o pedido de anulação do feito não merece acolhimento.

3. O revisionando suscitou a inépcia da denúncia, ao argumento de não estar descrita na inicial a norma complementadora da expressão legal *“espécimes de coleta, apanha e pesca proibidas”*.

Compulsando os autos, verifico que a tese somente foi aventada agora, em sede revisional, sem ter sido anteriormente debatida. Diante

disso, a alegação ficou acobertada pela preclusão, de acordo com os precedentes dos Tribunais Superiores:

“PENAL. PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CRIMES CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL. GESTÃO FRAUDULENTA. INÉPCIA DA INICIAL. ALEGAÇÃO POSTERIOR À PROLAÇÃO DA SENTENÇA. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO. INVIABILIDADE. NECESSIDADE DE REEXAME DE PROVAS. SÚMULAS 7/STJ E 279/STJ.

I - Resta preclusa a alegação de inépcia da denúncia, se a quaestio não foi suscitada antes da prolação da sentença. (Precedentes).

[...]

Agravo regimental desprovido” (STJ, AgRg no AREsp n. 480922, Min. Felix Fischer, j. 18.08.2015).

“PENAL. DELITO DO ART. 19 DA LEI 7.492/1986. CONDENAÇÃO EMBASADA POR PROVA IDÔNEA. UTILIZAÇÃO DO HABEAS CORPUS COMO INSTRUMENTO DE REEXAME DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. IRRETROATIVIDADE DO ART. 366 DO CPP A FATOS OCORRIDOS ANTES DA LEI 9.271/1996. INÉPCIA DA DENÚNCIA SUSCITADA APÓS A SENTENÇA CONDENATÓRIA. PRECLUSÃO. RECURSO ORDINÁRIO IMPROVIDO. [...]

3. A alegação de inépcia da denúncia está preclusa quando suscitada após a sentença penal condenatória (RHC 50.548/SP, Relator(a): Min. ANTONIO NEDER - RTJ 64/344). Precedentes” (STF, RHC n. 105730, Min. Teori Zavascki, j. 22.04.2014).

E mais: STF, RHC n. 119194, Min. Roberto Barroso, j. 02.09.2014; STF, HC 111363, Min. Luiz Fux, j. 13.08.2013; STF, RHC n. 116082, Min. Ricardo Lewandowski, j. 23.04.2013; STJ, AgRg no Resp n. 1342236, Min. Sebastião Reis Júnior, j. 28.08.2015; STJ, HC n. 291368, Min. Rogerio Schietti Cruz, j. 20.05.2014; STJ, HC 278610, Min. Marilza Maynard - Desembargadora convocada do TJSE, j. 20.03.2014.

Esse também é o entendimento desta Seção Criminal:

“REVISÃO CRIMINAL. 1. CABIMENTO. REITERAÇÃO DE TESE JÁ SUBMETIDA AO JUDICIÁRIO. 2. INÉPCIA DA DENÚNCIA. SENTENÇA CONDENATÓRIA. PRECLUSÃO.

1. A pretensão de reanálise de questão já submetida ao Poder Judiciário e decidida na ação penal transitada em julgado não autoriza o ajuizamento de revisão criminal.

2. A alegação de inépcia da denúncia deve ser feita até a prolação da sentença condenatória, sob pena de preclusão.

REVISÃO PARCIALMENTE CONHECIDA E INDEFERIDA”
(Revisão Criminal n. 2015.025364-5, Des. Sérgio Rizelo, j. 30.09.2015 - destaquei).

O pedido, então, não merece ser conhecido.

4. À vista do exposto, voto pelo conhecimento parcial do pedido revisional e, nesta extensão, pelo seu indeferimento.

Embargos Infringentes n. 2015.013504-8, de Blumenau

Relator designado: Des. Getúlio Corrêa

EMBARGOS INFRINGENTES - DELITO DE DESOBEDIÊNCIA (CP, ART. 330) - AGENTE QUE NÃO ACATA A ORDEM DE PARADA DE POLICIAIS RODOVIÁRIOS E EMPREENDE FUGA - SENTENÇA CONDENATÓRIA MANTIDA, POR MAIORIA, EM ANÁLISE DA APELAÇÃO CRIMINAL - VOTO DIVERGENTE NO SENTIDO DE RECONHECER A EXCLUSÃO DA TIPICIDADE DIANTE DA TENTATIVA DE PRESERVAÇÃO DA PRÓPRIA LIBERDADE - GARANTIA CONSTITUCIONAL DE NÃO SE AUTOINCRIMINAR QUE NÃO PODE SER INTERPRETADA COMO PERMISSIVA À PRÁTICA DE OUTRO CRIME - PREVALÊNCIA DO VOTO VENCEDOR - RECURSO DESPROVIDO.

“O direito de não se autoincriminar não deve ser interpretado de modo a permitir que o agente pratique um novo crime. Se a ordem policial de parada é lícita e amparada em legislação que autorize, é dever de todo e qualquer indivíduo atender ao comando, sob pena de incorrer não apenas em infração administrativa, mas também penal” (TRF-4, Desembargador Federal Victor Luiz dos Santos Laus).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos Infringentes n. 2015.013504-8, da Comarca de Blumenau (3ª Vara Criminal), em que é embargante Valdico Ribeiro Luiz, e embargado Ministério Público do Estado de Santa Catarina:

A Seção Criminal decidiu, por maioria de votos, conhecer e negar provimento aos embargos infringentes. Vencidos os Excelentíssimos Desembargadores Jorge Schaefer Martins, Roberto Lucas Pacheco, Sérgio Rizelo e Moacyr de Moraes Lima Filho que votaram no sentido de dar provimento ao recurso. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado em 25 de novembro de 2015, os Excelentíssimos Senhores Desembargadores Jorge Schaefer

Martins, Marli Mosimann Vargas, Roberto Lucas Pacheco, Paulo Roberto Sartorato, Rodrigo Collaço, Sérgio Rizelo, Ernani Guetten de Almeida, Luiz Cesar Schweitzer, Rui Fortes (Presidente), Moacyr de Moraes Lima Filho e Salete Silva Sommariva.

Funcionou como representante do Ministério Público, o Excelentíssimo Procurador de Justiça Luiz Ricardo Pereira Cavalcanti.

Florianópolis, 07 de dezembro de 2015.

Getúlio Corrêa
RELATOR

RELATÓRIO

O Ministério Público do Estado de Santa Catarina ofereceu denúncia contra Valdico Ribeiro Luiz pelo cometimento, em tese, dos crimes descritos no art. 330 do CP e no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06, pelos fatos assim narrados na peça acusatória:

“No período vespertino do dia 30 de outubro de 2013, o denunciado Valdico Ribeiro Luiz, conduzindo a motocicleta Shineray XY GY, de placa MKM 8861, desobedeceu a ordem legal de Policial Rodoviário Federal, porquanto não atendeu a ordem de parada da moto emanada pela Polícia que fiscalizava o KM 51,9 da BR-470, no bairro Salto Norte, Blumenau.

Ato contínuo, após uma breve fuga, o denunciado Valdico foi abordado na rua Francisco Tiedt, oportunidade na qual os Policiais flagraram que o denunciado tentou dispensar um invólucro plástico contendo 24,7 gramas de substância semelhante à crack, droga que o denunciado Valdico trazia consigo e transportava, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, a fim de entregar a consumo e/ou expô-las à venda” (fl. II).

Devidamente instruído o processo, ofertadas as alegações finais (fl. 96, do Ministério Público, e fls. 101-105, do denunciado), foi proferida

sentença de total procedência do pleito acusatório. Eis o teor da parte dispositiva:

“**CONDENO** o réu VALDICO RIBEIRO LUIZ, qualificado nos autos, à pena de **2 anos e 6 meses de reclusão, em regime semiaberto, e 292 dias-multa**, por infração ao art. 33, *caput*, c/c o §4º, da Lei n. 11.343/06, c/c o art. 65, III, “d”, do Código Penal, e à pena de **15 dias de detenção, em regime aberto, e 10 dias-multa**, por infração ao art. 330, c/c o art. 65, III, “d”, ambos do Código Penal.

Fixo o dia multa em 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos” (fls. 116-117).

Irresignado, o réu apelou (fls. 160-168) e aventou, em síntese: *a*) a ausência de provas da autoria delitiva; *b*) a não configuração do crime de desobediência; *c*) a desclassificação do delito de tráfico de drogas para aquele descrito no art. 28 da Lei n. 11.343/06 ou no disposto no § 3º do art. 33 da mesma norma; *d*) a redução da pena-base do delito de tráfico ao mínimo legal; *e*) aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei Antidrogas no patamar máximo; *f*) a possibilidade de fixação do regime aberto e de substituição da reprimenda por restritivas de direitos.

Na sessão de julgamento de 18.11.2014 da Terceira Câmara Criminal, a apelação interposta pelo denunciado foi, por maioria de votos, parcialmente provida apenas para adequar a pena-base referente ao delito de tráfico de entorpecentes. Ficou vencido o Desembargador Moacyr Moraes Lima Filho quanto à configuração do crime de desobediência, absolvendo o réu com relação a este fato (acórdão às fls. 187-208).

Valdico Ribeiro Luiz interpôs os presentes embargos infringentes (fls. 211-225), com vistas à prevalência do voto vencido.

Para tanto, invocou o princípio da intervenção mínima do Estado para dizer que a desobediência à ordem de parada no trânsito é atípica, pois já existe sanção administrativa prevista no art. 195 do CTB.

Enfatizou, de outra parte, a ausência do dever legal de obediência, porquanto o embargante tem direito ao silêncio e a não produzir prova contra si mesmo.

Disse, finalmente, da atipicidade da conduta por ausência de dolo.

Dessa forma, requereu o provimento do recurso visando à absolvição do embargante.

O recurso foi recebido pelo eminente relator da apelação, Desembargador Rui Fortes (fl. 228), e os autos foram distribuídos ao relator originário Jorge Schaefer Martins.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, por parecer da lavra do Procurador de Justiça Rui Arno Richter, opinou pelo conhecimento e provimento dos embargos infringentes (fls. 231-232).

VOTO

1. A divergência cinge-se à (a)tipicidade da conduta perpetrada pelo embargante ao desobedecer ordem de parada de autoridade de trânsito.

O voto prevalente, de relatoria do ilustre Desembargador Rui Fortes, concluiu pela tipicidade do fato imputado ao embargante, sob os seguintes fundamentos:

“Pleito absolutório em relação ao crime de desobediência.

O recurso não merece provimento.

Na espécie, a materialidade do delito está comprovada por meio do auto de prisão em flagrante (fls. 2 a 18) e boletins de ocorrência (fls. 3 a 5).

A autoria, por sua vez, está demonstrada pelas provas colhidas no curso da instrução criminal.

Com efeito, o réu, em Juízo, confessou ter empreendido fuga após avistar a ordem de parada dos policiais rodoviários federais, alegando que a motocicleta que conduzia não era de sua propriedade e estava com a documentação atrasada. Aduziu que não queria perder a moto, e também não queria que sua família soubesse do seu envolvimento com drogas (mídia de fl. 95).

A confissão do réu foi corroborada pela prova testemunhal.

A policial rodoviária federal Sissi Heleodoro, em seu depoimento judicial, afirmou que, no dia dos fatos, estava fiscalizando a prática de infrações às normas de trânsito, quando visualizou a motocicleta conduzida pelo réu transitando pelo acostamento. Ponderou que então o policial Griese deu ordem de parada, mas o réu não obedeceu, empreendendo fuga. Relatou que, ato contínuo, embarcaram na viatura e saíram em perseguição. Acrescentou que a ordem de parada foi dada no km 51, próximo à saída da via expressa, e o réu só foi abordado quando caiu da moto, já na Rua Bahia, em frente à marmoraria Bahia. Disse, ainda, que durante o trajeto de fuga, o réu dirigiu de forma bem perigosa, colocando em risco a vida dos transeuntes.

No mesmo sentido, o policial Mariano Abdo Griese informou que estava participando de uma operação para impedir o trânsito pelo acostamento na BR-470, na saída da via-expressa, quando verificou uma motocicleta transitando pelo acostamento. Afirma que deu ordem de parada ao motociclista, ora réu, que a desrespeitou e empreendeu fuga pela BR-470, dirigindo, de forma imprudente, por cerca de 5km (cinco quilômetros), até cair e ser abordado.

Acerca da validade probatória do depoimento dos agentes policiais, Julio Fabbrini Mirabete ensina:

Como toda testemunha, o policial assume o compromisso de dizer a verdade do que souber e lhe for perguntado, ficando sujeito, como qualquer outra pessoa, às penas da lei, na hipótese de falso testemunho. O depoimento vale, não pela condição de depoente, mas pelo seu conteúdo de verdade. Estando em harmonia com as demais provas dos autos, não há razão para desprezá-lo apenas por se tratar de policial (Código de processo penal interpretado. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 557).

A respeito:

As declarações dos agentes estatais, a princípio, são isentas de suspeita e só não possuem valor quando estes agem de má-fé, o que não é o caso. Desta forma, inexistindo circunstâncias que afastem a eficácia probatória do depoimento dos policiais e considerando que suas declarações foram ratificadas em juízo, mister é o reconhecimento

do seu valor probante (Ap. Crim. (Réu Preso) n. 2010.079995-7, de Jaraguá do Sul, rela. Desa. Salete Silva Sommariva).

O valor do depoimento testemunhal de servidores policiais - especialmente quando prestado em Juízo, sob a garantia do contraditório - reveste-se de inquestionável eficácia probatória, não se podendo desqualificá-lo pelo só fato de emanar de agentes estatais incumbidos, por dever de ofício, da repressão penal (STF, HC n. 73518-8, rel. Min. Celso de Mello).

Sobre o crime de desobediência, leciona Julio Fabbrini Mirabete:

Sujeito ativo do crime previsto no art. 330 é aquele que desobedece a ordem legal emanada da autoridade competente. Em regra, portanto, é o particular, mesmo porque a infração está entre os crimes praticados por este contra a administração em geral. (...)

A conduta típica é desobedecer, ou seja, não acatar, não atender, não aceitar, não cumprir a ordem legal. Tanto pode ser praticada por omissão, não atuando o agente como deve, quanto por comissão, agindo quando deve se abster. (...)

O dolo é a vontade de não obedecer a ordem legal do funcionário público, sendo indispensável que o agente tenha ciência da determinação e consciência da sua legalidade, que inclui a competência do funcionário e atribuição do agente para cumpri-la. (Código Penal Interpretado, 6ª ed., São Paulo: Atlas, 2008, p. 2477, 2480 e 2497).

Na hipótese, o réu, condutor da motocicleta, apesar de ter visualizado a ordem de parada feita pelos policiais rodoviários federais, não a obedeceu, empreendendo fuga do local em alta velocidade, com a nítida intenção de evitar a abordagem da autoridade policial.

Dessa forma, não há falar em atipicidade da conduta como pretende a defesa, porquanto o apelante, ao desatender à ordem de “pare” efetuada pelos policiais rodoviários federais, desobedeceu a ordem legal de funcionário público, incorrendo, portanto, no delito tipificado no art. 330, caput, do Código Penal.

Como se vê, a ordem foi revestida de legalidade, porquanto o réu estava dirigindo pelo acostamento - infração de trânsito prevista no art. 193 do Código de Trânsito Brasileiro.

Em caso análogo, já decidiu esta Câmara Criminal:

APELAÇÃO CRIMINAL. [...] CRIME DE DESOBEDIÊNCIA. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. NÃO ACATAMENTO À ORDEM DE PARADA EMANADA PELOS POLICIAIS. FUGA BUSCANDO EVITAR PRISÃO EM FLAGRANTE. SENTENÇA MANTIDA. [...] (TJSC, Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2014.022243-4, de Rio do Sul, rel. Des. Ernani Guetten de Almeida, j. 26-08-2014 - grifou-se).

CRIME CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - DESOBEDIÊNCIA (ART. 330, CAPUT, DO CP) - RÉU QUE DESOBEDECE A ORDEM POLICIAL DE PARAR A MOTOCICLETA - LEGALIDADE DA ORDEM - DOLO MANIFESTO - DELITO CARACTERIZADO (Apelação Criminal n. 2008.036868-3, de Camboriú, rel. Des. Moacyr de Moraes Lima Filho, j. em 6/8/2008 - grifou-se).

Portanto, a condenação do réu pela prática do crime de desobediência merece ser mantida” (fls. 191-193).

O voto dissidente, por sua vez, da lavra do eminente Desembargador Moacyr de Moraes Lima Filho, disse da atipicidade da conduta. Eis o teor de suas ponderações:

“Dissenti, em parte, da douta maioria por entender que não se configura crime de desobediência quando a rebeldia se dá em razão da tentativa de preservação da própria liberdade.

Infere-se do caderno processual que o apelante desobedeceu ordem de parada dos policiais rodoviários federais, empreendendo fuga com sua motocicleta, em razão de estar transportando pedras de crack.

Não obstante ser evidente a desobediência, a Constituição Federal assegura o direito ao silêncio e garante a não produção de provas contra si. Por consequência, é atípica a conduta do agente que não atende à ordem legal para evitar a prisão em flagrante.

Sobre a matéria, prelecionam Luiz Flávio Gomes e Rogério Sanches Cunha que inexistente *“o crime quando a rebeldia se dá para não se produzir prova contra si mesmo, desdobramento lógico da garantia constitucional*

ao silêncio” (*Direito Penal: Parte especial*. v. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 402).

Da jurisprudência deste Tribunal, colhe-se o seguinte precedente:

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. [...] CRIME DE DESOBEDIÊNCIA. ORDEM LEGAL EMANADA ENQUANTO APELANTE DIRIGIA SOB INFLUÊNCIA DE ALCÓOL 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. [...] RECURSO CONHECIDO EM PARTE E PARCIALMENTE PROVIDO. (Apelação Criminal n. 2014.028536-4, de Anchieta, rel. Des. Sérgio Rizelo, j. em 11/11/2014)

Na mesma vereda: Apelação Criminal n. 2014.063479-4, de Tubarão, rel. Des. Rodrigo Collaço, j. em 23/10/2014; Apelação Criminal n. 2011.006972-3, da Capital, rel. Des. Leopoldo Augusto Brüggemann, j. em 28/5/2012; e Apelação Criminal n. 2013.053070-9, de Maravilha, deste Relator, j. em 22/10/2013.

Por essa razão divergi da maioria, absolvendo o réu da imputação do art. 330 do Código Penal” (fls. 207-208).

2. Assim, delimitada a dissonância, passo ao exame do mérito.

A pretensão do embargante, adiantado, merece ser conhecida e desprovida.

Não se tem dúvidas de que a Constituição Federal, ao assegurar em seu art. 5º, LXIII, o direito ao silêncio, consectário da ampla defesa, assegura ao indivíduo o direito de não se autoincriminar (princípio *nemo tenetur se detegere*).

Contudo, tal garantia não pode ser interpretada como direito ínsito quando a sua prática resulte em outros crimes. Nesse sentido, aliás, ainda que trate especificamente do direito de mentir - o que, estrito *sensu*, é

uma espécie de manifestação do princípio de não autoincriminação e, por conseguinte, aplicável ao caso sob exame -, esclarece Marcus Renan Palácio de M. C. dos Santos, em artigo intitulado Princípio ‘*nemo tenetur se detegere e os limites a um suposto direito de mentir*’:

“O direito ao silêncio e a garantia contra a não auto-incriminação proporcionam discussões quanto à sua extensão e/ou seus limites. Para alguns, por força dessas prerrogativas, tem o acusado, no seu exercício à ampla defesa, o direito de mentir, sem que, em consequência, sofra qualquer admoestação e/ou punição; para outros, porém, a **garantia ao silêncio e o direito de não produzir provas em seu desfavor, não asseguram ao acusado, notadamente nas legislações ocidentais, o direito de mentir sem que, em decorrência, sofra qualquer represália.**

[...]

3.3.2 Restrições a um suposto direito de mentir.

[...] **Theodomiro Dias Neto: ‘A mentira é um direito do acusado desde que sua prática não resulte em crimes’** (Revista Brasileira de Ciências Criminais, nº 19. São Paulo:RT, 1997, p. 187 [Apud Thiago Bottino. O direito ao silêncio na jurisprudência do STF. São Paulo: Campus jurídico, 2009, p. 73, nota de rodapé nº 100]).

Luis Flávio Borges D’Urso:

‘O limite, tênue, que define quando o acusado está no exercício de um direito ou infringindo algum dispositivo legal reside na conduta observada isoladamente [...]. Dessa forma fica evidente que o acusado criminalmente não tem o direito de mentir impunemente, pois mesmo que se utilize do princípio da ampla defesa, de não produzir prova contrária a si mesmo ou de permanecer calado, jamais estará autorizado a mentir sobre a sua identidade ou a se auto-acusar falsamente, respondendo por tais crimes se assim proceder’ (D’URSO, Luis Flávio Borges. O acusado tem direito de mentir? Disponível em <http://www.Ambitojuridico.com.br>. Acessado em 25/11/2009)” (Disponível em http://www.esmal.tjal.jus.br/arquivosCursos/2015_05_11_14_08_46_Artigo.Nemo.Tenetur.Direito.Mentir.Marcus.Palacio.pdf, acesso em 25.11.2015).

Assim, não obstante já tenha entendido diversamente em julgamentos anteriores, compartilho, atualmente, do posicionar de que o

direito de o réu não se autoincriminar deve ser analisado sob o prisma da legalidade, não podendo o indivíduo valer-se de tal garantia para cometer outra conduta tipificada como ilícito penal.

E, no caso, conforme afirmou com propriedade o eminente relator, Des. Rui Fortes, o réu, condutor de motocicleta que trafegava pela acostamento, não obstante ter visualizado a determinação de parada por parte policiais rodoviários federais, não a obedeceu, empreendendo fuga do local em alta velocidade.

Portanto, a ordem legal emanada de funcionário público foi flagrantemente desrespeitada pelo ora embargante, enquadrando-se, sem dúvidas, no delito de desobediência previsto no art. 330 do CP.

Nesse sentido, aliás, colho o elucidativo precedente:

“PENAL E PROCESSUAL PENAL. DESCAMINHO. ARTIGO 334, § 1º, B, DO CÓDIGO PENAL, C/C ART. 3º DO DECRETO-LEI 399/68. MATERIALIDADE E AUTORIA DEVIDAMENTE COMPROVADAS. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA JURÍDICA. INAPLICABILIDADE. DESOBEDIÊNCIA A ORDEM DE PARADA. FISCALIZAÇÃO. ARTIGO 330 DO CÓDIGO PENAL. FATO TÍPICO. CONDENAÇÃO MANTIDA. EFEITOS DA CONDENAÇÃO. PERDIMENTO DO VEÍCULO. SANÇÃO AFASTADA.

1. Devidamente comprovadas a materialidade e a autoria delitivas, bem como o dolo do agente, deve ser mantida a condenação pela prática do delito previsto no artigo 334, § 1º, b, do Código Penal.

2. Não se mostra viável a incidência do princípio da insignificância quando o fato envolver o ingresso em solo pátrio e/ou transporte de cigarros desacompanhados da documentação comprobatória de sua regular importação, independente dos valores de tributos envolvidos. A evolução na compreensão acerca do tema possui como principal fundamento a proteção à saúde pública, uma vez que “o bem jurídico tutelado com tais condutas, para além de transcender à mera ilusão do crédito fiscal, vê-se violado a modo potencial, e significativamente” (RSE 50060043320124047102, minha Relatoria, julgamento em 31-7-2013).

3. O direito de não se autoincriminar não deve ser interpretado de modo a permitir que o agente pratique um novo crime. Se a ordem policial de parada é lícita e amparada em legislação que autorize, é dever de todo e qualquer indivíduo atender ao comando, sob pena de incorrer não apenas em infração administrativa, mas também penal.

4. Não tendo sido demonstrada a presença de alteração na estrutura do veículo e por não haver quaisquer provas que possam amparar as hipóteses legais para a decretação do perdimento, inexistindo também comprovação de que o bem seja produto de prática delitiva, impõe-se a sua liberação na esfera penal. Precedente” (TRF-4, ACrim n. 5002115-66.2011.404.7115/RS, Des. Fed. Victor Luiz dos Santos Laus, j. 26.02.2014).

E do corpo do acórdão, extraio:

“1. Malgrado tenha revisado estes autos, peço vênia ao douto relator para divergir, servindo-me dos argumentos trazidos Des. Fed. Leandro Paulsen, lavrados nos seguintes termos:

‘Peço vênia ao eminente Relator para divergir no que toca à absolvição do agente pelo cometimento do crime de desobediência.

A circunstância de evadir-se da fiscalização quando há ordem legal de parada, emitida pela autoridade pública competente, constitui crime contra a administração pública. No momento em que o agente não cede ao comando da autoridade legalmente investida, pratica o crime inculcado no artigo 330 do Codex Repressivo.

Não se está a discordar que o direito constitucional ao silêncio, previsto no artigo 5º, LXIII, da Constituição Federal, é uma projeção da ampla defesa e garante ao indivíduo o direito de não se auto-incriminar, ou de produzir prova que lhe seja desfavorável. Inclusive, em diversas assentadas o Supremo Tribunal Federal tem se manifestado no sentido de que os acusados, suspeitos ou testemunhas não estão obrigados a fornecerem base probatória para caracterizar a sua própria culpa.

Entretanto, este não é o caso dos autos.

Como é sabido os direitos fundamentais não são absolutos, e a ausência do dever de se autoacusar não abrange, por óbvio, o direito de cometer

crime de desobediência, por desacato a ordem policial. O exercício dos direitos e garantias fundamentais não podem servir de salvaguarda de práticas ilícitas, não servindo de substrato para alegações contrárias ao ordenamento jurídico.

Ademais, a ordem jurídica não vê a fuga como um direito. O reconhecimento de um pretense direito à fuga, como já se decidiu anteriormente, "implicaria, ainda, tratamento diverso para o réu procurado, esse supostamente legitimado a fugir, enquanto outro cidadão que não é procurado estaria obrigado a obedecer à ordem legal do funcionário, sob pena de incidir em crime de desobediência. Adotada outra solução, de que todos podem desobedecer, a idéia de poder de polícia, necessária à regulação da vida social, restaria totalmente sem sentido".

Pelas razões esposadas, não há falar em atipicidade da conduta, assim tenho por correta a decisão de primeiro grau quanto ao ponto. Ressalto, inclusive, que este foi o entendimento firmado pela 4ª Seção deste Tribunal em 19/12/2013 nos Embargos Infringentes e de Nulidade nº 50036337120134047002, cuja ementa estampa:

DIREITO PENAL. FUGA ANTE FISCALIZAÇÃO. CRIME DE DESOBEDIÊNCIA. CONFIGURAÇÃO. 1. Comete crime de desobediência, em tese, aquele que deixa de cumprir ordem legal de parada do veículo para fins de fiscalização tributária, de trânsito ou policial. 2. Os direitos fundamentais não são absolutos, e a ausência do dever de se autoacusar não abrange o direito de cometer crime de desobediência, por desacato à ordem policial. O exercício dos direitos e garantias fundamentais não podem servir de salvaguarda de práticas ilícitas, não servindo de substrato para alegações contrárias ao ordenamento jurídico. (TRF4, ENUL 5003633-71.2013.404.7002, Quarta Seção, Relator p/ Acórdão Leandro Paulsen, D.E. 19/12/2013) Assim, concedo o habeas corpus em menor extensão."

2. Entendo relevantes estes fundamentos, não devendo o direito de não se autoincriminar deve ser interpretado de modo a permitir que o agente pratique um novo crime. Se a ordem policial de parada é lícita e amparada em legislação que autorize a fiscalização (seja ela de trânsito, fiscal, policial ou sanitária), é dever de todo e qualquer

indivíduo atender ao comando, sob pena de incorrer não apenas em infração administrativa, mas também penal.

O direito de autodefesa do acusado não pode comportar exageros, a ponto de permitir-se que o agente pratique conduta criminosa para assegurar a impunidade. Aliás, se a intenção foi facilitar a impunidade de outro crime, isto pode, em tese, configurar a agravante prevista no art. 61, II, b, do CP.

Não desconheço que esta Corte se orientou no sentido da atipicidade da conduta, mas a orientação corrente, segundo o precedente apresentado na divergência, é no sentido oposto.

Portanto, entendo que a desobediência à ordem policial não se confunde com o direito de permanecer calado ou de não produzir prova contra si mesmo.

3. A existência de sanção extrapenal não impede a cominação de ambas as penas, seja porque o ilícito penal pressupõe, em tese, a infração de dever em outras esferas jurídicas; seja porque não há exclusão da sujeição penal pela ocorrência de ilícito civil ou administrativo.

Sob o ponto, destaco que a lógica é exatamente a inversa. Não poderia haver infração penal se a conduta estivesse amparada em outro ramo do direito, dado o caráter residual do direito penal.

Assim, o fato de haver sancionamento da conduta por outra ordem jurídica não impede a cominação de sanção penal, se a conduta for típica.

É o que ocorre, por exemplo, com os crimes tributários, que configuram simultaneamente ilícito tributário e penal. Também em diversas figuras típicas de crimes ambientais. As infrações funcionais também podem ser objeto de sanção penal e administrativa.

Assim, o argumento do sancionamento pelo código de trânsito não permite afastar a tipicidade penal.

4. Por fim, como destaquei acima, a 4ª Seção desta Corte já votou pela tipicidade da conduta de empreender fuga frente a ordem policial.

5. Em conclusão, acompanho relator quanto à negativa de provimento ao apelo da defesa, bem como em relação à concessão do habeas corpus

para afastar a incidência do art. 91, II a do CP, mas divirjo, mantendo a condenação pelo crime de desobediência.

Ante o exposto, voto por negar provimento à apelação e conceder, de ofício, ordem de habeas corpus para afastar a incidência do artigo 91, II, a, do Código Penal”.

3. À vista do exposto, voto pelo conhecimento e desprovimento dos embargos infringentes, com vistas à prevalência do voto vencedor, mantendo a condenação do embargante pelo crime de desobediência.

Declaração de voto vencido do Excelentíssimo Desembargador Jorge Schaefer Martins

Ementa Aditiva:

EMBARGOS INFRINGENTES. AÇÃO PENAL. DESOBEDEIÊNCIA. ARTIGO 330 DO CÓDIGO PENAL. SENTENÇA CONDENATÓRIA. APELO DEFENSIVO. RECURSO NÃO PROVIDO PELO ÓRGÃO FRACIONÁRIO. DECISÃO NÃO UNÂNIME. ORDEM DE PARADA EMANADA DA POLÍCIA. NÃO ATENDIMENTO. FUGA PARA CONSERVAÇÃO DO *STATUS LIBERTATIS*. CONDUTA ATÍPICA.

O não atendimento à ordem de parada da polícia para conservação do *status libertatis* não configura o delito do artigo 330 do Código Penal.

Dissenti da douta maioria, pois compreendo que a desobediência à ordem de parada da emanada da polícia para conservação do *status libertatis* não tipifica o delito do artigo 330 do Código Penal.

Na realidade, ao comentar referido dispositivo, valendo-se de lição doutrinária de Nelson Hungria, Rogério Greco assim escreve:

Esclarece Hungria: “Se, pela desobediência de tal ou qual ordem oficial, alguma lei comina determinada penalidade administrativa ou civil, não deverá reconhecer o crime em exame, salvo se a dita lei ressaltar

expressamente a cumulativa aplicação do art. 330 (ex.: a testemunha faltosa, segundo o art. 219 do Código de Processo Penal, está sujeita não só a prisão administrativa e pagamento das custas da diligência da intimação, com o ‘processo penal por crime de desobediência’)” (HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao código penal*, v. IX, p. 420), ao contrário do que ocorre com a testemunha referida pelo art. 412 do Código de Processo Civil, que prevê, tão somente, a sua condução perante o juízo, bem como o pagamento pelas despesas do adiamento da audiência (*Código Penal: comentado*. 5. ed. Niterói: Impetus, 2011. p. 936).

Dessa opinião, compartilha Guilherme de Souza Nucci, *in Código penal comentado*. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 1140.

No caso concreto, o embargante foi condenado por decisão não transitada em julgado, após ter sido flagrado na posse de drogas. Quando do flagrante, houve ordem de parada pela polícia, em blitz de rotina. Uma vez desobedecida essa ordem, foi ele perseguido e capturado. A hipotética caracterização da infração do artigo 330 do Código Penal teria ocorrido em razão da fuga, após determinação de parada pelos agentes estatais.

Nesse aspecto, tem razão o embargante quando afirma que há previsão de sanção administrativa para desobediência da ordem de parada emanada da polícia, conforme artigo 195 do Código de Trânsito Brasileiro. Com efeito, esse dispositivo prevê aplicação de multa, ou seja, qualifica a desobediência como infração administrativa.

Além disso, compreendo que a intenção de preservação do *status libertatis*, em casos como o dos autos, afasta a tipicidade da conduta. A esse respeito, transcrevo o voto vencido do Excelentíssimo Desembargador Moacyr de Moraes Lima Filho:

Cuida-se de apelação criminal interposta por Valديو Ribeiro Luiz, que foi condenado às penas de 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e ao pagamento de 292 (duzentos e noventa

e dois) dias-multa, no valor unitário mínimo legal, por afronta ao art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06, e 15 (quinze) dias de detenção, em regime aberto, além do adimplemento de 10 (dez) dias-multa, no valor unitário mínimo legal, pela prática do crime previsto no art. 330 do Código Penal.

Dissenti, em parte, da douda maioria por entender que não se configura crime de desobediência quando a rebeldia se dá em razão da tentativa de preservação da própria liberdade.

Infere-se do caderno processual que o apelante desobedeceu ordem de parada dos policiais rodoviários federais, empreendendo fuga com sua motocicleta, em razão de estar transportando pedras de *crack*.

Não obstante ser evidente a desobediência, a Constituição Federal assegura o direito ao silêncio e garante a não produção de provas contra si. Por consequência, é atípica a conduta do agente que não atende à ordem legal para evitar a prisão em flagrante.

Sobre a matéria, prelecionam Luiz Flávio Gomes e Rogério Sanches Cunha que inexistente “*o crime quando a rebeldia se dá para não se produzir prova contra si mesmo, desdobramento lógico da garantia constitucional ao silêncio*” (*Direito Penal: Parte especial*. v. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 402).

Da jurisprudência deste Tribunal, colhe-se o seguinte precedente:

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. [...] CRIME DE DESOBEDIÊNCIA. ORDEM LEGAL EMANADA ENQUANTO APELANTE DIRIGIA SOB INFLUÊNCIA DE ALCÓOL SEM A DEVIDA HABILITAÇÃO. TENTATIVA DE MANUTENÇÃO DO *STATUS LIBERTATIS*. AUSÊNCIA DE DOLO. ATIPICIDADE DA CONDUTA. ABSOLVIÇÃO DEVIDA, AINDA QUE SOB FUNDAMENTO DIVERSO DO ARRAZADO. [...] RECURSO CONHECIDO EM PARTE E PARCIALMENTE PROVIDO. (Apelação Criminal n. 2014.028536-4, de Anchieta, rel. Des. Sérgio Rizelo, j. em 11/11/2014)

Na mesma vereda:

Apelação Criminal n. 2014.063479-4, de Tubarão, rel. Des. Rodrigo Collaço, j. em 23/10/2014; Apelação Criminal n. 2011.006972-3, da Capital, rel. Des. Leopoldo Augusto Brüggemann, j. em 28/5/2012; e Apelação Criminal n. 2013.053070-9, de Maravilha, deste Relator, j. em 22/10/2013.

Por essa razão divergi da maioria, absolvendo o réu da imputação do art. 330 do Código Penal (fls. 207-208).

Ao enfrentar situação semelhante na Quarta Câmara Criminal, este Relator adotou idêntico posicionamento. Efetivamente, cito ementa de julgado havido no mencionado Órgão Fracionário:

APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS (LEI N. 11.343/2006) EM CONCURSO MATERIAL COM CRIME DE DESOBEDIÊNCIA (ART. 330 DO CÓDIGO PENAL). TRÁFICO DE *CRACK*. MODALIDADE TRAZER CONSIGO. RECURSO DA DEFESA. AUTORIA. APLICAÇÃO DO *IN DUBIO PRO REO*. INVIABILIDADE. CONJUNTO PROBATÓRIO QUE INDICA A OCORRÊNCIA DO CRIME. RÉU PRESO EM FLAGRANTE. TESES DEFENSIVAS RECHAÇADAS. DESCLASSIFICAÇÃO PARA CONSUMO INVIÁVEL. CONDENAÇÃO MANTIDA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ARTIGO 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. ACUSADO REINIDENTE. INSTITUTO NÃO APLICÁVEL. CRIME DE DESOBEDIÊNCIA. ACUSADO QUE NÃO ATENDE A ORDEM DE PARADA DA AUTORIDADE POLICIAL COM O FIM DE EVITAR A PRISÃO EM FLAGRANTE. CONDUITA QUE REVELA O INSTINTO DE PRESERVAÇÃO DO STATUS *LIBERTATIS*. PRECEDENTES DESTA CORTE. ABSOLVIÇÃO QUE SE IMPÕE. DOSIMETRIA. APLICAÇÃO CORRETA DA PENA, RESSALVADO O AUMENTO DA MÚLTA NA SEGUNDA FASE DE APLICAÇÃO DA REPRIMENDA. ADEQUAÇÃO NECESSÁRIA. RECURSO PROVIDO EM PARTE (Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2011.027775-3, de Navegantes, Rel. Des. Jorge Schaefer Martins, j. 10 de novembro de 2011).

Nessa oportunidade, como razões de decidir, houve adoção de trecho de voto proferido pelo Excelentíssimo Desembargador Roberto

Lucas Pacheco, na Apelação Criminal n. 2009.005106-6. Em razão da pertinência, novamente adoto referido excerto:

3. Do crime de desobediência

No que respeita ao crime de desobediência, vale frisar que o art. 330 do Código Penal define como típica a conduta de “desobedecer a ordem legal de funcionário público”.

Não obstante o entendimento esboçado na sentença vergastada, e sem olvidar da controvérsia gerada em torno do assunto, entendo que a conduta praticada pelos réus e qualificada na denúncia como crime de desobediência é, em verdade, uma conduta atípica decorrente do exercício da autodefesa.

Analisando os fatos narrados na denúncia, infere-se que, na verdade, os réus não praticaram a conduta prevista no tipo penal em comento, dado que os agentes públicos apenas surpreenderam os acusados enquanto estes realizavam a venda dos entorpecentes, abordando o carro em que estavam com suas viaturas; ato contínuo, os acusados, por perceberem tratar-se de policiais, saíram em disparada com o veículo, dispostos a fugir da prisão em flagrante.

A atitude dos recorrentes decorreu mais do instinto de preservação de seu *status libertatis* do que da vontade livre e consciente de desobedecer à ordem dos agentes estatais, não sendo demasiado lembrar que, ao serem, por fim, detidos pelos policiais não esboçaram qualquer atitude de resistência, logrando êxito os policiais em concretizar a prisão em flagrante.

Em casos tais, quando a fuga após o cometimento de uma infração deriva de impulso instintivo à conservação da liberdade, a jurisprudência pátria tem afastado a configuração do crime de desobediência:

Nessa toada, colacionam-se os seguintes julgados:

APELAÇÃO - FURTO - ABSOLVIÇÃO - INSUFICIÊNCIA DE PROVA - POSSIBILIDADE - VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO - FUGA - AUSÊNCIA DE DOLO - CRIME DE DESOBEDIÊNCIA - "STATUS LIBERTATIS" - ABSOLVIÇÃO MANTIDA. Não havendo elemento hábil a ensejar um édito condenatório e não existindo prova concreta a demonstrar a participação do acusado no crime de furto descrito na denúncia, neste sentido, a absolvição é medida que se impõe, na estrita observância do princípio *in dubio pro reo*. Réu que, em fuga, adentra em residência particular para fugir do flagrante, não pratica o crime de violação de domicílio, ante a ausência do dolo específico em sua conduta. Se o agente ignora ordem policial de parada, colocando-se em fuga, para salvaguardar sua liberdade, não tipifica o crime do art. 330, CP, posto que não configura o dolo do delito (TJMG, Apelação criminal n. 1.0223.08.256132-3/001(1), rel. Des. Vieira de Brito, j. 23.7.2009).

DESOBEDIÊNCIA. DELITO NÃO CARACTERIZADO - ACUSADO QUE SE RECUSA A ACATAR VOZ DE PRISÃO, FUGINDO - DIREITO NATURAL, TANGIDO PELO INSTINTO DE LIBERDADE - ABSOLVIÇÃO DECRETADA - INTELIGÊNCIA DO ART. 330 DO CÓDIGO PENAL.

[...]

A oposição, sem violência, a ordem de prisão recebida e fuga subsequente, não constituiu o crime de desobediência e sim fato natural, inspirado não pela vontade de transgredir a ordem, mas pela busca e impulso instituído da liberdade (TACr/SP - n. 62.541, RT 462:376) (sic).

E ainda :

Fuga à prisão: crime não caracterizado. Desobedecendo a ordem legal da autoridade e pondo-se em fuga para evitar ser surpreendido na prática da infração penal, não comete o acusado o delito do artigo 330, do CP, por estar agindo no impulso instintivo de conservar a liberdade." (TJSP, RT 551-311).

À guisa destes fundamentos, entendo que a condenação dos réus pelo crime do art. 330 do Código Penal não pode ser mantida.

Nesse contexto, pedindo vênia à maioria dos Excelentíssimo Desembargadores integrantes desta Seção Criminal, voto pelo provimento do recurso para absolver o embargante do crime do artigo 330 do Código Penal.

Essas foram, portanto, as razões de meu dissenso.

Florianópolis, 15 de dezembro de 2015.

Indignidade para o Oficialato n. 2009.019011-7, da Capital

Relator: Des. Paulo Roberto Sartorato

INDIGNIDADE PARA O OFICIALATO FUNDADA NO ART. 2º, I, “A”, “B” E “C”, DA LEI ESTADUAL N. 5.277/76. OFICIAL DA POLÍCIA MILITAR QUE FAZ USO INADEQUADO DE ARMAS DA CORPORACÃO, BEM COMO OFENDE SEUS SUBORDINADOS, FREQUENTA LUGARES INCOMPATÍVEIS COM A FUNÇÃO E DEIXA DE OBEDECER ORDENS HIERÁRQUICAS, INCLUSIVE RESPONDENDO A PROCESSOS CRIMINAIS POR TER CONDUTAS CONTRÁRIAS AO ORDENAMENTO JURÍDICO. ELEMENTOS QUE DEMONSTRAM A OCORRÊNCIA DOS FATOS. AÇÕES QUE CARACTERIZAM A INDIGNIDADE AO OFICIALATO. DECLARAÇÃO DE INDIGNIDADE QUE SE IMPÕE, COM A CONSEQUENTE PERDA DO POSTO E DA PATENTE.

O oficial que frequenta casas de prostituição e possui histórico de envolvimento com disparo de arma de fogo, usando inadequadamente armas da corporação e, além disso, desrespeita colegas de serviço e ordens emanadas por superiores pratica, de fato, condutas indignas ao exercício do oficialato.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Indignidade para o Oficialato n. 2009.019011-7, da comarca da Capital (Tribunal de Justiça), em que é requerente Governador do Estado de Santa Catarina, e requerido Luiz Carlos Corrêa da Costa:

A Seção Criminal decidiu, por votação unânime, declarar indigno para o oficialato o Capitão PM Luiz Carlos Correa da Costa, determinando-se a perda do seu posto e de sua patente. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, 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. Ernani Guetten de

Almeida, Des. Luiz Cesar Schweitzer, Des. Moacyr de Moraes Lima Filho, Des. Jorge Schaefer Martins e Des. Roberto Lucas Pacheco.

Funcionou na sessão pela douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Dr. Luiz Ricardo Pereira Cavalcanti.

Florianópolis, 25 de novembro de 2015.

Paulo Roberto Sartorato
RELATOR

RELATÓRIO

O Governador do Estado de Santa Catarina, por meio do Ato n. 719/2006, determinou a instauração de Conselho de Justificação, a que foi submetido o Capitão PM Luiz Carlos Correa da Costa (fl. 03), dado como incurso nas condutas descritas no art. 2º, I, “a”, “b” e “c” da Lei Estadual n. 5.277/67 c/c art. 28, I, III e V, art. 29 I, II, IV, VI, VII, IX, XII, XIII, XIV, XVII e XIX, art. 32, I, III, IV e V, art. 33 e art. 42, § 1º, todos da Lei Estadual n. 6.218/83, pela prática dos fatos descritos no libelo acusatório nos seguintes termos (fls. 30/33):

[...] 1) Aplicação de sanção disciplinar BR nº 003/7ºBPM/03, de 02/06/03 - 48 horas de PRISÃO - , “por ter no dia 21 out 02 se armado com uma pistola .40, nº 75.517 e ter permanecido com a mesmo do dia 21 a 05 out 02, sem ter obtido autorização do Cmt da Cia, mesmo após ter sido informado que essa autorização era necessária. Sendo que em desacordo com normas vigentes da Polícia Militar (Diretriz Permanente nº 035/2001), contribuiu com sua atitude para que um civil fizesse uso da referida pistola para efetuar disparos em via pública, causando desta forma transtornos administrativos e operacionais a 3ª Cia PM, denegrindo assim a imagem da Polícia Militar perante a comunidade, pois é conhecido no local dos fatos como Oficial da Polícia Militar.

2) Aplicação de sanção disciplinar BR nº 006/7ºBPM/04, de 09/08/04 - 48 horas de DETENÇÃO - “por ter ofendido subordinado”.

3) Aplicação de sanção disciplinar BR nº 004/7ºBPM/04, de 12/04/05 - 02 dias de PRISÃO - “por portar-se sem compostura em lugar público e ofendido seus subordinados, cb PM Mat 909602-8 Dácio Eugênio Moreira, Cb PM Mat 912074-2 Vanderlei Bento da Costa e Sd PM Mat 923760-7 Jaci Francisco Martins, todos da 1ª CPM/7º BPM, Palhoça, chamando o Cb PM Dácio de ‘vagabundo e mandando este ir trabalhar’, praticando desta forma transgressão disciplinar”.

4) Aplicação de sanção disciplinar BR nº 006/7ºBPM/05, de 04/05/05 - 04 dias de DETENÇÃO - “por ter no dia 18 jan 05, por volta das 04h00, efetuado disparo de arma de fogo em via pública”.

5) Aplicação de sanção disciplinar BR nº 008/7ºBPM/05, de 07/07/05 - 04 dias PRISÃO - “por ter no dia 18 jan 05, por volta das 04h00, freqüentado lugar incompatível com seu nível social e o decoro da classe”.

6) aplicação de sanção disciplinar BR nº 003/CPMetro/06, de 14/03/06 - 72 horas de DETENÇÃO - “por ter nos dias 09 e 10 de junho de 2005, uma vez que não cumpriu ordem recebida - ao descumprir a designação para que permanecesse no quartel, quando teve seu pedido de dispensa para ir até a residência negada pelo Maj PM Sub Cmt do Batalhão, vindo a se ausentar deslocando-se até sua residência, ainda na madrugada do dia 09 para 10 de junho de 2005; ainda por ter no dia 09 para 10 de junho de 2005 se afastado de qualquer lugar em que devia estar por força de dispositivo legal ou ordem - quando abandonou, sem motivo justificado, o cumprimento da punição disciplinar (04 dias do dia 09 às 08h00 ao dia 13 às 08h00), e mesmo após o término da dispensa médica (que era de apenas 01 dia a contar do dia 10 de junho de 2005) não retornou ao cumprimento da punição conforme devido”.

7) aplicação de sanção disciplinar BR nº 004CPMetro/06, de 02/05/06 - 48 horas de PRISÃO - por ter no dia 20 de agosto de 2005

disparado arma de fogo por imprudência ou negligência e por ter deixado de cumprir ou fazer cumprir normas regulamentares na esfera de suas atribuições.

8) indiciado em condutas delituosas, correlatas, que tramita na Justiça Castrense estadual, sob processos-crime de nº 023.05.018768-9; 023.05.044964-0 e 023.05.048349-0

Encerrada a instrução, o Conselho de Justificação deliberou, concluindo que o Capitão PM Luiz Carlos Correa da Costa é culpado e opinando pela reforma do referido Oficial (fls. 453/456).

Encaminhados os autos ao Governador do Estado, este acolheu a conclusão do Conselho de Justificação e determinou a remessa dos autos a este Tribunal de Justiça para deliberar acerca da perda do posto e da patente de Oficial (fl. 481).

Nesta Corte, o requerido foi cientificado para apresentar sua defesa (fl. 490), deixando transcorrer *in albis* o prazo para manifestar-se (fl. 491).

Com vista dos autos, a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra da Exma. Dra. Walkyria Ruicir Danielski, opinou pela declaração da indignidade do requerido para o oficialato, com a consequente decretação de sua reforma, nos termos do art. 14, II, da Lei Estadual n. 5.277/76 (fls. 495/508).

Verificado que o acusado possuía defensores constituídos e a fim de garantir o pleno exercício da defesa, este Relator determinou a intimação dos causídicos para apresentarem a defesa do requerido (fl. 511).

Noticiada a renúncia dos procuradores (fls. 514/515), foi determinada a intimação do requerido, para que constituísse novos defensores (fls. 518 e 543/544).

Cumprida a diligência (fl. 552), a procuradora constituída apresentou a defesa, pleiteando o julgamento do feito no estágio em que se encontra, a fim de abreviar o sofrimento do requerido (fls. 561/562).

A douta Procuradoria-Geral de Justiça ratificou o parecer anteriormente emanado, opinando, em manifestação da Exma. Dra. Vera Lúcia Ferreira Copetti, pela declaração da indignidade do requerido pra o oficialato, com a consequente decretação de sua reforma (fls. 566/569).

Este é o relatório.

VOTO

Trata-se de ação de indignidade para o oficialato, encaminhada a esta Corte pelo Governador do Estado de Santa Catarina, a fim de apurar as condutas praticadas pelo Capitão PM Luiz Carlos Correa da Costa.

O presente procedimento é regulado pela Lei Estadual n. 5.277/76, que *“dispõe sobre a constituição e funcionamento dos Conselhos de Justificação da Polícia Militar e dá outras providências”*.

Na forma da Lei Estadual, o procedimento tem início com a submissão do oficial militar ao Conselho de Justificação, oportunidade em que serão colhidos os elementos a demonstrar a conduta tida como irregular, assegurando-se ao militar a ampla defesa. Após a análise do Conselho de Justificação, o caso é encaminhado pelo Governador do Estado ao Tribunal de Justiça, oportunidade em que há deliberação acerca da dignidade, ou não, do militar para o exercício do oficialato.

Trata-se de procedimento de caráter primordialmente administrativo que possui pequena fase judicial e que tem por finalidade, segundo dispõe o art. 1º da supracitada lei, apreciar *“a capacidade moral do oficial da ativa, da reserva remunerada ou reformado, para permanecer na situação em que se encontra, e possibilitar sua justificação quando acusado”*.

Na fase judicial do procedimento, de competência do Tribunal de Justiça, cabe analisar se as condutas imputadas ao Oficial da Polícia Militar violam ou não o pundonor militar e o decoro da classe, nos termos do art. 2º da Lei Estadual n. 5.277/76.

O mérito da questão, portanto, consoante bem observou a douta Procuradora de Justiça em seu parecer, recai “*sobre a conduta do Oficial e a sua moral, buscando verificar se são ou não adequadas à profissão que exerce. É que o militar, em face da sua profissão, está sujeito a maiores rigores em seu comportamento, de acordo com os fundamentos da própria corporação*” (fl. 503).

Nas palavras de Everaldo de Oliveira Reis, ministro aposentado do Superior Tribunal Militar, citando Augusto Fragoso, “*o Conselho de Justificação é, assim, não um tribunal ordinário, mas um tribunal de honra e é em nome da honra que se declara a conduta do oficial compatível, ou não, com a ética militar*”. (REIS, Everaldo de Oliveira. *O Conselho de Justificação e a Representação para Declaração de Indignidade*. Revista do Superior Tribunal Militar, vol. 16/18:85-98, Brasília, 1994/1996).

No caso em tela, foi imputada ao justificante a prática de condutas incompatíveis com o desempenho de seu cargo, ações que, segundo o libelo acusatório, afetaram a honra pessoal, a moral, a ética e o pundonor policial militar, bem como o decoro da classe dos Oficiais da Polícia Militar catarinense.

No curso do procedimento realizado pelo Conselho de Justificação, foram apontadas oito situações em que o requerido encontrou-se envolvido com circunstâncias incompatíveis com os deveres e obrigações militares.

Tais condutas restaram suficientemente comprovadas pelas provas disponíveis nos autos, especialmente por meio da Ficha de Conduta (fl. 39), dos documentos inseridos no dossiê sobre o requerido (fls. 48/309), da Avaliação Pericial (fl. 440) e da prova oral disponível (fls. 355/385, 400/401 e 413/415).

Na primeira das condutas imputadas, foi noticiado que o requerido armou-se com uma pistola .40 e com ela permaneceu irregularmente, pois ciente de que precisava de autorização para portar o armamento.

Mais que meramente portar o artefato, o requerido contribuiu para que um civil fizesse uso da arma, disparando em via pública.

Em outras duas oportunidades, o requerido portou-se inadequadamente em lugar público, ofendendo a seus subordinados.

Em nova transgressão, o requerido frequentou lugar incompatível com o seu nível social e o decoro da classe e, posteriormente, deixou de cumprir punição disciplinar imposta, sem motivo justificado.

Já em 20/08/2005 o requerido disparou arma de fogo por imprudência ou negligência e, por fim, foi indiciado pela prática de condutas delituosas, respondendo aos processos na Justiça Militar de n. 023.05.018768-9, 023.05.044964-0 e 023.05.048349-0.

Com efeito, restou comprovado nos autos que o requerido realizou atos incompatíveis com a função pública por ele exercida, não honrando o nome da instituição a que pertence, pois fez uso inadequado de armas da corporação, sendo que lhe é autorizado o porte de arma tão somente em razão do cargo ocupado, e, mais que isso, ofendeu seus subordinados, frequentou lugares incompatíveis com a função, deixou de obedecer ordens hierárquicas, inclusive respondendo a processos criminais por ter condutas contrárias ao ordenamento jurídico.

Sobre os fatos, o Tenente Coronel Fred Harry Schauffert pormenorizou as condutas do requerido, afirmando que este, de fato, portou-se inadequadamente em algumas situações, fazendo o uso incorreto de arma da corporação, frequentando locais não condizentes com a profissão e desrespeitando seus subordinados, narrativa que foi prestada perante o Conselho de Justificação nos seguintes termos (fls. 357/360):

Que o depoente assumiu o Comando do 7º Batalhão de Polícia Militar em setembro de 2003, permanecendo nesta função até agosto de 2005; que nesse período o Cap Da Costa trabalhou sobre o Comando do depoente, nas funções de Corregedor da OPM e Chefe da 4ª Seção; que

em relação às atribuições funcionais que eram impostas ao Cap Da Costa, estas sempre eram cumpridas na sua totalidade, todavia diversos oficiais que trabalharam no 7º BPM faziam comentários denegrindo a pessoa do Cap Da Costa, inclusive fazendo referência que era dependente de álcool, bem como tinha uma conduta social inadequada à função que exercia, ou seja de Corregedor da Unidade, visto frequentar casa de prostituição (La Maison) e andar frequentemente armado nesses locais; que inclusive fora punido pelo depoente por tais fatos, que ocorreram subseqüentemente; que o depoente também aplicou sanção disciplinar ao Cap Da Costa em duas situações distintas por ter se envolvido com subordinados em serviço, ofendendo-os, sendo uma situação nas mediações da localidade de Praia de Fora e noutra na Vila da Pinheira, ambos no município de Palhoça-SC; que o depoente ratifica que não teve problemas funcionais com o Cap Da Costa atinentes ao desempenho de suas funções como Corregedor e Chefe do P4; que todavia o Cap Da Costa veio a descumprir ordem expressa do depoente, enquanto comandante do 7º BPM, no que se referia a não manter sob cautela arma de fogo (pistola), fato este que o Cap da Costa deixou de cumprir permanecendo com arma de fogo sob sua cautela, fato que gerou a admoestação àquele oficial intermediário, não se lembrando se aplicou sanção disciplinar à aludida conduta; que inclusive o Cap Da Costa ao restituir a arma na reserva do 7º BPM, o fazia com falta de munição, alegando para tal sua utilização para testes da arma; [...] que o depoente também salienta que no final do seu comando à frente do 7º BPM, presenciou o Cap Da Costa recepcionando convidados em sua residência para uma festa, quando estava em cumprimento de um dia de licença médica, “isenção Total em Residência-ITR”, dispensa esta obtida quando ainda em cumprimento de sanção disciplinar, da qual a obteve sem a anuência prévia do Subcomando da unidade, fato este que foi adotado as providências administrativas pertinentes, entretanto não sabe dizer se o Cap Da Costa sofreu alguma sanção disciplinar, visto que os trâmites administrativos ultrapassaram a data de entrega de comando do depoente; que o depoente e o então Major Hernani à época, que trabalhavam no 7º BPM, por algumas vezes conversaram com o Cap Da Costa acerca da sua conduta social em frequentar casa de prostituição e andar armado, orientando-o que tal postura poderia acarretar prejuízos pessoais e à Instituição, decorrentes de possíveis fatos delituosos que pudessem vir a ocorrer ante sua conduta social; que o Cap Da Costa

mantinha-se inerte ao ouvir as recomendações não expressando qualquer manifestação de mudar sua postura social, limitando-se a apenas ouvir as aludidas recomendações [...].

A narrativa vem confirmada pelos demais policiais ouvidos, que corroboraram o relato acerca das condutas impertinentes adotadas pelo requerido, informando que ele efetivamente realizou disparo de arma de fogo e frequentou lugares inapropriados e não condizentes com a função de oficial da polícia militar.

Nesse sentido, tem-se o relato do Major Sérgio Luís Sell que, ao ser ouvido pelo Conselho de Justificação, informou ter “*conhecimento que o Cap Da Costa foi punido disciplinarmente por disparo de arma de fogo em uma ‘boite’*”, sabendo que “*os procedimentos administrativos disciplinares foram realizados no 7º BPM*”, sendo este o único fato de que tem conhecimento, afirmando que o mesmo “*utilizou-se de uma pistola da corporação, tendo utilizado essa arma numa ‘boite’*” (fls. 366/367).

No mesmo sentido foram as declarações do Tenente Coronel Sílvio Hernani Fernandes (fls. 369/370):

[...] Que havia e há uma certa restrição de relacionamento funcional e pessoal dos oficiais do 7º BPM para com a pessoa do Cap Da Costa, visto o seu comportamento social quanto a disparo de arma de fogo em via pública e uso de bebida alcoólica; que o depoente, bem como o Ten Cel Schauffert e Ten Cel Ed’Oner, orientou o Cap Da Costa para que procurasse tratamento clínico especializado em dependência alcoólica, objetivando a mudança de comportamento que vinha demonstrando; que o depoente acredita que o Cap Da Costa já foi punido disciplinarmente duas vezes por promover disparo de arma de fogo e estar embriagado; que o depoente, em determinada ocasião, sendo esta numa sexta-feira, quando o Cap Da Costa em cumprimento de punição disciplinar, pediu para se ausentar do quartel para ir até sua residência para tomar banho, visto não haver local adequado para tal, o que não procede pois havia no Batalhão alojamento adequado, bem como o próprio Cap Da Costa era o Chefe da 4ª Seção e deveria providenciar a sua própria estadia; que entretanto tomou conhecimento no dia seguinte, que o Cap Da Costa se ausentou sem autorização do quartel; [...] que o motivo que gerou a

transferência do Cap Da Costa do 7º BPM para o CPMetro, no primeiro semestre de 2006, foi um pedido do Comandante do Batalhão, Ten Cel Ed’Oner, aos escalões superiores, visto a impossibilidade da permanência do justificante diante de sua postura e conduta social anteriormente citada, que denegria a imagem dos oficiais lotados no 7º BPM; que a imagem dos oficiais ficava comprometida visto que havia comentários entre “a tropa” de que o Cap Da Costa frequentava casas de prostituição e se envolvia com pessoas de idoneidade duvidosa, sendo tal fato comentado de maneira corriqueira entre os policiais da unidade; [...]

A narrativa é igualmente confirmada pelo Tenente Coronel Manoel Gomes Filho que ao ser indagado pelo Conselho de Justificação recordou-se de ter realizado sindicância acerca da conduta pessoal do requerido, por conta do “*envolvimento com uma prostituta*”, informando, ainda (fls. 374/375):

[...] que essas condutas sociais do Cap Da Costa tratavam-se de frequentar locais impróprios à sua condição de oficial, “boite”, ou seja, casas noturnas, brigas e embriaguez; que em relação a essas condutas sociais, pelo que se recorda o depoente, foi apurado alguma coisa na mesma sindicância que procedeu acima descrita, sendo à época o justificante punido disciplinarmente; [...]

As declarações do Major José Aroldo Schlichting, de igual forma, comprovam as condutas inadequadas do requerido. Informou a testemunha perante o Conselho de Justificação (fl. 384):

[...] que em relação à conduta social do Cap Da Costa o depoente se recorda ao ser transferido para o 7º BPM, que havia um Processo Administrativo Disciplinar (PAD) ou um Inquérito Policial Militar (IPM) em tramitação no 7º BPM, versando sobre disparo de arma de fogo da corporação, por um civil quando em companhia do Cap Da Costa, quando “iam ou vinham” de uma festa; que havia comentários entre os oficiais do 7º BPM, à época, acerca da conduta social do Cap Da Costa, os quais comentavam que quando o oficial justificante ingeria bebida alcoólica se “transformava”; [...]

Tem-se, por fim, o relato do capitão Ivenes Pacheco Rodrigues, que, perante o Conselho de Justificação, disse (fl. 414):

[...] Que provavelmente no período de 2004/05, e que pelo que se lembra, no período do Carnaval, recebeu uma comunicação de que o Cap Da Costa havia se envolvido em discussão verbal com policiais de serviço, na praia da Pinheira, que recebeu tal informação do Ten Cristiano, oficial de serviço no dia do fato; que na oportunidade foram adotados os procedimentos administrativos pertinentes, ao Subcomandante do 7º BPM, à época Maj Hernani [...]

Tais elementos probatórios levaram à conclusão do Conselho de Justificação acerca da existência de culpa do requerido, que teria praticado as condutas em razão de sua dependência química à bebida alcoólica (fls. 453/456), fato atestado pela avaliação pericial de fl. 440, oportunidade em que se observou que o requerido, embora não reúna os “*critérios para síndrome de dependência alcoólica*”, “*apresenta sinais compatíveis com o uso nocivo de bebida alcoólica classificado na CID-10 como F10.1*”.

Na oportunidade, os peritos Júlio César Vidal Verdi e Fábio Firmino Lopes constataram que o requerido apresentava patologia, “*uma vez que há repercussão/comprometimento físico com o atual padrão de ingestão alcoólica, com potencial para evoluir, a médio prazo, para síndrome de dependência alcoólica*” (fl. 440).

Diante de tais elementos, tem-se que o requerido efetivamente procedeu incorretamente no desempenho do cargo, praticando atos que afetaram não apenas a honra pessoal, como também o pundonor policial militar e o decoro da classe, já que praticou atos incompatíveis com os deveres inerentes à função e patente por ele ostentada.

Isso porque, nos termos do Estatuto dos Policiais Militares do Estado de Santa Catarina, o sentimento do dever, o pundonor policial-militar e decoro da classe devem pautar a vida do militar, com observância de conduta moral e profissional irrepreensível e dos preceitos de ética policial-militar descritos no art. 29 da Lei Estadual n. 6.218/83, tais como o exercício das funções que lhe couberem em decorrência do cargo (inciso II), cumprimento das leis e ordens das autoridades competentes

(inciso IV), zelo pelo preparo próprio, moral, intelectual e físico, bem como pelos dos subordinados (inciso VI), emprego de suas energias em benefício do serviço (inciso VII), discrição em suas atitudes maneiras e em sua linguagem escrita e falada (inciso IX), obrigações que, no caso, foram violentamente desrespeitadas pelo requerido.

Como bem lembrou a eminente Procuradora de Justiça em seu parecer, “[...] O Estatuto dos Policiais Militares de Santa Catarina (Lei Estadual n. 6.218/83) dispõe que a Instituição está alicerçada em princípios de hierarquia e disciplina que devem ser rigorosamente observados pelos seus integrantes, cabendo ao Policial Militar, dentre outros deveres, velar pela sua moral e, conseqüentemente, pelo decoro da classe, ainda, que fora do serviço ou na inatividade” (fl. 503).

Prosegue a ilustre Procuradora salientando que “a exigência de zelo pela moral do Policial Militar é muito mais aguçada que nas demais profissões, sobretudo pelo fato de que o ofício do Policial Militar é a manutenção da ordem pública, não havendo nada mais natural que se exija dele uma conduta ilibada e moralmente irrepreensível. Nesse aspecto, a ética policial-militar exige comportamento sério e correto, que respeite os princípios que norteiam a instituição, ainda que fora do serviço” (fls. 505/506).

Se viola tais deveres, o oficial, sem dúvida, desonra a instituição militar e, portanto, deve ser declarado indigno ao oficialato.

Na hipótese dos autos, evidente que a frequência do requerido em casas de prostituição e seu histórico de envolvimento com disparo de arma de fogo, uso inadequado de armas da corporação, desrespeito a colegas de serviço e a ordens emanadas por superiores o tornam indigno ao exercício do oficialato.

Não é concebível que um oficial da Polícia Militar, que ostenta patente intermediária (Capitão), exponha pessoas a perigo de morte, possibilitando que civil efetue disparos de arma de fogo, conduta realizada

nas proximidades de casa de prostituição. Mais que isso, é inaceitável que um oficial da polícia militar porte-se inadequadamente perante seus subordinados, ofendendo-lhes publicamente, e que descumpra ordem emanadas por seus superiores.

Sem dúvida tais condutas atentam à instituição de forma tão grave a torná-lo indigno ao exercício do oficialato, não se mostrando adequada nem benéfica a sua permanência na patente de Capitão, porquanto, violou gravemente seus deveres ético-funcionais, pondo em risco a credibilidade da instituição

Em casos semelhantes, já decidiu este Tribunal:

CONSELHO DE JUSTIFICAÇÃO - ALEGADA NULIDADE DO PROCEDIMENTO [...] PREFACIAIS AFASTADAS. INDIGNIDADE PARA O OFICIALATO - EXISTÊNCIA DE ABUNDANTES ELEMENTOS DE CONVICÇÃO NO CADERNO PROCESSUAL QUE FORNECEM A CERTEZA MORAL NECESSÁRIA NO SENTIDO DE QUE O OFICIAL PROCEDEU INCORRETAMENTE NO DESEMPENHO DE SEU CARGO, TEVE CONDUTA IRREGULAR E PRATICOU UMA DIVERSIDADE DE ATOS QUE AFETAM O PUNDONOR POLICIAL-MILITAR E O DECORO DA CLASSE - AGENTE QUE, DENTRE OUTRAS CONDUTAS, MANTINHA RELACIONAMENTO AMOROSO EXTRACONJUGAL COM PROPRIETÁRIA DE PROSTÍBULO, FINANCIANDO REFORMAS NO LOCAL ÀS CUSTAS DE VERBA PÚBLICA, COM O OFERECIMENTO, INCLUSIVE, DE CHEQUES-CAUÇÃO DA INSTITUIÇÃO PARA A GARANTIA DE SUAS DÍVIDAS PARTICULARES, ALÉM DE CONTRAIR OBRIGAÇÕES SUPERIORES ÀS SUAS POSSIBILIDADES FINANCEIRAS, RESTANDO INADIMPLENTE - HIPÓTESES REVELADORAS DA AUSÊNCIA DE CAPACIDADE MORAL DO REQUERIDO PARA O OFICIALATO - INTELIGÊNCIA DO ART. 2º, INCISO I, ALÍNEAS “A”, “B” E “C”, C/C O ART. 14, INCISO I, DA LEI N. 5.277/76 - PERDA DO POSTO E DA PATENTE QUE SE IMPÕE. (Indignidade para o Oficialato n. 2006.011400-8, da Capital, Rel. Des. José Carlos Carstens Köhler, j. em 30/05/2007).

ÇÃO DE DECLARAÇÃO DE INDIGNIDADE PARA O OFICIALATO FUNDADA NO ART. 2º, I, “A”, “B” E “C”, DA LEI ESTADUAL N. 5.277/76. [...] DECLARAÇÃO DE INDIGNIDADE QUE SE IMPÕE. FICHA FUNCIONAL DE BOA VIDA PREGRESSA E CONCEITOS DE EXCELÊNCIA QUE SÃO IRRELEVANTES E INCAPAZES DE FAZER DESAPARECER OU NEUTRALIZAR OS EFEITOS DOS ATOS QUE PRATICOU ENQUANTO ATUOU À MARGEM DA LEI. IMPOSIÇÃO DE TEMOR, AINDA QUE IMPLÍCITO, AOS SEUS SUBORDINADOS QUE NÃO SEGUISSEM AS SUAS ORDENS. MÁCULA QUE REFLETIU SOBRE TODA A INSTITUIÇÃO MILITAR. DECLARAÇÃO DA INDIGNIDADE DO JUSTIFICANTE PARA PERMANECER NAS FILEIRAS CASTRENSES, MOSTRANDO-SE COMO ÚNICA E ADEQUADA MEDIDA A PERDA DE SEU POSTO DE DE SUA PATENTE. (Indignidade para o Oficialato n. 2013.014052-4, da Capital, Rel. Des. Moacyr de Moraes Lima Filho, j. em 27/08/2014).

A negativa do requerido, assim, e a sua versão de que havia uma pré-disposição do comando do Tenente Coronel Schaufertt a puni-lo (fls. 333/335), não servem como elementos a desconstituir as provas existentes em seu desfavor, mormente quando constatado que o mencionado comandante declarou não ter “*problemas funcionais com o Cap Da Costa atinentes ao desempenho de suas funções como Corregedor e Chefe do P4*” (fl. 358), ao passo que as testemunhas ouvidas informaram a inexistência de tais perseguições (fls. 363 e 366).

Dessa forma, deve ser o requerido declarado indigno ao exercício do oficialato, porquanto demonstrou sua incapacidade para desempenhar as funções inerentes à patente de Capitão, mostrando-se adequada, assim, “*a aplicação da regra contida no art. 14 da Lei n. 5.277/76, a qual autoriza declarar o Justificante indigno e incompatível para o oficialato, para decretar-lhe a perda de seu posto e de sua patente*”, conforme se manifestou a eminente Procuradora de Justiça (fl. 508).

Importante registrar que não se mostra adequada a decretação da reforma do requerido (art. 14, II, da Lei Estadual n. 5.277/76), pois, nos

termos da mencionada legislação, não se vislumbra possível a aplicação cumulativa de ambas as sanções (declaração de indignidade e reforma) pelo Tribunal de Justiça, uma vez que o art. 15 do mencionado diploma estadual determina que a reforma do oficial consequente da perda do posto e patente é efetuada pelo Governador do Estado.

Em hipótese semelhante, aliás, já decidiu este Tribunal pela declaração de indignidade e perda do posto e patente, concluindo que *“na forma do art. 15 da referida Lei, eventual ‘reforma do oficial ou sua demissão ‘ex-officio’, consequente da perda do posto e patente é efetuada pelo Governador do Estado tão logo seja publicada a decisão do Tribunal de Justiça’*, determinando, após a publicação da decisão, a expedição da *“competente comunicação ao Exmo. Governador do Estado de Santa Catarina, na forma da Lei”* (Indignidade para o Oficialato n. 2013.014052-4, da Capital, Rel. Des. Moacyr de Moraes Lima Filho, j. em 27/08/2014).

Assim, mostra-se adequada, *in casu*, apenas a declaração de indignidade ao oficialato, nos termos do art. 14, inciso I, da Lei Estadual n. 5.277/76, deixando-se ao encargo do Governador do Estado a análise acerca da decretação da reforma, a teor do disposto no art. 15 do mencionado diploma legal.

Por todo o exposto, o voto é pela declaração de indignidade para o oficialato do Capitão PM Luiz Carlos Correa da Costa, determinando-se a perda do seu posto e de sua patente.

Após a publicação desta decisão, expeça-se a competente comunicação ao Exmo. Governador do Estado de Santa Catarina, na forma da Lei.

Este é o voto.

PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL

Recurso Criminal n. 2014.040006-9, de Gaspar

Relatora: Desa. Marli Mosimann Vargas

RECURSO CRIMINAL. CRIME CONTRA A VIDA E CONEXOS. HOMICÍDIO SIMPLES, LESÃO CORPORAL E EMBRIAGUEZ AO VOLANTE (ART. 121, *CAPUT* (TRÊS VEZES), ART. 129, § 1º, I (TRÊS VEZES), AMBOS DO CÓDIGO PENAL, E ART. 306 DA LEI N. 9.503/197, TODOS C/C ART. 69 DO CÓDIGO PENAL). DECISÃO DE PRONÚNCIA. RECURSO DEFENSIVO.

PARTE DAS RAZÕES RECURSAIS QUE NÃO ATACAM O *DECISUM* NA SUA INTEGRALIDADE, FAZENDO REFERÊNCIA À PEÇA ANTERIORMENTE APRESENTADA. REPORTAÇÃO ÀS ALEGAÇÕES FINAIS COMO PARTE INTEGRANTE DO RECURSO. OFENSA AO PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE RECURSAL. APLICAÇÃO, POR ANALOGIA, DO ART. 514 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.

IMPRONÚNCIA. INVIABILIDADE. MATERIALIDADE INCONTESTE. INDÍCIOS SUFICIENTES DE AUTORIA. INDICATIVOS DE QUE O RÉU, EM TESE, AO DIRIGIR SOB A INFLUÊNCIA DE ÁLCOOL E EM VELOCIDADE EXCESSIVA, REALIZOU MANOBRA PERIGOSA E INVADIU A PISTA CONTRÁRIA, EM LOCAL DE ULTRAPASSAGEM PROIBIDA, ASSUMINDO O RISCO DE MATAR E LESIONAR. COLISÃO COM VEÍCULO QUE ESTAVA NA PISTA CORRETA QUE PROVOCOU A MORTE DO CARONEIRO QUE ESTAVA COM O RÉU E DE DUAS OUTRAS VÍTIMAS QUE ESTAVAM NO OUTRO VEÍCULO, BEM COMO LESÕES CORPORAIS EM MAIS TRÊS OUTROS PASSAGEIROS. HIPÓTESE DO ART. 414 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL NÃO DEMONSTRADA. ANÁLISE QUE INCUMBE AO CONSELHO DE SENTENÇA.

DESCLASSIFICAÇÃO PARA A MODALIDADE CULPOSA PREVISTA NO CÓDIGO DE TRÂNSITO (ART. 302 DO

CTB). IMPOSSIBILIDADE. ELEMENTOS EXTERNOS QUE REPRESENTAM A INCIDÊNCIA DO DOLO NA CONDUTA DO AGENTE. DÚVIDA ACERCA DO ELEMENTO SUBJETIVO DO TIPO. MATÉRIA DE COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DO JÚRI. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO *IN DUBIO PRO SOCIETATE*.

“Para a pronúncia é preciso que o juiz se convença da existência do crime e da probabilidade de que o acusado o tenha cometido. Havendo dúvida a respeito do elemento subjetivo do tipo, torna-se imperativo pronunciar o réu, observando-se, assim o princípio do *in dubio pro societate*, que informa esta etapa do procedimento” (Recurso Criminal n. 2009.016861-5, de São Lourenço do Oeste, rel. Des. Sérgio Paladino, Segunda Câmara Criminal, j. 13-10-2009).

ERRO MATERIAL NA PARTE DISPOSITIVA DA SENTENÇA. CORREÇÃO DE OFÍCIO. EXCLUSÃO DA REFERÊNCIA AO CONCURSO MATERIAL ENTRE OS DELITOS. MATÉRIA ADSTRITA À APLICAÇÃO DA PENA.

PREQUESTIONAMENTO. PREJUDICIALIDADE. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DO QUE CONSISTIRIA EVENTUAL OFENSA PRESENTE NA DECISÃO.

RECURSO CONHECIDO EM PARTE E DESPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso Criminal n. 2014.040006-9, da comarca de Gaspar (3ª Vara), em que é recorrente João Francisco Batistoli, e recorrido 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.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, o Exmo. Sr. Des. Paulo Roberto Sartorato e o Exmo. Sr. Des. Carlos Alberto Civinski.

Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça participou o Exmo. Sr. Procurador Paulo Roberto Speck.

Florianópolis, 4 de agosto de 2015.

Marli Mosimann Vargas
PRESIDENTE E RELATORA

RELATÓRIO

O representante do Ministério Público da 3ª Vara da comarca de Gaspar ofereceu denúncia contra João Francisco Batistoli pela prática, em tese, do delito descrito no art. 121, caput (três vezes); art. 129, § 1º, I (três vezes), ambos do Código Penal, e art. 306 da Lei n. 9.503/97, pois, segundo narra a exordial acusatória (fls. I-III):

Infere-se do incluso auto de prisão em flagrante que, no dia 20 de dezembro de 2009, por volta das 17:10 horas, o denunciado João Francisco Batistoli, sob a influência de álcool, conduzia o veículo Fiat/Fiorino, placas MFQ-5386, pela Rodovia SC 470, sentido Itajaí – Blumenau, em altíssima velocidade, ao menosprezo, sem ligar para o que pudesse acontecer, assumindo o risco de produzir qualquer resultado ou evento, inclusive a morte do seu caroneiro ou de qualquer outra pessoa que transitava no local e, ainda, gerando perigo de dano potencial à incolumidade de outrem e à pública e privada.

Assim é que, no horário acima informado, na altura do Km 23,7 da referida rodovia SC 470, ainda no sentido Itajaí – Blumenau, o veículo conduzido pelo denunciado João Francisco Batistoli, ao realizar manobra de ultrapassagem em local proibido, tudo em, como dito, altíssima velocidade, e em razão da sua embriagues, invadiu a pista contrária de sua direção e colidiu com o veículo VW/Voyage LS, placas LZE-1400, de cor branca, causando as lesões descritas e que foram causa da morte das vítimas Edson Matias, Leonice Aparecida Correa Muller e Gercino Muller (exames necroscópicos de fls.) e, ainda, as lesões dos passageiros Karla Eduarda Muller, Bruna Daniele Muller e César Soares, que restaram lesionados conforme Laudos de Exame de Corpo de Delito a serem ainda acostados aos autos.

O denunciado João Francisco Batistoli dirigia o veículo em velocidade excessiva, alcoolizado, burlando os mais comezinhos princípios

que norteiam o bom senso e a direção defensiva e segura, pregados insistentemente em todos os meios de comunicação desde que foi implantado o novo Código Nacional de Trânsito.

Encerrada a instrução preliminar do processo, o Magistrado a quo julgou admissível o pedido formulado na denúncia e, com fulcro no art. 413 do Código de Processo Penal, pronunciou João Francisco Batistoli como incurso nas sanções dos arts. 121, caput (três vezes); 129, § 1º, I (três vezes), do Código Penal e 306 da Lei n. 9.503/1997, todos c/c art. 69 do Código Penal, a fim de que seja submetido a julgamento perante o Tribunal do Júri (fls. 405-410).

Intimado da sentença de pronúncia, o acusado informou seu desejo de recorrer (fls. 414). Apresentadas as razões do recurso em sentido estrito (fls. 420-423), busca a defesa a impronúncia do réu ou, subsidiariamente, a desclassificação da imputação para o tipo penal descrito no art. 302 do Código de Transito Brasileiro. Para tanto, “traz como manifestações recursais todas as ponderações já registradas em sede de alegações finais [...], contidas às fls. 392 a 404” e reforça sua tese argumentando que a suposta embriaguez do réu não encontra respaldo técnico nos autos e o eventual excesso de velocidade cai por terra frente ao laudo pericial que ora junta como meio de prova (fls. 424-441). Por fim, prequestiona os dispositivos levantados no reclamo para futura reapreciação destes pelas Cortes Superiores.

Em contrarrazões, o Ministério Público requereu a manutenção do decisum (fls. 442-448).

Foi exarado despacho mantenedor da decisão atacada (fl. 449).

Lavrou parecer pela douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Francisco Bissoli Filho, manifestando-se pelo conhecimento e não provimento do reclamo (fls. 454-466).

Este é o relatório.

VOTO

1 IMPRONÚNCIA OU DESCLASSIFICAÇÃO PARA A MODALIDADE CULPOSA PREVISTA NO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO (ART. 302, CTB).

A defesa postula a impronúncia do apelante ou a desclassificação do delito para a modalidade culposa prevista no art. 302 do Código de Trânsito Brasileiro, trazendo como manifestações recursais todas as ponderações registradas em sede de alegações finais e, ainda, argumentando que a embriaguez do apelante não encontra respaldo técnico nos autos e o eventual excesso de velocidade é afastado diante das informações constantes em laudo que ora junta como meio de prova.

Segundo se infere, no dia 20-12-2009, o recorrente conduzia o veículo Fiat/Fiorino, de placas MFQ-5386, pela Rodovia SC 470, no sentido de Itajaí a Blumenau, em alta velocidade e em estado de embriaguez, quando, na altura do km 23,7, ao realizar manobra de ultrapassagem em local proibido, conscientemente assumindo o risco de produzir resultado lesivo à vida e à saúde de outrem e gerando perigo de dano potencial à incolumidade, invadiu a pista contrária de sua direção e colidiu com o veículo VW/Voyage LS, de placas LZE-1400, de cor branca, causando a morte dos passageiros Edson Matias, Leonice Aparecida Correa Muller e Gercino Muller e lesões corporais nos passageiros Karla Eduarda Muller, Bruna Daniele Muller e César Soares.

Diante desses fatos, o Magistrado a quo pronunciou o recorrente como incurso nas sanções dos arts. 121, caput (três vezes); 129, § 1º, I (três vezes), ambos do Código Penal e 306 da Lei n. 9.503/1997, a fim de que seja submetido a julgamento perante o Tribunal do Júri.

No que tange à análise das ponderações contidas em sede de alegações finais, verifica-se que tais argumentações não merecem conhecimento.

Inicialmente, imperioso registrar que o Código de Processo Penal, em seu art. 3º, dispõe que “a lei processual penal admitirá interpretação extensiva a aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais do direito”.

Guilherme de Souza Nucci, explicita:

[...] o Código de Processo Penal admite, expressamente, que haja interpretação extensiva, pouco importando se para beneficiar ou prejudicar o réu, o mesmo valendo no tocante à analogia. Pode-se, pois, concluir que, admitido o mais - que é a analogia -, cabe também a aplicação da interpretação analógica, que é o menos. Interpretação é o processo lógico para estabelecer o sentido e a vontade da lei. A interpretação extensiva é a ampliação do conteúdo da lei, efetivada pelo aplicador do direito, quando a norma disse menos do que deveria. Tem por fim dar-lhe sentido razoável, conforme os motivos para os quais foi criada [...]. Amplia-se o conteúdo do termo para alcançar o autêntico sentido da norma. A interpretação analógica é um processo de interpretação, usando a semelhança indicada pela própria lei. [...] Analogia, por sua vez, é um processo de integração do direito, utilizado para suprir lacunas. Aplica-se uma norma existente para uma determinada situação a um caso concreto semelhante, para o qual não há qualquer previsão legal. Ensina Carlos Maximiliano que a analogia, “no sentido primitivo, tradicional, oriundo da Matemática, é uma semelhança de relações. (...) Passar por inferência, de um assunto a outro de espécie diversa é raciocinar por analogia. Esta se baseia na presunção de que duas coisas que têm entre si um certo número de pontos de semelhança possam consequentemente assemelhar-se quando a um outro mais. Se entre a hipótese conhecida e a nova semelhança se encontra em circunstância que se deve reconhecer como essencial, isto é, como aquela da qual dependem todas as consequências merecedoras de apreço na questão discutida; ou, por outra, se a circunstância comum aos dois casos, com as consequências que da mesma decorrem, é a causa principal de todos os efeitos; o argumento adquire a força de uma introdução rigorosa” (Hermenêutica e aplicação do direito, p. 253). Exemplos: a) o art. 207 do CPC prevê a possibilidade de se transmitir por telefone uma carta de ordem ou precatória, dependendo somente da confirmação do emissor. Não havendo dispositivo semelhante no Código de Processo Penal, tem-se usado tal preceito para a transmissão de ordem de habeas

corpus, para a soltura do paciente, justamente porque mais eficaz; b) não há um número especificado no Código de Processo Penal para ouvir testemunhas no caso de exceção de suspeição apresentada contra o juiz, razão pela qual deve-se usar o disposto no art. 407, parágrafo único, do CPC, ou seja, três para cada fato. No processo penal, a analogia pode ser usada contra ou a favor do réu, pois não se trata de uma norma incriminadora, protegida pelo princípio da reserva legal, que exige nítida definição do tipo em prévia lei. (Código de Processo Penal Comentado. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 72-73 - grifou-se)

Assim considerando, transcreve-se, por analogia, o disposto no art. 514, II, do Código de Processo Civil:

Art. 514. A apelação, interposta por petição dirigida ao juiz, conterà:

[...]

II - os fundamentos de fato e de direito;

Destarte, é necessário que o recurso interposto traga as razões de fato e de direito que justifiquem a sua interposição, ou seja, é necessário estar munido de fundamentos que demonstrem o inconformismo da parte apelante com o decisum.

Sobre o assunto, o doutrinador Manoel Caetano Ferreira Filho leciona:

[...] todos os recursos devem ser interpostos através de petição motivada, contendo as razões pelas quais se pede a invalidação ou a reforma do pronunciamento recorrido. Não foge à regra a apelação. No ato de interposição, o recorrente deve apresentar as razões que fundamentam a existência de erro de procedimento ou de julgamento na sentença e justificam a nova decisão pleiteada. Para tanto, deve submeter a uma análise crítica os argumentos que nela estão expendidos, com vistas a demonstrar o vício alegado. (Comentários ao código de processo civil. V.7: do processo de conhecimento, arts. 495 a 565 - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 95).

De igual forma, os doutrinadores Fredie Souza Didier Jr. e Leonardo José Carneiro da Cunha explicam sobre a indispensável exposição das

circunstâncias de fato e de direito a serem confrontadas com a decisão atacada. Veja-se:

[...] não se permite a interposição de apelação ‘por cota nos autos’, nem por referência a alguma outra peça anteriormente oferecida, de forma que não se admite apelação cujas razões se restrinjam a reportar-se à petição inicial, à contestação ou à outra peça apresentada. Significa que a apelação deve conter argumentos que, ao menos, tentem rechaçar a conclusão a que se chegou a sentença atacada. (Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. 9. ed. Bahia: Editora Jus Podivm, 2011. p. 105)

Ocorre que, no presente caso, a defesa do recorrente deixou de transcrever quais as ponderações que pretendeu utilizar como argumentação para alicerçar o presente inconformismo, apenas se reportou às páginas das alegações finais como parte integrante do recurso, desrespeitando, assim, o art. 514, II, do Código de Processo Civil, e o princípio da dialeticidade.

Isso porque, como se viu, ao apresentar as razões recursais, o advogado se absteve a apenas apontar, na íntegra, todos os argumentos lançados em peça anteriormente apresentada, inclusive indicando as páginas em que constam a referida peça (fls. 421-423), ou seja, limitou-se a fundamentar o presente reclamo reportando-se à cópia integral das alegações finais, o que, por si só, inviabiliza a discussão sobre o pedido, sobretudo porque é dever da parte apresentar fatos e fundamentos jurídicos para que sua questão seja analisada.

Sabe-se que o princípio da dialeticidade consiste na necessidade de clara exposição dos motivos de fato e de direito, pelos quais se insurge o recorrente contra determinada decisão a ele desfavorável.

Dessa feita, “segundo o princípio da dialeticidade, que norteia os recursos, a parte recorrente deve impugnar, especificamente, os fundamentos da decisão recorrida, demonstrando o desacerto do decisum contra o qual se insurge, no intuito de justificar a procedência do recurso

interposto” (Recurso de Agravo n. 2011.048412-1, de Chapecó, rel. Des. Rui Fortes, j. em 18-8-2011).

Sobre o tema, o Supremo Tribunal Federal já se manifestou:

AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE. INÉPCIA. NÃO CONHECIMENTO. Vigê em nosso ordenamento o Princípio da Dialeiticidade segundo o qual todo recurso deve ser formulado por meio de petição na qual a parte, não apenas manifeste a sua inconformidade com ato judicial impugnado, mas, também e necessariamente, indique os motivos de fato e de direito pelos quais requer o novo julgamento da questão nele cogitada. (STF. ARE 664044 AgR/MG. rel. Min. Luiz Fux. j. em 13-3-2012)

O Superior Tribunal de Justiça não destoa tal entendimento:

[...] Como é de sabença geral, a teoria dos recursos é informada por uma série de princípios e dentre eles, figurando como um dos mais importantes, temos o princípio da dialeticidade, segundo o qual o recorrente deve confrontar os fundamentos utilizados na decisão impugnada, deixando explícito seu interesse recursal, manifestado pelo combate à tese pronunciada no decisum vergastado.

O enfrentamento ao fundamento que serviu de lastro para a decisão impugnada deve ser direto e específico, de tal maneira que reste incontroverso tal desiderato, permitindo, então, que o Tribunal avalie a pretensão recursal, informada pelo brocardo latino *tantum devolutum quantum appellatum*. (AgRg no Resp 647.275/RS, rel. Min. Francisco Falcão, j. em 18-10-2005).

Em caso semelhante, esta Câmara Criminal decidiu:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME DE INCÊNDIO (ART. 250, § 1º, II, “A”, DO CÓDIGO PENAL). SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. RECURSO DA ACUSAÇÃO.

PRETENSÃO CONDENAÇÃO. RAZÕES RECURSAIS QUE NÃO ATACAM O DECISUM NA SUA INTEGRALIDADE, SENDO CÓPIA INTEGRAL DE PEÇA ANTERIORMENTE APRESENTADA. TRANSCRIÇÃO DAS ALEGAÇÕES FINAIS.

OFENSA AO PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE RECURSAL. APLICAÇÃO, POR ANALOGIA, DO ART. 514 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.

RECURSO NÃO CONHECIDO. (Apelação Criminal n. 2014.029601-3, de Tijucas, desta relatora, j. 24-2-2015)

E, por analogia, menciona-se, por derradeiro, o julgado n. 2009.072352-1 (Apelação Cível), de Taió, Quinta Câmara de Direito Comercial, da lavra do Des. Guilherme Nunes Born:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE ATO JURÍDICO CUMULADA COM PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS EMERGENTES E MORAIS. PROCEDÊNCIA PARCIAL NA ORIGEM. INSURGÊNCIA DA PARTE AUTORA. ADMISSIBILIDADE RECURSAL. RAZÕES RECURSAIS QUE NÃO ATACAM SENTENÇA EM SUA INTEGRALIDADE, SENDO CÓPIA DAS ALEGAÇÕES FINAIS. OFENSA AO PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE. EXEGESE DO ARTIGO 514 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. RECURSO NÃO CONHECIDO.

- “Vige em nosso ordenamento o Princípio da Dialética segundo o qual todo recurso deve ser formulado por meio de petição na qual a parte, não apenas manifeste a sua inconformidade com ato judicial impugnado, mas, também e necessariamente, indique os motivos de fato e de direito pelos quais requer o novo julgamento da questão nele cogitada”. (STF. ARE 664044 AgR/MG. rel. Min. Luiz Fux. j. em 13-3-2012). (Apelação Cível n. 2009.072352-1, de Taió, rel. Des. Guilherme Nunes Born, j. em 14-3-2013)

Pelo exposto, não serão analisadas as argumentações contidas nas alegações finais como parte integrante do presente recurso.

Isso posto, passa-se à análise dos demais argumentos, qual sejam à alegação de que a embriaguez do apelante não encontra respaldo técnico nos autos e que o eventual excesso de velocidade é afastado diante das informações constantes em laudo que ora junta como meio de prova.

Como se sabe, nos moldes preconizados pelo art. 413 do Código de Processo Penal, com redação dada pela Lei n. 11.689/08, a pronúncia,

por se tratar de decisão meramente declaratória, precede apenas do convencimento da materialidade do delito e de indícios suficientes da autoria, o que se faz mediante uma análise ponderada do conjunto probatório, cabendo ao Tribunal do Júri dirimir a dúvida, em respeito ao princípio *in dubio pro societate*, que vigora nesta fase processual, e, também, ao princípio da soberania daquele Tribunal para decidir sobre crimes dolosos contra a vida.

Sobre as inovações da Lei n. 11.689/08, Guilherme de Souza Nucci leciona:

[...] 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.

Sob outro prisma, a suficiência de provas deve espelhar uma dúvida razoável. Um determinado magistrado, analisando o conjunto probatório, condenaria; outro, poderia absolver. Envolvida está a valoração da prova, que, com certeza, varia de pessoa para pessoa, logo, de juiz para juiz (Tribunal do Júri. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 62)

No caso dos autos, a materialidade e os indícios suficientes de autoria dos delitos de homicídio, lesão corporal e embriaguez ao volante estão devidamente comprovadas pelas declarações de óbito (fls. 47-49), pelos Laudos Necroscópicos (fls. 149-150), pelos laudos de exame de corpo delito (fls. 158, 175 e 176) e pelo laudo pericial de dosagem do teor alcoólico no sangue (fls. 219-221), no auto de constatação (fl. 35), bem como pela prova oral angariada nos presentes autos.

Na fase policial, o recorrente alegou não ter condições de responder a nenhuma pergunta (fl. 3). Na fase judicial, em que pese tenha alegado

que não estava alcoolizado, nem em alta velocidade, assumiu que estava dirigindo o veículo Fiat/Fiorino, de placas MFQ-5386, mas declarou que não se recorda como ocorreu o acidente (fl. 374 – mídia eletrônica).

Contudo, por meio do Laudo Pericial de Dosagem de Teor Alcoólico no Sangue n. 0284/10, verifica-se que o recorrente estava com o teor alcoólico no sangue de 13,528 dg/L (treze virgula quinhentos e vinte e oito decigramas por litro), quantidade esta muito superior a 6 dg/L (seis decigramas por litro) prevista como máxima permitida no art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro.

No Auto de Constatação de Sinais de Embriaguez consta que foram observados no recorrente os sinais de ingestão de bebidas alcoólicas consistentes em euforia demasiada, hálito alcoólico, fala arrastada, desorientação, falta de coordenação motora, irritabilidade, que estava falante, sonolência, humor instável, descontrole emocional, alteração das habilidades sensoriais, confusão mental e perda da memória (fl. 35).

A testemunha visual dos fatos Ceneri Marcos Fernandes, sob o crivo do contraditório, relatou que viu quando o carro do recorrente fez uma ultrapassagem e continuou na contra mão de direção, colidindo com o veículo Voyage, sendo que este não teve nem tempo de desviar para o acostamento. Declarou, ainda, que o acidente ocorreu em local proibido para ultrapassagem e que o automóvel do recorrente seguia em alta velocidade, consoante se extrai, in verbis (fl. 276):

Que seguia conduzindo uma motocicleta pela SC 470, sentido Blumenau/ Navegantes, atrás do automóvel Voyage envolvido no acidente; que o automóvel Voyage deveria estar aproximadamente 90 km/h, pois ultrapassou o depoente, que seguia a 60/70km/h; que o acidente ocorreu durante o dia, por volta das 17:30 horas, o tempo era bom e tinha sol; que o acidente aconteceu em uma reta; que viu quando o automóvel do réu fez uma ultrapassagem e continuou na contra mão de direção, colidindo com o carro Voyage; que o automóvel Voyage não teve tempo de tentar desviar para o acostamento; que o acidente aconteceu em local com proibição de ultrapassagem, pois se tratava de faixa dupla; que o

automóvel do réu seguia em alta velocidade, inclusive o velocímetro depois do acidente ficou travado na velocidade de 140 km/h; que não se aproximou do réu, ajudou os passageiros do Voyage; que não viu o que tinha dentro do veículo do réu; que viu o velocímetro do carro do réu pela TV, no dia seguinte, o que confirmou a percepção de alta velocidade que o depoente viu [...] (grifo nosso).

A vítima Cesar Soares, perante a autoridade judiciária, relatou que estava no banco traseiro do veículo Voyage, o qual estava sendo conduzido pelo pai de sua noiva, e viu o automóvel do recorrente realizando uma ultrapassagem, sendo que a colisão aconteceu logo em seguida. Declarou que o Voyage estava sendo conduzido a uma velocidade de 70/80km/h, normal para o local, e que o pai de sua noiva tentou desviar o carro para o acostamento, mas o motorista do outro veículo fez a mesma manobra, ocorrendo o acidente (fl. 275).

No mesmo norte, a vítima Bruna Daniele Muller relatou, em Juízo, que estava no banco traseiro e seu pai estava dirigindo o veículo Voyage quando ocorreu a batida. Declarou que o seu pai estava dirigindo devagar e tentou desviar para o acostamento, mesmo assim não conseguiu evitar a colisão e que o tempo estava bom e com sol (fl. 274).

A testemunha Cintia Flor, na fase judicial, relatou que atendeu o recorrente, na emergência do hospital Blumenau, e ele estava com cheiro de álcool, agitado e perturbado (fl. 273).

Corroborando com a versão acusatória, tem-se também o depoimento do policial rodoviário Robson de Mattia, que atendeu a ocorrência, declarou na Delegacia de Polícia, logo após os fatos, que o acidente envolveu o veículo Fiorino, conduzido pelo recorrente, e o veículo Voyage, conduzido pela vítima Gercino Muller, sendo que o veículo conduzido pelo recorrente invadiu a contra mão de direção, realizando uma ultrapassagem em local proibido, provocando a colisão. Declarou que o recorrente exalava forte odor etílico e dentro do veículo dele foram achados uma lata de cerveja aberta e dois barris de chope,

sendo um lacrado e outro aberto, e o velocímetro do veículo Fiorino travou indicando a velocidade de 130 km/h (centro e trinta quilômetros por hora). Ainda, ressaltou que o recorrente apresentava visíveis sinais de embriaguez (fls. 5-6).

No mesmo sentido, é o depoimento, na fase investigativa, do policial rodoviário Norton Luiz Vidal, que também atendeu a ocorrência, corroborando com todo o relato do policial Robson de Mattia e acrescentando que, no hospital, o recorrente falou para ele: “[...] que Edson Matias era seu cunhado e que quando adentraram na rodovia ele parou o carro e comprou duas latas de cerveja para eles beberem e veio ele conduzindo o veículo e fazendo a ingestão de bebida alcoólica [...]” (fls. 3-4).

Como se vê, apesar de negar estar embriagado e em alta velocidade, bem como alegar que não lembra da ultrapassagem em local proibido, a versão apresentada pelo recorrente não se mostra suficiente para o acolhimento, nesta fase processual, da tese de ausência de dolo ou culpa, isentando-o dos crimes que lhe são imputados.

Isso porque os depoimentos das vítimas foram corroborados por testemunha visual do delito e pelos policiais que atenderam a ocorrência, dando conta que o veículo estava em alta velocidade, fez uma ultrapassagem forçada em local proibido e o recorrente apresentava sinais de embriaguez, o que vai ao encontro das imagens do local dos fatos (fls. 18-30), as quais demonstram os veículos bastante danificados e latas de cerveja dentro do veículo, bem como dos mencionados laudos periciais, atestando as lesões sofridas pelas vítimas e o teor alcoólico presente no sangue do recorrente, não havendo como descartar, ao menos nesta etapa processual, a possibilidade de a sua conduta ter sido praticada com dolo eventual.

De mais a mais, mister ressaltar que, para a decisão de pronúncia, basta que o Magistrado se convença da existência do crime e da probabilidade de que o acusado o tenha cometido ou dele tenha

participado, resolvendo-se a dúvida acerca da autoria, nesta etapa processual, sempre em favor da sociedade, já que incumbe ao Tribunal do Júri dirimi-la.

Assim, existindo provas da materialidade e indícios suficientes de que o recorrente praticou o crime narrado na exordial, não cabe ao magistrado togado, nesta etapa processual, tecer o julgamento do mérito, analisando os elementos trazidos aos autos pela defesa, quais sejam a avaliação pericial e os argumentos de ausência de embriaguez, devendo tal argumentação ser levada ao Júri Popular, por ter este a competência de julgar os crimes dolosos contra a vida e os possíveis crimes conexos.

Nesse norte, está Corte preceituou *que* “segundo o disposto no caput do artigo 413 do Código de Processo Penal basta para a pronúncia do acusado o convencimento acerca da materialidade do fato e a existência de indícios suficientes de autoria ou de participação, não se exigindo prova cabal como a necessária para alicerçar sentença condenatória proferida pelo Juiz Singular, pois a pronúncia nada mais é que o juízo de admissibilidade da acusação a ser apreciada com maior profundidade pelo Conselho de Sentença, juiz natural para o julgamento do mérito nos crimes dolosos contra a vida” (*Recurso Criminal n. 2013.086401-9, rel. Des. Jorge Schaefer Martins, Quarta Câmara Criminal, j. 12-6-2014*).

Acerca desse tema, colhe-se importante argumentação do corpo do acórdão prolatado pelo Des. Newton Varela Júnior quando do julgamento do Recurso Criminal n. 2008.040231-8, de Tangará, em 28-7-2009:

Doutrina e jurisprudência reiteradamente vem tentando afastar a conturbada questão acerca da teoria do delito, consistente em diferenciar com segurança o dolo eventual da culpa consciente. Contudo, a grande celeuma a ser resolvida não se restringe a teoria do crime ou a sua concepção pois, apesar de se encontrarem numa zona limítrofe e de terem uma característica em comum – previsibilidade de ocorrência do resultado ilícito –, deve-se levar em conta a atitude mental do agente em cada um dos casos.

Assim, em tese, agiria com culpa consciente aquele que previsse um resultado danoso de determinada conduta arriscada que realiza, acreditando que tal resultado não se concretizaria. Já se evidenciaria o dolo eventual quando, prevendo a ocorrência do resultado, o agente agisse de forma indiferente ou egoísta, assumindo o risco de produzi-lo. A vontade do agente não se dirige ao resultado (o agente não quer o evento), mas sim à conduta, quer realizar o comportamento, prevendo que poderá produzir dano.

Então, sendo o dolo um elemento subjetivo e, por conseguinte, íntimo do agente, o cerne da discussão reside na forma como a conduta é externada, verificando-se a maneira mais adequada para aferir sua ocorrência, no caso concreto.

Não havendo como se aferir a certeza acerca da íntima percepção do agente, é de se observar, nesta fase processual em que se encontra o feito, o princípio *in dubio pro societate*.

Esse princípio não desponta da ausência ou insuficiência de provas para que o réu seja julgado perante o Tribunal Popular. Tal princípio significa tão-só que, quando houver múltiplas interpretações legitimamente extraídas da análise das provas produzidas no feito e havendo uma delas desfavorável ao denunciado, não é viável ao magistrado de primeiro grau excluir o julgamento do caso do Conselho de Sentença, por ser este o juiz natural por determinação constitucional (grifo nosso).

Assim, não há falar em impronúncia, haja vista haver provas da materialidade do fato e indícios suficientes de autoria, não restando configuradas as hipóteses previstas no art. 414, caput, do Código de Processo Penal.

Melhor sorte não assiste à defesa ao requerer a desclassificação para o delito descrito no art. 302 da Lei n. 9.503/07 – Código de Trânsito Brasileiro, sob a alegação de que não houve embriaguez e nem excesso de velocidade na conduta do agente e o evento danoso foi uma tragédia.

Como se sabe, a desclassificação do tipo penal na fase de pronúncia, afastando-se a competência do Tribunal do Júri, somente é cabível se

houver prova incontestada de que o crime efetivamente cometido é diverso daquele descrito na denúncia.

Sobre a matéria, importante é a lição de Guilherme de Souza Nucci:

O juiz somente desclassifica a infração penal, cuja denúncia foi recebida como delito doloso contra a vida, em caso de cristalina certeza quanto à ocorrência de crime diverso daqueles previstos no art. 74, § 1º, do Código de Processo Penal. [...] Outra solução não pode haver, sob pena de se ferir dois princípios constitucionais: a soberania dos veredictos e a competência do júri para apreciar os delitos dolosos contra a vida.

A partir do momento em que o juiz togado invadir seara alheia, ingressando no mérito do elemento subjetivo do agente, para afirmar ter ele agido com *animus necandi* (vontade de matar) ou não, necessitará ter lastro suficiente para subtrair, indevidamente, do Tribunal Popular a competência constitucional que lhe foi assegurada. É soberano, nessa matéria, o povo para julgar seu semelhante, razão pela qual o juízo de desclassificação merece sucumbir a qualquer sinal de dolo, direto ou eventual, voltado à extirpação da vida humana (Tribunal do Júri, Revista dos Tribunais: São Paulo, 2008, p. 88-89, grifo nosso).

Cabe a desclassificação do crime de homicídio previsto no art. 121, caput, do Código Penal, para o crime de prática de homicídio culposo na direção de veículo automotor, previsto no art. 302 do Código de Transito Brasileiro, no caso de não haver o elemento doloso na conduta do agente, seja ele direto ou eventual, porquanto, como destaca Cássio Mattos Honorato, só há crime culposo no trânsito quando o condutor do veículo, com ausência de dolo, ou seja, sem desejar ou assumir o risco de produzir o resultado, “deixa de observar as regras gerais de circulação e de segurança, e realiza a infração de trânsito, dando causa a um resultado juridicamente relevante (morte ou lesão corporal)” (Crimes de Trânsito: análise crítica da doutrina e da jurisprudência. Brasil. Revista dos Tribunais, ano 96, volume 859, maio de 2007, p. 461).

In casu, ao contrário do que afirma a defesa, há elementos externados suficientes para se auferir a presença do dolo na conduta do

agente, porquanto, com sua conduta, ele assumiu o risco de produzir o resultado lesivo e estando presentes elementos hábeis a comprovar a presença do dolo eventual, não há falar em desclassificação do delito para a modalidade culposa.

Dos ensinamentos de Rogério Greco, destaca-se: “Age dolosamente aquele que, diretamente, quer a produção do resultado, bem como aquele que, mesmo não o desejando de forma direta, assume o risco de produzi-lo” (Código Penal Comentado, 2. ed., amp. e atual. Niterói: Impetus, 2009, p. 287).

De mais a mais, havendo elementos externos indicativos da probabilidade da prática dolosa do ilícito – além da possível alta velocidade e embriaguez, denota-se, das provas demonstradas alhures, que o recorrente realizou manobra perigosa em local de ultrapassagem proibida –, a resolução de uma possível dubiedade existente acerca do elemento subjetivo do tipo cabe ao Tribunal do Júri, que é competente, por expressa disposição constitucional, para avaliar o fato, o contexto e os demais elementos dos autos, optando pela versão que lhe parecer crível para proferir o julgamento de mérito.

Nesse sentido, é o posicionamento do Supremo Tribunal Federal:

As inúmeras campanhas realizadas, demonstrando o perigo da direção perigosa e manifestamente ousada, são suficientes para esclarecer os motoristas da vedação legal de certas condutas, tais como o racha, a direção em alta velocidade, sob embriaguez, entre outras. Se apesar disso, continua o condutor do veículo a agir dessa forma nitidamente arriscada, está demonstrado o seu desapego à incolumidade alheia, podendo responder por delito doloso. (STF, rel. Min. Celso de Mello, RT 733/478 in GOMES, Luiz Flávio e CUNHA, Rogério Sanches. Legislação Criminal Especial, 2ª ed. São Paulo: RT, 2010, p. 1085)

Esta Corte de Justiça não destoa:

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. ACUSADO PRONUNCIADO PELA PRÁTICA DOS CRIMES DEFINIDOS NOS ARTS. 121,

CAPUT, 129, § 1.º, I, E 330, TODOS DO CÓDIGO PENAL, ALÉM DAQUELES ESTAMPADOS NO ART. 14 DA LEI N. 10.826/03 E NO ART. 244-B, § 2.º, DA LEI N. 8.069/90. IRRESIGNAÇÃO DEFENSIVA. PROVA DA MATERIALIDADE E INDÍCIOS DA AUTORIA EXTRAÍDOS DOS AUTOS. HOMICÍDIO PRATICADO NA CONDUÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR. DOLO EVENTUAL. INDÍCIOS DE SUA OCORRÊNCIA. DECISÃO MANTIDA.

1. Compete ao tribunal do júri conhecer dos crimes dolosos contra a vida. Os indícios de autoria autorizadores da pronúncia referem-se, portanto, a indícios de autoria dolosa, seja direta ou eventual. Somente a prova concreta, lídima e estreme de dúvidas, autoriza o magistrado a, monocraticamente, classificar a conduta como culposa, afastando-a da apreciação dos jurados. Havendo indícios de dolo do agente, mesmo que eventual, deve pronunciá-lo. [...] RECURSO NÃO PROVIDO. (Recurso Criminal n. 2014.032945-3, de Seara, rel. Des. Roberto Lucas Pacheco, Quarta Câmara Criminal, j. 26-6-2014, grifo nosso).

RECURSO CRIMINAL [...] ACIDENTE AUTOMOBILÍSTICO. AGENTE PRONUNCIADO PELA PRÁTICA DE HOMICÍDIO DOLOSO. PRETENSÃO QUE OBJETIVA A DESCLASSIFICAÇÃO PARA CULPOSO. MATERIALIDADE E INDÍCIOS DA AUTORIA. INADMISSIBILIDADE. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO IN DUBIO PRO SOCIETATE. POSSIBILIDADE DA CONDUTA TER SIDO PERPETRADA COM DOLO EVENTUAL. DESPROVIMENTO.

Para a pronúncia é preciso que o juiz se convença da existência do crime e da probabilidade de que o acusado o tenha cometido. Havendo dúvida a respeito do elemento subjetivo do tipo, torna-se imperativo pronunciar o réu, observando-se, assim o princípio do in dubio pro societate, que informa esta etapa do procedimento (Recurso Criminal n. 2009.016861-5, de São Lourenço do Oeste, rel. Des. Sérgio Paladino, Segunda Câmara Criminal, j. 13-10-2009).

Assim como em:

RECURSO CRIMINAL - CRIME CONTRA A VIDA - TENTATIVA DE HOMICÍDIO (ART. 121, CAPUT, C/C O ART. 14, INC. II,

POR 15 VEZES, NA FORMA DO ART. 70, TODOS DO CP) - PRONÚNCIA - ACIDENTE DE TRÂNSITO - MATERIALIDADE E SUFICIENTES INDÍCIOS DE AUTORIA COMPROVADOS NOS AUTOS - DOLO EVENTUAL EM TESE EVIDENCIADO - ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA E DESCLASSIFICAÇÃO PARA LESÃO CORPORAL CULPOSA INVIÁVEIS - APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO IN DUBIO PRO SOCIETATE - DECISÃO MANTIDA - RECURSO DESPROVIDO.

Havendo materialidade e indícios da autoria do crime, torna-se mais prudente remeter a apreciação defensiva para o corpo de jurados do Tribunal do Júri, por deter esse competência exclusiva. Nesses crimes, o princípio do in dubio pro reo dá lugar ao princípio do in dubio pro societate. (Recurso Criminal n. 2008.048772-5, de São Miguel do Oeste, rel. Des. Solon d'Eça Neves, Primeira Câmara Criminal, j. 14-10-2008, grifo nosso).

Diante do exposto, considerando os elementos externos que demonstram a probabilidade de incidência do dolo, bem como, da mesma forma, prevalecendo nesta etapa o princípio in dubio pro societate quanto ao elemento subjetivo, não cabe a desclassificação para a modalidade culposa, sendo do Conselho de Sentença a competência para o julgamento da causa.

Por tais razões, não há como acolher a pretensão defensiva.

Por fim, mantida a pronúncia, impende corrigir o erro material contido na parte dispositiva da sentença, que mencionou, inoportunamente, a ocorrência de concurso material entre os crimes de homicídio, lesão corporal e embriaguez ao volante, uma vez que tal matéria é adstrita ao momento de aplicação da pena.

Sobre o assunto, infere-se da doutrina:

É indispensável que o juiz classifique o dispositivo em que o acusado será julgado pelo Júri, quer como homicídio simples, quer qualificado. Não pode, porém, fazer qualquer menção a regras sobre concursos de crimes, a causas de diminuição de pena, tais como privilégio, a agravantes, nem a

atenuantes, a fim de preservar o campo de atuação soberana dos jurados (CAPEZ, Fernando. Curso de processo penal. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 587).

Neste norte, extrai-se da jurisprudência:

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. TRIBUNAL DO JÚRI. PRONÚNCIA. HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO EM CONCURSO MATERIAL COM PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO (ART. 121, § 2º, I E IV, DO CÓDIGO PENAL E ART. 14, CAPUT, DA LEI N. 10.826/03, NA FORMA DO ART. 69 DO CÓDIGO PENAL).

ERRO MATERIAL NA PARTE DISPOSITIVA DA SENTENÇA. CORREÇÃO DE OFÍCIO. EXCLUSÃO DA REFERÊNCIA AO CONCURSO MATERIAL ENTRE OS DELITOS. MATÉRIA ADSTRITA À APLICAÇÃO DA PENA [...] (Apelação Criminal n. 2009.022352-6, desta relatora, j. 2-2-2010).

RECURSO CRIMINAL - TRIBUNAL DO JÚRI - TENTATIVA DE HOMICÍDIO (TRÊS VEZES) - PLEITO QUE VISA À IMPRONÚNCIA - IMPOSSIBILIDADE - MATERIALIDADE COMPROVADA E PRESENTES INDÍCIOS SUFICIENTES DE AUTORIA [...] MENÇÃO AO CONCURSO MATERIAL NA CLASSIFICAÇÃO DA PRONÚNCIA - MATÉRIA RELATIVA À APLICAÇÃO DA PENA - EXCLUSÃO DE OFÍCIO [...] (Apelação Criminal n. 2009.034097-0, rel. Des. Moacyr de Moraes Lima Filho, j. 20-10-2009).

Assim, retifica-se a disposição do decisum vergastado, para dele excluir a referência ao concurso material entre os crimes pelos quais o recorrente foi pronunciado.

2 PREQUESTIONAMENTO

Acerca do pretendido prequestionamento, compulsando as razões de apelação, verifica-se que o digno causídico não especificou em que consistiria a ofensa eventualmente presente na decisão atacada, limitando-

se apenas em alegar “[...] imperiosa necessidade do pré-questionamento num todo, para futura apresentação e rediscussão dos temas perante as Cortes Superiores – STJ e STF” (fl. 422).

Sobre o tema, este Tribunal já decidiu:

APELAÇÃO CRIMINAL. TRANSPORTE DE TORAS DE MADEIRA SEM A DEVIDA LICENÇA (ART. 46, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI N. 9.605/98). [...] PRÉQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DE QUAIS DISPOSITIVOS ESTARIAM VIOLADOS. ANÁLISE PREJUDICADA. RECURSO NÃO PROVIDO. (Apelação Criminal n. 2014.032264-8, de Imbituba, rel. Des. Moacyr de Moraes Lima Filho, Terceira Câmara Criminal, j. 5-8-2014).

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A SAÚDE PÚBLICA. [...] PRÉQUESTIONAMENTO. NÃO APONTAMENTO DO QUE CONSISTIRIA A OFENSA EVENTUALMENTE PRESENTE NA DECISÃO GUERREADA. ANÁLISE PREJUDICADA. APELO PARCIALMENTE PROVIDO. (Apelação Criminal n. 2008.050161-6, de São Francisco do Sul. Rel. Des. Substituto Tulio Pinheiro, Segunda Câmara Criminal, j. 21-10-2008).

De qualquer sorte, registra-se que as questões suscitadas no recurso foram devidamente analisadas no corpo do acórdão, apontando-se as razões pelas quais a decisão foi mantida, bem como a legislação pertinente.

Portanto, resta prejudicado o prequestionamento.

Este é o voto.

SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL

Apelação Criminal n. 2015.043558-4, de Videira

Relator: Des. Volnei Celso Tomazini

APELAÇÃO CRIMINAL. VIOLAÇÃO DE DIREITO AUTORAL (ART. 184, § 2º, DO CÓDIGO PENAL). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DEFENSIVO.

PRELIMINAR. NULIDADE. OFENSA AO ART. 530-C, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. AUSÊNCIA DE DESCRIÇÃO DE TODOS OS BENS APREENDIDOS NO TERMO DE APREENSÃO. MERA IRREGULARIDADE QUE NÃO POSSUI O CONDÃO DE MACULAR A PROVA. PERÍCIA QUE REVELA A FALSIFICAÇÃO DAS MÍDIAS. FALTA DE IDENTIFICAÇÃO DOS TITULARES DO DIREITO DAS OBRAS QUE NÃO INVALIDA O LAUDO E NÃO AFASTA A TIPICIDADE DA CONDUTA. PRELIMINAR AFASTADA

MÉRITO. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO AO ARGUMENTO DE AUSÊNCIA DE DOLO NA CONDUTA, DEVENDO SER RECONHECIDO O ERRO DE PROIBIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. COMPROVAÇÃO DE QUE O RÉU TINHA CONHECIMENTO DE QUE O MATERIAL APREENDIDO (1.452 DVDS E 535 CDS) NÃO ERA ORIGINAL. CONFISSÃO PERANTE A AUTORIDADE JUDICIAL ALIADA À PROVA TESTEMUNHAL. ERRO DE PROIBIÇÃO NÃO CARACTERIZADO. CONDUTA QUE NÃO SE TRATA DE MERA LESÃO PATRIMONIAL AOS TITULARES DOS DIREITOS AUTORAIS, MAS ENCERRA LESÃO QUE GERA PREJUÍZOS AO FISCO, À INDÚSTRIA FONOGRÁFICA NACIONAL E AOS COMERCIANTES REGULARMENTE ESTABELECIDOS. TIPO PENAL QUE RESGUARDA O DIREITO DE CRIAÇÃO E ENCONTRA COMPLEMENTAÇÃO NA LEGISLAÇÃO ORDINÁRIA (LEI N. 9.610/1998). NORMA PENAL EM BRANCO QUE NÃO IMPLICA OFENSA AO PRINCÍPIO DA TAXATIVIDADE. PRÁTICA COIBIDA PELA ESTRUTURA ESTATAL QUE NÃO PODE SER TIDA COMO SOCIALMENTE

ADEQUADA. PRECEDENTES DAS CORTES SUPERIORES.
CONDENAÇÃO MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 2015.043558-4, da comarca de Videira (Vara Criminal), em que é apelante Anderson Tomaz de Oliveira, e apelado Ministério Público do Estado de Santa Catarina:

A Segunda Câmara Criminal decidiu, por unanimidade, negar provimento ao recurso. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Exmos. Srs. Des. Salete Silva Sommariva (Presidente) e Des. Sérgio Rizelo. Funcionou como representante do Ministério Público o Exmo. Sr. Dr. Rui Arno Richter.

Florianópolis, 29 de setembro de 2015.

Volnei Celso Tomazini
RELATOR

RELATÓRIO

O representante do Ministério Público da comarca de Videira, no uso de suas atribuições legais, ofertou denúncia contra Anderson Tomaz da Silva, pela prática, em tese, do crime descrito no art. 184, §2º, do Código Penal, em razão dos seguintes fatos:

No dia 4 de setembro de 2013, por volta das 14h30min, o denunciado Aderson Thomaz de Oliveira, matinha em seu ponto de venda, localizado na Praça Nereu Ramos, à Rua Dom Pedro II, s/n., Bairro Centro, nesta cidade de Videira/SC, diversas cópias de obras intelectuais produzidas mediante violação de direitos autorais, a saber, 1.452 (um mil, quatrocentos e cinquenta e dois) DVDs “piratas” e 535 (quinhentos e trinta e cinco) CDs fonográficos também “pirateados”, conforme auto de

exibição e apreensão de fl. 18 e laudo pericial de fls. 26/347, tudo com intuito de vendê-los e, assim, obter lucro direto para si.

Recebida da denúncia, citado, o réu apresentou resposta à acusação por meio de seu defensor constituído.

Concluída a instrução processual, o Magistrado *a quo* julgou procedentes os pedidos formulados na denúncia para condenar o réu Anderson Tomaz da Silva à pena de 2 anos de reclusão, em regime aberto, e 10 dias-multa, por violação ao disposto no art. 184, §2º do Código Penal.

Irresignado com a prestação jurisdicional, o réu apresentou recurso de apelação e, em suas razões, sustentou, preliminarmente, a nulidade absoluta do auto de apreensão, diante da ausência dos requisitos estampados no art. 530-C do Código de Processo Penal, bem como nulidade do laudo pericial e inépcia da denúncia, diante da ausência de descrição dos sujeitos que tiveram seu direito autoral violado. No mérito, sustenta a atipicidade da conduta, em virtude do erro de tipo. Argumenta que o art. 184, § 2º, do Código Penal ofende o princípio da taxatividade, pois consagra prisão por dívida. Assevera, ainda, que, de acordo com os princípios da adequação social e da insignificância, a conduta não deve ser considerada penalmente relevante.

Apresentadas as contrarrazões, os autos ascenderam a este Egrégio Tribunal de Justiça para julgamento.

Lavrou parecer pela douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Norival Acácio Engel, o qual se manifestou pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

Trata-se de Recurso de Apelação interposto por Anderson Tomaz de Oliveira, contra a sentença que o condenou à pena de 02 (dois) anos

de reclusão, em regime aberto, além do pagamento de 10 dias-multa, por infração ao disposto no art. 184, §2º do Código Penal.

Extrai-se dos autos que o apelante teria exposto à venda, em seu ponto comercial, 1.452 DVDs e 535 CDs, todos cópias de obras intelectuais, produzidos mediante violação de direitos autorais.

De início, verifica-se que o apelante sustentou a nulidade do auto de apreensão, por inobservância à exigência prevista no art. 530-C do Código de Processo Penal, o que, conseqüentemente, implicaria na ausência de prova material do delito, com a conseqüente absolvição.

Muito embora não tenham sido especificados um a um os bens apreendidos, a teor do disposto no art. 530-C do referido Diploma Legal, a jurisprudência do Tribunal Superior é pacífica no sentido de que: “[...] a ausência de formalidades no auto de apreensão caracteriza mera irregularidade formal, não ensejando nulidade ex officio da diligência, tampouco a absolvição do acusado por falta de materialidade do crime, porquanto plenamente viável sua análise com base nas demais provas produzidas” (AgRg no REsp n. 1415294/RS, rel. Min. Regina Helena Costa, j. em 1º/4/2014, DJUe de 7/4/2014).

Assim, é irrelevante que cada uma das mídias apreendidas seja submetida a exame pericial, porque o crime de que cuida os autos já estava consumado com a constatação de que uma delas foi reproduzida com violação de direitos autorais.

Além disso, inviável torna-se a análise da totalidade dos objetos apreendidos, quando o número for expressivo, como na hipótese (quase 2.000 discos ópticos), de modo que a perícia passa a ser feita por amostragem, sem que qualquer irregularidade exista nesse método.

No caso, ficou constatado que os CDs e DVDs estavam desprovidos do código de IFPI, dos subcódigos e do nome dos fabricantes, fator determinante da sua autenticidade.

Sobre o tema, decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. VIOLAÇÃO DE DIREITO AUTORAL. MATERIALIDADE E TIPICIDADE COMPROVADAS. PERÍCIA REALIZADA POR AMOSTRAGEM. CONSTATAÇÃO DA FALSIDADE DAS MÍDIAS PERICIADAS. DESNECESSIDADE DE IDENTIFICAÇÃO E INQUIRÇÃO DOS SUJEITOS PASSIVOS. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.[...]

- Embora o art. 530-D do Código de Processo Penal disponha que a perícia seja feita sobre todos os bens apreendidos, nos crimes de violação a direito autoral, basta, para a comprovação da materialidade, que a referida prova seja feita por amostragem. Isso porque, para a configuração do delito em questão, é suficiente a apreensão e perícia de uma única mídia, desde que constatada sua falsidade.

- **No caso em tela, a materialidade do crime restou amplamente demonstrada, uma vez que foram apreendidos cerca de 147 (cento e quarenta e sete) CDs e DVDs, tendo, por amostragem, sido realizada perícia em 10 (dez) das referidas mídias, atestando-se a falsificação das mesmas.**

- **Sendo o crime de violação de direito autoral descrito no art. 184, § 2º do Código Penal sujeito a ação penal pública incondicionada e tendo sido constatada, por laudo pericial, a falsidade da mídia, é desnecessária, para a configuração de sua tipicidade, a identificação e inquirição do sujeito passivo.** Habeas corpus não conhecido (HC 197783, Rel^a. Min^a Marilza Maynard - Dje 26.04.2013).

Não destoam o entendimento deste Tribunal de Justiça:

APELAÇÃO CRIMINAL. VIOLAÇÃO DE DIREITO AUTORAL (ART. 184, § 2º, DO CÓDIGO PENAL). PUGNADAAABSOLVIÇÃO. PERÍCIA REALIZADA POR AMOSTRAGEM. VIABILIDADE. FALTA DE IDENTIFICAÇÃO DOS TITULARES DO DIREITO DAS OBRAS QUE NÃO DESCONSTITUI A MATERIALIDADE DELITIVA, TAMPOUCO AFASTA A TIPICIDADE DA CONDUTA. EXAME PERICIAL QUE REVELA A FALSIFICAÇÃO DAS MÍDIAS.

RECURSO NÃO PROVIDO. 1 “Segundo a orientação desta Corte Superior de Justiça, a exigência prevista no art. 530-D do Código de Processo Penal, de que a perícia recaia sobre todos os bens apreendidos, não se presta à finalidade de comprovação da materialidade delitiva” (Habeas Corpus n. 209.366/RS, DJUe de 13/8/2013). 2 “É pacífico ser desnecessária a identificação das vítimas, que tiveram seu direito autoral violado, porquanto referido fato não retira a falsidade do material apreendido, não elidindo, portanto, a imputação penal. [...] Agravo regimental a que se nega provimento” (STJ, AgRg nos EDcl no REsp 1.387.261/SP, DJUe de 12/11/2013). (TJSC, Apelação Criminal n. 2014.076745-7, de Catanduvás, rel. Des. Moacyr de Moraes Lima Filho, j. 30-06-2015).

Dessa forma, sendo desnecessária a identificação das vítimas, que tiveram seu direito autoral violado, não há falar em inépcia da inicial, por falta dos requisitos previstos no art. 41 do Código de Processo Penal, motivo pelo qual as preliminares devem ser rejeitadas e passa-se à análise do mérito.

Diferentemente do que sustenta a defesa, a prova amealhada aos autos é contundente. A materialidade está comprovada pelo auto de prisão em flagrante (fl. 02), pelo boletim de ocorrência (fl 16), pelo auto de apreensão (fl.18), pelo Laudo pericial (fls.27-34), bem como por toda a prova oral colhida durante a persecução penal.

A autoria, por sua vez, encontra substrato na própria confissão do réu e, também, nos depoimentos prestados pelas testemunhas, relatos que fornecem a certeza necessária de que o apelante Anderson Tomaz de Oliveira praticou a conduta delituosa prevista no art. 184, §2º, do Código Penal.

Perante a autoridade policial, o apelante esclareceu que possuía um ponto comercial e, neste local, realizada a venda de CDs e DVDs. Contou que tinha conhecimento de que os produtos eram falsificados. Disse que os comprava por R\$ 2,00 e vendia por R\$ 5,00.

Que possui uma banca de venda de produtos diversos na Praça Nereu Ramos, no centro da cidade, a cerca de seis anos; Que começou a vender

CDs e DVDs há aproximadamente seis meses; Que comprava os produtos de um tal de Josué, que dizia residir na cidade de Caçador; Que comprava de Josué a cada quinze dias; Que tinha conhecimento que os produtos eram falsificados; Que adquire cada produto por dois reais e revendia por cinco reais [...] (fl. 07)

Interrogado em Juízo, o apelante esclareceu que vendia CDs e DVDs falsificados em seu ponto comercial há aproximadamente seis meses. Contou que não possuía mais a intenção de comercializar esses produtos, uma vez que conheceu uma pessoa que tinha sido presa por tal prática, contudo, continuou vendendo, pois possuía vários CDs em estoque. Disse que sabia da existência de uma lei que proibia a venda de produtos falsificados, no entanto, como “todo mundo” vendia os CDs e DVDs falsificados, acreditou que a lei estava em desuso.

As testemunhas ouvidas em Juízo confirmaram a prática da conduta ilícita.

Rafaela de Oliveira da Silva, namorada do apelante, disse, em Juízo, que sabia que o apelante vendia CDs e DVDs “piratas”. Afirmou que estava ajudando no ponto comercial do apelante, no momento em que os policiais apreenderam as mercadorias. Confirmou, por fim, que os produtos estavam em cima da banca, expostos à venda.

Do mesmo modo, a testemunha Gleize Moresco, Policial que efetuou a apreensão das mercadorias falsificadas, asseverou, em Juízo, que foi realizada uma operação para apreender mercadorias falsificadas, nas bancas das praças, que resultou na prisão de várias pessoas. Destacou que o apelante foi preso em razão da comercialização de CDs e DVDs “piratas”, que foram constatadas as falsificações desses produtos, pois as embalagens eram grotescas. Informou, ainda, que produtos apreendidos estavam expostos à venda.

Nenhuma contradição sobressai, portanto, desses testemunhos, pois claramente revelam a exposição à venda de mercadorias falsificadas. A autoria está inequivocadamente demonstrada nos autos, mesmo

porque as testemunhas inquiridas são idôneas, inexistindo motivos para questionar a veracidade de suas palavras.

Com efeito, indiscutivelmente o réu foi o autor do delito contra a propriedade intelectual, uma vez que efetivamente expôs à venda em seu ponto comercial CDs e DVDs falsificados.

Oportuno registrar, sobressai inviável a postulada aplicação do princípio da insignificância ao caso.

Isso porque o princípio da insignificância (bagatela), cuja aplicação encontra-se sedimentada na jurisprudência pátria, objetiva afastar a incriminação de condutas de potencial lesivo ínfimo.

Em outras palavras, conforme o magistério de Paulo Queiroz,

“[...] não se justifica que o direito penal possa incidir sobre comportamentos insignificantes. Ocorre que, ainda quando o legislador pretenda reprimir apenas condutas graves, isso não impede que a norma penal, em face do seu caráter geral e abstrato, alcance fatos concretamente irrelevantes”. (Direito Penal – parte geral. 4ª ed. Rio de Janeiro: 2008, Lumen Juris, p. 51).

Ocorre que o postulado supracitado é inaplicável ao delito de violação de direito autoral na forma qualificada (art. 184, § 2º, do CP), dada a impossibilidade de mensurar o dano causado pela conduta perpetrada, o qual ultrapassa a órbita dos autores das obras copiadas, atingido “os titulares dos direitos autorais e que lhes são conexos, bem como as produtoras musicais e os consumidores que adquirem produtos de qualidade inferior, sem contar o Fisco, que também deixa de recolher tributos por conta desse mercado paralelo” (ACrim n. 2012.026484-5, rel. Des. Torres Marques, j. em 23.7.2012).

Esse, aliás, é o entendimento deste Sodalício:

APELAÇÃO CRIMINAL. VIOLAÇÃO DE DIREITO AUTORAL. ART. 184, § 2º, CP. APREENSÃO DE CDs E DVDs FALSIFICADOS NO ESTABELECIMENTO COMERCIAL DA DENUNCIADA.

MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVA INCONTROVERSAS. PEDIDO DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. ELEVADO GRAU DE REPROVABILIDADE DA CONDUTA E IMPOSSIBILIDADE DE MENSURAR A EXTENSÃO DA LESÃO JURÍDICA PROVOCADA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (grifou-se) (Apelação Gabinete Des. Subst. Volnei Celso Tomazini, Criminal n. 2011.087189-8, de Lages, rel. Des. Sérgio Izidoro Heil, j. em 21.6.2012)

Pelo mesmo motivo, inviável a aplicação do princípio da adequação social para o delito de violação de direito autoral na forma qualificada (art. 184, § 2º, do CP).

Essa matéria foi, inclusive, objeto do julgamento do Recurso Representativo de Controvérsia pelo Superior Tribunal de Justiça, na data de 26.9.2012, cuja ementa transcreve-se:

RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. PENAL. OFENSA AO ART. 184, § 2º, DO CP. OCORRÊNCIA. VENDA DE CDS E DVDS “PIRATAS”. ALEGADA ATIPICIDADE DA CONDUTA. PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SOCIAL. INAPLICABILIDADE.

1. A jurisprudência desta Corte e do Supremo Tribunal Federal orienta-se no sentido de considerar típica, formal e materialmente, a conduta prevista no artigo 184, § 2º, do Código Penal, afastando, assim, a aplicação do princípio da adequação social, de quem expõe à venda CDS E DVDS “piratas”.

2. Na hipótese, estando comprovadas a materialidade e a autoria, afigura-se inviável afastar a consequência penal daí resultante com suporte no referido princípio.

3. Recurso especial provido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008. (REsp 1193196/MG, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. em 26.9.2012).

E, posteriormente sumulado: 502/STJ “Presentes a materialidade e a autoria, afigura-se típica, em relação ao crime previsto no art. 184, § 2º, do CP, a conduta de expor à venda CDs e DVDs piratas.”

Ademais, é incabível, na hipótese, a adoção da figura do erro de proibição, como pretende o apelante, ao reconhecer a ausência do dolo na comercialização dos produtos falsificados.

O apelante disse que possuía conhecimento sobre a proibição da comercialização dos produtos falsificados, bem como confessou que sabia que os CDs e DVDs, por ele comercializados, não eram autênticos. Aliado à confissão, o valor irrisório pelo qual as mercadorias eram adquiridas, em torno de R\$ 2,00 por produto – conforme depoimento do apelante -, demonstraram o conhecimento de que se tratavam de produtos falsificados.

Para corroborar, tem-se o seguinte julgado:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME DE VIOLAÇÃO DE DIREITO AUTORAL (CP, ART. 184, § 2.º). CONDENAÇÃO. RECURSO DEFENSIVO VISANDO À ABSOLVIÇÃO, AO ARGUMENTO DE AUSÊNCIA DE DOLO NA CONDUTA, DEVENDO SER RECONHECIDO O ERRO DE PROIBIÇÃO. PLEITO ALTERNATIVO DE APLICAÇÃO DO SURSIS. ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. COMPROVAÇÃO, NOS AUTOS, DE QUE O RÉU TINHA CONHECIMENTO DE QUE O MATERIAL APREENDIDO NÃO ERA ORIGINAL. CONFISSÃO PERANTE A AUTORIDADE JUDICIAL ALIADA À PROVA TESTEMUNHAL. ERRO DE PROIBIÇÃO NÃO CARACTERIZADO. CONDENAÇÃO MANTIDA. PLEITO ALTERNATIVO INVIÁVEL. APLICAÇÃO DO SURSIS. INADMISSIBILIDADE. PRESENÇA DOS REQUISITOS DO ART. 44 DO CÓDIGO PENAL. POSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. SUSPENSÃO CONDICIONAL DA PENA QUE, ADEMAIS, MOSTRA-SE MAIS GRAVOSA AO APENADO. RECURSO DEFENSIVO DESPROVIDO. (TJSC, Apelação Criminal n. 2010.025009-1, de Turvo, rel. Des. Roberto Lucas Pacheco, j. 30-11-2010).

Assim, não se pode coadunar com os argumentos lançados no recurso, uma vez que o apelante possuía pleno conhecimento da conduta ilícita que praticara.

O apelante sustenta, ainda, a ocorrência de violação ao art. 5º, LXVII, da Constituição Federal, bem como o art. 7º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, uma vez que a penalização da conduta do acusado constituiria prisão por dívida, admitida apenas no caso de inadimplemento de obrigação alimentar.

No entanto, conforme já exposto, o tipo penal não visa apenas resguardar o direito ao crédito que o autor da obra possui, “mas também toda a indústria e comércio nacionais e, em última análise, a sociedade como um todo, na medida em que implica redução no recolhimento de tributos, geração de empregos e renda, constituindo prejuízos que se estendem em larga escala, não podendo refugir ao alcance do direito penal.” (TJSC, Apelação Criminal n. 2014.073157-9, de Criciúma, rel. Des. Newton Varella Júnior, j. 16-07-2015).

Em situação análoga, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina já se pronunciou:

“APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A PROPRIEDADE INTELECTUAL. VIOLAÇÃO DE DIREITO AUTORAIS (ART. 184, § 2º, DO CÓDIGO PENAL). [...] NÃO RECEPÇÃO DO TIPO PENAL PELA ORDEM CONSTITUCIONAL VIGENTE, POR OFENSA À GARANTIA DA NÃO PRISÃO POR DÍVIDA CIVIL E AOS PRINCÍPIOS DA TAXATIVIDADE E ADEQUAÇÃO SOCIAL. CONDUTA QUE NÃO SE TRATA DE MERA LESÃO PATRIMONIAL DOS TITULARES DOS DIREITOS AUTORAIS, MAS ENCERRA LESÃO QUE GERA IMENSOS PREJUÍZOS AO FISCO, À INDÚSTRIA FONOGRAFICA NACIONAL E AOS COMERCIANTES REGULARMENTE ESTABELECIDOS. TIPO PENAL QUE RESGUARDA O DIREITO DE CRIAÇÃO E ENCONTRA COMPLEMENTAÇÃO NA LEGISLAÇÃO ORDINÁRIA (LEI N. 9.610/1998). NORMA PENAL EM BRANCO QUE NÃO IMPLICA OFENSA AO PRINCÍPIO DA TAXATIVIDADE. PRÁTICA COIBIDA PELA ESTRUTURA ESTATAL QUE NÃO PODE SER TIDA COMO SOCIALMENTE ADEQUADA. PRECEDENTES DAS CORTES SUPERIORES. CONSTITUCIONALIDADE DO TIPO PENAL EVIDENCIADA.

[...]”. (Apelação Criminal n. 2013.048388-8, rel. Des. Leopoldo Augusto Brüggemann, j. 25.2.2014).

Por tais razões, percebe-se que o tipo penal visa tutelar bem jurídico elevado à garantia fundamental (art. 5º, XXVII, da Constituição Federal) aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras”, bem como a repressão de conduta que gera, repisa-se, danos de dimensões que atingem não só à vítima, mas toda a comunidade.

Por fim, deve ser afastada a alegação de ofensa ao princípio da taxatividade. Isso porque, ao contrário do que sustenta a defesa, o conteúdo descrito no tipo penal é completado pelas Leis 9.609/1998 e 9.610/1998, as quais dispõem sobre o conceito de direito de autor e sua proteção.

Portanto, a especificidade e a clareza com que a matéria é delineada na legislação não deixa dúvida de que o tipo penal, em sua aplicação, é limitado, restrito e preciso.

A Câmara já se manifestou a respeito:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA PROPRIEDADE INTELLECTUAL (ART. 184, § 2º, DO CÓDIGO PENAL). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA. ALEGADA INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 184, § 2º, DO CP. OFENSA AO PRINCÍPIO DA TAXATIVIDADE E AOS PRECEITOS CONSTITUCIONAIS. INVIABILIDADE. DIREITO AUTORA ACOBERTADO PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, EM SEU ART. 5º, XXVII E ART. 216. SUBSUNÇÃO DA CONDUTA AO TIPO PENAL. ADEMAIS, NORMA PENAL EM BRANCO DEVIDAMENTE COMPLEMENTADA PELA LEI N. 9.610/1998. [...]. (TJSC, Apelação Criminal n. 2010.014300-2, de Itajaí, rel. Des. Marli Mosimann Vargas, j. 14-12-2010).

Diante de todo o exposto, vota-se pelo desprovimento do recurso para manter na íntegra a sentença açoitada, inclusive no tocante a pena, pois aplicada no mínimo legal.

É o voto.

TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL

Apelação / Estatuto da Criança e do Adolescente n. 2015.069864-3, de Tubarão

Relator: Des. Moacyr de Moraes Lima Filho

APELAÇÃO. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ATO INFRACIONAL EQUIPARADO AO DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS. AUSÊNCIA DE LAUDO PERICIAL DEFINITIVO. MATERIALIDADE NÃO COMPROVADA. IMPROCEDÊNCIA DA REPRESENTAÇÃO. RECURSO PROVIDO POR FUNDAMENTO DIVERSO.

1 Com o fim de resguardar os princípios do contraditório e da ampla defesa e, ainda, do duplo grau de jurisdição, a procedência da imputação do art. 33 da Lei n. 11.343/06, ainda que na forma do art. 103 do Estatuto da Criança e do Adolescente, exige a apreensão de drogas, a realização do laudo pericial definitivo e sua juntada antes do encerramento da instrução criminal.

2 “Conforme o mais recente entendimento da Sexta Turma, a ausência do laudo toxicológico definitivo impõe não simplesmente a nulidade dos autos, com a reabertura do prazo para a sua juntada ou mesmo produção, mas a absolvição do réu, considerando-se que não ficou provada a materialidade do delito” (STJ, AgRg no HC n. 316.734/BA, j. em 28/4/2015).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação / Estatuto da Criança e do Adolescente n. 2015.069864-3, da comarca de Tubarão (Vara da Família Órfãos Infância e Juventude), em que é apelante E. S. F., e apelado Ministério Público do Estado de Santa Catarina:

A Terceira Câmara Criminal decidiu, por votação unânime, dar provimento ao recurso, por fundamento diverso, para reconhecer a improcedência da representação, com fulcro no art. 189, II, da Lei n.

8.069/90, determinando a desinternação do adolescente E. S. F., se por outro motivo não estiver internado. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Rui Fortes, e dele participaram os Exmos. Srs. Des. Ernani Guetten de Almeida e Des. Leopoldo Augusto Brüggemann. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Excelentíssimo Dr. Paulo Antônio Günther.

Florianópolis, 1º de dezembro de 2015.

Moacyr de Moraes Lima Filho
RELATOR

RELATÓRIO

O órgão do Ministério Público atuante na Vara da Família, Órfãos, Infância e Juventude da comarca de Tubarão ofereceu representação contra I. J. da C. C. e E. S. F., imputando-lhes a prática das condutas descritas nos arts. 33 e 35, ambos da Lei n. 11.343/06, na forma do art. 103 da Lei n. 8.069/90, pois:

Consta nos autos que no dia 22 de outubro de 2014, por volta das 15h30, os adolescentes Í. J. da C. C. e É. S. F. encontravam-se no bairro Oficinas, nesta cidade, na prática do tráfico de entorpecentes juntamente com o adulto Welinton Maíke Tomaz Correa, atual “patrão” do tráfico no Morro do Caeté, quando uma viatura da polícia militar aproximou-se do local onde ocorria o comércio de drogas.

Ao avistarem a viatura policial, diversos sujeitos que estavam no local evadiram-se. Dentre eles estavam os representados, os quais correram em direção ao interior do beco, em direção à sede do bar do Madureira.

Durante a fuga, os policiais observaram que os juvenis esconderam algo sob um tijolo, nos fundos de uma casa, e após breve perseguição,

conseguiram interpellá-los na rua Venâncio Aguilera, momento em que, após realizarem a revista pessoal, encontraram com É. S. F. a quantia de R\$ 23,00 (vinte e três reais) e sob a posse de Í. J. da C. C. o montante de R\$ 193,00 (cento e noventa e três reais).

Além disso, realizada busca no local onde os representados haviam escondido algo sob um tijolo, foi localizado um pacote de “salgadinho chips” contendo 04 (quatro) pacotes, cada um com 13 porções de cocaína, totalizando 52 porções de droga (19,3g).

O contexto em que se deu a apreensão dos adolescentes, considerando-se as drogas e valores encontrados sob sua posse e o local onde ocorreram os fatos, conhecido por ser um local onde comumente há prática de tráfico de drogas, evidencia que os juvenis tinham drogas em depósito e as venderam naquela ocasião, em comunhão de esforços, isto sem autorização e em desacordo com determinação legal. (fls. 1/3 dos autos do processo eletrônico – SAJ5)

Considerando que o adolescente I. J. da C. C. atingiu a maioridade, acolheu-se pedido do Ministério Público para extinguir o feito com relação a ele (fl. 107 – SAJ5).

Ultimada a instrução procedimental, o Magistrado *a quo* julgou parcialmente procedente o pedido formulado na representação, aplicando a E. S. F. a medida socioeducativa de internação, tendo em vista a prática do ato infracional correspondente ao crime previsto no arts. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/06 (fls. 115/129 – SAJ5).

Inconformado com a prestação jurisdicional, o adolescente interpõe a presente apelação, mediante a qual almeja a improcedência da inicial, sob a assertiva de que devem ser observados os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, bem como considerado o meio social em que está inserido e que não houve violência e grave ameaça. Subsidiariamente, almeja o abrandamento da medida socioeducativa aplicada (fls. 154/159 – SAJ5).

Contra-arrazoado o recurso (fls. 162/167 – SAJ5) e mantida a decisão (fl. 169 – SAJ5), os autos ascenderam a esta Superior Instância,

em que a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Paulo Antônio Günther, manifesta-se pelo não provimento do reclamo (fls. 7/13).

VOTO

O recurso preenche os pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade, razão pela qual deve ser conhecido.

A despeito dos fundamentos lançados no inconformismo, verifica-se a existência de fundamento diverso que impõe a reforma da decisão de procedência da representação.

Isso porque, ao compulsar os autos, verifica-se que o material apreendido pelos policiais civis (fl. 55 – SAJ5), apesar de avaliado provisoriamente no laudo de constatação (fl. 56 – SAJ5), não foi submetido a exame pericial, remanescendo dúvidas acerca de sua natureza.

Eventual laudo pericial definitivo, apesar de requerido pelo órgão do Ministério Público (fl. 4 – SAJ5) e solicitado pelo Juiz de Primeiro Grau (fls. 98 e 100 – SAJ5), não foi juntado aos autos.

A materialidade do tráfico de drogas está ligada à apreensão do material destinado à comercialização e sua submissão à perícia, a fim de que se confirme a presença da substância de natureza proscrita.

As políticas que foram implementadas pela Lei n. 11.343/06, conforme dispõe o seu art. 1º, caput e parágrafo único, estabelecem mecanismos de prevenção, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas e de repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito das mesmas substâncias, desse modo qualificadas aquelas “capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União”.

É imprescindível, portanto, que se verifique o enquadramento no rol de substâncias escolhidas pela lei, o qual atualmente é informado pela

Portaria n. 344/98 da Secretaria da Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde.

Ao obstaculizar o consumo, a produção e a comercialização de drogas por meio deste vocábulo, a Lei n. 11.343/06 fez uso de norma penal em branco, condicionando a sua aplicação às relações permeadas pela presença de tais substâncias, que devem estar especificadas em lei ou relacionadas em listas do Poder Executivo da União.

Desse modo, importa destacar que, “mesmo que uma dada substância seja capaz de causar dependência, enquanto não tiver sido catalogada em lei ou relacionada em lista atualizada pelo Poder Executivo da União (Portaria SVS/MS 344/98), não há tipicidade na conduta daquele que pratique quaisquer das condutas previstas nos arts. 33 a 39” (GOMES, Luiz Flávio (coord). Lei de drogas comentada artigo por artigo: Lei 11.343, de 23.08.2006. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 26).

No que tange à satisfação de tal necessidade, prevalece na doutrina e na jurisprudência, dos Tribunais Superiores e desta Corte, a imprescindibilidade da apreensão e da realização do exame pericial definitivo para a comprovação da materialidade, a fim de que seja atestada a natureza do material encontrado.

A necessidade do exame pericial decorre da própria lei de regência. Os arts. 50, § 3º, e 56, caput, da Lei n. 11.343/06 tratam da sua requisição e estabelecem requisitos para a incineração dos entorpecentes.

Veja-se:

Art. 50. Ocorrendo prisão em flagrante, a autoridade de polícia judiciária fará, imediatamente, comunicação ao juiz competente, remetendo-lhe cópia do auto lavrado, do qual será dada vista ao órgão do Ministério Público, em 24 (vinte e quatro) horas.

§ 1º Para efeito da lavratura do auto de prisão em flagrante e estabelecimento da materialidade do delito, é suficiente o laudo de

constatação da natureza e quantidade da droga, firmado por perito oficial ou, na falta deste, por pessoa idônea.

§ 2º O perito que subscrever o laudo a que se refere o § 1º deste artigo não ficará impedido de participar da elaboração do laudo definitivo.

§ 3º Recebida cópia do auto de prisão em flagrante, o juiz, no prazo de 10 (dez) dias, certificará a regularidade formal do laudo de constatação e determinará a destruição das drogas apreendidas, guardando-se amostra necessária à realização do laudo definitivo.

Art. 56. Recebida a denúncia, o juiz designará dia e hora para a audiência de instrução e julgamento, ordenará a citação pessoal do acusado, a intimação do Ministério Público, do assistente, se for o caso, e requisitará os laudos periciais.

Embora existam decisões em sentido contrário, a realização do exame definitivo não pode ser suprida por outras provas ou pela juntada do laudo de constatação, “*que serve para fundamentar o flagrante e a denúncia (art. 50, § 1º, desta Lei), mas não para dar base à sentença*” (JESUS, Damásio de. *Lei antidrogas anotada: comentários à Lei n. 11.343/2006*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 280).

Esse é o entendimento doutrinário:

Em matéria de drogas, dois são os laudos necessários: o de constatação e o definitivo. O primeiro cumpre o papel de comprovar a materialidade do delito no momento do auto de prisão em flagrante (ou no momento da abertura do inquérito policial, quando este se inicia de outra maneira). O segundo laudo (o definitivo) é o que comprova, de modo insofismável, a natureza e quantidade da droga (GOMES, Luiz Flávio Gomes, CUNHA, Rogério Sanches (coord). *Legislação criminal especial*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 296)

E:

É imprescindível para a condenação que o laudo pericial definitivo da droga seja positivo, no sentido de demonstrar que realmente se trata de drogas. A prova da materialidade se faz “com exclusividade” por

intermédio do exame clínico-toxicológico (RT, 687:290). (JESUS, Damásio de. *Lei antidrogas anotada: comentários à Lei n. 11.343/2006*, 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 280).

Na espécie, aliás, como é comum acontecer, consta expressamente no laudo de constatação: “Este resultado é de caráter provisório e não conforma, necessariamente, o resultado da identificação que será enviado no laudo definitivo” (fl. 56 – SAJ5).

Com efeito, se a mencionada perícia é inafastável ao reconhecimento de que foi cometida a conduta perseguida pelo preceito incriminador, não se pode admitir a prolação de procedência da representação (ou sentença condenatória) sem a sua realização. O juízo de certeza necessário para tanto não pode subsistir com a dúvida acerca da materialidade delitiva.

Mostra-se igualmente inadmissível que, depois de encerrada a instrução e proferida sentença, seja juntado o laudo pericial definitivo e considerado no julgamento do recurso de apelação, como meio de comprovação posterior da natureza do material apreendido e, assim, legitimador do decreto condenatório.

A juntada tardia não permite a manifestação da defesa (tampouco da acusação), que poderia contestar o resultado da perícia ou adequar as estratégias defensivas, e do Magistrado de Primeiro Grau, em afronta aos princípios da ampla defesa, do contraditório e do duplo grau de jurisdição.

Como bem alertam Andrey Borges de Mendonça e Paulo Roberto Galvão de Carvalho, aliás, “a nova lei, visando assegurar que a acusação e, principalmente, a defesa tenham acesso a ele [laudo toxicológico] com a antecedência necessária a permitir a sua crítica, determina, em seu art. 52, parágrafo único, inciso I, que as diligências necessárias à plena elucidação do fato devem ser encaminhadas ao juízo competente até três dias antes da audiência de instrução e julgamento”. E concluem: “a condenação sem este laudo é nula, não sendo possível suprir a nulidade pela existência

do laudo preliminar, que, como dito, possui finalidade provisória” (Lei de drogas: Lei11.343, de 23 de agosto de 2006 – comentada artigo por artigo. São Paulo: Método, 2008. p. 249).

Nesse sentido, colhe-se do repertório do Superior Tribunal de Justiça:

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO ORIGINÁRIA. SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO ESPECIAL CABÍVEL. IMPOSSIBILIDADE. RESPEITO AO SISTEMA RECURSAL PREVISTO NA CARTA MAGNA. NÃO CONHECIMENTO.

[...]

TRÁFICO DE ENTORPECENTES (ARTIGO 33, COMBINADO COM O ARTIGO 40, INCISO IV, AMBOS DA LEI 11.343/2006). ALEGADA FALTA DE COMPROVAÇÃO DA MATERIALIDADE DELITIVA. SENTENÇA CONDENATÓRIA PROFERIDA SEM A JUNTADA DO LAUDO TOXICOLÓGICO DEFINITIVO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO.

1. Conquanto para a admissibilidade da acusação seja suficiente o laudo de constatação provisória, exige-se a presença do laudo definitivo para que seja prolatado um édito repressivo contra o denunciado pelo crime de tráfico de entorpecentes.
2. No caso dos autos, tem-se que o paciente foi condenado sem que fosse anexado ao feito o indispensável laudo definitivo, o que é causa de nulidade absoluta do processo, e não de absolvição, como pretendido pela impetrante. Precedentes.
3. *Writ* não conhecido. Ordem concedida de ofício para anular a sentença condenatória, determinando-se a juntada do laudo toxicológico definitivo, abrindo-se vista às partes para se manifestarem sobre o documento antes da prolação de sentença. (HC n. 196.625/RJ, rel. Min. Jorge Mussi, j. em 12/03/2013)

Embora este Tribunal, diante desse quadro, já tenha anulado sentenças, determinando que outra seja proferida, levando em conta o

laudo definitivo da droga (TJSC, Apelação Criminal n. 2013.016009-0, de Jaraguá do Sul, rela. Desa. Cinthia Beatriz da Silva Bittencourt Schaefer, j. em 30/4/2013; e Apelação Criminal n. 2010.006266-1, de Rio do Sul, rel. Des. Hilton Cunha, j. em 22/3/2011), recentemente o Superior Tribunal de Justiça entendeu que se deve absolver o réu quando não comprovada, por meio de exame definitivo, a materialidade do tráfico de drogas até a sentença.

Extrai-se:

AGRAVO REGIMENTAL CONTRA DECISÃO QUE EXPEDIU ORDEM DE *HABEAS CORPUS* DE OFÍCIO. TRÁFICO DE DROGAS. AUSÊNCIA DE JUNTADA DO LAUDO TOXICOLÓGICO DEFINITIVO. ABSOLVIÇÃO. PRECEDENTES.

1. Conforme o mais recente entendimento da Sexta Turma, a ausência do laudo toxicológico definitivo impõe não simplesmente a nulidade dos autos, com a reabertura do prazo para a sua juntada ou mesmo produção, mas a absolvição do réu, considerando-se que não ficou provada a materialidade do delito (AgRg no REsp n. 1.363.292/MG, da minha relatoria, DJe 5/2/2015; e HC n. 287.879/SC, da minha relatoria, DJe 2/9/2014).
2. Agravo regimental improvido. (AgRg no HC n. 316.734/BA, rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. em 28/4/2015)

E:

HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA MATERIALIDADE. ABSOLVIÇÃO DO ACUSADO. INTELIGÊNCIA DO ART. 386, INCISO II, DO CPP. IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DO *WRIT* IMPETRADO PELO ACUSADO EM SEU PREJUÍZO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Não admitida a validade da prova pericial e chegando o feito a termo sem a comprovação da materialidade, impõe-se a absolvição do acusado, a teor do art. 386, inciso III, do CPP.
2. Não é adequado utilizar-se de um *habeas corpus*, impetrado em favor do acusado, para permitir que o Ministério Público traga ao processo

uma peça probatória, no caso, o laudo pericial definitivo, que deveria ter comparecido antes da sentença. Inteligência da Súmula nº 160 do STF.

3. *Habeas corpus* concedido de ofício para decretar a absolvição do paciente. (HC n. 228.928/RJ, rela. Mina. Marilza Maynard, j. em 27/8/2013)

Ainda:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. *WRIT* SUBSTITUTIVO DE REVISÃO CRIMINAL. CONHECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. ACÓRDÃO QUE ANULOU CONDENAÇÃO PELO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS, DETERMINANDO NOVO PROCESSAMENTO DO FATO NO JUÍZO DE PRIMEIRO GRAU, EM RAZÃO DA AUSÊNCIA DE LAUDO TOXICOLÓGICO DEFINITIVO. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA MATERIALIDADE DO CRIME. ABSOLVIÇÃO QUE SE IMPÕE. CORRÉU EM SITUAÇÃO FÁTICO-PROCESSUAL IDÊNTICA. EXTENSÃO DOS EFEITOS. VIABILIDADE (ART. 580 DO CPP). [...]

3. Sendo exigência para a condenação pelo crime de tráfico de drogas a presença nos autos de um laudo definitivo referente à natureza e quantidade da droga, a sua ausência impõe não simplesmente a nulidade dos autos, com a reabertura do prazo para a sua juntada ou mesmo produção, mas a absolvição do réu, considerando que não ficou provada a materialidade do delito. Precedentes e doutrina. [...]. (HC n. 287.879/SC, rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. em 19/8/2014, DJUe de 2/9/2014)

Pinça-se do corpo do último julgado:

[...] a questão cinge-se a verificar qual seria a consequência da condenação que carece do laudo toxicológico definitivo, se seria a nulidade da ação penal ou a absolvição do réu.

Cumpre salientar que o entendimento que vinha sendo consolidado neste Superior Tribunal era de que a ausência do laudo toxicológico definitivo seria causa de nulidade absoluta, e não de absolvição. Nesse sentido: HC n. 196.625/RJ, Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 26/3/2013; AgRg no REsp n. 1.321.175/MG, da minha relatoria, Sexta Turma, DJe

22/02/2013; HC n. 68.398/BA, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 8/9/2009.

Ocorre que a Quinta Turma deste Superior Tribunal, em precedente mais recente, decidiu que, *chegando o delito a termo sem a comprovação da materialidade, impõe-se a absolvição do acusado*, entendimento ao qual passo a me filiar, tendo em vista que é o laudo toxicológico definitivo que comprova a materialidade do crime, de modo que sua ausência só poderá redundar na absolvição, nos termos do art. 386, II, do Código de Processo Penal.

[...]

Ora, havia um prazo para a acusação instruir os autos com as provas do que alegava – até a data da audiência de instrução e julgamento (art. 25 da Lei n. 6.368/1976) –, prazo este não cumprido. Houve preclusão. A prova necessária à eventual condenação não pode ser mais produzida. Por que abrir nova oportunidade à acusação quando assim não fazemos no que se refere à produção de provas favoráveis à defesa? E cito, aqui, como exemplo, o HC n. 192.959/RS, julgado por esta Turma, em que se afirmou que, não tendo sido apresentado o rol de testemunhas no momento oportuno, tem-se o fenômeno da preclusão.

O fato é que, sendo exigência para a condenação a presença nos autos de um laudo definitivo referente à natureza e quantidade da droga, a sua ausência impõe não simplesmente a nulidade dos autos, com a reabertura do prazo para a sua juntada ou mesmo produção, mas a absolvição do réu, considerando que não ficou provada a materialidade do delito. (grifou-se)

Dessa feita, com o fim de resguardar os princípios do contraditório e da ampla defesa e, ainda, do duplo grau de jurisdição, a procedência da imputação do art. 33 da Lei n. 11.343/06, ainda que na forma do art. 103 do Estatuto da Criança e do Adolescente, exige a apreensão de drogas, a realização do laudo pericial definitivo e sua juntada antes do encerramento da instrução criminal.

Na espécie, como as demais provas coligidas não bastam para a satisfação dessa finalidade, mormente diante da provisoriedade do laudo

de constatação, conclui-se que não ficou comprovada a materialidade do ato infracional, de modo a conduzir à improcedência da representação.

À luz do exposto, dá-se provimento ao recurso, por fundamento diverso, para reconhecer a improcedência da representação, com fulcro no art. 189, II, da Lei n. 8.069/90. Expeça-se alvará de desinternação se por outro motivo o adolescente E. S. F. não estiver internado.

Recurso de Agravo n. 2015.079053-8, de Criciúma

Relator: Des. Moacyr de Moraes Lima Filho

AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL. PRELIMINAR DE NULIDADE POR INEXISTÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. INOCORRÊNCIA. APLICAÇÃO DA PENALIDADE SUFICIENTEMENTE MOTIVADA. PREFACIAL REJEITADA.

“A exigência do art. 93, IX, da Constituição, não impõe seja a decisão exaustivamente fundamentada. O que se busca é que o julgador informe de forma clara e concisa as razões de seu convencimento” (STF, AI n. 699.740 AgR, DJUe de 8/11/2012).

MÉRITO. FALTA GRAVE. APENADO QUE DESOBEDECE A SERVIDOR (ART. 50, VI, C/C O ART. 39, II, DA LEI N. 7.210/84). FATO COMPROVADO PELA DECLARAÇÃO DO AGENTE PRISIONAL. TESE DE INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA. PRECEITO LEGAL QUE IMPÕE O DEVER DE OBEDIÊNCIA. PRESSUPOSTO MÍNIMO DE DISCIPLINA INTERNA. INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. DESCLASSIFICAÇÃO PARA INFRAÇÃO MÉDIA OU LEVE (LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL N. 529/11). INVIABILIDADE. RECURSO NÃO PROVIDO.

1 Deve-se dar credibilidade às declarações do agente penitenciário que, ao lavar comunicação interna, registrou em detalhes a ocorrência, com identificação precisa do horário e das celas, bem como individualização dos reeducandos envolvidos e respectivo comportamento.

2 Não há que se falar em inexigibilidade de conduta diversa ou insignificância da transgressão quando a própria lei, buscando fomentar o objetivo legítimo de disciplina e segurança no ambiente carcerário, impõe aos apenados o dever de obediência e classifica o descumprimento – que, no caso, foi injustificado – como infração grave.

3 Ainda que a competência para legislar sobre direito penitenciário seja concorrente, nos moldes do art. 24, I, da Constituição Federal, estando as faltas disciplinares de natureza grave regulamentadas na lei ordinária federal, é esta que deve ser observada.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Agravo n. 2015.079053-8, da comarca de Criciúma (Vara de Execuções Penais), em que é recorrente Wagner Demétrio Eliseu, e recorrido Ministério Público do Estado de Santa Catarina:

A Terceira Câmara Criminal decidiu, por votação unânime, afastar a preliminar e negar provimento ao recurso. 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. Luiz Ricardo Pereira Cavalcanti.

Florianópolis, 1º de dezembro de 2015.

Moacyr de Moraes Lima Filho
RELATOR

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de agravo interposto por Wagner Demétrio Eliseu contra decisão exarada pelo Juiz da Vara de Execuções Penais da comarca de Criciúma, que determinou a perda de 1/5 (um quinto) dos dias remidos, por força do cometimento de falta grave, consistente no descumprimento do dever de obediência a servidor, e estabeleceu como data-base para futuros benefícios o dia da infração, qual seja, 4/3/2015 (fls. 327/328 do processo digital n. 0012805-33.2010.8.24.0020 – SAJ5).

A defesa alega, preliminarmente, afronta ao art. 93, IX, da *Lex Fundamentalis*, pela inexistência de fundamentação. No mérito, argui, em síntese, a falta de provas da transgressão, a inexigibilidade de conduta diversa e postula o reconhecimento do princípio da insignificância ou desclassificação para falta leve ou média nos termos da Lei Complementar

Estadual n. 529/11, bem como seja mantida inalterada a data-base para o cálculo de benesses (fls. 1/11 dos autos dependentes – SAJ5).

Contrarrazões ofertadas (fls. 15/18), foi exarado o despacho de manutenção do *decisum* (fl. 19 – todas dos autos dependentes – SAJ5).

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, por intermédio do Dr. Luiz Ricardo Pereira Cavalcanti, manifesta-se pelo conhecimento e não provimento do reclamo (fls. 7/10).

VOTO

Trata-se de recurso de agravo contra decisão que determinou a perda de 1/5 (um quinto) dos dias remidos, em virtude do cometimento de falta grave, consistente no descumprimento do dever de obediência a servidor, e fixou como data-base para futuros benefícios o dia da infração administrativa (fls. 327/328 – SAJ5).

O reclamo preenche os pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade, razão pela qual deve ser conhecido.

1 Preliminarmente, argui a defesa a nulidade da decisão por insuficiência de fundamentação, uma vez que “*abstrata e genericamente reportou-se ao ofício de fls. 269 e reproduziu texto legal correlato, sem, no entanto, justificar adequadamente a reprimenda imposta*” (fl. 4 dos autos dependentes – SAJ5).

Razão, contudo, não lhe assiste.

Antes de analisar a existência de motivação, cumpre registrar que este Relator adotava o entendimento de que a realização do Procedimento Administrativo Disciplinar (PAD) era desnecessária e a oitiva judicial do apenado era imprescindível.

No entanto, diante das reiteradas decisões do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que o procedimento administrativo, com a

garantia do contraditório, é indispensável (Súmula 533) e, ademais, de que é prescindível a oitiva judicial do apenado (STJ, HC n. 325.262/SP, rela. Mina. Maria Thereza de Assis Moura, j. em 4/8/2015, DJUe de 17/8/2015), curvei-me a este novo posicionamento.

Infere-se que, na espécie, a falta grave foi apurada por meio de PAD (fls. 290/307) e designou-se, inclusive, audiência judicial de justificação (fl. 322 – todas do SAJ5). Em ambas as oportunidades, o reeducando foi devidamente assistido por defensor público.

Na sequência, ao cotejar os elementos probatórios, que foram sucintos em seus termos – comunicação interna exarada pelo agente penitenciário (fl. 293), silêncio do apenado diante do Conselho Disciplinar (fl. 297) e negativa de autoria em Juízo (fl. 322) –, o Togado *a quo* enquadrou a conduta nas previsões legais, registrou não “*se tratar de fato de somenos importância*” e, em face da constatação de que “*o apenado não tem comportamento disciplinado e não atende às regras internas*”, decretou a perda de parte dos dias remidos, fundamentando concretamente a fração adotada (fls. 327/328 – todas do SAJ5).

Com efeito, reconhecida a falta grave em procedimento administrativo disciplinar, cabe ao magistrado verificar a regularidade do processado e aplicar as sanções que lhe são reservadas – como a regressão de regime e, de modo fundamentado, a perda de parte dos dias remidos – providências estas respeitadas na espécie.

O Supremo Tribunal Federal já decidiu que “*a exigência do art. 93, IX, da Constituição, não impõe seja a decisão exaustivamente fundamentada. O que se busca é que o julgador informe de forma clara e concisa as razões de seu convencimento*” (AI n. 699.740 AgR, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. em 16/10/2012, DJUe de 8/11/2012).

Assim, afasta-se a preliminar.

2 No que tange ao mérito, não obstante a negativa do apenado de que se recusou a cumprir ordem de servidor, observa-se que o agente

penitenciário, ao lavrar comunicação interna, registrou em detalhes a ocorrência, com identificação precisa do horário e das celas, bem como individualização dos reeducandos envolvidos, dentre os quais figura o agravante, e o respectivo comportamento (fl. 293 – SAJ5).

Uma vez que a esfera administrativa é a seara própria para a apuração de faltas disciplinares – conforme entendimento acima referido – é irrelevante que o agente prisional não tenha sido ouvido judicialmente, em especial quando assinou documento acostado aos autos.

De outro turno, não há qualquer comprovação de “*perseguição velada ao apenado*” como pondera a defesa (fl. 8 dos autos dependentes – SAJ5), de modo que não se deve retirar a credibilidade das declarações do agente público unicamente em decorrência das funções que desempenha.

Sobre o assunto, *vide*: TJSC, Apelação Criminal n. 2009.006293-5, de Chapecó, rel. Des. Rui Fortes, j. em 4/5/2010; e Apelação Criminal n. 2010.084700-7, de Içara, rela. Desa. Salete Silva Sommariva, j. em 27/9/2011.

Ademais, incabível o pleito de não responsabilização do apenado com fulcro nas teses de inexigibilidade de conduta diversa, insignificância da infração e da teoria da coculpabilidade em razão de o Estado não propiciar as condições adequadas para o resgate da pena.

Em que pese a situação dos estabelecimentos penais brasileiros – reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal como um “*estado de coisas inconstitucionais*” (ADPF n. 347, rel. Min. Marco Aurélio, pendente de publicação) – há previsão legal exigindo comportamento disciplinado das pessoas encarceradas e o agravante mostrou incompatibilidade com seus deveres e com os objetivos da reprimenda.

Ressalte-se que “*ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei*” (art. 3º da Lei n. 7.210/84). Assim, a existência de uma ordem disciplinar interna e, em especial, o dever do condenado de “*obediência ao servidor e respeito a*

qualquer pessoa com quem deva relacionar-se” (art. 39, II, do Diploma em comento) não é “*uma expressão que tudo e nada diz*” como sustentou a Defensoria Pública (fl. 7 dos autos dependentes – SAJ5).

Sem a existência de um sistema hierárquico e de mecanismos que garantam o contingenciamento dos atos subversivos e de desobediência, a execução das penas torna-se inviável e coloca em risco a segurança de todas as pessoas envolvidas, não só dos servidores públicos, como dos próprios reeducandos.

Conforme assevera Julio Fabbrini Mirabete,

Segundo a exposição de motivos da Lei de Execução Penal [item 63], “a instituição dos deveres gerais do preso (art. 38) e do conjunto de regras inerentes à boa convivência (art. 39) representa uma tomada de posição da lei em face do fenômeno da prisionalização, visando a depurá-lo, tanto quanto possível, das distorções e dos estigmas que encerra” e, por isso, “sem característica infamante ou aflitiva, os deveres do condenado se inserem no repertório normal das obrigações do apenado como ônus naturais da existência comunitária”. (*Execução Penal: comentários à Lei n. 7.210, de 11-7-1984*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 113)

Tanto é assim que o legislador cuidou de dedicar um capítulo inteiro da Lei de Execução Penal para tratar dos deveres, dos direitos e da disciplina, no qual se consignou que “*comete falta grave o condenado à pena privativa de liberdade que [...] inobservar os deveres previstos nos incisos II e V, do artigo 39, desta Lei*” (art. 50, IV, da LEP), abrangendo, portanto, o dever de obediência aos servidores.

No tocante ao pedido de reconhecimento da causa supralegal de exclusão de culpabilidade pela inexigibilidade de conduta diversa, ressalte-se que não ficou demonstrada nenhuma situação excepcional que justificasse a transgressão.

Sobre o tema, consulte-se, deste Relator: Apelação Criminal n. 2015.052284-9, de Joinville, j. em 3/11/2015.

Quanto à arguição de atipicidade material do comportamento, *“segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, para se caracterizar hipótese de aplicação do denominado ‘princípio da insignificância’ e, assim, afastar a recriação penal, é indispensável que a conduta do agente seja marcada por ofensividade mínima ao bem jurídico tutelado, reduzido grau de reprovabilidade, inexpressividade da lesão e nenhuma periculosidade social”* (Habeas Corpus n. 114.097/PA, rel. Min. Teori Zavascki, j. em 1º/4/2014, DJUe de 15/4/2014).

Na hipótese, tais pressupostos não estão satisfeitos na medida em que se demonstrou que Wagner Demétrio Eliseu *“pegou o pequeno embrulho [que estava sobre a cama da cela] e, desobedecendo à ordem de soltar tal objeto o colocou na boca e o engoliu”*, o que foi feito na presença de outros detentos e representa ato de elevada reprovabilidade e expressiva vulneração da ordem disciplinar (fl. 293 – SAJ5).

Nem sequer se mostra crível a negativa de Wagner no sentido de que *“estava se alimentando quando ouviu os gritos do agente penitenciário que mandou os detentos para a porta” e que “então pegou sua camisa e obedeceu a ordem”* (fl. 322 – SAJ5). Isso porque, estivesse o servidor exaltado e o reeducando com disposição para cumprir o dever de conformação às ordens recebidas, por certo este não pensaria em vestir sua camisa.

Portanto, não há que se falar em inexigibilidade de conduta diversa ou insignificância da infração quando a própria lei, buscando fomentar um objetivo legítimo de segurança e disciplina no ambiente carcerário, impõe aos apenados o dever de obediência e classifica o descumprimento como infração grave.

O ato tampouco se insere no direito de o apenado não produzir provas contra si, pois este consiste na garantia de um *non facere*.

Ao comentar o princípio *nemo tenetur se detegere*, Renato Brasileiro registra que *“doutrina e jurisprudência têm adotado o entendimento de que não se pode exigir um comportamento ativo do acusado, caso desse facere*

possa resultar a autoincriminação” (*Manual de processo penal*. v. 1. Niterói: Impetus, 2011. p. 63) – situação que não guarda semelhança com a hipótese dos autos.

3 Não prospera, igualmente, a pretensão de ver “*classificada como falta leve ou média, nos termos da Lei Complementar [Estadual] n. 529/11*” a infração disciplinar (fl. 9 dos autos dependentes – SAJ5).

Consoante de infere do art. 49 da Lei de Execução Penal, “*as faltas disciplinares classificam-se em leves, médias e graves. A legislação local especificará as leves e médias, bem assim as respectivas sanções*”.

Por sua vez, o art. 66 da Lei Complementar Estadual n. 529/11, no capítulo VII, que trata da “*Disciplina prisional*”, estabelece: “*serão consideradas faltas disciplinares leves e médias todas as ações ou omissões do interno, infringentes de normas constantes nesta Lei Complementar, e graves as previstas na Lei federal n. 7.210, de 1984*”.

Desse modo, ainda que a competência para legislar sobre direito penitenciário seja concorrente, nos moldes do art. 24, I, da Constituição Federal, estando as faltas disciplinares de natureza grave regulamentadas na lei ordinária federal – e a conduta do agravante se subsume a uma das hipóteses, como visto –, é esta que deve ser observada.

Portanto, impõe-se a manutenção da decisão que confirmou o reconhecimento da falta grave em processo administrativo disciplinar e estabeleceu nova data-base para o cálculo de futuros benefícios.

4 Por último, além de não haver insurgência específica a respeito do *quantum* de perda dos dias remidos, verifica-se que a revogação no patamar de 1/5 (um quinto) foi fundamentada com base no caso concreto e mostra-se adequada e proporcional.

Ressalte-se, ainda, que não houve regressão de regime, porquanto o apenado já cumpria a reprimenda no fechado.

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

Recurso de Agravo n. 2015.080707-7, de Lages

Relator: Des. Moacyr de Moraes Lima Filho

AGRAVO EM EXECUÇÃO. REMIÇÃO DA PENA PELA LEITURA. PROJETO LEITORES DA LIBERDADE. ATIVIDADES LITERÁRIAS E DE PRODUÇÃO TEXTUAL. ART. 126 DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA *IN BONAM PARTEM*. ATENÇÃO À RECOMENDAÇÃO N. 4/13 DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA E RESOLUÇÃO N. 3/09 DO CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA CRIMINAL E PENITENCIÁRIA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1 “A finalidade do instituto da remição, ao abreviar a pena, é incentivar o bom comportamento do sentenciado e sua readaptação ao convívio social e, portanto, o art. 126 da LEP admite interpretação extensiva *in bonam partem*, permitindo-se a remição pela leitura” (STJ, HC n. 326.499/SP, j. em. 4/8/2015).

2 A remição pela leitura, desde que atenda a parâmetros objetivos e subjetivos e integre programa de educação complementar, contribui para que sejam alcançados os objetivos da benesse (incentivar o bom comportamento, combater a ociosidade, reduzir a reprimenda, reeducar, reabilitar e qualificar o apenado), além de mitigar a carência do Estado em oferecer trabalho e estudo formal a todos os apenados.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Agravo n. 2015.080707-7, da comarca de Lages (2ª Vara Criminal), em que é recorrente Cristiane Alexandre, e recorrido Ministério Público do Estado de Santa Catarina:

A Terceira Câmara Criminal decidiu, por votação unânime, dar parcial provimento ao recurso para, afastado o óbice apresentado, determinar que o Juízo da Execução avalie se a requerente preencheu os requisitos para a remição estabelecidos no projeto de leitura Leitores da Liberdade e na Recomendação n. 44/13 do Conselho Nacional de Justiça. 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. Odil José Cota.

Florianópolis, 15 de dezembro de 2015.

Moacyr de Moraes Lima Filho
RELATOR

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de agravo interposto por Cristiane Alexandre contra decisão exarada pelo Juiz da 2ª Vara Criminal da comarca de Lages, que indeferiu pedido de remição pela desenvolvimento de atividades literárias e de produção textual (fls. 21/23 dos autos do processo eletrônico – SAJ5).

No arrazoado, a reeducanda narra que cumpre pena em regime fechado e participa do projeto Leitores da Liberdade. Defende ser válida a remição da pena pela leitura, haja vista que possibilita a reabilitação e reinserção social e conforma-se com o princípio da dignidade da pessoa humana. Com esses fundamentos, pretende que sejam reconhecidas 164h (cento e sessenta e quatro horas) de estudo, realizadas entre os dias 11 de fevereiro e 11 de maio deste ano (fls. 1/6 – SAJ5).

Depois de prestadas as contrarrazões (fls. 35/40 – SAJ5) e mantida a decisão (fl. 41 – SAJ5), a douta Procuradoria-Geral de Justiça, por intermédio do Dr. Odil José Cota, manifesta-se pelo conhecimento e não provimento do reclamo (fls. 7/10).

VOTO

Presentes os pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade, conhece-se do agravo.

Colhe-se dos autos que Cristiane Alexandre cumpre pena privativa de liberdade, em regime fechado, pela prática de delitos de tráfico de drogas (fls. 24/27 – SAJ5).

Como a recorrente participou do projeto de leitura Leitores da Liberdade, aportou relatório de que faria jus à remição de 13 (treze) dias e 7h (sete horas) (fls. 10/17).

Ocorre que, apesar de manifestação favorável do órgão do Ministério Público (fl. 301 dos autos do processo eletrônico principal – SAJ5), o Magistrado *a quo* indeferiu o pedido de remição, sob a assertiva de que, diante do disposto no art. 126, § 1º, I, da Lei n. 7.210/84, “[...] *não há como se enquadrar o exercício de atividades como leitura, elaboração de resumos de obras literárias e produção textual nos mesmos termos em que definida a frequência escolar pela Lei de Execução Penal, porquanto desprovido aquele fato de qualquer comprovação de que a reeducando(a) frequente atividades escolares*” (fls. 21/23 – SAJ5).

A despeito do entendimento adotado na decisão recorrida, do qual compartilha a douta Procuradoria-Geral de Justiça (fls. 7/10), a remição pela leitura, desde que atenda a parâmetros objetivos e subjetivos e integre programa de educação complementar, contribui para que sejam alcançados os objetivos da benesse (incentivar o bom comportamento, combater a ociosidade, reduzir a reprimenda, reeducar, reabilitar e qualificar o apenado), além de mitigar a carência do Estado em oferecer trabalho e estudo formal a todos os presos.

Consoante lição de Maria da Graça Moraes Dias, secundada por Renato Marcão, o instituto em comento é complexo, “*pois reeduca o delinquente, prepara-o para a sua reincorporação à sociedade,*

proporciona-lhe meios para reabilitar-se diante de si mesmo e da sociedade, disciplina sua vontade, favorece a sua família e sobretudo abrevia a condenação, condicionando esta ao próprio esforço do apenado” (Curso de execução penal. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 212).

Embora as atividades literárias, a leitura e produção textual não possam ser equiparadas à frequência escolar, delimitada pelo art. 126, § 1º, I, da Lei de Execução Penal como aquelas inseridas no ensino fundamental, médio, inclusive profissionalizante, ou superior, ou ainda de requalificação profissional, estão intimamente ligadas ao estudo e “[...] exigem dos indivíduos a participação efetiva enquanto sujeitos ativos desse processo, levando-os à construção do conhecimento. A leitura em si tem função de propiciar a cultura e possui caráter ressocializador, até mesmo por contribuir na restauração da autoestima. Além disso, a leitura diminui consideravelmente a ociosidade dos presos e reduz a reincidência criminal” (STJ, HC n. 312.486/SP, rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. em 9/6/2015).

Nessa linha, o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária editou a Resolução n. 3/09, que, dentre outras diretrizes para a oferta de educação nos estabelecimentos penais, dispõe que deve “*estar associada às ações de fomento à leitura e a implementação ou recuperação de bibliotecas para atender à população carcerária e aos profissionais que trabalham nos estabelecimentos penais*” (art. 3º, IV).

Em âmbito federal, o Corregedor-Geral da Justiça Federal e o Diretor-Geral do Departamento Penitenciário Nacional do Ministério da Justiça assinaram a Portaria Conjunta n. 276/12, com o objeto de instituir o projeto “*Remissão pela Leitura*” (art. 1º), que permite, de acordo com critérios objetivos (art. 4º) e subjetivos (art. 5º), o desconto da pena em razão da leitura de obra literária e apresentação de resenha.

Já em 2013, o Conselho Nacional de Justiça, considerando o disposto nos arts. 126 a 129 da Lei de Execução Penal, com a redação que lhes deu a Lei n. 12.433/11, bem como a Súmula 341 do Superior

Tribunal de Justiça e a Portaria e Resolução mencionadas, lançou a Recomendação n. 44, a fim de que os Tribunais possam “*estimular, no âmbito das unidades prisionais estaduais e federais, como forma de atividade complementar, a remição pela leitura, notadamente para apenados aos quais não sejam assegurados os direitos ao trabalho, educação e qualificação profissional [...]*” (art. 1º, V), com os seguintes critérios:

- a) necessidade de constituição, por parte da autoridade penitenciária estadual ou federal, de projeto específico visando à remição pela leitura, atendendo a pressupostos de ordem objetiva e outros de ordem subjetiva;
- b) assegurar que a participação do preso se dê de forma voluntária, disponibilizando-se ao participante 1 (um) exemplar de obra literária, clássica, científica ou filosófica, dentre outras, de acordo com o acervo disponível na unidade, adquiridas pelo Poder Judiciário, pelo DEPEN, Secretarias Estaduais/Superintendências de Administração Penitenciária dos Estados ou outros órgãos de execução penal e doadas aos respectivos estabelecimentos prisionais;
- c) assegurar, o quanto possível, a participação no projeto de presos nacionais e estrangeiros submetidos à prisão cautelar;
- d) para que haja a efetivação dos projetos, garantir que nos acervos das bibliotecas existam, no mínimo, 20 (vinte) exemplares de cada obra a ser trabalhada no desenvolvimento de atividades;
- e) procurar estabelecer, como critério objetivo, que o preso terá o prazo de 21 (vinte e um) a 30 (trinta) dias para a leitura da obra, apresentando ao final do período resenha a respeito do assunto, possibilitando, segundo critério legal de avaliação, a remição de 4 (quatro) dias de sua pena e ao final de até 12 (doze) obras efetivamente lidas e avaliadas, a possibilidade de remir 48 (quarenta e oito) dias, no prazo de 12 (doze) meses, de acordo com a capacidade gerencial da unidade prisional;
- f) assegurar que a comissão organizadora do projeto analise, em prazo razoável, os trabalhos produzidos, observando aspectos relacionados à compreensão e compatibilidade do texto com o livro trabalhado. O resultado da avaliação deverá ser enviado, por ofício, ao Juiz de Execução Penal competente, a fim de que este decida sobre o aproveitamento da

leitura realizada, contabilizando-se 4 (quatro) dias de remição de pena para os que alcançarem os objetivos propostos;

g) cientificar, sempre que necessário, os integrantes da comissão referida na alínea anterior, nos termos do art. 130 da Lei n. 7.210/84, acerca da possibilidade de constituir crime a conduta de atestar falsamente pedido de remição de pena;

h) a remição deverá ser aferida e declarada pelo juízo da execução penal competente, ouvidos o Ministério Público e a defesa;

i) fazer com que o diretor do estabelecimento penal, estadual ou federal, encaminhe mensalmente ao juízo da execução cópia do registro de todos os presos participantes do projeto, com informações sobre o item de leitura de cada um deles, conforme indicado acima;

j) fornecer ao apenado a relação dos dias remidos por meio da leitura.

Depois dessas disposições, o modelo proposto já é realidade em diversos Estados e estabelecimentos prisionais brasileiros, conforme notícia o Conselho Nacional de Justiça (<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/79760-remicao-pela-leitura-ja-e-realidade-em-diversos-presidios-brasileiros>, acessado em 1º/12/2015).

Em Santa Catarina, conforme destacou o órgão do Ministério Público nas contrarrazões, já é desenvolvido trabalho semelhante. Por meio da Portaria n. 8/13, o Juiz da 3ª Vara Criminal e Corregedor do Prisional da comarca de Joinville instituiu a remição pela leitura, adotando critérios similares.

Diante de hipóteses análogas, o Superior Tribunal de Justiça decidiu que a remição pela leitura, atendidos os pressupostos sugeridos, não contraria o disposto no art. 126 da Lei n. 7.210/84, que merece analogia ou interpretação extensiva *in bonam partem* para admiti-la.

Veja-se:

AGRAVO REGIMENTAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO A QUE SE NEGOU SEGUIMENTO. EVIDENCIADO CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM EXPEDIDA DE

OFÍCIO. EXECUÇÃO PENAL. REMIÇÃO DA PENA PELA LEITURA. POSSIBILIDADE.

1. Apesar de se ter solidificado o entendimento da impossibilidade de utilização do *habeas corpus* como substitutivo do meio cabível, o Superior Tribunal de Justiça analisa, com a devida atenção e caso a caso, a existência de manifesta coação à liberdade de locomoção.

2. A jurisprudência da Sexta Turma é firme quanto a admitir a remição da pena pela leitura nos termos da Portaria conjunta n. 276/2012, do Departamento Penitenciário Nacional/MJ e do Conselho da Justiça Federal, bem como da Recomendação n. 44/2013 do Conselho Nacional de Justiça.

3. A norma do art. 126 da LEP, ao possibilitar a abreviação da pena, tem por objetivo a ressocialização do condenado, sendo possível o uso da analogia *in bonam partem*, que admita o benefício em comento, em razão de atividades que não estejam expressas no texto legal (REsp n. 744.032/SP, Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJe 5/6/2006).

4. Sendo um dos objetivos da Lei de Execução Penal, ao instituir a remição, incentivar o bom comportamento do sentenciado e sua readaptação ao convívio social, a interpretação extensiva do mencionado dispositivo impõe-se nessas circunstâncias, o que revela, inclusive, a crença do Poder Judiciário na leitura como método factível para o alcance da harmônica reintegração à vida em sociedade.

5. Na espécie, embora não fosse cabível o *habeas corpus* no lugar do recurso especial, diante dos precedentes a respeito do tema, ficou caracterizada a existência de manifesto constrangimento ilegal a ser reparado, justificando-se, assim, a concessão, de ofício, da ordem para restabelecer o decurso do Juízo da execução que declarou remidos 8 dias da pena do paciente.

6. Agravo regimental improvido. (AgRg no HC n. 323.766/SP, rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. em 17/9/2015)

E:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. EXECUÇÃO PENAL. (1) REMIÇÃO DA PENA PELA LEITURA. ART. 126 DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL. TELEOLOGIA. INTERPRETAÇÃO

EXTENSIVA *IN BONAM PARTEM*. PRECEDENTES. (2) *WRIT* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. A finalidade do instituto da remição, ao abreviar a pena, é incentivar o bom comportamento do sentenciado e sua readaptação ao convívio social e, portanto, o art. 126 da LEP admite interpretação extensiva *in bonam partem*, permitindo-se a remição pela leitura.

2. *Writ* não conhecido. Ordem expedida de ofício, para restabelecer a decisão do juízo singular (execução n.º 815/14). (HC n. 326.499/SP, rela. Mina. Maria Thereza de Assis Moura, j. em. 4/8/2015)

O caso dos autos trata do projeto de leitura Leitores da Liberdade, que “[...] foi desenvolvido através de uma parceria entre o Presídio Regional de Lages, o Presídio Masculino de Lages, o Conselho da Comunidade da Comarca de Lages e a Secretaria da Educação do Município de Lages com a aprovação do Juiz Corregedor dos Presídios, Dr. Geraldo Correa Bastos [...]” (fls. 19 – SAJ5).

Malgrado a inexistência de informações mais detalhadas nos autos do processo eletrônico – SAJ5, a Secretária do Estado da Educação informa que:

O Projeto é direcionado ao público privado de liberdade, para o qual há restrições de lazer e ocupações laborais, que possam assim modificar positivamente quadros comportamentais.

O estímulo à leitura alicerçada em estratégias pedagógicas e criteriosamente orientada, pode se tornar um excelente mecanismo de inclusão social e, em decorrência disso, um elemento de agregação pacificadora na unidade prisional.

O projeto é de simples implantação e baixo custo, oportunizando a reabilitação e influenciando o seu intelecto.

Os reeducandos após uma anamnese serão divididos em três módulos (inicial, intermediário e final).

Os três módulos passarão pelo mesmo processo, o que irá diferenciar um módulo do outro é o grau de dificuldade das leituras e trabalhos realizados.

Os reeducandos terão oficinas de leitura e interpretação com jornais, revistas, histórias em quadrinhos e livros que poderão ser obras literárias, clássicas, científicas filosóficas, dentre outras.

O projeto tem como meta atender cinquenta detentos, que serão divididos nos três módulos.

A avaliação será feita por meio dos resultados das oficinas e de resenhas (resumo do livro).

O Projeto Leitores da Liberdade propõe que os reeducando possam abreviar a pena em 48 dias no prazo de 12 meses, se lerem um livro/mês e participarem das oficinas e comprovar a atividade com apresentação de resenhas e resolução das atividades. (<http://www.sed.sc.gov.br/secretaria/noticias/6231-marcianocorrea>, acessado em 1º/12/2015)

Como resultado da participação da recorrente, havida entre os dias 11 de fevereiro e 11 de maio deste ano, foi confeccionado e trazido à apreciação judicial criterioso “*Parecer sobre aproveitamento em projeto de leitura*”, por meio do qual foram expostas todas as atividades e avaliações desenvolvidas e os resultados alcançados, além de concluir:

PARECER: A reeducanda Cristiane Alexandre teve um ótimo aproveitamento no trabalho de leitura das obras literárias e nas oficinas, no período de três meses. Tem desenvolvido todas as atividades propostas, mesmo com dificuldade para expor suas idéias. É solícita e cordial com a professora e com suas colegas.

REMIÇÃO: 13 dias e 7 horas. (fls. 10/17 – SAJ5)

Sendo assim, deve ser afastado o óbice apresentado no *decisum*, com o reconhecimento de que a leitura, inserida em programa organizado de desenvolvimento e controle de atividades educacionais, pode conduzir à remição da pena.

De outro lado, como não há nos autos informações completas acerca dos requisitos para o desenvolvimento e fiscalização do projeto, os quais são apenas referidos nos ofícios carreados às fls. 19/20 – SAJ5, não é possível a concessão da benesse neste momento processual.

Ante o exposto, dá-se parcial provimento ao recurso para, afastado o óbice apresentado, determinar que o Juízo da Execução avalie se a requerente preencheu os requisitos para a remição estabelecidos no projeto de leitura Leitores da Liberdade e na Recomendação n. 44/13 do Conselho Nacional de Justiça.

Apelação Criminal n. 2014.083317-2, da Capital

Relator: Des. Leopoldo Augusto Brüggemann

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME MILITAR. VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO COMETIDA POR POLICIAIS MILITARES, EM CONCURSO DE AGENTES, NO EXERCÍCIO DA FUNÇÃO (ART. 226, § 1º E § 2º, DO CÓDIGO PENAL MILITAR). SENTENÇA CONDENATÓRIA. IRRESIGNAÇÃO DEFENSIVA.

ALMEJADA ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. NÃO CABIMENTO. CRIME FORMAL. DELITO DO QUAL MUITO NÃO SE PODE EXIGIR A TÍTULO DE MATERIALIDADE. AUTORIA CABALMENTE COMPROVADA. POLICIAIS QUE OFENDERAM A INVIOABILIDADE DO LAR, SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL, SEM PERMISSÃO DO MORADOR E AUSENTE SITUAÇÃO DE FLAGRÂNCIA OU DE PERIGO. NEGATIVA DOS DENUNCIADOS DERRUÍDA PELA FALA DE TESTEMUNHA OCULAR QUE VISUALIZOU OS POLICIAIS INGRESSANDO NA RESIDÊNCIA PELA JANELA. AGENTES SURPREENDIDOS POR TERCEIRA PESSOA QUE CHEGOU AO RECINTO. OFENDIDO QUE REPRODUZIU A FALA DAS TESTEMUNHAS. SUPOSTA APURAÇÃO DE CRIME DE FURTO. IRRELEVÂNCIA, AUSÊNCIA DE ORDEM JUDICIAL PARA INGRESSO NA CASA. ADEMAIS *RES FURTIVA* NÃO LOCALIZADA. AUSENTE SITUAÇÃO DE FLAGRÂNCIA. PRISÃO DO MORADOR POR CRIME DE FURTO DE ENERGIA ELÉTRICA QUE OCORREU EM MOMENTO DISTINTO E POR AUTORIDADE POLICIAL DIVERSA. NÍTIDA INTENÇÃO DE DAR ARES DE LEGALIDADE AO EXCESSO PERPETRADO. OUTROSSIM, SITUAÇÃO DE PERIGO NÃO DEMONSTRADA. QUALIFICADORA E CAUSA DE AUMENTO DEVIDAMENTE APLICADAS. AUTUAÇÃO EM CONCURSO DE AGENTES (DOIS POLICIAIS). ALEGADA AUSÊNCIA DE MORADOR NO MOMENTO DA INVASÃO. IRRELEVÂNCIA. AUMENTO DA PENA EM RAZÃO DA ATUAÇÃO ABUSIVA DOS POLICIAIS MILITARES EM SERVIÇO. DECRETO CONDENATÓRIO MANTIDO INCÓLUME.

RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 2014.083317-2, da comarca da Capital (Vara da Justiça Militar), em que são apelantes Everton Tironi Ambrosini Silva e Anderson Caetano Fernandes, e apelado Ministério Público do Estado de Santa Catarina:

A Terceira Câmara Criminal decidiu, por votação unânime, negar provimento ao recurso. Custas legais.

O julgamento, realizado no dia 1º de dezembro 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. Genivaldo da Silva.

Florianópolis, 11 de dezembro de 2015.

Leopoldo Augusto Brüggemann
Relator

RELATÓRIO

Na comarca da Capital, o Ministério Público do Estado de Santa Catarina ofereceu denúncia contra Everton Tironi Ambrosini Silva e Anderson Caetano Fernandes, dando-os como incurso nas sanções do art. 226, § 1º, do Código Penal Militar, pela prática da conduta assim descrita na inicial acusatória:

Infere-se no caderno indiciário anexo que, no dia 18 de maio de 2012, os denunciados, desprovidos de mandado judicial, mediante arrombamento da janela, invadiram a residência de Rodrigo dos Santos, situada na rua Imigrante Zanette s/nº, Pinheirinho, em Criciúma/SC, sendo surpreendidos pela Sra. Elizangela dos Santos no interior da residência (fls. II-III).

Concluída a instrução do feito, a denúncia foi julgada procedente para condenar os acusados às penas de 8 (oito) meses de detenção, por infração ao disposto no art. 226, § 1º e § 2º, do Código Penal Militar. Na hipótese de afastamento da corporação, estabeleceu-se que as reprimendas ficarão convertidas em prisão, fixado o regime aberto para o cumprimento. Foi-lhes concedido o *sursis*, pelo prazo de 2 (dois) anos, e o direito de apelar em liberdade (fls. 142-150).

Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação, no qual pleiteou a absolvição dos acusados, invocando o princípio do *in dubio pro reo*, por sustentar a ausência de elementos suficientes à condenação, pontuando que eles apenas agiram no estrito cumprimento do dever funcional. Argumentou inexistir crime de violação de domicílio quando o agente encontra-se em flagrante delito, tal como em caso de perigo iminente, como ocorreu na hipótese presente em que foi constatado o furto de energia elétrica e que a Celesc precisou ser acionada para retirar a fiação por oferecer risco aos populares. Subsidiariamente, requereu seja afastada a qualificadora e as agravantes sopesadas (§ 1º e §2º do art. 226 do CPM), pois indevidamente aplicadas (fls. 156-168).

Juntadas as contrarrazões (fls. 170-177), ascenderam os autos a esta instância, e a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Exmo. Sr. Dr. José Eduardo Orofino da Luz Fontes, opinou pelo conhecimento e não provimento do recurso (fls.193-196).

É o relatório.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação contra decisão que julgou procedente a denúncia e condenou os acusados às sanções previstas pelo art. 226, § 1º e § 2º, do Código Penal Militar.

O apelo é de ser conhecido, porquanto presentes os requisitos objetivos e subjetivos de admissibilidade.

Almeja a defesa a absolvição de seus defendidos por argumentar, em apertada síntese, a insuficiência de provas à condenação, bem como a legítima atuação dos policiais, diante da situação de flagrância e emergência verificadas – morador posteriormente preso por furto de energia elétrica, situação que expõe a risco populares.

Sem razão a insurgência.

Verbera o art. 226 do Diploma Militar Repressivo:

Art. 226. Entrar ou permanecer, clandestina ou astuciosamente, ou contra a vontade expressa ou tácita de quem de direito, em casa alheia ou em suas dependências:

Pena - detenção, até três meses.

§ 1º Se o crime é cometido durante o repouso noturno, ou com emprego de violência ou de arma, ou mediante arrombamento, ou por duas ou mais pessoas:

Pena - detenção, de seis meses a dois anos, além da pena correspondente à violência.

§ 2º Aumenta-se a pena de um terço, se o fato é cometido por militar em serviço ou por funcionário público civil, fora dos casos legais, ou com inobservância das formalidades prescritas em lei, ou com abuso de poder.

Consta na denúncia que, no dia 18 de maio de 2012, os apelantes, ambos Policiais Militares em exercício, desprovidos de mandado judicial, mediante arrombamento da janela, adentraram na residência de Rodrigo dos Santos, sendo surpreendidos por Elizangela dos Santos.

Com exceção do aludido arrombamento, referidos fatos restaram cabalmente comprovados pela prova testemunhal, não se verificando, por outro viés, circunstância que legitimasse a atuação dos agentes.

É cediço que em relação à materialidade do crime de violação de domicílio muito não pode ser exigido, pois, em regra, não deixa vestígios, caracterizando-se como delito de fato transeunte, tal como ocorre no caso dos autos.

Por outro viés, quanto à autoria e à culpabilidade, dúvidas não existem.

Os acusados, como sói acontecer, negaram a prática delitiva, argumentando que apenas agiram no estrito cumprimento do dever legal, sem excesso na atuação.

Everton Tironi Ambrosini Silva, ouvido em juízo (fls. 48-49), asseverou, em síntese, que estava, ele e o colega Anderson, em busca de um *tablet* furtado, cujo rastreador indicava que o equipamento estava nas proximidades da casa de Rodrigo. Afirmou que, ao passar com o colega próximo à residência em questão, a janela estava aberta e puderam vislumbrar que havia um objeto no chão. Diante de tal cena, sustentou que foram averiguar, apenas pela janela, do lado externo da casa, se aquele objeto era o procurado. Neste momento, chegou a genitora do proprietário da casa e começou a contestar a atuação policial. Após tal fato, afirmou que conseguiram autorização para entrada na residência e o proprietário foi preso por furto de energia elétrica. Por fim, pontuou que a busca na casa foi realizada pelos integrantes do PPT.

Confira-se o teor do interrogatório:

[...] que não é verdade a imputação que lhe é feita. [...] disse que sua guarnição tomou conhecimento através de colegas de serviço que um tablet havia sido furtado nos serviços anteriores; que o tablet possuía um sistema de rastreamento, o qual acusava que o aparelho estava na região da Rua Imigrante Zanette; que no afã de encontrar o equipamento encontraram uma residência que costeava o trilho; que tal casa estava com uma janela aberta e um objeto no chão que possibilitava que alguém adentrasse na casa; que o interrogando e o seu colega de guarnição foram ver se havia algo estranho no interior da casa; **que esta verificação se deu apenas pela janela, não chegando a entrar na casa**; que quando a guarnição realizava a verificação pela janela, chegou a mãe do dono da casa, falando que os policiais militares não poderiam estar fazendo aquilo; que após este fato, juntamente com a guarnição do PPT, sua guarnição fez contato com o dono da casa, conseguindo a devida autorização para entrada na residência; que o dono da casa foi preso por furto de energia;

que em ambas as ocasiões a mãe do dono da casa estava bastante nervosa; que nenhum momento foi apontada a arma para nenhuma pessoa; **que a revista na casa foi realizada pelos integrantes do PPT**; que o tablet não foi encontrado; que foi feita sindicância sobre o fato e na conclusão do sindicante não foram punidos [...] [sic] (fls. 48-49 – grifou-se).

Corroborando a versão de Everton, foi àquela apresentada pelo acusado Anderson Caetano Fernandes (fls. 56-57). Contudo, dos relatos de Anderson, colhe-se que a atuação dos policiais ocorreu no início da tarde, por volta das 13h, enquanto que a posterior busca domiciliar, com o competente mandado judicial, foi realizada por outra guarnição apenas às 16h do mesmo dia. Confira-se:

[...] que não é verdade a imputação que lhe é feita. [...] disse que estava fazendo ronda junto com seu companheiro Sd Tironi; que a ronda era no bairro Paraíso; que é uma região às margens da ferrovia, local de porte e tráfico de drogas; que viram uma janela aberta de uma casa e que foram olhar e apareceu uma senhora fazendo escândalo; que a casa fica há 3 metros do trilho e não tem cerca; que essa senhora foi no batalhão e fez uma queixa; que no local às margens da ferrovia tem uma fileira de casa em quase 5 Km; uma ao lado da outra; que é um local invadido; [...] que as duas senhoras apareceram de fora da casa; que no mesmo dia **mas em outro momento o proprietário da casa foi preso por outra guarnição por furto de energia elétrica; que a ocorrência da denúncia foi há uma da tarde e a prisão pela outra guarnição ocorreu às 16 horas**; que estavam em rondas para localizar um tablet, cuja vítima havia dito que o aparelho tinha um localizador que emitia um sinal; que o sinal vinha da região [...] (fls. 56-57 – grifou-se).

No entanto, não foi esta a versão que prevaleceu nos autos. Muito pelo contrário, verificou-se, cabalmente, o excesso praticado pelos policiais.

O proprietário da residência, Rodrigo dos Santos, ouvido em juízo (CD de fl. 95), contou, em síntese, que estava em seu local de trabalho quando um vizinho o telefonou avisando que havia policiais no interior de sua casa. Afirmou que lhe fora repassado que os policiais teriam

invadido a residência pela janela, mediante arrombamento. Contou que sua genitora chegou à residência e avistou os policiais deixando o local pela janela. Mencionou que os agentes haviam dito que estavam a procura de um *tablet*. Relatou que após tal episódio, outra equipe de policiais compareceu em sua casa, agora na posse de um mandado, vasculharam tudo e nada encontraram, foi então que perceberam que a luz era “gato” (furto de energia elétrica) e o prenderam. Questionado, mencionou que teve prejuízo de aproximados R\$ 100,00 (cem reais) com o conserto da janela arrombada.

A corroborar, o mencionado vizinho, Luiz Carlos Dal’Agnol, testemunha *de visu* também ouvido em juízo (CD de fl. 95), contou ter visualizado quando os policiais adentraram na residência de Rodrigo quando não havia nenhum morador presente. Ponderou que tal episódio ocorreu entre às 14h e às 15h30min. Afirmou ter visto quando um policial aguardava do lado externo e o outro adentrava na casa pela janela dos fundos. Indagado, mencionou não poder afirmar com precisão se a janela foi por eles arrombada. Declarou que Rodrigo é pessoa trabalhadora e, pelo que sabe, nunca se envolveu com crimes. Por fim, mencionou que naquele mesmo dia Rodrigo foi preso por furto de energia e que no local é “cheio” disso.

Desta feita, a prova amealhada nos autos é pacífica no sentido de conferir a autoria aos recorrentes, restando clara a conduta ilegal por eles praticada.

Preleciona Rogério Greco acerca do tipo penal retromencionado:

Para que seja entendida como violação de domicílio a conduta de entrar ou permanecer, é preciso que o agente a tenha realizado *clandestina* ou *astuciosamente*, ou *contra a vontade expressa* ou *tácita* de quem de direito [...] Vontade expressa é aquela manifestada claramente por aquele que detém o poder de permitir ou recusar o ingresso de alguém em sua residência. Vontade tácita é aquela de natureza presumida, seja no sentido de permitir ou tolerar o ingresso de alguém em sua casa (*Código Penal Comentado*. 5. ed. Niterói: Impetus, 2011. p. 387-388).

No caso *sub judice*, resta evidente no bojo dos autos que a vítima não permitiu – nem explícita nem implicitamente – a entrada dos policiais, ora acusados, em sua residência (aliás, ela sequer estava lá para assentir ou não), tampouco a permanência.

Portanto, perfeitamente comprovada a atuação ilegal dos agentes.

Ademais, cumpre mencionar que a atuação excessiva dos acusados – que adentraram clandestinamente na residência sem qualquer ordem judicial – diverge daquela segunda atuação dos agentes do PPT que, após estes fatos, de posse de autorização judicial, adentraram na casa e realizaram busca domiciliar, oportunidade em que prenderam Rodrigo, ora ofendido, por furto de energia elétrica.

Portanto, em momentos distintos e, inclusive, tratando-se de agentes públicos diversos, verifica-se que a segunda atuação policial, praticada nos moldes estabelecidos pela Carta Magna, não possui o condão de legitimar aquela primeira conduta abusiva.

De mais a mais, verifica-se que a prisão da vítima pela prática do crime de furto de energia elétrica não possui qualquer relação com a investigação que culminou no ingresso irregular na residência (furto do *tablet*). Aliás, como bem colocado pela magistrada *a quo*, “a prisão em flagrante da vítima se deu de forma providencial e emergencial, com evidente propósito de elidir a ilicitude praticada” (fl. 146).

Destarte, perfeitamente comprovada a conduta ilegal praticada pelos acusados, uma vez que ausentes as hipóteses permissivas previstas na Constituição Federal para adentrar na residência alheia – asilo inviolável – sem o consentimento do morador, correta foi a condenação dos mesmos pelo crime previsto no art. 226 do Código Penal Militar.

A propósito, *mutatis mutandis*, colhe-se desta Corte:

PENAL. APELAÇÕES CRIMINAIS. VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO QUALIFICADA PELO PERÍODO NOTURNO E CONCURSO DE AGENTES (ART. 150, § 1º, DO CP) E LESÃO CORPORAL

LEVE (ART. 129, CAPUT, DO CP) PRATICADA CONTRA DUAS VÍTIMAS. AUTORIA DO DELITO DE LESÃO CORPORAL COMPROVADA. AUTORIA DO CRIME DE VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. DOSIMETRIA. PENA BASE FIXADA CORRETAMENTE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. ADEQUAÇÃO DAS PENAS PARA O PATAMAR DE 1/6 PARA CADA CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. REGIME DE PENA FIXADO ADEQUADAMENTE. IMPOSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. SENTENÇA PARCIALMENTE MODIFICADA. - Tratando-se de crimes praticados sem a presença de testemunhas, a palavra das vítimas assume extrema relevância, especialmente quando em consonância com os demais elementos dos autos. [...] - **Pratica o crime de invasão de domicílio aquele, sem a permissão ou tolerância dos moradores, ainda que tácita, entra ou permanece na residência, a fim de agredi-los.** [...] (Apelação Criminal n. 2009.047989-3, de Canoinhas, rel. Des. Carlos Alberto Civinski, j. 28/07/2011 – grifou-se).

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO. TENTATIVA DE FURTO QUALIFICADO (CÓDIGO PENAL, ART. 155, §4º, II, COMBINADO COM ART. 14, II). DESCLASSIFICAÇÃO PARA VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO (ARTIGO 150, *CAPUT*, DO ESTATUTO REPRESSIVO). IMPROCEDÊNCIA NA ORIGEM. RECURSO DA ACUSAÇÃO. REITERAÇÃO DO PEDIDO DESCLASSIFICATÓRIO. *EMENDATIO LIBELLI* (CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, ARTIGOS 383 E 617). POSSIBILIDADE. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. NÃO OCORRÊNCIA. FATO DESCRITO NA DENÚNCIA. CRIME MEIO QUE RESTA ABSORVIDO PELO CRIME FIM. **INGRESSO DE FORMA SORRATEIRA EM DOMICÍLIO ALHEIO. DOLO EVIDENCIADO. ELEMENTOS OBJETIVO E SUBJETIVO DO TIPO CONFIGURADOS. DESCLASSIFICAÇÃO ACOLHIDA PARA CONDENAR O RÉU PELA PRÁTICA DO DELITO DE VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO.** RECURSO CONHECIDO E PROVIDO (Apelação Criminal n. 2015.034077-3, de São Domingos, rel. Des. Luiz Cesar Schweitzer, j. 08/09/2015 – grifou-se).

No mais, verifica-se que a qualificadora do concurso de agentes foi devidamente sopesada, pois evidente a atuação conjunta dos policiais ao adentrarem, sorrateiramente, na residência da vítima.

Afastando a tese da defesa, cumpre pontuar que a legislação penal não exige qualquer circunstância especial para aplicação da referida qualificadora, como, por exemplo, estar o morador em casa, basta, portanto, para sua caracterização, a atuação conjunta dos agentes, como ocorreu no caso em tela.

De mais a mais, verifica-se que a testemunha Elisângela dos Santos (depoimento extrajudicial de fls. 07-08), mãe do morador, declarou ter chegado na residência no exato momento em que os acusados lá estavam, visualizando ambos os policiais no interior da casa – circunstância que cai por terra a assertiva defensiva de que a casa estava vazia e, portanto, a atuação conjunta dos agentes não teria relevância.

Por fim, não há maiores questionamentos quanto à aplicação da circunstanciadora do § 2º do art. 226 do Código Penal Militar, que pune mais gravemente a conduta do militar que atuando em serviço age sem a observância das formalidade legais (como por exemplo cumpre mandado judicial à noite, quando a autorização era para cumprimento da ordem durante o dia), ou ainda com abuso de poder, como no caso dos autos, em que os acusados, militares em serviço, visando elucidar crime de furto, simplesmente invadiram a residência de terceiro, adentrando pela janela da casa.

Logo, por todo o exposto, a manutenção do édito condenatório, nos termos da sentença, é medida que se impõe.

A comarca de origem deverá promover a comunicação à vítima, em observância ao art. 201, § 2º, do Código de Processo Penal.

Em decorrência, vota-se pelo conhecimento e não provimento do recurso.

É o voto.

QUARTA CÂMARA CRIMINAL

Apelação Criminal n. 2015.030985-6, de Joaçaba

Relatora: Desa. Substituta Cinthia Beatriz da S. Bittencourt Schaefer

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A FÉ PÚBLICA. FALSIDADE IDEOLÓGICA COMETIDA POR AGENTE PÚBLICO (ART. 299, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO PENAL). SENTENÇA CONDENATÓRIA. INSURGÊNCIA DEFENSIVA. MATERIALIDADE E AUTORIA EVIDENCIADAS. PRESTAÇÃO DE CONTAS À CÂMARA DE VEREADORES. GASTOS COM COMBUSTÍVEL. NOTA FISCAL QUE NÃO CORRESPONDE COM A DESPESA REALIZADA. ALTERAÇÃO DA VERDADE A RESPEITO DE FATO JURIDICAMENTE RELEVANTE. PRETENSÃO ABSOLUTÓRIA DO RÉU JUNIOR. CONDUTA PRATICADA EM RAZÃO DE OBEDIÊNCIA HIERÁRQUICA. ORDEM MANIFESTAMENTE ILEGAL. CONHECIMENTO DA ILICITUDE DO ATO. EXCLUDENTE DE CULPABILIDADE AFASTADA. POTENCIAL CONSCIÊNCIA DE ILICITUDE. TESE INCONSISTENTE. RÉUS QUE, PELA NATUREZA DA FUNÇÃO PÚBLICA, TINHAM CONHECIMENTO DA ILICITUDE DO ATO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INVIABILIDADE. BEM JURÍDICO TUTELADO. FÉ PÚBLICA. REPROVABILIDADE DO COMPORTAMENTO DOS RÉUS. CONDENAÇÃO MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 2015.030985-6, da comarca de Joaçaba (Vara Criminal), em que são apelantes Fabiano Luiz Piovezan e outro, 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 Rodrigo Collaço.

Florianópolis, 17 de dezembro de 2015.

Cynthia Beatriz da S. Bittencourt Schaefer
Relatora

RELATÓRIO

O Ministério Público do Estado ofereceu denúncia contra Fabiano Luiz Piovezan e Junior Cesar Zanin pelo cometimento, em tese, do crime de falsidade ideológica (art. 299, parágrafo único, do Código Penal) em razão dos fatos assim narrados na peça acusatória:

“O denunciado Fabiano Luiz Piovezan, na condição de Vereador do Município de Joaçaba, no dia 25 de novembro de 2010 requereu à Câmara de Vereadores a concessão de diárias para se dirigir à Capital Federal no dia 30 de novembro de 2010, bem como para, juntamente com outros edis, dirigir-se ao Congresso Estadual de Vereadores, que seria realizado no Município de Florianópolis dos dias 1º, 2 e 3 de dezembro de 2010.

Para tanto, no dia 29 de novembro de 2010, recebeu da Presidência da Câmara Municipal de Vereadores um cheque no valor de R\$ 1.800,00 (mil e oitocentos reais), referentes a 3 (três) diárias mais 1/3 (um terço), bem como adiantamento da despesa de combustível.

No dia 15 de dezembro de 2010, neste Município de Joaçaba, o requerido Fabiano Luiz Piovezan utilizou-se de uma nota fiscal emitida pelo Posto da Vila Ltda, em favor de Junior Cesar Zanin para justificar suas despesas de viagem, consignando falsamente na prestação de contas que a referida nota fiscal teria sido por ele solicitada, quando, em verdade, foi requerida pelo codenunciado Júnior em decorrência do abastecimento de combustível realizado no veículo particular deste último.

Como não possuía nota fiscal do combustível utilizado em sua viagem até Florianópolis, em 30 de novembro de 2010 quando estava em Florianópolis o denunciado Fabiano Solicitou a seu Assessor Parlamentar, o denunciado Junior, que se dirigisse até o Posto da Vila, e lá solicitasse a emissão de uma nota fiscal em nome da Câmara de Vereadores. Junior, atendendo ao pedido de seu chefe, dirigiu-se até o referido posto e solicitou a nota em questão. De fato, a nota Fiscal nº 17860 foi emitida como se o adquirente de combustível tivesse sido a Câmara de Vereadores de Joaçaba. Na verdade, porém, o combustível foi vendido para o denunciado Júnior.

Dessa maneira, ao fazer a inserção em documento público de declaração falsa e diversa da que deveria ser escrita, o denunciado Fabiano, com o auxílio do codenunciado Júnior, alterou a verdade sobre fato juridicamente relevante à Administração Pública Municipal, porquanto criou para esta um dado falso que levou a efetuar e homologar o ressarcimento pelo combustível não adquirido e não utilizado com finalidade pública. Para Fabiano, esta nota fiscal ideologicamente falsa possibilitou o recebimento indevido de indenização de despesas efetuadas com a aquisição de combustíveis para a viagem” (fls. 2-3)

Instruído o processo e apresentadas alegações finais, foi proferida sentença (fls.) com o seguinte dispositivo:

“Diante do exposto, julgo procedente a denúncia para:

A) Condenar o réu Fabiano Luiz Piovezan às penas de 1 ano e 2 meses de reclusão em regime inicialmente aberto mais 11 dias-multa fixados no mínimo legal, pelo crime do art. 299, parágrafo único, do Código Penal. Conforme já fundamentado, a pena privativa de liberdade fica substituída por duas restritivas de direito nas modalidades de prestação pecuniária no valor de 2 salários mínimos e proibição de frequentar locais de baixa reputação. Incabível a aplicação da suspensão condicional da pena;

B) Condenar o réu Júnior Cesar Zanin às penas de 1 ano e 2 meses de reclusão em regime inicialmente aberto mais 11 dias-multa fixados no mínimo legal, pelo crime do art. 299, parágrafo único, do Código Penal. Conforme já fundamentado, a pena privativa de liberdade fica

substituída por duas restritivas de direito nas modalidades de prestação pecuniária no valor de 2 salários mínimos e proibição de frequentar locais de baixa reputação. Incabível a aplicação da suspensão condicional da pena;

Concedo aos acusados o direito de recorrerem em liberdade, se por outro motivo não estiverem presos. [...]” (fls. 227)

Inconformados os acusados interpuseram recurso de apelação, em cujas razões sustentam, inicialmente, a absolvição do réu Junior César Zanin, diante da excludente da obediência hierárquica. Pertinente ao mérito, alega a defesa que a informação aposta na prestação de contas relativa às despesas havidas para o abastecimento do carro particular utilizado pelo então vereador, ora réu, Fabiano Luiz Piovezan, é verídica, tendo em vista que se efetivou a despesa declarada no documento público. Salientam que, em função do primeiro réu ter esquecido de solicitar a nota fiscal pertinente à compra de combustível para o deslocamento até a cidade de Florianópolis, requereu ao seu assessor parlamentar, Junior Cesar Zanin, também demandado, que obtivesse a emissão de uma nota fiscal em nome da Câmara de Vereadores a fim de comprovar a realização da aventada despesa. Argumentam que não há falar em dolo em suas condutas, uma vez que é fato incontroverso que o gasto com combustível houve em razão do deslocamento para comparecimento em um Congresso.

Ainda com o fito de eximirem-se da pena aplicada, ressaltam que não detinham a potencial consciência da ilicitude, o que implica na exclusão da culpabilidade dos agentes. Postulam, ainda, absolvição do acusado com fundamento no erro quanto aos elementos constitutivos do tipo penal. Por fim, sustentaram a aplicabilidade do princípio da insignificância diante da ausência de prejuízo ao erário (fls. 237-250).

Contrarrazões às fls. 255-264 pela manutenção da sentença.

Formados nesta instância os autos físicos e concedida vista à douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Excelentíssimo Procurador de Justiça

Gercino Gerson Gomes Neto emitiu parecer pelo desprovimento do recurso (fls. 269-277).

Este é o relatório.

VOTO

O recurso deve ser conhecido porquanto presentes os requisitos de admissibilidade.

Trata-se de recurso de apelação interposto por Fabiano Luiz Piovezan e Junior Cesar Zanin em face da sentença de procedência da pretensão deduzida na denúncia para o fim de condená-los à pena de privativa de liberdade de 1 (um) ano e 2 (dois) meses de reclusão, em regime inicial aberto, substituída por duas restritivas de direitos, além do pagamento de 11 (onze) dias-multa, como incursos no art. 299, parágrafo único, do Código Penal.

Pretendem os acusados a absolvição da prática delitiva imputada na denúncia consistente na inserção de declaração falsa em documento público com o objetivo de alterar a verdade acerca de fato juridicamente relevante. Para tanto, argumentam que não houve fraude ou intenção de prejudicar o erário, já que o documento comprova a despesa efetivamente havida com combustível necessário ao deslocamento do réu Fabiano Luiz Piovezan de Joaçaba até a cidade de Florianópolis.

A materialidade delitiva resta plenamente demonstrada pelo requerimento de adiantamento de valores para pagamento de combustível à fl. 14; pela ordem de pagamento antecipado emitida pela Câmara de Vereadores de Joaçaba (fls. 18-20); pelo relatório de viagem à fl. 21; pela nota fiscal emitida pelo Posto da Vila Ltda. em nome da Câmara de Vereadores de Joaçaba; bem como pelos demais elementos probatórios produzidos.

A autoria, por seu turno, também restou devidamente comprovada, através dos documentos, bem como próprio relato dos acusados, não deixando dúvidas quanto à prática do ilícito.

Colhe-se da prova que, entre os dias 29.11.2010 a 3.12.2010, o vereador Fabiano Luiz Piovezan realizaria viagem para Brasília, com ida e retorno no dia 30.11.2010, permanecendo até o dia 3.12.2010 na cidade de Florianópolis para participação em Congresso Estadual de Vereadores.

A controvérsia reside no fato de que, para fins de prestação de contas com os gastos referentes ao combustível empregado no seu deslocamento até Florianópolis, o denunciado Fabiano apresentou nota fiscal emitida em data e horário em que não se compatibilizam com o itinerário do acusado.

Isso porque, segundo se extrai dos dados de emissão de bilhete aéreo (fl. 107), durante todo o dia 30.11.2010, o réu encontrava-se na cidade de Brasília. Em contrapartida, o documento fiscal anexado à fl. 28, aponta que, às 11 (onze) horas e 9 (nove) minutos desse mesmo dia (30.11.2010), Fabiano teria abastecido seu automóvel no Posto da Vila Ltda. no montante de R\$ 135,11 (cento e trinta e cinco reais, onze centavos), o que denota total incongruência. Inviável que, as 8 (oito) horas e 32 (trinta e dois minutos) o acusado tenha pousado na cidade de Brasília e, pouco mais de 3 (três) horas depois, estivesse na cidade de Joaçaba.

A declaração apontada na prestação de contas datada de 15.12.2010 tanto não condiz com a verdade que o próprio acusado, em seu interrogatório, onde confirmou as informações já prestadas ao promotor de Justiça (fls. 116-117), afirmou que os fatos ocorreram como apontados na denúncia. Relatou que, em verdade, embora tenha abastecido seu automóvel para se deslocar até Florianópolis para realizar as atividades declaradas à Câmara de Vereadores, tivera algum problema com o documento fiscal - não solicitara a nota fiscal no momento efetivo da compra ou o documento de alguma forma se extraviara, informação que não soube precisar -, motivo pelo qual acabou solicitando ajuda de seu assessor parlamentar. Disse que o corréu Junior fora até o posto de gasolina, onde abastecera seu próprio carro e fornecera os dados

da Câmara de Vereadores de Joaçaba para que a nota fiscal saísse com os dados do órgão. Apontou, contudo, que em nenhum momento a intenção visava fraude ou causar prejuízo à administração pública. A ideia era apenas ter um documento que pudesse comprovar um gasto que efetivamente teve com a viagem, mas por uma falha esquecera de realizar o procedimento correto no momento oportuno (audiovisual à fl. 197).

O réu Junior Cesar Zanin, embora tenha confirmado a versão do corréu Fabiano quando ouvido em sede de procedimento preparatório instaurado pelo Ministério Público, em juízo, narrou apenas que Fabiano havia lhe solicitado que fosse até o Posto da Vila Ltda., onde este teria abastecido seu automóvel, e pegasse a respectiva nota fiscal relativa ao combustível com o proprietário do estabelecimento. Reafirmou que não comprou combustível no local, mas apenas buscou a nota relativa ao gasto efetuado por Fabiano (audiovisual à fl. 197).

Registre-se que as testemunhas Francisco Moreira Lopes, Márcio Picolli e Osvaldo Dagostini Junior nada souberam informar especificamente a respeito da conduta dos acusados (audiovisual à fl. 187).

Em que pese a divergência de versões apresentadas pelo acusado Junior Cesar Zanin, todo o contexto probatório evidencia a prática delitiva apontada na denúncia.

Registre-se que é irrelevante a ocorrência do prejuízo ou não à administração pública, tendo em mira que “*o crime de falsidade ideológica tem natureza formal e se consoma tão só com a inserção do falso documento*” (HC 140.829/RJ, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, j. 6.11.2012). Em outras palavras, prescinde do resultado naturalístico para sua caracterização, dispensando-se o efetivo prejuízo ao erário.

Assentada a materialidade e autoria delitivas, cumpre ainda afastar as excludentes sustentadas pela defesa.

Não subsiste a tentativa de exclusão da culpabilidade do denunciado Junior ao argumento de que a sua conduta teria se pautado em estrita observância de ordem de superior hierárquico.

A respeito do tema, Guilherme de Souza Nucci elucida que, dentre os requisitos para caracterização da obediência hierárquica encontra-se “a existência de uma ordem não manifestamente ilegal, ou seja, de duvidosa legalidade” (Código Penal Comentado. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 231). Na hipótese dos autos, inviável sustentar que um assessor parlamentar desconhecesse a evidente ilicitude da conduta. Não há negar que naquele momento Junior tinha plena condição de compreender que o ato de solicitar nota fiscal em nome da Câmara de Vereadores de Joaçaba com o fim de anexá-la à prestação de contas de seu superior, com informação evidentemente falsa, constitui ilícito penal. Até porque é natural da atribuição de um assessor parlamentar auxiliar o Vereador nos procedimentos de prestação de contas, razão pela qual evidente o seu conhecimento a respeito da matéria e exigível que adotasse conduta diversa nessa situação, já que não se tratava de ordem legal ou de duvidosa legalidade.

Seguindo a mesma linha, inviável afastar a culpabilidade dos acusados em função da ausência de potencial consciência da ilicitude. Anote-se que, para fins de isenção de pena a esse título, deve estar “*devidamente comprovado nos autos a ausência de potencial consciência da ilicitude da conduta e justificativa plausível para tanto, ônus que incumbe a defesa, nos termos do art. 156 do Código de Processo Penal.*” (Apelação Criminal n. 2010.081298-7, de Urubici, rel. Des. Francisco Oliveira Neto, j. 22.5.2012).

Não há negar que os acusados detinham potencial consciência da ilicitude do ato praticado. Fabiano, inclusive, apontou que solicitou ao seu subordinado a obtenção da nota fiscal com o objetivo de “fechar” a prestação de contas que necessitava apresentar à casa legislativa.

Reitere-se que, como agentes públicos integrantes do Poder Legislativo, os acusados tinham ou deviam ter conhecimento a respeito

da ilicitude do ato inserir em documento público informação que não traduz a verdade.

Por fim, também não subsiste a pretensão de aplicação do princípio da insignificância na hipótese dos autos, diante da mínima ofensividade da conduta e do ínfimo prejuízo aos cofres público decorrente da sua conduta.

Ocorre que o bem jurídico tutelado impede o reconhecimento do crime de bagatela, tendo em conta que o tipo penal visa proteger à fé pública. Assim já se pronunciou, aliás, esta Corte:

“APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A FÉ PÚBLICA. FALSIDADE IDEOLÓGICA (ARTIGO 299, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL). PRELIMINAR. INVOCADA EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELA PRESCRIÇÃO RETROATIVA. AFASTAMENTO. MARCOS INTERRUPTIVOS DA PRESCRIÇÃO IGNORADOS PELA DEFESA. PREJUDICIAL REJEITADA.

MÉRITO. MATERIALIDADE E AUTORIA AMPLAMENTE DEMONSTRADAS. CONJUNTO PROBATÓRIO ROBUSTO. ALEGADA AUSÊNCIA DE DOLO ESPECÍFICO POR INEXISTÊNCIA DE DANO E/OU PREJUÍZO DE TERCEIRO. IRRELEVÂNCIA. CRIME FORMAL. TIPO PENAL PRATICADO. ABSOLVIÇÃO PELO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INVIABILIDADE DIANTE DO BEM JURÍDICO TUTELADO. REDUZIDO GRAU DE REPROVABILIDADE DA CONDUTA DO AGENTE NÃO VERIFICADO. DESCLASSIFICAÇÃO PARA TENTATIVA. IMPOSSIBILIDADE. ACUSADO QUE SE PASSOU POR TERCEIRA PESSOA E FIRMOU, EM NOME DESTA, NO CARTÃO DE RESPOSTA DO VESTIBULAR. CRIME CONSUMADO.

DECISÃO HÍGIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.”
(Apelação Criminal n. 2011.034831-3, de Lages, rel. Des. José Everaldo Silva, j. 27.5.2014).

Não destoam o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

“É firme neste Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que é inaplicável o postulado da insignificância aos delitos praticados contra entidades de direito público, uma vez que tal conduta ofende o patrimônio público, a moral administrativa e a fé pública, revelando-se altamente reprovável.” (AgRg no Resp 1318686/PR, Rel. Ministro Ericson Maranhão (Desembargador convocado do TJ/SP), Sexta Turma, j.16.10.2014).

Portanto, não subsiste a pretensão absolutória dos acusados, de forma que a manutenção da decisão condenatória se impõe.

Cumprе assinalar que não há insurgência quanto a dosimetria da pena.

Pelo exposto, deve-se conhecer do recurso e negar-lhe provimento.

Como resultado da condenação penal confirmada nesta instância, compatível com o rol do art. 1º, I, “e”, da LC 64/90, proceda o Secretário de Câmara à inclusão dos dados dos réus no CNCIAI.

Este é o voto.

Apelação Criminal n. 2015.030401-4, de Videira

Relatora: Des. Substituta Cinthia Beatriz da S. Bittencourt Schaefer

APELAÇÃO CRIMINAL. PESCA EM PERÍODO PROIBIDO E COM PETRECHO NÃO PERMITIDO (TARRAFA COM DIÂMETRO MENOR QUE 50MM). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA. PEDIDO ABSOLUTÓRIO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA, TENDO EM VISTA A PEQUENA QUANTIDADE DE PEIXES APREENDIDA (1.400 GRAMAS). NÃO ACOLHIMENTO. VETORES NECESSÁRIOS PARA O RECONHECIMENTO NÃO PREENCHIDOS. RÉU REINCIDENTE. ADEMAIS, PEIXES QUE NÃO PUDEAM SER DEVOLVIDOS AO SEU *HABITAT*, SENDO UMA DAS ESPÉCIES AMEAÇADAS DE EXTINÇÃO. SITUAÇÃO QUE NÃO SE MOSTRA ADEQUADA PARA A APLICAÇÃO DO ALUDIDO PRINCÍPIO. ALEGADO DESCONHECIMENTO DA ILICITUDE DE SUA CONDUTA. NÃO ACOLHIMENTO. NÃO COMPROVAÇÃO DO ALEGADO ERRO DE PROIBIÇÃO (ART. 21, DO CP). DESCONHECIMENTO DA LEI INESCUSÁVEL. AVENTADO ESTADO DE NECESSIDADE. PRETENSÃO DE RECONHECIMENTO DA EXCLUDENTE DE ANTIJURIDICIDADE SOB O FUNDAMENTO DE QUE A PESCA OCORREU PARA SUBSISTÊNCIA PRÓPRIA E DA FAMÍLIA. INADMISSIBILIDADE. RÉU QUE SEQUER ALEGOU ESTA POSSIBILIDADE QUANDO INTERROGADO. ADEMAIS, ACUSADO QUE POSSUI ATIVIDADE LABORATIVA LÍCITA E PODIA BUSCAR OUTROS MEIOS PARA SE ALIMENTAR. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS NECESSÁRIOS. CONDENAÇÃO MANTIDA.

“O estado de necessidade, a título de excludente de ilicitude, pressupõe existir atual perigo e sendo o sacrifício do direito ameaçado inevitável, o que não ocorreu na hipótese vertente, haja vista que o fato de o agente ser detentor de precária condição financeira não é suficiente para configurar a causa de exclusão de ilicitude, porquanto deve justificá-la ou demonstrá-la em razão da violação de um bem jurídico tutelado, o que não ocorreu

na hipótese” (Apelação Criminal n. 2010.026256-0, rela. Des. Salete Silva Sommariva, Segunda Câmara Criminal, j. 10.08.2010).

DOSIMETRIA. PLEITO PELO RECONHECIMENTO DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA EXTRAJUDICIAL. POSSIBILIDADE. CONFISSÃO EXTRAJUDICIAL QUE FOI UTILIZADA PARA FUNDAMENTAR A CONDENAÇÃO. PRECEDENTES. PRESENÇA DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA COM A REINCIDÊNCIA. PREPONDERÂNCIA DESTA SOBRE AQUELA. POSSIBILIDADE NO CASO EM CONCRETO. ORIENTAÇÃO DAS TURMAS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. CONFISSÃO NÃO RELEVANTE PARA A APURAÇÃO DOS FATOS. RÉU FOTOGRAFADO COMETENDO O CRIME. ADEQUAÇÃO DA PENA NESTE PATAMAR. PEDIDO DE FIXAÇÃO DE HONORÁRIOS. DEFENSOR DATIVO. HONORÁRIOS FIXADOS NA SENTENÇA QUE ABRANGEM EVENTUAL INTERPOSIÇÃO DE RECURSO. CONCESSÃO DA JUSTIÇA GRATUITA PARA ISENÇÃO DO PAGAMENTO DAS CUSTAS PROCESSUAIS. MATÉRIA AFETA AO JUÍZO DA EXECUÇÃO. NÃO CONHECIMENTO DESTES PONTOS. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESTE PONTO, PARCIALMENTE PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 2015.030401-4, da comarca de Videira (Vara Criminal), em que é apelante Diego Rony Correa Lutz, e apelado Ministério Público do Estado de Santa Catarina:

A Quarta Câmara Criminal decidiu, por votação unânime, conhecer parcialmente do recurso e, neste ponto, dar parcial provimento para reconhecer a presença da atenuante da confissão espontânea, alterando-se, em consequência, a quantidade da pena. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Jorge Schaefer Martins, e dele participaram o Exmo. Sr. Des. Roberto Lucas Pacheco e o Exmo. Sr. Des. Rodrigo Collaço.

Florianópolis, 10 de dezembro de 2015.

Cynthia Beatriz da S. Bittencourt Schaefer
Relatora

RELATÓRIO

O Ministério Público da comarca de Videira ofertou denúncia em face de Diego Rony Corrêa Lutz, imputando-lhe a prática do crime previsto no art. 34, inc. II, da Lei n. 9.605/98, conforme os seguintes fatos narrados na peça acusatória:

Consta do presente caderno incluso que, no dia 22 de novembro de 2012, por volta das 17 horas e 27 minutos, nas águas do Rio do Peixe, nas proximidades da estação de tratamento de efluentes da empresa BRF-Foods, no perímetro urbano, nesta cidade de Videira/SC, o denunciado DIEGO RONY CORREA LUTZ pescou em período no qual a pesca era proibida, mediante utilização de petrecho de uso não permitido, nos termos da Instrução Normativa do IBAMA nº 43 de 23 de julho de 2004.

A prática delituosa foi apurada pela guarnição da Polícia Militar Ambiental, composta pelos agentes ambientais Dino Luiz Pasqual e Claudemir Oeschler, que, ao realizar vistorias *in loco*, constataram que o denunciado pescou cerca de 1.400 (um quilo e quatrocentos gramas) de peixes nativos da espécie Lambari - *Astyanax sp.* e Cará - *Geophagus sp.*, mediante a utilização de uma tarrafa com malha de 30 milímetros, tudo de conformidade com o Termo de Apreensão e Depósito de fl. 11 dos autos.

Conforme instrução normativa do IBAMA nº 43 de 23 de julho de 2004, que regulamenta o uso de petrechos para a pesca, ficam proibidos a utilização de tarrafas, de qualquer tipo, com malhas inferiores a 50 milímetros, medida esticada entre os ângulos opostos.

Registra-se ainda, que o denunciado não possuía permissão do órgão ambiental competente para a prática de pesca com o referido petrecho, bem como, o período era de defeso na área de abrangência da Bacia

Hidrográfica do Rio Uruguai, nos termos da Instrução Normativa do Ibama 193, de 2 de outubro de 2008.

Encerrada a instrução processual, sobreveio sentença (fls. 59/67), nos seguintes termos:

Posto isso, julgo procedente a denúncia para condenar o réu Diego Rony Correa Lutz, qualificado, por infração ao art. 34, inciso II, da Lei nº 9.605/98, e em consequência impor-lhe o cumprimento da pena privativa de liberdade de 1 ano e 2 meses de detenção, em regime inicial aberto, e ao pagamento de 10 dias-multa, cada qual no valor de 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos, corrigido monetariamente, substituída a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direito, consistentes em prestação pecuniária e em prestação de serviços à comunidade.

Irresignado, o réu Diego Rony Corrêa Lutz interpôs recurso de apelação (fls. 69 e 74/87), pleiteando por sua absolvição, alegando que deve ser considerado o princípio da insignificância no presente caso. De outro norte, requereu a exclusão da ilicitude do fato com base no desconhecimento da lei ou em face do estado de necessidade, já que o delito foi praticado visando à alimentação do apelante e de sua família. Caso mantida a condenação, pede pelo reconhecimento da confissão espontânea na segunda fase da dosimetria da pena. Por fim, postulou a concessão da assistência jurídica gratuita, bem como a fixação dos honorários advocatícios ao defensor nomeado.

Com as contrarrazões (fls. 88/91), ascenderam os autos a este Tribunal.

Lavrou parecer pela douda Procuradoria-Geral de Justiça a Exma. Sra. Dra. Cristiane Rosália Maestri Böell, manifestando-se pelo conhecimento e desprovimento do recurso (fls. 96/102).

Este é o relatório.

VOTO

O réu/apelante pretende a reforma da sentença *a quo* para se ver absolvido da imputação que lhe foi feita, postulando a aplicação do princípio da insignificância, argumentando que foi pouca a expressividade de conduta, diante da mínima quantidade peixes, bem como porque tratava-se de única pesca e que serviria ao sustento de sua família.

A materialidade está comprovada pelo relatório de fiscalização de fls. 04/09 e fotografias de fls. 05/06.

A autoria, por sua vez, se viu caracterizada pela confissão do réu (fls. 13/14) e pelos policiais realizaram a diligência (áudio de fl. 51).

Cediço que o princípio da insignificância, também conhecido como Bagatela, repousa na ideia de que não pode ocorrer crime sem ofensa jurídica, e deve ser invocado quando houver a inexpressividade de determinada lesão à um bem jurídico tutelado no ordenamento jurídico.

Nesse sentido, preceitua Fernando Capez:

[...] O princípio da insignificância ou bagatela originário do Direito Romano, e de cunho civilista, tal princípio funda-se no conhecido brocardo jurídico de *minimus non curat praetor*. Em 1964 acabou sendo introduzido no sistema penal por Claus Roxin, tendo em vista sua utilidade na realização dos objetivos sociais traçados pela moderna política criminal. Segundo tal princípio, o Direito Penal não deve preocupar-se com bagatelas, do mesmo modo que não podem ser admitidos tipos incriminadores que descrevam condutas incapazes de lesar o interesse protegido. Se a finalidade do tipo penal é tutelar um bem jurídico, sempre que a lesão for insignificante a ponto de se tornar incapaz de lesar o interesse protegido, não haverá adequação típica. É que no tipo não estão descritas condutas incapazes de ofender o bem tutelado, razão pela qual os danos de nenhuma monta devem ser considerados fatos atípicos. (Curso de Direito Penal, 12ª ed., São Paulo: Saraiva, 2007. p.11).

No tocante à absolvição utilizando dos preceitos insculpidos pelo princípio da insignificância, este é o escólio de Cezar Roberto Bittencourt:

A tipicidade penal exige uma ofensa de alguma gravidade aos bens jurídicos protegidos, pois nem sempre qualquer ofensa a esses bens ou interesses é suficiente para configurar o injusto típico. Segundo esse princípio, que Klaus Tiedmann chamou de princípio de bagatela, é imperativa uma efetiva proporcionalidade entre a gravidade da conduta que se pretende punir e a drasticidade da intervenção estatal. Amiúde, condutas que se amoldam ao tipo penal, sob o ponto de vista formal, não apresentam nenhuma relevância material. Nessas circunstâncias, pode-se afastar liminarmente a tipicidade penal porque em verdade o bem jurídico não chegou a ser lesado (Tratado de direito penal: parte geral. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v.1. p. 26).

É fato que o meio ambiente tem é bem jurídico indisponível e especialmente tutelado pelo artigo 225, da Constituição Federal, o que, a princípio, afastaria a aplicação do princípio da insignificância.

Todavia, não se desconhece da jurisprudência que vem admitindo tal hipótese. O Supremo Tribunal Federal já se manifestou acerca da aplicação do aludido princípio:

AÇÃO PENAL. Crime ambiental. Pescador flagrado com doze camarões e rede de pesca, em desacordo com a Portaria 84/02, do IBAMA. Art. 34, parágrafo único, II, da Lei nº 9.605/98. Rei furtiva e de valor insignificante. Periculosidade não considerável do agente. Crime de bagatela. Caracterização. Aplicação do princípio da insignificância. Atipicidade reconhecida. Absolvição decretada. HC concedido para esse fim. Voto vencido. Verificada a objetiva insignificância jurídica do ato tido por delituoso, à luz das suas circunstâncias, deve o réu, em recurso ou habeas corpus, ser absolvido por atipicidade do comportamento. (HC 112563, Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Cezar Peluso, Segunda Turma, julgado em 21/08/2012, Processo Eletrônico DJe-241 DIVULG 07-12-2012 PUBLIC 10-12-2012).

E estes são os precedentes do Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. CRIME CONTRA O MEIO AMBIENTE. ART. 34 DA LEI N. 9.605/1998. PESCA EM PERÍODO PROIBIDO. ATIPICIDADE MATERIAL. AUSÊNCIA DE EFETIVA LESÃO AO BEM PROTEGIDO PELA

NORMA. IRRELEVÂNCIA PENAL DA CONDUTA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICAÇÃO. 1. Esta Corte Superior, em precedentes de ambas as Turmas que compõem a sua Terceira Seção, tem admitido a aplicação do princípio da insignificância quando demonstrada, a partir do exame do caso concreto, a ínfima lesividade ao bem ambiental tutelado pela norma. Precedentes. 2. Muito embora a tutela penal ambiental objetive proteger bem jurídico de indiscutível valor social, sabido que toda intervenção estatal deverá ocorrer com estrita observância dos postulados fundamentais do Direito Penal, notadamente dos princípios da fragmentariedade e da intervenção mínima. 3. A aplicação do princípio da insignificância (ou a admissão da ocorrência de um crime de bagatela) reflete o entendimento de que o Direito Penal deve intervir somente nos casos em que a conduta ocasionar lesão jurídica de certa gravidade, permitindo a afirmação da atipicidade material nos casos de perturbações jurídicas mínimas ou leves, consideradas também em razão do grau de afetação da ordem social que ocasionem. 4. No caso, embora a conduta do apenado - pesca em período proibido - atenda tanto à tipicidade formal (pois constatada a subsunção do fato à norma incriminadora) quanto à subjetiva, na medida em que comprovado o dolo do agente, não há como reconhecer presente a tipicidade material, pois em seu poder foram apreendidos apenas seis peixes, devolvidos com vida ao seu habitat, conduta que não é suficiente para desestabilizar o ecossistema. 5. Agravo regimental a que se dá provimento a fim de acolher o recurso especial e absolver o agravante em face da atipicidade material da conduta praticada. (AgRg no REsp 1320020/RS, Rel. Ministro Campos Marques (Desembargador Convocado do TJ/PR), Rel. p/ Acórdão Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 16/04/2013, DJe 23/05/2013)

No entanto, o caso presente se mostra diferente, por vários aspectos.

Primeiro deles é a reincidência do acusado que, em 18.06.2012, teve extinto o cumprimento de sua pena pela prática do delito insculpido no art. 121, §1º c/c art. 14, inc. II, ambos do CP, conforme se auferiu da certidão de antecedentes criminais de fls. 21/24.

Já decidiu esta Corte de Justiça que a reincidência é fator que obsta a aplicação do referido princípio:

A aplicação do princípio da insignificância deve levar em conta não apenas o valor do objeto furtado, mas também as circunstâncias do crime e da personalidade do agente. Constatada a reincidência do réu, sobretudo em crimes da mesma espécie, inviável é a aplicação de tal princípio, para que não haja incentivo à prática de crimes idênticos” (Apelação Criminal n. 2009.044078-2, da Capital, rel. Des. Subst. Francisco Oliveira Neto, j. 20.6.12).

O Supremo Tribunal Federal é pacífico ao decidir que:

HABEAS CORPUS. FURTO. PRETENSÃO DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INVIABILIDADE. PACIENTE REINCIDENTE. PRECEDENTES. ORDEM DENEGADA. 1. A tipicidade penal não pode ser percebida como o exercício de mera adequação do fato concreto à norma abstrata. Além da correspondência formal, a configuração da tipicidade demandaria uma análise materialmente valorativa das circunstâncias do caso concreto, para verificar a ocorrência de alguma lesão grave, contundente e penalmente relevante do bem jurídico tutelado. 2. Reincidência do Paciente assentada nas instâncias antecedentes. O criminoso contumaz, mesmo que pratique crimes de pequena monta, não pode ser tratado pelo sistema penal como se tivesse praticado condutas irrelevantes, pois crimes considerados ínfimos, quando analisados isoladamente, mas relevantes quando em conjunto, seriam transformados pelo infrator em verdadeiro meio de vida. 3. O princípio da insignificância não pode ser acolhido para resguardar e legitimar constantes condutas desvirtuadas, mas para impedir que desvios de conduta ínfimos, isolados, sejam sancionados pelo direito penal, fazendo-se justiça no caso concreto. Comportamentos contrários à lei penal, mesmo que insignificantes, quando constantes, devido à sua reprovabilidade, perdem a característica da bagatela e devem se submeter ao direito penal. 4. Ordem denegada. (HC 118089, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, julgado em 08/10/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-211 DIVULG 23-10-2013 PUBLIC 24-10-2013).

Ainda que não fosse isso, consta informação no relatório de fiscalização que os peixes tirados de seu *habitat* morreram e por esta razão não puderam ser devolvidos ao seu ambiente natural e além disso, o peixe da espécie “*Astyanax sp.*” conhecido como *Lambari* é ameaçada de extinção, de acordo com a Lista de Espécies Aquáticas Ameaçadas de Extinção, fornecida através do sítio do IBAMA.

Diante destas peculiaridades, e ainda que se considerasse pequena a quantidade de um quilo e quatrocentas gramas de peixe, não há como reconhecer a possibilidade de aplicação do mencionado princípio, pois também evidente não foi mínima a ofensa ao bem juridicamente tutelado.

Por outro lado, argumenta o apelante que desconhecia a legislação, acreditando não estar cometendo crime.

O Código Penal em seu art. 21, *caput*, leciona: “*O desconhecimento da lei é inescusável. O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena; se evitável, poderá diminuí-la de um sexto a um terço.*”

A respeito do tema, Guilherme de Souza Nucci ensina:

O desconhecimento da lei, isto é, da norma escrita, não pode servir de desculpa para a prática de crimes, pois seria impossível, dentro das regras estabelecidas pelo direito codificado, impor limites à sociedade, que não possui, nem deve possuir, necessariamente, formação jurídica. Aliás, esse é o conteúdo da Lei de Introdução ao Código Civil: “Ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece” (art. 3.º). Portanto, conhecer a norma escrita é uma presunção legal absoluta, embora o conteúdo da lei, que é o ilícito, possa ser objeto de questionamento. A pessoa que, por falta de informação devidamente justificada, não teve acesso ao conteúdo da norma poderá alegar erro de proibição. Frise-se que o conteúdo da lei é adquirido através da vivência em sociedade, e não pela leitura de códigos ou do Diário Oficial. [...] (Código penal comentado. 11. Ed. Rev., atual e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 234)

No caso em tela, não ficou devidamente comprovado pelo apelante o desconhecimento da ilicitude da conduta, qual seja, a de pescar em período proibido e mediante utilização de petrecho não permitido.

Esta prova pertencia ao acusado, de acordo com o que dispõe o art. 156, do CPP, no entanto, este apenas alegou em seu interrogatório, na fase inquisitiva, que não tem conhecimento da legislação de pesca.

Como muito bem salientado pelo Douto Procurador de Justiça: “No caso em tela, o agente tinha conhecimento da impossibilidade de pesca no período da piracema, informação notória, sobretudo para a população praticante de atividades pesqueiras [mesmo que por lazer], reforçando-se que o réu demonstrou ter plenas condições de entender a ilegalidade por ele praticada.” (fl. 101)

Assim, diante de um mínimo de prova que pudesse dar guarida a sua sustentação de desconhecimento da legislação, não há possibilidade de reconhecer a atipicidade de sua conduta sob este fundamento.

Também aduziu o apelante que agiu em estado de necessidade, pois estava pescando para alimentação sua e de sua família.

Entretanto, verifico que em nenhum momento o acusado aduziu estar pescando para sua própria subsistência ou de seus familiares. O que disse foi que estava pescando pela primeira vez e que não conhecia a legislação de pesca, bem como que não sabia a dimensão da sua tarrafa (fls. 13/14).

O art. 24, do Código Penal cuida da referida excludente de ilicitude:

Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se.

Estado de necessidade, na lição de Damásio de Jesus, “é uma situação de perigo atual de interesses protegidos pelo Direito, em que o agente, para salvar um bem próprio ou de terceiro, não tem outro caminho senão o de lesar o interesse de outrem” (Direito penal, volume 1: parte geral. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 414)

Na hipótese, observa-se que o acusado não comprovou a situação de perigo, necessária para a aplicação desta excludente de antijuridicidade. Isso porque a alegação (aliás, não comprovada nos autos) de que pescava para subsistência familiar, não é suficiente para caracterizar o estado de necessidade, pois o réu poderia utilizar de outros meios, lícitos, para conseguir alimentação, até porque possuía emprego, conforme se auffle de seu interrogatório.

A propósito, há decisões deste Tribunal:

APELAÇÃO CRIMINAL - CRIME DE VIOLAÇÃO DE DIREITO AUTORAL (CP, ART. 184, §2º) - AUTORIA E MATERIALIDADE DEMONSTRADAS - DEPOIMENTOS DAS TESTEMUNHAS E CONFISSÃO DO RÉU UNÍSSONOS - ALEGADO ERRO SOBRE A ILICITUDE DO FATO - TESE IMPROSPERÁVEL - ACUSADO QUE CONHECIA A PROIBIÇÃO DA LEI - INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA - EXCLUDENTE DE ILICITUDE (ESTADO DE NECESSIDADE) - NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS NECESSÁRIOS - INAPLICABILIDADE - CONDENAÇÃO MANTIDA. [...] IV - O ESTADO de NECESSIDADE, a título de excludente de ilicitude, pressupõe existir atual perigo e sendo o sacrifício do DIREITO ameaçado inevitável, o que não ocorreu na hipótese vertente, haja vista que o fato de o agente ser detentor de precária condição financeira não é suficiente para configurar a causa de exclusão de ilicitude, porquanto deve justificá-la ou demonstrá-la em razão da VIOLAÇÃO de um bem jurídico tutelado, o que não ocorreu na hipótese. (Apelação Criminal n. 2010.026256-0, rela. Desa. Salete Silva Sommariva, Segunda Câmara Criminal, j. 10-8-2010)

Portanto, afasta-se também o pleito absolutório com base no alegado estado de necessidade, devendo ser mantida a condenação na íntegra.

No que toca à dosimetria, requer o recorrente o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea, pois a sentença a quo utilizou de sua confissão na fase extrajudicial para a condenação do acusado.

A magistrada singular, por sua vez, aduziu que deixava de reconhecer a referida atenuante, tendo em vista que não ratificada em juízo, pois o réu preferiu não comparecer ao seu interrogatório (fl. 65).

Porém, é certo que sua confissão da fase inquisitorial foi utilizada como elemento probatório a corroborar as demais provas que serviram para o decreto condenatório. Saliento que ainda que o réu tivesse se retratado judicialmente e sua confissão extrajudicial fosse utilizada para sua condenação, o caminho seria o mesmo.

Assim, esta deve ser considerada como atenuante genérica (art. 65, inc. III, “d”, do Código Penal).

Em caso análogo este Tribunal se manifestou:

APELAÇÕES CRIMINAIS - TRÁFICO DE DROGAS (ART. 33 DA LEI N. 11.343/06) - ÉDITO CONDENATÓRIO - INCONFORMISMO DAS DEFESAS - AUTORIA E MATERIALIDADE EVIDENCIADAS - CONFISSÃO ESPONTÂNEA E DETALHADA DE UM DOS ACUSADOS NA FASE INDICIÁRIA - POSTERIOR RETRATAÇÃO EM JUÍZO - IRRELEVÂNCIA - DEPOIMENTOS DOS POLICIAIS CIVIS RESPONSÁVEIS PELA PRISÃO EM FLAGRANTE DOS IMPUTADOS EM CONSONÂNCIA COM OS DEMAIS ELEMENTOS JUNTADOS AO CADERNO PROCESSUAL - ABSOLVIÇÃO OU DESCLASSIFICAÇÃO PARA O ART. 28 DA LEI N. 11.343/06 INVIÁVEIS DOSIMETRIA DO RÉU CARLOS - SEGUNDA FASE - EXISTÊNCIA DE MÚLTIPLAS CONDENAÇÕES CRIMINAIS, SENDO APENAS UMA HÁ MENOS DE 5 ANOS DO DELITO EM ANÁLISE - AUMENTO DA REPRIMENDA EM PATAMAR ADEQUADO AO CASO CONCRETO - CONFISSÃO EXTRAJUDICIAL E UTILIZADA PARA EMBASAR O DECRETO CONDENATÓRIO - POSTERIOR RETRATAÇÃO EM JUÍZO - IRRELEVÂNCIA - ATENUANTE QUE DEVE SER RECONHECIDA E QUE IMPLICA MINORAÇÃO DA REPRIMENDA - REINCIDÊNCIA E MAUS ANTECEDENTES QUE IMPEDEM A CONCESSÃO DO BENEFÍCIO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06 DOSIMETRIA DO CONDENADO

CLÁUDIO - PRIMEIRA FASE - AUSÊNCIA DE ELEMENTOS APTOS AO RECONHECIMENTO DE CONDUTA SOCIAL E PERSONALIDADE DESVIRTUADAS - NOCIVIDADE DAS SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES COMERCIALIZADAS QUE JUSTIFICAM A EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE EM 1/6 - INTERPRETAÇÃO DA REGRA INSCULPIDA NO ART. 42 DA LEI N. 11.343/06 - TERCEIRA FASE - REINCIDÊNCIA - INAPLICABILIDADE DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06. (TJSC, Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2012.065329-3, de Blumenau, rel. Des. Rodrigo Collaço, j. 21-02-2013).

E desta magistrada:

APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS [ART. 33 DA LEI 11.343/06]. CONDENAÇÃO EM PRIMEIRO GRAU. RECURSO DA DEFESA. [...] DOSIMETRIA. PLEITO PARA QUE SEJA FIXADA A PENA NO MÍNIMO LEGAL. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA. CIRCUNSTÂNCIA QUE REMETE AO ART. 42 DA LEI 11.343/06. PENA-BASE MANTIDA. CONFISSÃO EXTRAJUDICIAL UTILIZADA PARA CONDENAÇÃO. RECONHECIMENTO DA ATENUANTE QUE SE IMPÕE. IRRELEVÂNCIA DA RETRATAÇÃO. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. IMPOSSIBILIDADE. RÉU QUE NÃO PODE SER QUALIFICADO COMO TRAFICANTE PEQUENO OU EVENTUAL. [...]. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. (TJSC, Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2013.018792-4, de Blumenau, rel. Des. Cinthia Beatriz da Silva Bittencourt Schaefer, j. 07-05-2013).

In casu, também se verifica presente a agravante da reincidência.

É cediço que há grande celeuma quando o assunto é a presença da agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea, conforme é o caso dos autos. É bem verdade que a atual posição pacificada do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema é pela compensação da agravante com a atenuante, porém, mais certo ainda, é que o Supremo Tribunal Federal, guardião da Carta Magna e dono da última palavra

no âmbito do Poder Judiciário, tem como certo a preponderância da reincidência.

A seguir, trago à baila julgado da Primeira Turma do Supremo:

Habeas Corpus substitutivo de recurso ordinário. Roubo circunstanciado. Compensação da agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea. Impossibilidade 1. O acórdão impugnado está em conformidade com a jurisprudência de ambas as Turmas do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que, a teor do art. 67 do Código Penal, “a agravante da reincidência prepondera sobre a atenuante da confissão espontânea, razão pela qual é inviável a compensação pleiteada” (RHC 110.727, Rel. Min. Dias Toffoli). 2. Habeas Corpus extinto sem resolução de mérito por inadequação da via processual. (HC 105543, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 29/04/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-100 DIVULG 26-05-2014 PUBLIC 27-05-2014).

E também, da Segunda Turma daquele órgão superior:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PENAL. DELITO DE VIOLAÇÃO DE DIREITO AUTORAL. RECONHECIMENTO DA OCORRÊNCIA DE CONFISSÃO ESPONTÂNEA. IMPOSSIBILIDADE. MATÉRIA CONTROVERTIDA. REVOLVIMENTO DE FATOS E PROVAS. CONCURSO DA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA E DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. IMPOSSIBILIDADE DE COMPENSAÇÃO. RECURSO NÃO PROVIDO. I - No caso concreto, para se chegar à conclusão pela existência da confissão espontânea, faz-se necessário o incurso no acervo fático- probatório, o que é incabível na estreita via eleita. II - Nos termos do art. 67 do Código Penal, no concurso de atenuantes e agravantes, a pena deve aproximar-se do limite indicado pelas circunstâncias preponderantes. No caso sob exame, a agravante da reincidência prepondera sobre a atenuante da confissão espontânea, razão pela qual é inviável a compensação pleiteada. Precedentes. III - Recurso ordinário ao qual se nega provimento. (RHC 120677, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 18/03/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-065 DIVULG 01-04-2014 PUBLIC 02-04-2014).

Em tempo ainda, colaciona a lição de Guilherme de Souza Nucci:

[...] o disposto neste artigo [67 do CP], tratando da preponderância de algumas circunstâncias sobre outras, evidencia a preocupação do legislador em estabelecer critérios para o juiz aplicar a pena e efetuar eventuais compensações. Portanto, na segunda fase da fixação da pena, o magistrado deve fazer preponderar a agravante da reincidência, por exemplo, sobre a atenuante da confissão espontânea. (Código penal comentado. - 11. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 472).

Vale frisar que, não obstante se reconheça a confissão espontânea na fase extrajudicial, o caso dos autos é daqueles em que nada podia fazer o réu para provar sua inocência, tornando a confissão uma única saída para o abrandamento da pena, até porque foi pego praticando o crime.

Com efeito, a confissão do acusado em nada mudou o panorama dos autos, tendo em vista que foi fotografado realizando a pesca ilegal.

Desse modo, altera-se a pena do acusado e a estabelece-se, nesta etapa, em 1 (um) ano e 1 (um) mês de detenção e 10 (dez) dias-multa, a qual torna-se definitiva, considerando a ausência de causas de aumento e diminuição de pena.

Por fim, o pedido de fixação de URHs não merece acolhida, porquanto já fixados em primeiro na grau, tendo em vista que o entendimento pacífico desta corte é de que os honorários fixados na sentença ao advogado que acompanhou a instrução processual, englobam a eventual interposição de recurso.

A propósito, colhe-se deste egrégio Tribunal de Justiça:

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - VALOR ESTABELECIDO NA SENTENÇA - PERCENTUAL QUE JÁ ENGLOBA A ATUAÇÃO EM SEGUNDO GRAU. Na esteira da jurisprudência pacífica desta corte de justiça, quando os honorários advocatícios são fixados por ocasião da sentença em favor de advogado que acompanhou a instrução criminal, não há falar-se em nova remuneração em grau de apelo, uma vez que referida

verba engloba toda a defesa processual do acusado, inclusive a possível interposição e posterior acompanhamento de recurso e apresentação de contrarrazões. (Apelação Criminal n. 2010.085669-7, de São Bento do Sul, rela. Des. Salete Silva Sommariva, j. em 18.8.2011).

E sobre o pedido de justiça gratuita, por ser pobre para arcar com as custas do processo, este Tribunal tem mantido o entendimento de que o pedido de isenção da multa e das custas processuais é matéria afeta ao juízo da execução e deve ser discutida após o trânsito em julgado.

Nesse sentido:

RECURSO CRIMINAL. HOMICÍDIO. PRONÚNCIA EM PRIMEIRO GRAU. RECURSO DA DEFESA. PRETENDIDA REALIZAÇÃO DE EXAME CADAVÉRICO COMPLEMENTAR. ALEGADA DÚVIDA SOBRE A CAUSA DA MORTE. IMPOSSIBILIDADE. LAUDO CADAVÉRICO CONCLUSIVO. CAUSA DA MORTE IDENTIFICADA. [...] SENTENÇA DE PRONÚNCIA MANTIDA. JUSTIÇA GRATUITA. MATÉRIA AFETA AO JUÍZO DA CONDENAÇÃO. PEDIDO NÃO CONHECIDO. RECURSO CONHECIDO EM PARTE E DESPROVIDO. (TJSC, Recurso Criminal n. 2010.042325-4, da Capital, rel. Des. Cinthia Beatriz da Silva Bittencourt Schaefer, j. 09-08-2012).

O momento oportuno para verificação da alegada hipossuficiência se dá após a apuração do valor das custas, a cargo do juízo da execução, não podendo ser analisado o pedido antes desta fase.

Portanto, este pleito não merece conhecimento no ponto.

Ante o exposto, o recurso deve ser parcialmente conhecido e, neste ponto, parcialmente provido para reconhecer a presença da atenuante da confissão espontânea, alterando-se, em consequência, a quantidade da pena.

Este é o voto.

PRIMEIRO GRAU

SENTENÇAS

Autos nº 0009825-59.2013.8.24.0004

Comarca de Araranguá

3ª Vara Cível

Ação: Procedimento do Juizado Especial Cível

Requerente: Bruno Frasseto Coelho

Requerido: Oziel Paulino Albano

SENTENÇA

Vistos.

Relatório dispensado na forma do art. 38, da Lei nº 9.099/1995.

Cuida-se de ação judicial em que a parte autora postula o pagamento de indenização por danos decorrentes da chance perdida que o réu, contratado para atuar como seu procurador em processo judicial, teria lhe ocasionado. Segundo relatado na inicial, visando à majoração da indenização por dano moral arbitrada nos autos do processo 076.11.002447-3, o requerido interpôs recurso, porém, o instrumento não foi conhecido porque, não tendo o advogado requerido o benefício da gratuidade da justiça, tampouco providenciou o recolhimento do devido preparo.

Sustentou que a ausência de diligência do patrono lhe importou prejuízo, pois certamente a indenização seria majorada, tendo em vista a jurisprudência da época, que fixava para casos semelhantes valores indenizatórios entre R\$ 8.000,00 e R\$ 15.000,00. Explicou, ainda, que muito embora tenha assinado contrato de honorários, ficou surpreso com o percentual retido pelo profissional, equivalente ao valor de 50% do proveito obtido na ação (fls. 10/11).

Por certo, diante dos fatos relatados, há interesse de agir, e não havendo vedação ao pedido formulado, rejeito as preliminares arguidas pelo réu. Verifica-se, outrossim, que o demandado impugnou o prazo para réplica ofertado pelo Juízo ao autor, porém, não há irregularidade nessa diligência, porquanto, nada obstante a “habilidade” do requerente em formular o seu pedido no Juizado, sem assistência profissional, a regra disposta nos §§ 1º e 2º do art. 9º da Lei 9.099/1995 é bem clara, e, portanto, não se verifica prejuízo algum ao procurador.

Ademais, analisando que o pedido contraposto formulado pelo réu não está fundado nos mesmos fatos que constituem objeto da controvérsia (art. 31 da Lei 9.099/1995), vai este, desde já, rejeitado. Na hipótese, o que fundamenta o pedido da inicial é a suposta desídia profissional do advogado, que teria obtido ao autor obter maior proveito econômico, ao passo que o réu pretende, em síntese, a execução do contrato de honorários advocatícios celebrado com o requerente.

No mais, o feito encontra-se ordenado e regular.

Na audiência designada para instrução do processo, a parte requerida não compareceu, quedando revel, e a parte autora nada postulou.

Os documentos carreados atestam que o autor contratou o réu como advogado, para o patrocínio da ação de indenização que tramitou sob o nº 076.11.002447-3 (fls. 10/11). A sentença julgou procedentes os pedidos formulados, fixando, em razão da negativação por débito inexistente, indenização por dano moral no valor de R\$ 3.000,00 (fls. 06/08). Posteriormente, o Juiz singular não recebeu o recurso interposto, consignando que, como a gratuidade da justiça não foi requerida, o preparo deveria ter sido recolhido, como requisito indispensável para interposição (fl. 09).

A teoria que embasa o pedido indenizatório é a da chance perdida, para a qual impende-se avaliar, dentre diversos fatores, o grau de culpabilidade da parte que fez ou deixou de fazer algo, e, também, a

plausibilidade de que o proveito reclamado viria, não fosse a conduta do réu, existir. Sobre o tema, colhe-se do Superior Tribunal de Justiça:

A teoria da perda de uma chance (*perte d'une chance*) visa à responsabilização do agente causador não de um dano emergente, tampouco de lucros cessantes, mas de algo intermediário entre um e outro, precisamente a perda da possibilidade de se buscar posição mais vantajosa que muito provavelmente se alcançaria, não fosse o ato ilícito praticado. Nesse passo, a perda de uma chance - desde que essa seja razoável, séria e real, e não somente fluida ou hipotética - é considerada uma lesão às justas expectativas frustradas do indivíduo, que, ao perseguir uma posição jurídica mais vantajosa, teve o curso normal dos acontecimentos interrompido por ato ilícito de terceiro. (REsp 1190180/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 16/11/2010, DJe 22/11/2010).

No caso, o requerido imputou ao seu cliente a culpa pelo não conhecimento do recurso. Argumentou que o contrato firmado não previra a interposição de recurso, o que, de fato consta da cláusula segunda do instrumento (fl. 11) e, assim, que depois de tomar ciência do valor do serviço, o autor omitiu-se, clamando estar satisfeito com o resultado obtido. Porém, no último dia do prazo recursal, decidiu recorrer da sentença, mas não apareceu no escritório para pagar o serviço, entregar o valor do preparo ou assinar declaração de pobreza. Mesmo assim, confeccionou o recurso e o protocolou.

Os documentos demonstram que o advogado não solicitou a gratuidade da justiça e tampouco providenciou o preparo do recurso - incumbência exclusivamente sua - e, também, que essa omissão foi a causa do não conhecimento do instrumento que levaria à análise da insurgência à apreciação da instância superior. Muito embora o demandado tente culpar a parte autora pelo não conhecimento do recurso, quem deve possuir e empregar os conhecimentos técnicos necessários para manejo do instrumento recursal é o advogado. Ciente de que o cliente não houvera recolhido o preparo, o profissional tinha plena ciência de que

a peça que protocolou não seria admitida em Juízo. Logo sua conduta sequer tinha razão de ser.

Nesse panorama, em que bem delineada a desídia cometida, resta, entretanto, analisar se, acaso conhecido o recurso, o autor teria chances de ter o apelo provido, no sentido de obter a majoração do valor da indenização por dano moral que lhe foi, em primeiro grau, arbitrada. Nesse ponto, entretanto, o autor não comprovou que à época do ocorrido haveria chances de o Tribunal majorar a verba indenizatória. Limitou-se a dizer ser “conhecedor de várias situações em que o Tribunal, em sede recursal, majora os valores [...] alcançando numerários muito superior, na média de R\$ 8.000,00 a R\$ 15.000,00” (fl. 03).

Porém, era ao autor a quem incumbia comprovar que no segundo semestre de 2012, superiores eram os valores indenizatórios fixados pelo Tribunal de Justiça Catarinense, na forma estabelecida pelo art. 333, I, do CPC. No caso, a parte não devia apenas apresentar ao juízo as jurisprudências da época, mas, demonstrar, de fato, de forma séria e concreta, que em casos semelhantes ao seu, indenização maior poderia ter sido arbitrada. Nesse sentido, aliás, veja-se:

AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS E MORAIS. ALEGAÇÃO DE NEGLIGÊNCIA E IMPERÍCIA DE ADVOGADO, QUE SERIA RESPONSÁVEL PELA REVELIA E INTERPOSIÇÃO INTEMPESTIVA DE APELAÇÃO. PROVA QUE SÓ PERMITE CONCLUIR PELA CULPA DO PROFISSIONAL NA ÚLTIMA HIPÓTESE. PERDA DE UMA CHANCE. POSSIBILIDADE DE INDENIZAÇÃO. NECESSIDADE, PORÉM, DA SERIEDADE E VIABILIDADE DA CHANCE PERDIDA. CIRCUNSTÂNCIAS NÃO PRESENTES NA ESPÉCIE. ACOLHIMENTO DO PEDIDO APENAS PARA CONDENAÇÃO DO PROFISSIONAL AO RESSARCIMENTO DOS HONORÁRIOS PAGOS PELOS AUTORES E PREPARO DO RECURSO INTEMPESTIVO. APELO EM PARTE PROVIDO. (Apelação Cível Nº 70005635750, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, Julgado em 17/09/2003).

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS. CASO CONCRETO. MATÉRIA DE FATO. NÃO INTERPOSIÇÃO DE RECURSO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ADVOGADO NÃO VERIFICADA NA ESPÉCIE. INEXISTÊNCIA DE DANOS MATERIAIS E MORAIS A SEREM INDENIZADOS. A aplicação da teoria da perda de uma chance, que objetiva responsabilizar o advogado pela perda da possibilidade do cliente de buscar uma situação mais vantajosa no processo, necessita de demonstração de que a negligência ou desídia do profissional tenha ensejado a perda de uma chance séria e real, que tangencia a certeza, não hipotética ou duvidosa, o que não ocorreu na espécie. Ausência de prova de nexo de causalidade entre a conduta dos réus e o suposto prejuízo. Apelo desprovido. (Apelação Cível Nº 70060959301, Décima Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Vicente Barrôco de Vasconcellos, Julgado em 10/09/2014).

APELAÇÃO - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS - TEORIA DA PERDA DE UMA CHANCE - SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS - AÇÃO DE COBRANÇA NÃO AJUIZADA - PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO - AUSÊNCIA DE PROVA DA REAL PRÓBABILIDADE DE ÊXITO - DANO MATERIAL NÃO CONFIGURADO. Não procede o pedido de indenização por danos materiais, por aplicação da Teoria da Perda de uma Chance, pelo fato do advogado não ter ajuizado a ação, para a qual fora constituído procurador da parte, e ter ocorrido a prescrição da pretensão, se não há prova de uma real probabilidade de êxito daquela demanda. (Apelação Cível Nº 1071810001191200, Décima Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça de MG, Relator: Octavio Augusto De Nigris Boccalini, Julgado em 03/03/2015).

Diante do exposto, com fulcro no art. 269, I, do CPC, *julgo improcedente* a ação movida por Bruno Frasseto Coelho em face de Oziel Paulino Albano.

Rejeito o pedido contraposto, nos termos da fundamentação.

Deixo de condenar a parte autora ao pagamento de custas e honorários, em atenção aos arts. 54 e 55 da Lei 9.099/1995.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Certificado o trânsito em julgado, e nada sendo requerido, arquivem-se, anotando-se as devidas baixas.

Araranguá (SC), 30 de julho de 2015.

Livia Borges Zwetsch
Juíza Substituta

Autos n. 0301330-39.2014.8.24.0061

Comarca de São Francisco do Sul

Ação: Procedimento Ordinário/Indenização por Dano Ambiental

Autor: AMAURI CARVALHO

Réu: ADM do Brasil Ltda e outro

Vistos etc.

I – RELATÓRIO:

Trata-se de *ação de indenização* ajuizada por **AMAURI CARVALHO** em face de **ADM do Brasil Ltda. e Global Logística e Transportes Ltda.**, todos(as) devidamente qualificados(as) nos autos.

Relatou a parte autora, em síntese, que, na noite do dia 24.09.2013, ocorreu uma grandiosa catástrofe ambiental neste município de São Francisco do Sul provocada “pelo incêndio de 10.000 (dez) mil toneladas de fertilizante a base de nitrato de amônia” fabricados pela primeira ré, que se encontrava depositada em galpão pertencente à segunda ré, provocando, por conseguinte, a formação de vultosa nuvem de fumaça que, imediatamente, atingiu diversos bairros da cidade e causou “apavorante e cinematográfico ambiente de terror e medo”.

Exultou que, diante dos possíveis riscos à saúde humana, uma vez que havia especulação e desencontro de informações em relação aos malefícios da fumaça tóxica, os moradores da cidade “fugiram desesperadamente de suas casas”, o que ocasionou tumulto, medo e insegurança.

Em consequência, após tecer os fundamentos que entendeu embasar seu direito, pugnou pela condenação solidária das rés ao pagamento de indenização por danos morais, bem como das demais cominações de estilo. Pleiteou, por fim, a concessão do benefício da Justiça Gratuita em seu favor. Anexou documentos.

O beneplácito da gratuidade da justiça restou deferido e foi determinada a citação das rés.

As rés, representadas por advogados com poderes especiais para tanto, compareceram espontaneamente aos autos, suprindo a falta de citação (art. 214, §1º, do CPC), ocasião em que apresentaram resposta sob a forma de contestação, altercando, preliminarmente, a inépcia da inicial em razão da falta documentos pessoais, comprovante de residência, instrumento de procuração e a declaração de hipossuficiência financeira. No mérito, aduziram, em suma, a ausência dos requisitos essenciais à responsabilização civil em face da inexistência de: a) ato ilícito, b) conduta negligente da ADM na contratação da Global, c) danos comprovados, e, d) nexo de causalidade em virtude da excludente de caso fortuito; além da não configuração da responsabilidade civil por dano ambiental. Requereram, ao final, a total improcedência do reclamo formulado na preambular. Juntaram documentos.

Em réplica, a parte autora rechaçou as teses aventadas pelas rés, reeditando os argumentos expendidos na peça inaugural.

É o breve relatório.

II – FUNDAMENTAÇÃO:

Cuida-se, consoante já anotado, de *ação indenizatória* deflagrada por **AMAURI CARVALHO** objetivando a condenação das rés **ADM do Brasil Ltda. e Global Logística e Transportes Ltda.** ao pagamento de indenização a título de danos morais.

De largada, urge anotar que o feito comporta julgamento antecipado, nos termos do art. 330, I, do Código de Processo Civil, pois, embora a matéria versada seja de fato e de direito, não há necessidade de dilação probatória, inclusive a utilização de prova emprestada, vez que a prova documental coligida aos autos é suficiente para o desate da controvérsia.

No que respeita à preliminar de inépcia da petição inicial arguida na contestação, tem-se que esta não merece prosperar, haja vista que a exordial apresentada atende a todos os requisitos do art. 282 do CPC, não se verificando a presença de quaisquer dos vícios previstos no art. 295, parágrafo único, do Diploma Processual Civil.

Aliás, no tocante à eventual falta de documento pessoal, *mutatis mutandis*, já se decidiu:

PROCESSUAL CIVIL – FGTS – EXIGÊNCIA DE CÓPIAS DE RG E CPF – AUTORES QUALIFICADOS. O STJ posicionou-se, à unanimidade, contrariamente à exigência da cópia do CPF, como sendo requisito da inicial. O entendimento estende-se à cópia da carteira de identidade, uma vez que tal requisito não consta das exigências feitas pelo CPC. Estão os autores devidamente qualificados na inicial e na procuração. Recurso provido, determinando a baixa dos autos à Instância de origem para apreciação do mérito. (TRF-2. Apelação Cível n. 205.637. Rel. Des. Vera Lúcia Lima. J. em 28.03.2001 – sem grifo no original).

De mais a mais, o instrumento de procuração e a declaração de hipossuficiência foram colacionados aos autos pela autora, e a discussão acerca da comprovação do domicílio diz respeito ao mérito, vez que é pressuposto para a configuração do dano e não à regularidade da inaugural.

Portanto, afasto a preliminar.

Outrossim, para situar a discussão, registra-se que, muito embora inexistente relação jurídica entre as partes, é certo que a parte autora figura no conceito jurídico de consumidora por equiparação, ao passo que as rés enquadram-se no conceito de fornecedoras, porquanto “o art. 17 do CDC prevê a figura do consumidor por equiparação (*bystander*), sujeitando à proteção do CDC aqueles que, embora não tenham participado diretamente da relação de consumo, sejam vítimas de evento danoso decorrente dessa relação” (STJ. REsp n. 1.370.139/SP. Rel. Min. Nancy Andrighi. J. em 03.12.2013).

Daí que ressaí clarividente a responsabilidade solidária e objetiva das empresas envolvidas no evento danoso (CDC, art. 14, *caput* e § 1º), sendo a primeira ré na condição de proprietária da carga e a segunda na qualidade de depositária desta, dessumindo-se despicienda, para fins de reparação à vítima, a individualização da conduta de cada qual, bem como da correspondente responsabilização.

Ainda que assim não fosse, o parágrafo único do art. 927 do Código Civil apregoa a responsabilidade objetiva decorrente do risco da atividade, como ocorre no caso vertente.

Lado outro, a tese de caso fortuito aventada pela parte ré em sua peça contestatória não tem o condão de derruir sua responsabilidade civil, posto que ausentes provas no sentido de que o incidente se constituiu de fato absolutamente imprevisível – ônus que lhe cabia por força da relação consumerista reconhecida.

Ao revés, da prova amealhada pela própria parte ré, defluiu-se que o evento danoso se deu, ao que tudo indica, em virtude de “autoaquecimento induzido por contaminante, que resultou na decomposição autossustentada do estoque de fertilizante NPK” e que “a fonte do contaminante foi mais provavelmente introduzida pelos vazamentos de fluido dos equipamentos mecânicos, envolvidos no manuseio do material no galpão da Global Logística” (*vide* laudo pericial da *Exponent*).

Do item 7.1 do laudo pericial de engenharia desenvolvido pela BRZ-Experts, sob encomenda da ré ADM, também é possível extrair que:

Dentre as possibilidades estudadas, até por exclusão das demais hipóteses, restou como mais provável a contaminação orgânica e o fator mais relevante foi a existência de fluído hidráulico (originário do Petróleo, portanto orgânico). É bem verdade que a quantidade identificada pela equipe de cientistas e engenheiros foi avaliada como pequena ou insignificante, mas não pode ser desprezado o fato de que, segundo

inclusive testemunhas, a reação ocorreu no interior da pilha, nas camadas mais próximas do solo, tendo sido protegida pelas camadas posteriores então existentes, o que acabou sustentando a reação exotérmica (geração de calor de dentro para fora).

Por seu turno, o Laudo Pericial de n. 9110.13.00662, confeccionado pelo Instituto Geral de Perícias de Santa Catarina, assinala em seu item 9 que:

De acordo com as constatações descritas nos itens anteriores, sugere-se a seguinte **hipótese** de dinâmica para o evento:

9.1 – O manuseio e operação de máquinas sobre o material fertilizante, possibilidade de ciclagem térmica e a absorção de umidade podem ter promovido desagregação do material fertilizante na forma de grânulos para a forma de pó. Referido material na condição granulométrica de pó, precipitou sobre o piso asfáltico do galpão.

9.2 – A presença de umidade (água) pode ter promovido a dissociação de sais cloreto de potássio (KCl) e/ou cloreto de amônio (NH₄Cl), tendo como resultado íons cloreto. Também se deve considerar que o fertilizante, na presença de água, forma uma mistura que apresenta condições ácidas (...).

9.3 – A condição ácida, a presença de cloreto e/ou outros contaminantes podem ter iniciado uma reação de autoaquecimento.

9.4 – Em razão do longo intervalo de tempo no qual permaneceu inerte, aliado à baixa condutibilidade térmica, agravada pelo fenômeno de endurecimento (caking), dificultou-se a dissipação do calor gerado dentro da pilha de fertilizante para o meio ambiente. Sendo a taxa de calor gerado pela reação química maior que aquela dissipada para o ambiente, isto propiciou a evolução do quadro para uma decomposição térmica e, posteriormente para uma situação de decomposição autossustentável.

Portanto, ainda que não se tenha logrado êxito na identificação da causa determinante do evento danoso, as hipóteses apontadas como verossímeis dizem respeito ou ao modo de manuseio e operação de máquinas sobre o fertilizante, ou à forma de acondicionamento do produto (a qual, segundo o item 10 do laudo por último referido, era

favorável à absorção de umidade e ciclagem térmica), ou à ação de outros contaminantes não identificados, merecendo relevo o fato de que tanto a prova pericial produzida unilateralmente pelas rés quanto aquela subscrita pelos profissionais do IGP foram uníssonas em assestar como uma das prováveis razões do incidente os equipamentos mecânicos envolvidos no manejo do estoque de fertilizante.

Destarte, do cenário delineado nos autos, conclui-se que, quando muito, restou configurado o denominado caso fortuito interno, caracterizado pelo risco inerente à atividade do prestador de serviço. Neste particular, sublinha-se:

O fortuito interno assim entendido o fato imprevisível e, por isso, inevitável ocorrido no momento da fabricação do produto ou da realização do serviço, não exclui a responsabilidade do fornecedor porque faz parte da sua atividade, liga-se aos riscos do empreendimento, submetendo-se à noção geral de defeito de concepção do produto ou de formulação do serviço. Vale dizer, se o defeito ocorreu antes da introdução do produto no mercado de consumo ou durante a prestação do serviço, não importa saber o motivo que determinou o defeito; o fornecedor é sempre responsável pelas suas consequências, ainda que decorrente de fato imprevisível (CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Direito do Consumidor. São Paulo: Atlas, 2008. p. 256-257).

Ainda, por analogia, destaca-se: STJ, AgRg no REsp 1215107/SP, Rel. Min. Raul Araújo, j. em 18.08.2011; e, STJ, AgRg no AREsp 523333/RJ, Rel. Min. Assusete Magalhães, j. em 07.08.2014.

Inconsistente, pois, a tese de caso fortuito arvorada pela parte ré.

Assenta-se, ademais, que, não obstante a alegação de indícios de possível dano ambiental, tem-se que este deve ser examinado em via própria, com enfoque à defesa de direitos coletivos, vez que a reparação aqui perseguida se ambienta em contexto distinto.

Assim, a par do quanto até aqui expandido, consigna-se que a pretensão indenizatória esposada pela parte autora, a despeito de se tratar

de responsabilidade objetiva, condiciona-se à comprovação de que a constatada conduta assumida pelas rés ensejou, efetivamente, os alegados danos de ordem moral à parte autora.

Neste ponto, vê-se que a liberação de fumaça decorrente de reação química é fato incontroverso. Tal é confirmado pelas próprias partes.

Na mesma direção, a prova documental produzida nestes autos não deixa dúvidas sobre a ocorrência de fenômeno de decomposição autossustentada de grande quantidade de fertilizante, que culminou com a formação de densa cortina de fumaça sobre diversos bairros de São Francisco do Sul, inclusive sobre a vizinha cidade de Itapoá (SC), obrigando considerável parcela da população francisquense ou a deixar sua residência e procurar abrigo em outras localidades não atingidas, ou a não retornar ao seu próprio lar, além de acarretar a paralisação de atividades e serviços essenciais, o bloqueio do acesso ao município e a incerteza acerca da nocividade da fumaça liberada pela reação química, o que gerou evidente tumulto, medo, congestionamento de veículos e insegurança durante cerca de 60 horas ininterruptas.

Trata-se de fato notório, amplamente veiculado à época de sua ocorrência pela imprensa local, regional, nacional e internacional, e que até os dias atuais ainda causa repercussão, tamanha a proporção do histórico incidente que se sucedeu na pacata ilha de “São Chico”.

De outro viés, ao analisar o comprovante de residência acostado à inicial é possível dele extrair que a residência da parte autora estava inserida na gama de bairros que foram temporariamente desocupados em razão de determinação expressa da Defesa Civil, consoante se depreende do Formulário de Informações do Desastre – FIDE (anexo II do Decreto nº 1.922/2013), cujo excerto adiante se colaciona:

Descrição das Áreas Afetadas (Especificar se Urbana e/ou Rural):

ÁREA URBANA: BAIRROS PAULAS, ROCIO PEQUENO, CENTRO, ACARAI, RETA, IPEROBA, SANDRA REGINA, ENSEADA, ROCIO GRANDE, CAPRI, FORTE, UBATUBA.

AREA RURAL: LOCALIDADE DE TAPERA, MIRANDA, LARANJEIRAS (*sic*) – Disponível em anexo.

Mutatis mutandis, o Superior Tribunal de Justiça, ao analisar questão semelhante – decorrente da desocupação compulsória dos moradores de seus lares em razão de vazamento de gás – definiu teses gerais inteiramente aplicáveis ao caso em tela:

RECURSO ESPECIAL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - DESOCUPAÇÃO COMPULSÓRIA DA RESIDÊNCIA E CONCRETO RISCO DE VIDA OCACIONADOS POR EXPRESSIVO VAZAMENTO DE GÁS. AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. DANOS DE ORDEM MORAL, QUE, NA HIPÓTESE DOS AUTOS, REVELAM-SE INERENTES À PRÓPRIA CONDUTA INJUSTA (*IN RE IPSA*) - VERIFICAÇÃO - RECURSO ESPECIAL PROVIDO. INSURGÊNCIA DA DEMANDANTE. Hipótese em que se pretende o ressarcimento pelos prejuízos de ordem moral suportados em virtude do vazamento de gás liquefeito de petróleo, ensejando a retirada de todos os moradores de suas residências temporariamente. Embora tenham reconhecido a existência de responsabilidade solidária e objetiva das empresas demandadas pelo vazamento de gás, as instâncias ordinárias julgaram improcedente a ação, por entenderem não restar caracterizado qualquer dano moral. 1. A partir dos contornos fáticos fixados pelas instâncias ordinárias, imutáveis na presente via especial, restam caracterizados os danos de ordem moral, que, na hipótese dos autos, revelam-se inerentes à própria conduta injusta (*in re ipsa*) 2. Sobressai, como corolários do princípio da dignidade humana, a liberdade de permanecer, ir e vir, a paz interior de cada qual, a inviolabilidade da moradia, bem como a legítima expectativa de, no âmbito de seu lar, exercer, com segurança e tranquilidade, seu direito à intimidade e ao descanso. Dos fatos apurados, dimana ter a recorrente, efetivamente, sido privada de tais direitos. 3. Os moradores, abruptamente, foram obrigados a deixar seus lares, ou obstados de a eles retornarem, ante a real possibilidade de uma explosão de grandes proporções. Os transtornos suportados pela recorrente não se resumem no fato de passar uma noite sem poder adentrar, legitimamente, em sua residência. Ressalte-se

que esta circunstância, no contexto dos autos, por si só, não pode ser reputada de somenos importância, pois, como assinalado, consubstancia afronta a relevantes aspectos da dignidade humana, tais como a liberdade de permanecer, ir e vir e o direito à moradia, concebida como verdadeiro porto-seguro do indivíduo. 4. O sentimento de angústia e de insegurança que, certamente, acometeu os moradores daquela região, em relação à incolumidade de seus lares e bens materiais, mas também, e, principalmente, de seus próprios familiares (ao menos quando da notícia), não pode ser classificado como um mero dissabor, ou um inconveniente próprio do risco de se viver em grandes centros. Na realidade, afigura-se inerente à conduta injustamente praticada o comprometimento da paz interior do indivíduo, assim como de sua legítima expectativa de, no âmbito de seu lar, exercer, com segurança e tranquilidade, seu direito à intimidade e ao descanso, a configurar abalo moral a ser compensado, sim, a partir das peculiaridades do caso. 5. Na hipótese em foco, o isolamento da área afetada, com a desocupação compulsória dos lares, deu-se, inegavelmente, em virtude da possibilidade concreta de uma explosão, a considerar o expressivo vazamento de gás. Tais medidas, embora imprescindíveis e eficazes a evitar um mal ainda maior, não podem ser reputadas preventivas. Quando da tomada de tais providências, o significativo vazamento de material altamente inflamável, há muito, tinha transcorrido. 6. Assim, concretizado o dano, a correção do procedimento adotado pela Petrobrás, ao determinar a imediata desocupação da área afetada pelo vazamento, assim como o tempo levado para restabelecer o status quo ante, são circunstâncias que devem ser consideradas, mas para efeito de arbitramento da compensação pecuniária, tão-somente, e, não para excluir o dano. 7. Recurso Especial provido. (REsp 1.110.505/SP. Rel. Min. Luis Felipe Salomão. J. em 25.06.2013 - sem grifo no original).

Neste trilhar, colhem-se também os seguintes julgados emanados da Corte Superior: REsp 1.268.333/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 04.12.2012; REsp 1.376.449/SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. em 18.06.2013; e, REsp 1.251.137/SP, Rel. Min. Marco Buzzi, j. em 14.11.2014.

Logo, apesar da instrução deficiente da inicial, sem uma escorreita individualização dos danos e comprovação efetiva dos dissabores

sofridos, a insegurança que toda situação trouxe à tona, a incerteza de sucesso na operação de contenção da fumaça e a limitação dos direitos de ir e vir da parte autora, que foi temporariamente desalojada/obstada de retornar para sua casa, permeiam o limite do intolerável.

Diga-se, ainda, que, nada obstante a inexistência de concreto risco à vida, o só fato da população ter sido surpreendida, na calada da noite, com situação de temor e perplexidade, vendo-se compelida a sair às pressas do aconchego de seu lar ante o desencontro de informações acerca do que realmente estava sucedendo e das possíveis consequências, revela-se suficiente para gerar – o que é peculiar da natureza humana – o sentimento instintivo de fugir do perigo, independentemente da toxicidade ou não do fenômeno.

Nesta linha de intelecção, restam caracterizados os danos de ordem moral que, na hipótese dos autos, revelam-se inerentes à própria conduta injusta – dano moral *in re ipsa*.

No que tange ao *quantum* indenizatório, sopesando, de um lado, a conduta e o porte econômico das rés e, de outro, o dano sofrido pela vítima, à vista, ainda, das considerações alhures explicitadas e do caráter pedagógico da indenização, e na esteira de precedentes jurisprudenciais, resta fixada a indenização por danos morais em R\$ 1.500,00 (um mil e quinhentos reais), corrigidos monetariamente desde a data desta sentença (Súmula n. 362 do STJ) e acrescidos de juros de mora a partir da data do evento danoso (24.09.2013), nos termos do art. 398 do CC e da Súmula n. 54 do STJ.

Neste conduto:

DIREITO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS. ACIDENTE EM OBRAS DO RODOANEL MÁRIO COVAS. NECESSIDADE DE DESOCUPAÇÃO TEMPORÁRIA DE RESIDÊNCIAS. DANO MORAL IN RE IPSA. 1. Dispensa-se a comprovação de dor e sofrimento, sempre que demonstrada a ocorrência de ofensa injusta à

dignidade da pessoa humana. 2. A violação de direitos individuais relacionados à moradia, bem como da legítima expectativa de segurança dos recorrentes, caracteriza dano moral in re ipsa a ser compensado. 3. Por não se enquadrar como excludente de responsabilidade, nos termos do art. 1.519 do CC/16, o estado de necessidade, embora não exclua o dever de indenizar, fundamenta a fixação das indenizações segundo o critério da proporcionalidade. **4. Indenização por danos morais fixada em R\$ 500,00 (quinhentos reais) por dia de efetivo afastamento do lar, valor a ser corrigido monetariamente, a contar dessa data,** e acrescidos de juros moratórios no percentual de 0,5% (meio por cento) ao mês na vigência do CC/16 e de 1% (um por cento) ao mês na vigência do CC/02, incidentes desde a data do evento danoso. 5. Recurso especial provido. (STJ. REsp 1.292.141/SP. Rel. Min. Nancy Andriighi. J. em 04.12.2012 – sem grifo no original).

Por derradeiro, restando fundamentados os termos que embasaram a convicção, deixa-se de rebater as demais teses ventiladas, pois “o julgador não está obrigado a enfrentar todas as teses jurídicas deduzidas pelas partes, sendo suficiente que preste fundamentadamente a tutela jurisdicional” (STJ. AgRg no Ag 671.274/RJ. Rel. Min. Jorge Scartezini. J. em 13.02.2007).

III – DISPOSITIVO:

ANTE O EXPOSTO, **julgo procedente** o pedido formulado por **AMAURI CARVALHO** na presente ação indenizatória para, em consequência, condenar as rés **ADM do Brasil Ltda. e Global Logística e Transportes Ltda.**, solidariamente, ao pagamento de R\$ 1.500,00 (um mil e quinhentos reais), a título de **danos morais**, corrigidos monetariamente desde a data desta sentença (Súmula n. 362 do STJ) e acrescidos de juros de mora a partir da data do evento danoso, qual seja, 24.09.2013 (art. 398 do Código Civil e Súmula n. 54 do STJ).

Condeno as rés ao pagamento das despesas processuais e de honorários advocatícios, estes fixados em 10% sobre o valor da condenação, a teor do art. 20, § 3º, do CPC.

P. R. I.

Com o trânsito em julgado, proceda-se à cobrança das custas finais e aguarde-se o prazo de 06 meses (CPC, art. 475-J, § 5º). Não havendo requerimento de cumprimento de sentença, arquivem-se, com baixa.

São Francisco do Sul (SC), 29 de julho de 2015.

Marlon Negri
Juiz de Direito

Autos nº 0000085-56.1996.8.24.0139

Comarca de Porto Belo

Ação: Ação Popular

Autor: Ministério Público

Réu: Antonio Sergio Stein e outros

Vistos, em sentença.

Trata-se de Ação Popular ajuizada inicialmente por OMAR FERNANDES em face de ANTÔNIO SÉRGIO STEIN e de SÉRGIO LUIZ BIEHLER, tendo como litisconsortes passivos necessários GERSON BUDAL ARINS e ROMILTON ROCHA, em decorrência dos fatos narrados na exordial de fls. 2-16.

Sustentou a parte autora que *“com o intuito de permutar votos por lotes à população carente de Proto Belo, o atual Vereador e reeleito em 03/10/96, Antônio Sérgio Stein, iludiu vários cidadãos, trabalhadores e honestos, autorizando a invasão de lotes em áreas verdes destinadas à Prefeitura Municipal de Porto Belo”*. Asseverou que a referida “autorização” deu-se em troca de votos para a eleição do Vereador e do Candidato a Prefeito Romilton Rocha, contando, inclusive, com a conivência do então Secretário Municipal do Planejamento, Gerson Budal Arins.

Com base no comando insculpido no § 4º, do artigo 5º, da Lei n.º 4.717/65, pleiteou a suspensão liminar do ato lesivo.

A liminar foi deferida (fls. 61-62) e, até onde consta dos autos, devidamente cumprida (fl. 65-v).

Os requeridos, a despeito de citados, não se manifestaram (fl. 66-v).

Diante da petição de fl. 68, o requerente foi intimado (fl. 70-v) para que constituísse novo procurador.

Inerte (fl. 71), nos termos do art. 9º da Lei que regula a Ação Popular, o Ministério Público assumiu o polo ativo da demanda (fl. 73), com manifestações às fls. 90-91 e 108-110.

O Município de Porto Belo apresentou manifestação à fl. 147 e juntou documentos às fls. 148-154.

Seguindo-se aos requerimentos do Ministério Público (fls. 176-177) e documentos juntados pelo Município às fls. 182-220.

Novo requerimento do Ministério Público às fls. 227-229, com manifestação do Município às fls. 236-238.

Alegações finais às fls. 247-272 e 276-277.

Conquanto os autos estivessem conclusos para sentença, foi proferido saneador, determinando-se a expedição de ofício ao Município de Porto Belo para remeter a este Juízo a nominata dos atuais ocupantes dos lotes referidos na petição inicial e posterior vista dos autos ao Ministério Público para ratificar ou não a citação dos indicados (fls. 278-279).

O Município de Porto Belo veio aos autos para informar a nominata dos atuais ocupantes dos lotes referidos na exordial (fl. 281), juntando documentos (fls. 282-313).

Com vista dos autos, o Ministério Público defendeu ser totalmente desnecessária a citação dos atuais ocupantes dos lotes de que tratam os autos, sobretudo por tratar-se de áreas verdes, ocupadas irregularmente, com dano ambiental e ao patrimônio público, ratificando as alegações finais outrora apresentadas (fls. 314-336).

Na seqüência, vieram-me os autos conclusos.

É o singelo relato.

FUNDAMENTO E DECIDO.

Registro, inicialmente, que nas alegações finais (fls. 271-272, item n. 3.1, letras “a”, “b” e “c” e item n. 3.2) o Ministério Público formulou pedidos que não foram deduzidos na petição inicial da presente ação popular (vide fls. 13-14).

De fato, na peça póstica constam explicitados, além dos requerimentos de praxe (ex: pedidos de intimação, citação e produção de provas) apenas, a “suspensão liminar do ato lesivo impugnado, conforme § 4º do art. 5º da LAP.” (fl. 13).

De outro lado, inovando no pedido, reafirme-se, em alegações finais, o Ministério Público requereu:

“[...] **3.1. Condenação** dos requeridos para, solidariamente:

- a). Promover a desocupação das áreas verdes dos Loteamentos Jardim Dourado, Jardim Fabiano, Giovanni e Jardim Santino Voltolini, no prazo a ser determinado por Vossa Excelência, sob pena de multa diária em caso de descumprimento;
- b). Promover a recuperação integral da área degradada, devolvendo-a a situação ambiental anterior, inclusive com projetos de engenharia florestal e solução ambientalmente adequada, aprovados pelo Ministério Público e pelo Juízo;
- c). Pagar as custas processuais e, proporcionalmente, com base no art. 20 do Código de Processo Civil, os honorários da advogada subscritora da inicial.

3.2. Declaração de nulidade do disposto na Lei Municipal n. 829/94, tornando sem efeito a doação do imóvel pertencente ao Município de Porto Belo, localizado na área verde do Loteamento Jardim Fabiano, ao Sr. Osnildo Amaro Batista, com o cancelamento do registro do Protocolo 23.784, retornando a área ao Município de Porto Belo, o qual deverá promover sua destinação legal.” (grifos originais)

Destarte, no simples cotejo dos requerimentos formulados nas alegações finais com aqueles os deduzidos na petição inicial denota-se que houve flagrante modificação do pedido inserido na exordial. Tal

pretensão, obviamente, não pode ser admitida, sob pena de violação ao disposto no artigo 264 do Código de Processo Civil:

Art. 264. Feita a citação, é defeso ao autor modificar o pedido ou a causa de pedir, sem o consentimento do réu, mantendo-se as mesmas partes, salvo as substituições permitidas por lei.

Parágrafo único. A alteração do pedido ou da causa de pedir em nenhuma hipótese será permitida após o saneamento do processo.

E a inviabilidade do requerimento formulado avulta quando se verifica dos autos que a inovação foi apresentada nas alegações finais, além de ter sido tomada à revelia da cientificação dos demandados, ainda que revéis.

Não se pode olvidar, no ponto, o disposto no artigo 7º da Lei n.º 4.717/65, que estabelece que a ação popular “obedecerá ao procedimento ordinário, previsto no Código de Processo Civil”.

O disposto no artigo 9º da Lei n.º 4.717/65, por evidente, não autoriza o Ministério Público a inovar os pedidos em descompasso das regras processuais estatuídas no Código de Processo Civil.

Assim, quando o Ministério Público assumiu a titularidade da ação popular à fl. 73, poderia ter aditado os pedidos da inicial, impondo-se, a partir daí, nova citação dos demandados.

Contudo, tal providência não foi tomada, tendo o Órgão ministerial aguardado toda a tramitação da lide para, só ao final, por ocasião de suas derradeiras razões, apresentar novos requerimentos em desfavor dos demandados, pedidos esses que não foram formulados durante todo o processamento do feito.

Destaco que a interpretação restritiva dos pedidos é um dos meios de se garantir a observância dos princípios constitucionais do contraditório, da ampla defesa e da segurança jurídica.

Ademais, o princípio da estabilidade da lide visa obstar que o autor, durante o curso do processo e a qualquer momento, realize pedidos não deduzidos na petição inicial.

Claro que se poderia argumentar que a hipótese dos autos é aquela do inciso II do artigo 286 do Código de Processo Civil, segundo o qual é lícito formular pedido genérico “quando não for possível determinar, de modo definitivo, as consequências do ato ou do fato ilícito”.

Não é o caso dos autos, contudo.

É evidente que os fatos narrados na inicial implicam consequências jurídicas específicas, que deveriam ser previamente conhecidas e, portanto, capazes de delimitar perfeitamente o pedido do então autor popular (substituído posteriormente pelo Ministério Público, fls. 71 e 73, item n. 3).

Destarte, não podem ser conhecidos nos autos os pedidos formulados nas alegações finais do Ministério Público.

Nada impede, obviamente, que a partir dos elementos de prova colhidos nos presentes autos, o Ministério Público proponha ação civil pública, detalhando os requerimentos, tal como feito às fls. 271-272, inclusive para apurar eventual prática de ato de improbidade administrativa, conforme bem ressaltado às fls. 268-269.

No mais, inobstante a delicadeza da questão fundiária na Comarca de Porto Belo, destaco que a presente demanda é apenas mais um vetusto exemplo, registro que tramitam nesta unidade dezenas de processos com base na Resolução n.º 11/2008, do Conselho da Magistratura do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, o qual trata do conhecido Projeto Lar Legal.

Além disso, em situações já consolidadas, tem-se admitido a possibilidade de regularização dos loteamentos irregulares pela prescrição aquisitiva, desde que a área invadida, obviamente, não trate de imóvel público.

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE USUCAPIÃO EXTRAORDINÁRIO. LAPSO TEMPORAL COMPROVADO. Pretensão usucapienda calcada no art. 1.238, parágrafo único, do Código Civil. Comprovado o exercício de posse por período superior a dez anos, de modo pacífico,

ininterrupto e com ânimo de dono e com finalidade residencial, importa a procedência da ação. O só fato de o imóvel usucapiendo integrar loteamento irregular, não impede a regularização da titularidade da sua propriedade pela usucapião. A pretensão da autora não é a regularização do loteamento, mas somente a declaração de domínio do imóvel onde exerce posse. APELO NÃO PROVIDO. UNÂNIME. (TJRS. **Apelação Cível Nº 70044269264, Décima Sétima Câmara Cível, Relator: Bernadete Coutinho Friedrich, Julgado em 20/10/2011**).

Forte nessas considerações, fixo que a lide deve ser analisada com base apenas no requerimento da exordial, qual seja, a suspensão da ocupação dos lotes no Jardim Dourado (853, 854, 855, 856, 857, 858, 859, 860, 861 e 862), Jardim Fabiano (43, 45, 47, 49 e 51), Jardim Giovanni (área 1 e área 2) que estavam sendo invadidos.

E, no ponto, a documentação encartada aos autos, especialmente aquela juntada pelo Município de Porto Belo às fls. 148-154, revela que os lotes no Jardim Dourado (853, 854, 855, 856, 857, 858, 859, 860, 861 e 862), Jardim Fabiano (43, 45, 47, 49 e 51), Jardim Giovanni (área 1 e área 2) foram irregularmente ocupados, de modo que a desocupação dessas áreas com a demolição de todas as construções é medida que se impõe, ainda que o pedido se limite à suspensão da ocupação dos lotes.

Explico.

Como já consignado, o pedido há de ser interpretado restritivamente, nos termos do disposto no artigo 293 do Código de Processo Civil. Trata-se, em verdade, de regra indispensável à delimitação do objeto litigioso do processo.

No entanto, vale lembrar que a postulação inicial é uma declaração de vontade e, como tal, assim precisa ser examinada. Como consectário, aplicam-se à interpretação do pedido as normas que disciplinam as declarações de vontade.

Com efeito, a postulação é uma declaração de vontade. Importante consignar, por oportuno, que o artigo 158 do Código de Processo Civil

estabelece que “*Os atos das partes, consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade, produzem imediatamente a constituição, a modificação ou a extinção de direitos processuais*”.

Por isso, destaco o teor do artigo 112 do Código Civil que prevê que “*nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem*”, tratando-se de dispositivo plenamente aplicável à interpretação do pedido.

Para arrematar, registro que o Superior Tribunal de Justiça já entendeu que “*o pedido há de ser interpretado de acordo com o conjunto da postulação: o pedido deve ser inferido a partir de uma exegese lógico-sistêmica do completo teor da petição inicial, razão pela qual não pode ser considerado como ultra petita o julgado que o interpreta de forma ampla e concede à parte aquilo que foi efetivamente pretendido com o ajuizamento da ação*” (STJ, 3ª T., REsp n. 1.049.560-MG, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 4.11.2010).

Ora, se o pedido da presente ação popular refere-se à suspensão do ato lesivo consistente na ocupação dos lotes indicados na petição inicial, obviamente que sua ocupação irregular deverá ser desfeita, de forma que este é o único modo, aliás, de garantir efetividade à decisão.

Importante salientar, outrossim, que não há como regularizar a presença de eventuais construções e obras nas ocupações irregulares, sobretudo por se tratar de área verde, sem possibilidade de licenciamento ambiental.

Ante o exposto, não conheço dos pedidos efetuados às fls. 247-272 e com fulcro no disposto no artigo 269, inciso I, do Código de Processo Civil, **JULGO PROCEDENTE** o pedido formulado nesta Ação Popular, para:

a) confirmar a decisão interlocutória de fls. 61-62, de modo a manter a proibição de qualquer ato de invasão e consequente supressão

de vegetação e/ou realização de edificação em áreas verdes situadas nos loteamentos referidos na exordial;

b) determinar que os réus, de forma solidária, promovam a desocupação total dos lotes no Jardim Dourado (853, 854, 855, 856, 857, 858, 859, 860, 861 e 862), Jardim Fabiano (43, 45, 47 e 49), Jardim Giovanni (área 1 e área 2), e a demolição de todas as construções realizadas de forma irregular, além da remoção entulhos irregularmente depositados, com prazo de 90 (noventa) dias para cumprimento;

c) determinar que o Poder Público, representado pelo Município de Porto Belo, proceda ao monitoramento, proteção e fiscalização de tais áreas, consoante determina o artigo 32, inciso VIII, da Lei Complementar Municipal n.º 107/2009, não permitindo, no local dos fatos, a continuação das atividades referentes à construção civil, ocupação de pessoas ou animais domésticos ou de criação, além de qualquer outra forma de interferência no meio ambiente que não seja natural, devendo os réus protegerem a área e promover sua delimitação no solo, objetivando evitar novas ocupações clandestinas, com prazo de 90 (noventa) dias para cumprimento.

Caso as medidas não sejam providenciadas no prazo acima concedido, fixo a multa diária de R\$ 1.000,00 (um mil reais).

Condeno os demandados Antônio Sérgio Stein, Sérgio Luiz Biehler, Gerson Budal Arins e Romilton Rocha, ao pagamento, “*pro rata*” das custas processuais e honorários advocatícios, estes, com fundamento no art. 20, §§ 3º e 4º do Código de Processo Civil, arbitrados em R\$ 1.000,00 (um mil reais), devidos à subscritora da petição inicial.

Publique-se.

Registre-se.

Intimem-se, com urgência, sendo autorizado o uso de força policial, caso necessário.

Certificado o trânsito em julgado e satisfeitas as custas, archive-se.
Porto Belo, 04 de novembro de 2015.

Janiara Maldaner Corbetta
Juíza de Direito

Autos n. 0035744-95.2010.8.24.0023

Comarca da Capital

Ação: Procedimento Ordinário/PROC

Autoras: Diageo North America, Inc. e Diageo Brasil Ltda.

Ré: Bebidas Grassi do Brasil Ltda

Vistos etc.

1. Diageo North America Inc. e Diageo Brasil Ltda propuseram Ação Inibitória c/c Perdas e Danos contra Bebidas Grassi do Brasil Ltda, todos qualificados, aduzindo, em síntese, que: (i) as autoras são integrantes do grupo Diageo, proprietário da marca Smirnoff Ice, registrada no INPI desde 11 de setembro de 2007, sob o n. 827011091; (ii) a bebida denominada Blankita Ice, de propriedade da ré, possui rótulo idêntico à Smirnoff Ice; (iii) a atual embalagem da bebida da empresa ré afronta os direitos das autoras, na medida em que imita o conjunto-imagem (trade dress) da marca Smirnoff Ice.

As autoras indicaram os fundamentos jurídicos do pedido, juntaram documentos, valoraram a causa e, ao final, requereram a determinação liminar para: a) realizar a busca e apreensão no endereço da ré, de todo e qualquer produto da marca Blankita Ice contendo as embalagens que imitam o conjunto da imagem do produto das autoras; b) cessar a fabricação, distribuição e comercialização da bebida Blankita Ice, na sua atual embalagem; c) a ré eliminar a semelhança estética da embalagem de seu produto com a Smirnoff Ice; d) providenciar a retirada de circulação de todos e quaisquer produtos, bem como materiais publicitários, que contenham as embalagens objeto da presente demanda. Requereu a citação, a produção de provas e a procedência dos pedidos para, definitivamente, e) cessar a fabricação, distribuição e comercialização da bebida Blankita Ice na sua atual embalagem, sob pena de multa diária no valor de R\$10.000,0, na hipótese de descumprimento do preceito; f) promover alterações na vestimenta do referido produto, de modo a abandonar toda e qualquer

similitude com o produto Smirnoff Ice, para que não seja passível de ser confundida ou falsamente associada ao produto das autoras; g) ao pagamento de indenização por danos materiais e morais decorrentes dos atos de concorrência desleal praticados em detrimento das autoras; h) ao pagamento de custas e honorários advocatícios.

Em decisão interlocutória foi determinada a apresentação de mandato pela Diageo North America Inc. (fl. 143/144) e deferida em parte a liminar para (i) determinar a busca e apreensão, no estabelecimento da ré, de todo e qualquer produto da marca Blankita Ice, contendo as embalagens apresentadas pelas autoras, ficando estas como depositárias dos aludidos bens; (ii) determinar que a ré se abstenha de distribuir e comercializar o produto Blankita Ice enquanto valer-se da embalagem imitadora, sob pena de incorrer em multa de R\$6.000,00 (seis mil reais) por dia de descumprimento (fls. 157/158).

Foi realizada a busca e apreensão, tendo a ré sido citada e intimada da decisão interlocutória (fls. 180/182).

Apresentou contestação (fls. 187/189), arguindo: a) o produto Blankita Ice não tem o condão de induzir os consumidores em erro, pois possui denominação totalmente diversa do produto fabricado pelas autoras; b) não há semelhança entre os rótulos capaz de confundir os produtos Smirnoff Ice e Blankita Ice; c) a ré promoveu mudança radical nos rótulos de seu produto; d) não houve qualquer dano material ou à imagem das autoras; e) não há nexo de causalidade entre o dano e o ato da ré.

Por fim, juntou documentos (fls. 190/194) e requereu a improcedência dos pedidos, com a condenação das autoras ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios.

Houve réplica (fls. 203/209).

A seguir a ré veio aos autos solicitar a liberação dos produtos apreendidos para nova rotulagem e envase (fls. 210/217).

Deferida em 16.12.2010 (fls. 253/255) a liberação dos produtos apreendidos para serem periciados, determinando-se: (i) que as autoras (às expensas da ré) disponibilizassem em até dez dias, contados do pagamento, os bens apreendidos; (ii) ato contínuo, em diligência a ser acompanhada por Oficial de Justiça, que a ré procedesse a inutilização dos rótulos que se encontravam nos produtos apreendidos e que (iii) de imediato fossem substituídos pelos rótulos representados às fls. 241/242, sob pena de não poder ficar com os produtos, tudo devidamente certificado.

Nova decisão interlocutória (fls. 272/273), data de 01.03.2011, definiu os preços a serem pagos e a determinação em favor das autoras de alvará para liberação de valores e posterior cumprimento da ordem judicial.

Em 29.04.2011 foram liberadas 51.979 garrafas de Blankita Ice para a ré; todavia, não foi possível efetuar a troca de rótulos, em razão da grande quantidade de frascos e pelo fato da bebida encontrar-se sem gás (apesar de estar no prazo de validade), motivo pelo qual, em comum acordo, as partes decidiram que a ré dispensaria o líquido em reservatório próprio que permitisse posterior reaproveitamento, bem como destruiria as garrafas, que seriam enviadas à reciclagem, tudo às suas expensas (fl. 339).

Diante do fato da bebida encontrar-se imprópria para consumo, embora estivesse dentro do prazo de validade, a ré alegou que haveria culpa das autoras pelo atraso da entrega da mercadoria e responsabilidade por inadequação da armazenagem das garrafas (fls. 381/383). De tais alegações as autoras contestaram afirmando que foram diligentes no depósito e cumpriram com os prazos determinados pelo juízo (fls. 447/450).

As autoras apresentaram o laudo pericial realizado perante o juízo criminal (fls. 366/380), sobre o qual se manifestou a ré (fls. 391/402), solicitando a revogação da liminar concedida.

Indeferido o pedido de revogação da liminar (fl. 405) ao que foi interposto agravo de instrumento pela ré (fls. 409/443), não provido pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina (fls. 454/460).

Saneado o feito (fl. 463), as provas requeridas foram indeferidas (fl. 481), abrindo-se prazo para as razões finais, apresentadas pelas autoras às fls. 485/494 e pela ré às fls. 496/510.

Vieram os autos conclusos.

É o relatório.

2. Para solucionar o caso, deve-se responder se ocorreram atos de concorrência desleal, com violação de direitos de propriedade industrial capazes de criar confusão entre produtos postos no comércio, já que o art. 4º, VI da Lei 8.078/90, tem este instituto como um dos preceitos fundamentais da política nacional das relações de consumo, in verbis:

Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

[...]

VI - coibição e repressão eficientes de todos os abusos praticados no mercado de consumo, inclusive a concorrência desleal e utilização indevida de inventos e criações industriais das marcas e nomes comerciais e signos distintivos, que possam causar prejuízos aos consumidores;

Na presente ação a pretensão das autoras funda-se no art. 209 da Lei de Proteção à Propriedade Industrial (LPI), Lei 9.279/1996, segundo o qual:

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.

Finda a instrução probatória, operado o contraditório e, ainda, vindo aos autos laudo pericial realizado pelo Instituto de Criminalística (fls. 369/380), referente à Medida Preparatória Criminal nos autos n. 0003199-86.2010.8.24.0082, encontraram-se reunidas as formalidades e condições materiais para o julgamento.

O art. 209 da LPI, supra citado, aplicado ao presente caso, visa proteger o que a doutrina anglo saxã denomina *Trade Dress*, que seriam os traços distintivos dos produtos, considerada a sua aparência global, ou “o conjunto de elementos que servem para identificar um produto ou serviço colocado à disposição do consumidor”², dando como exemplo uma cor, embalagem, configuração do produto, estilização e tamanho das letras, desenho, emblemas ou brasões, enfim, sinais “capazes de identificar determinado produto e diferenciá-lo dos demais” (ob.cit.p. 13).

Além da proteção do que se pode chamar “conjunto-imagem”, outro ponto essencial a ser analisado é a capacidade de criar confusão no consumidor. Esta tentativa de ludibriar os consumidores, na figura do Trade Dress, não tem previsão específica na lei nacional, a exemplo da lei americana, nem segue a proteção que é dado às Marcas, mas sim consegue melhor respaldo no instituto da concorrência desleal.

² COPETI, Michele. Afinidade entre Marcas: uma questão de Direito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 272.

Não há controvérsias que os canais de comercialização dos produtos *Smirnoff Ice* e *Blankita Ice* são os mesmos, inclusive em relação a diversidade, natureza, qualidade e público consumidor, ambos encontram-se também no mesmo patamar, sendo assim, são concorrenciais no mercado.

Desta forma, dois são os pontos a serem verificados: a) a análise comparativa dos sinais; b) potencial risco de confusão do consumidor médio.

Na análise comparativa dos sinais não se deve ter em vista as suas diferenças, mas as suas semelhanças, e não os detalhes, mas a impressão do conjunto das marcas (conjunto-imagem), isto porque, conforme explicado na obra de Copeti, “*é o aspecto global de uma marca que impressiona e orienta o consumidor no momento da escolha de produtos e serviços*” (ob.cit.p.189), demonstrando, inclusive, os passos que os doutrinadores seguem para a “impressão” e para determinar “o risco de confusão”:

Impressão:

- 1) as marcas não devem ser confrontadas e comprovadas, mas apreciadas sucessivamente, a fim de se verificar se a impressão causada por uma recorda a impressão deixada pela outra;
- 2) as marcas devem ser apreciadas, tendo-se em vista não as suas diferenças, mas as suas semelhanças;
- 3) finalmente, deve-se decidir pela impressão de conjunto das marcas e não pelos seus detalhes.

Risco de confusão:

- 1) examinam-se as marcas de forma sucessiva e não simultânea;
- 2) se analisadas sucessivamente a mesma lembrança não deve persistir;
- 3) analisam-se as marcas em sua totalidade, sem desmembramentos;
- 4) como exceção ao critério de análise do conjunto, utiliza-se o desmembramento. Isso porque uma palavra, por exemplo, é a parte mais

distintiva (*mot vedette*) da marca e deve ser considerada na análise, ainda que isso resulte em certo desmembramento.

Seguindo as informações apresentadas pelo laudo pericial, observa-se que foram encontradas as seguintes semelhanças (fl. 373): tampas na mesma cor (vermelha); medidas das garrafas; posicionamento dos rótulos; as mesmas cores nos rótulos superiores (prata, vermelha, preta e branca); as letras das marcas das bebidas (*Smirnoff Ice* e *Blankita Ice*) nos rótulos centrais são da mesma cor, inclusive os detalhes; as informações de volume, porcentagem, validade encontram-se na mesma posição; e no item 6 quando analisa os logotipos, esta é a conclusão da perita criminal:

6. Os logotipos na parte central das bebidas questionadas e padrão de confronto apresentam características semelhantes quanto à cor, posicionamento e disposição dos nomes: a bebida padrão de confronto, possui o nome SMIRNOFF em sentido horizontal (levemente em curvatura) com a parte inferior anexa à parte superior de um escudo e de extremidades retas com 05 (cinco) lados, com a inscrição ICE no centro (anexo fotográfico nº 06); a bebida questionada apresenta na parte superior o nome BLANKITA em sentido horizontal com a parte inferior acoplada a um escudo de extremidades arredondadas, com a inscrição ICE no centro (anexo fotográfico nº 07);

Somado às imagens de fls. 104 e 105, que permitem uma inspeção ocular superficial, tem-se a tal impressão de conjunto ensinada pela doutrina, que leva apenas a uma única conclusão: os dois produtos são sim colidentes.

Não há retórica em afirmar que sempre há diferenças entre produtos verdadeiros e suas imitações. A questão é saber qual nível de imitação é necessário para possibilitar a confusão entre a cópia e o original, seguindo-se, portanto, ao segundo ponto de análise.

Como já dito, o parâmetro deve ser o do consumidor médio/contemporâneo: a pessoa, alvo da publicidade, que se dirige a um supermercado, às pressas e, olhando de relance para a prateleira, pega o

produto desejado e o coloca no carrinho: esta é “a vítima em potencial do risco de confusão”.

Os produtos em questão não se enquadram em bens de compra seletiva, adquiridos por profissionais, mas de consumo massivo, de compra direta e, algumas vezes, por impulso, já que não essencial, ou seja, a categoria destes produtos se dirige a um consumidor “nem excessivamente desatento nem excessivamente metucioso”, ou como já definiu o CADE acerca do perfil do consumidor médio: “significa a maioria de consumidores razoavelmente prudentes, ou seja, de ‘bonus pater famílias’, do qual se espera um mínimo de inteligência, de atenção e de espírito crítico” (ob.cit.p.183).

Mas os tribunais vão além, entendendo que a proteção atinge o consumidor dos dias atuais:

O que a lei visa a proteger em relação a imitações é a possibilidade de o produto concorrente ser adquirido, por engano, justamente pelo consumidor desatento ou incapaz de reparar nos detalhes da embalagem, seja por falta de instrução, por problemas de visão ou por pressa. (REsp 698855/RJ, Rel. NANCY ANDRIGHI, j. 25/09/2007).

Assim, para o presente caso, devemos perguntar se um consumidor ao entrar no supermercado, conhecendo e indo adquirir a marca da bebida *Smirnoff Ice*, diante da prateleira, mas desatento e com pressa, corre o risco de pegar o produto *Blankita Ice* por engano e efetuar a compra no caixa?

Os trechos das entrevistas realizadas com consumidores pelas autoras (fl. 14), até podem dar uma direção da resposta ao questionamento, mas sendo produzidas de forma unilateral, há de ser analisada com parcimônia. Segue as impressões causadas quando os produtos foram colocados lado a lado (fl. 14): *É a mesma coisa, só muda a tampa. Até a cor, formato da garrafa, só muda a tampa que é de plástico; A imitação piorou. É genérico de álcool; Essa você até pode confundir se olha de longe. É que a*

tampa denuncia que não é; Eu acho que o formato do logo é bem parecido com o Smirnoff Ice.

A resposta para determinar a existência ou não do risco de confusão, deve vir dos passos já descritos, que inclusive recomendam que os produtos sejam examinados de forma sucessiva e não simultânea como ocorreu na pesquisa de mercado feito pelas autoras.

Nesta toada, é possível responder que sim, há o risco real do consumidor médio confundir-se na hora da compra, levando o da ré pensando tratar-se do produto das autoras. As fotos dos dois produtos nas páginas 4, 12, 13, 104, 105, fundamentais para a concessão da medida liminar, comprovam as semelhanças.

Há mais semelhanças do que diferenças no conjunto-imagem dos produtos, passíveis de causar o risco de confusão ao consumidor mediano, nos termos do art. 209 da LPI.

A legislação visou defender os traços distintivos e característicos dos produtos, desde que formalizado o seu registro. As autoras comprovaram o registro do rótulo imitado e restou evidenciada a similitude entre eles.

A deslealdade na concorrência ocorre, no presente caso, quando a ré, copiando o rótulo, além de se favorecer com todos os investimentos publicitários das autoras (publicidade parasitária), torna possível vender o seu produto como sendo o original.

Vale destacar que o art. 209, *caput*, da LPI, usa a expressão “tendente a”, ou seja, não é o caso de evidenciar casos de erro, mas simplesmente de cogitar a possibilidade de haver confusão entre os produtos, original e cópia.

Por tudo isto, é de se reconhecer a prática de concorrência desleal cometida pela ré, através da imitação do trade dress do produto *Smirnoff Ice*, de propriedade das autoras, em total violação às regras da Propriedade Industrial e do Código do Consumidor.

3. Dos Danos Materiais.

Sobre os danos materiais, não há que se alongar no atual momento, uma vez que o Superior Tribunal de Justiça tem entendimento de que o prejuízo é presumido quando configurada a concorrência desleal.

Portanto, devidamente caracteriza a similitude entre as embalagens aqui analisadas e a deslealdade na concorrência, impõe-se a condenação da ré pelos danos materiais causados às autoras, consoante o previsto no art. 209 da Lei 9279/96, cujo valor será aferido em liquidação de sentença, segundo os critérios do art. 210 do mesmo diploma legal.

Nesse sentido, cita-se o seguinte julgado:

“CIVIL E COMERCIAL. RECURSO ESPECIAL. PROPRIEDADE INDUSTRIAL. MARCA. USO INDEVIDO. DANOS MATERIAIS. PRESUNÇÃO. DANOS MORAIS. COMPROVAÇÃO.

1. Os embargos declaratórios têm com objetivo sanar eventual obscuridade, contradição ou omissão existente na decisão recorrida. Inexiste ofensa ao art. 53 do CP, quando Tribunal de origem pronuncia-se de forma clara e precisa sobre a questão posta nos autos, assentado-se em fundamentos suficientes para embasar a decisão, como ocorrido na espécie.

2. Nas hipóteses de uso indevido de marca, capaz de provocar confusão entre os estabelecimentos e consequente desvio de clientela, desnecessária a prova concreta do prejuízo, que se presume.

3. Há que ser demonstrado efetivo prejuízo de ordem moral sofrido pelo titular do direito de propriedade industrial, decorrente da sua violação. Na hipótese, configurado pelo protesto efetuado.

4. Recurso especial provido.”

REsp 1.74.098/MG, Rel. MIN.ANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 4/8/2011, DJe 15/8/2011. (grifou-se)

Importante frisar, que para fins de apuração dos danos materiais, as autoras não produziram provas específicas do prejuízo durante a

instrução, apenas os produtos que foram apreendidos conforme Auto de fl.182 (52884 garrafas de *Blankita Ice*, cheias e rotuladas). Todavia, não há dúvidas quanto ao dano causado, apenas não se pode precisar seu *quantum* nesta fase, devendo ser feito em liquidação por artigos (CPC, art. 475-E).

Isto também se refere aos lucros cessantes, pois inexistem elementos capazes de precisar este valor, devendo, no entanto, seguir o critério mais favorável ao prejudicado, ou no caso, passível de ser apurado. Entendo, smj, que deve ser apurado os benefícios que foram auferidos pelo autor da violação do direito, no período em que comercializou o produto *Blankita Ice* com o rótulo imitando o das autoras (CPC, II, art.210).

4. Dos danos morais.

Requerem as autoras indenização por danos morais, assim considerado o abalo a sua boa fama, adquirida durante anos, a qual teria sido abalada pela existência de produto da ré que utilizou aspectos visuais extremamente semelhantes.

Efetivamente, o dano moral *in casu* é presumível.

Considerando-se a honra objetiva da empresa detentora da marca *Smirnoff Ice*, que repousa sobre seu bom nome e, conseqüentemente, sobre a apresentação (embalagem) deste, esta última violada pela ré, conclui-se que se tem nos autos uma hipótese de dano moral *in re ipsa*, pois são presumíveis os prejuízos advindos da aproximação que a ré fez com a marca das autoras.

Isso porque, a partir de um juízo da experiência e senso comum, sabidos são os efeitos danosos que daí decorrem, afetando a reputação, a fama e a imagem das autoras. Entender de outro modo seria como dar “carta-branca” para todo tipo de cópia, sem que houvesse qualquer consequência aos que se beneficiam da prática ilegal.

Ademais, para toda inovação gerada, de um produto ou serviço único, ocorrem investimentos com pesquisas e desenvolvimento que

agregam valor à marca da empresa. Para se chegar ao atual conjunto-imagem da *Smirnoff Ice*, estudos e investimentos de todo gênero contribuíram para tanto, no momento em que é copiada, perde gradativamente o seu poder atrativo e pior, torna-se comum, abalando a reputação comercial das autoras, adquirida durante anos, já que passa a ser tratada pelos consumidores como “mais uma” fabricante dos produtos em comento.

No presente caso, portanto, os danos morais devem ser arbitrados como corolário da “prática de falsificação, em razão dos efeitos que irradia, fere o direito à imagem do titular da marca, o que autoriza, em consequência, a sua reparação” (REsp n. 466761/RJ, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 4-8-2003).

Pelo exposto, o pedido de indenização por danos morais é inarredável, como consequência lógica da conduta adotada pela ré.

No que tange à fixação do *quantum*, a reparação deve ter, a par do cunho reparatório, caráter pedagógico. Não obstante o prudente arbítrio do Juiz, a fixação possui parâmetros a seguir, devendo a decisão ser equilibrada, considerando a um só tempo, os incômodos a que foram submetidas as autoras e a capacidade financeira da ré. Assim, se consegue não só evitar que a indenização se converta em locupletamento, como também não se permite que se torne desprezível para a ré.

No caso vertente, considerando as circunstâncias do fato (necessidade de realizar pesquisa mercadológica para certificar a amplitude do dano, entrar com a demanda judicial, ter seu bom nome violado, anos de trabalho copiados pela ré), a conduta da ré (ter oposto certa resistência em mudar o rótulo, apresentando extrajudicialmente às autoras um e no processo outro, este ainda parecido com o das autoras, e ter se apropriado indevidamente do conjunto-imagem por elas desenvolvido), a condição econômica dos litigantes (a das autoras bem mais vantajosa que a da ré) entendo que se apresenta razoável o valor de R\$ 30.000,00 (trinta mil

reais), de modo que não se converta em fonte de lucro às autoras, nem mesmo empobrecimento à ré.

Este valor fixado deverá sofrer correção monetária pelo INPC desde a sentença (STJ, Súmula 362) e juros de mora de 1% ao mês, a partir do evento danoso (STJ, Súmula 54), considerando-se este a data de 06.2010, (data de realização de pesquisa mercadológica – fl. 140), já que não consta dos autos quando exatamente a embalagem de “Balnkita Ice” aqui discutida efetivamente entrou no mercado.

5. Da litigância de má-fé e desídia das autoras.

Como vislumbrado, há semelhança substancial entre as embalagens, tanto que a busca e apreensão de mercadorias foi deferida liminarmente e realizada em 08.07.2010, ficando as autoras como depositárias dos bens.

Em 16.12.2010, por decisão interlocutória, foi deferida a liberação dos produtos apreendidos, devendo as autoras disponibilizá-los em até dez dias, contados do pagamento (fls. 253/255).

Houve apresentação de orçamentos (fls. 261/262 e 269) e nova decisão (fls. 272/273), que definiu o valor a ser pago pelo frete.

Em 17.03.2011 foi realizado o pagamento pela ré (fl. 288/292); a liberação dos valores (fl. 295), ocorreu em 11 de abril, com a expedição de alvará (fl. 296).

As autoras comunicaram que as bebidas chegariam ao destino até 14 de abril, e neste momento avisaram o juízo de que o Oficial de Justiça responsável pela conferência estaria naquela data de serviço em outra comarca, demonstrando, inclusive, preocupação com a possível deterioração dos produtos (fls. 334/335).

O Cartório certificou confirmando a informação (fl. 337), e mesmo com a determinação de cumprimento da medida em caráter de urgência (fl. 336), somente acabou ocorrendo em 29 de abril (fl. 339).

Da seqüência de atos, depreende-se que não houve desídia das autoras, pelo contrário, verifica-se que quando da liberação dos valores agiram rapidamente, havendo cumprimento fiel de todas as formalidades necessárias, não devendo, para o caso, ser aplicada condenação por litigância de má-fé.

6. ANTE O EXPOSTO, com fundamento no art. 269, I, do CPC, julgo PROCEDENTES os pedidos articulados por **Diageo North America Inc.** e **Diageo Brasil Ltda** contra **Bebidas Grassi do Brasil Ltda**, para:

A) reconhecer a concorrência desleal praticada pela ré através da imitação do trade dress do produto *Smirnoff Ice* de propriedade das autoras, determinando que **Bebidas Grassi do Brasil Ltda** se abstenha de fabricar, distribuir e comercializar o produto “Blankita Ice” com os rótulos indicados à fl. 114, sob pena de incorrer em multa de R\$ 6.000,00 (seis mil reais) por dia, convertendo a decisão liminar em definitiva;

B) **DETERMINAR** que ré providencie, no prazo de trinta dias, a retirada de circulação do mercado nacional, de todos os produtos “Blankita Ice” que, porventura, ainda contenham os rótulos com similitude tendente a criar confusão no consumidor;

C) **DETERMINAR** que a ré promova alterações no rótulo do produto “Blankita Ice”, de modo a abandonar similitude tendente a criar confusão entre seu produto e o das autoras (Smirnoff Ice).

D) **CONDENAR** a ré ao pagamento de indenização pelos danos materiais e lucros cessantes nos termos do art. 210, da Lei 9.279/96, a serem apurado em liquidação de sentença, conforme critérios expostos no item 3 da fundamentação (arts. 210, II e 475-E, CPC).

E) **CONDENAR** a ré ao pagamento de indenização pelos danos morais no montante total de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), com correção monetária pelo INPC desde a sentença (STJ, Súmula 362) e juros de mora de 1% ao mês, a partir do evento danoso (06/2010) (STJ, Súmula 54).

F) **CONDENAR** a ré ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios, fixados em 20% (vinte por cento) do valor total da condenação, nos termos do art. 15, § 3º, do Código de Processo Civil.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Aguarde-se o requerimento de liquidação e execução (arts. 475-I, §2º, 475-A, §2º, 475-E e 475-J, todos do CPC) pelo prazo de 06 (seis) meses. Após, nada sendo requerido, pagas as custas, certifique-se o trânsito em julgado e archive-se, dando-se as respectivas baixas estatísticas.

Florianópolis/SC, 16 de setembro de 2015.

Erica Lourenço De Lima Ferreira
Juíza de Direito

Autos nº 0044276-87.2012.8.24.0023

Comarca da Capital

Ação: Procedimento Ordinário/PROC

Autoras: Annanélia Guedes de Mello e Romina Guedes de Mello

Ré: Anahi Guedes de Mello

Vistos, etc.

Trata-se de **Ação de Exclusão de Herdeiro por Indignidade** ajuizada por **Annanélia Guedes de Mello e Romina Guedes de Mello** contra **Anahi Guedes de Mello**, aduzindo, em síntese, que: (i) a ré e as autoras (todas irmãs), são herdeiras de Nélio Guedes de Mello, falecido em 30/11/2009; (ii) em 19/06/2000, a ré ajuizou ação de indenização por danos morais contra o de cujus, alegando ter sofrido violência sexual desde os doze anos de idade, sendo que tal ação foi julgada improcedente por falta de provas; (iii) após, ingressou com ação criminal, que teve declarada extinta a punibilidade ante o falecimento do réu.

Diante disso, postularam pela procedência da ação para que seja declarada a exclusão da ré do direito de herança por indignidade; requereram o benefício da justiça gratuita e a produção de provas. Juntaram documentos (fls. 09-92).

Deferido o benefício da justiça gratuita (fl. 95).

Citada (fl. 97), a ré apresentou contestação alegando, em suma, que: (i) a ação de indenização no juízo cível não justifica sua exclusão da sucessão, visto que o requisito para a acusação caluniosa é ser feita em juízo criminal; (ii) a denúncia caluniosa necessita da falsidade da imputação, o que não foi comprovado pelas autoras; (iii) não há como provar que houve o cometimento de crime de calúnia contra o falecido. Por fim, requereu a concessão do benefício da justiça gratuita, a produção de provas e a total improcedência da ação. Juntou documentos (fls. 108-124).

Houve réplica (fls. 127-133).

Decisão saneadora designou audiência de instrução e julgamento (fl. 160), na qual foram inquiridas duas testemunhas arroladas pelas autoras e três testemunhas pela ré (fls. 167-173).

As partes apresentaram alegações finais por memoriais (fls. 174-179 e 212-214).

É o relatório.

Decido.

1. Consoante delineado, as autoras pretendem a exclusão da irmã do direito de sucessão sob o argumento de ser herdeira indigna, pelo fato de ter interposto ação cível e criminal contra o pai, enquanto em vida.

A ré, por sua vez, afirmou que o requerimento das autoras não deve prosperar, visto que a ação cível não é passível de caracterizar a denúncia caluniosa e, em relação à ação criminal, não ficou comprovada ser falsa a imputação.

Pois bem. A controvérsia da lide reside, portanto, em identificar se os atos cometidos pela ré justificam sua exclusão do direito de receber a herança deixada por seu pai. Para tanto, entendo pertinente e necessária a contextualização da relação familiar ao longo dos anos.

2. Annanélia, Romina e Anahí são filhas de Nélio Guedes de Mello e Marlete Guedes de Mello. Quando da separação dos pais, em agosto de 1985, as meninas residiram com a mãe Marlete até o final de fevereiro de 1988, quando esta as abandonou na casa de Nélio, como uma manobra para a cobrança/aumento da pensão alimentícia, fato este comprovado pela própria genitora em depoimento nos autos.

Na época em que foram abandonadas pela mãe, as três ainda eram menores, contavam com 9, 12 e 13 anos de idade (Romina, Anahi e Annanélia, respectivamente). Annanélia, mais de 10 anos após o ocorrido (2002), ainda lembrava de detalhes daquele conturbado período (fls. 50/51):

[...] **a declarante é a filha mais velha e desde os dez anos de idade passou a sentir-se responsável pelas irmãs mais novas**, pois sua mãe, Sra. Marlete, saía de casa no final da tarde e retornava somente de madrugada; que, ela passava o dia dormindo e, em função destes fatos **a declarante é quem tinha que cuidar e se preocupar com as irmãs mais novas, em todos os sentidos**; que, seus pais separaram-se quando a declarante tinha apenas 11 anos de idade; **que, inicialmente a declarante e suas irmãs ficaram sob a guarda da mãe, no entanto quando a declarante tinha 13 anos de idade sua mãe colocou as roupas de todas as filhas em sacos de lixo e levou-as para a casa do pai, sem que ele soubesse, para força-lo a aumentar a pensão alimentícia**; que, o pai da declarante quis levar as filhas para ela de volta, pois ela tinha a guarda e também a posse de uma casa grande, mas sua mãe desapareceu durante uns dois meses, sem dar notícias e antes alugou a casa; que, então o pai da declarante entrou com uma ação de regulamentação de guarda na justiça; **que, quando a mãe voltou a declarante e suas irmãs preferiram ficar com o pai, pois ele era mais atencioso que a mãe; que, ela queria as filhas de volta por causa da pensão alimentícia que deixou de receber e também porque o Juiz determinou que ela pagasse pensão às filhas**; que, seu pai desempenhou mais corretamente a função de guardião das filhas do que a mãe e por isso preferiram ficar com ele; que, o pai da declarante sempre tentou convencer as filhas a aceitarem a mãe e conviverem com a mesma, mas elas não aceitavam em razão dela ser agressiva, envolvida com pessoas usuárias de drogas e também porque ela dizia que filhos atrapalhavam a vida dela; que, ela batia muito nas filhas, principalmente Anahi; [...].(grifei)

Verifica-se que a relação familiar piorou bastante com a separação do casal, basicamente com a pensão alimentícia e guarda das filhas, chegando no ápice com o abandono destas pela mãe, que simplesmente deixou-as na casa do pai, acompanhadas de um bilhete.

Em 2003, Romina relatou os mesmos fatos que a irmã Annanélia, acrescentando informações acerca do comportamento difícil da irmã Anahi nos anos seguintes. Por entender pertinente, transcrevo apenas os trechos que se referem ao comportamento da autora em relação ao “de cujus” e a sua própria vida (fls. 43/45):

[...]

Anahi sempre foi agressiva e revoltada, desde bebê incomodava. Por isso sempre apanhou da mãe, **chegando a fugir de casa com minha irmã, Annanélia, para procurar ajuda do pai e denunciar a mãe na delegacia contra maus tratos.** Anahi fez tratamento contra foco-irritativo e tomou o medicamento gardenal por mais de quatro anos. Ela nunca gostou de dar demonstrações de carinho para as irmãs, o pai e a mãe, só o fazendo quando queria alguma coisa.

[...]

Nosso pai nunca precisou convencer-nos de que Marlete havia-nos rejeitado. Nós mesmas chegamos a essa conclusão e **o pai sempre insistiu para que tivéssemos contato com a mesma, fato que aconteceu entre os anos de 1990 até meados de 1992.** Eu e Anahi passávamos férias, feriados e finais de semana com Marlete e após várias brigas, sendo a última em abril de 1992, quando Marlete quebrou o carro de nosso pai e ameaçou todos de morte. Foi feito boletim de ocorrência na delegacia da Prainha e depois disso ninguém mais quis ter contato com ela. O pai sempre disse que quem quisesse visitar a mãe poderia ir, pois de toda forma ela “era mãe”. **Anahi era a mais incisiva.** Dizia que não queria saber “daquela puta”, referindo-se a mãe. **Inclusive as maiores brigas dela com meu pai eram porque queriam que o pai processasse Marlete por danos morais, por tudo que nos havia feito. O negócio dela sempre foi ganhar dinheiro fácil. Na época em que voltou a relacionar-se com a mãe só ia para a casa dela se não precisasse fazer os serviços domésticos e se a mesma lhe desse dinheiro.**

[...]

Em várias discussões por causa de seu comportamento rebelde (ninguém nunca sabia aonde ela ia, quem eram seus amigos. Anahi se negava a dar satisfações e cumprir horários). **Quando ela “sumia” nós nem sabíamos aonde procurar.** Quando mais novas, chegou a me bater e dar socos. De todos em casa ela sempre foi a mais capaz de se defender, fisicamente falando, pois era agressiva e muito violenta.

Seu comportamento piorou violentamente quando começou a acessar a internet, por volta do segundo ano da faculdade de química,

onde também trabalhava com projeto de pesquisa do CNPq, bolsa que renovou e abandonou quando resolveu se mudar, como falarei mais tarde. Anahi ficava horas no laboratório do professor orientador, “navegando” como ela dizia, ao invés de fazer as pesquisas. Com o uso da internet ela começou a achar que todos os estranhos eram seus amigos e acreditava em tudo que lhe dissessem. Passou inclusive a marcar encontros com homens que conhecia pela internet, e a passar finais de semana inteiros dentro do laboratório da Ufsc para utilizar a internet. Anahi dizia que utilizava o cartão de outra pessoa, pois o dela já havia sido recolhido devido a esse tipo de atitude e também porque ela havia largado a faculdade.

Anahi deixou de frequentar as salas de aula para usar a internet, chegando a ser reprovada em várias matérias, inclusive por frequência e não falta de capacidade, já que passou no vestibular em primeiro lugar no curso de química. Seu desempenho caiu quando passou a utilizar a internet.

Anahi tem costume de tentar manipular os outros usando autopiedade: “sou surda, não entendo, coitada de mim”; depois chorava e gritava quando fazia algo errado e não sabia como sair da enrascada. Ela não é nem um pouco confusa. É sim esperta, artilosa e má. Tentou me convencer de várias formas a juntar-me a ela nesse plano para ganhar dinheiro, pois sabia que sozinha não teria tanta força e em duas poderíamos conseguir. Tanto que no depoimento da vara cível, quando ainda acreditava que eu me juntaria a ela, nada foi mencionado a meu respeito. Já no depoimento dado na delegacia, quando percebeu que não receberia meu apoio, afirmou que vivíamos todos, inclusive eu, em orgias. Ela me perseguiu na faculdade, em casa, até mesmo Marlete chegou a ir no meu local de trabalho, causando transtornos posteriores, me chantageando, ameaçando, intimidando.

Nosso pai sempre exerceu controle normal de qualquer pai zeloso com todas as filhas. Gostava de saber aonde íamos, com quem íamos, a hora que voltaríamos para casa, etc. Mas ela sempre se negava a dar satisfações e fazia como queria. Suas amigadas nunca duravam, mas não por causa do pai e sim porque as pessoas não a suportavam por muito tempo, pois ela é exploradora, oportunista, falsa e interesseira e com a mania de querer dar “lição de moral” nas amigas. Dormiam lá, passavam Natal e Réveillon.

Também viajava com seus colegas de classe para encontrar amigos e namorados de internet. Seu último namoro durou três anos e meio e quem não aprovava o namoro era a mãe dele.

[...]

Ela nunca foi fazer faculdade em Campinas. Segundo a mesma, foi morar na zona, com uma mulher chamada Silvia, assumidamente homossexual que ela havia conhecido na internet. **Ahani disse que Silvia a havia convidado para morar com ela com todas as despesas pagas. No entanto, em menos de uma semana Silvia ligou desesperada pedindo que o pai fosse buscá-la, pois Anahi havia dito que iria passar apenas uns dias. Depois foi para casa de outras pessoas que igualmente telefonavam querendo saber o que ela estava fazendo lá sem dinheiro e sem trabalho. Nesta época eu e Anahi morávamos sozinhas, pois nosso pai estava em Botucatu com nossa irmã, não tendo portanto, justo agora, razões para “fugir”.**

Enquanto as pessoas ligavam desesperadas querendo que ela fosse embora, a mesma dizia que estava tudo ótimo e se correspondia com a família através de e-mails. **Ela só voltou pra casa porque não tinha mais dinheiro nem onde ficar. Na realidade ela foi embora porque seus colegas de classe estavam se formando e ela havia “ficado para trás”.** Como ficou envergonhada e frustrada porque sempre se achou a melhor, queria ir embora de Florianópolis a todo custo. Não fomos pegos de surpresa com sua partida pois ela passou quase um ano dizendo que iria se mudar. (grifei)

O estopim que fez com que a autora procurasse sua mãe e rompesse relações com o pai, é narrada desta forma por Romina:

Quando retornou a Florianópolis chegou em casa às 23h, se desentendeu comigo porque não queria conversar. Bateu-me, arremessou-me contra a parede, quebrou o vidro da janela com um soco e por volta das 23:30 já tinha ido embora novamente. Isso porque ao retornar o pai deu ordem para que ela voltasse a estudar e/ou trabalhar e que não deveria passar o dia inteiro na internet. Por sentir-se acuada e não tendo mais para onde ir ou a quem recorrer, restou-lhe procurar a mãe que sempre detestou e não via há cerca de sete anos. (grifei)

O breve relato demonstra a convivência difícil de Anahi com as demais irmãs e o pai e que, vendo-se sem saída, retorna à convivência materna (pessoa por ela desprezada), fato confirmado por Annanélia (fl. 51):

[...] **que, aos 25 anos Anahi foi embora para Campinas** morar com uma mulher que havia conhecido pela internet; que, ao chegar em Campinas não foi recebida pela mulher **e acabou retornando após um mês e meio**; que, quando Anahi voltou seu pai que estava em Botucatu-SP, fazendo tratamento de saúde, **determinou para a irmã mais nova Romina que estava sozinha no apartamento, que se Anahi quisesse voltar a morar com eles teria que trabalhar ou voltar para a faculdade que ela tinha deixado**; que, disse também que era para ela estudar e não ficar no laboratório da faculdade usando internet até de madrugada; que, esclarece que no último ano de faculdade Anahi reprovou em todas as matérias por falta de frequência, pois não ia às aulas e ficava no laboratório usando internet; **que, Anahi ao saber das condições impostas pelo pai, disse que não queria estudar e nem trabalhar**; que, disse que iria ficar indo para a faculdade para usar a internet; que, então Anahi bateu em Romina, quebrou um vidro da janela do apartamento **e pegou as bagagens e foi procurar a mãe, pois ela não tinha para onde ir; que, a declarante esclarece que Anahi há anos não falava e não aceitava a mãe e inclusive queria processá-la “por qualquer motivo” [...].(grifei).**

Pelo relato das irmãs, percebe-se que Anahi teve uma trajetória difícil e rebelde na adolescência e início da idade adulta; não seguia regras e ordens do pai, fazia como queria e bem entendia, saía de casa e voltava com frequência. Entretanto, o estopim da relação de Anahi com as irmãs e o pai, ao que tudo indica, deu-se no seu último retorno para casa, quando o genitor não a aceitou “de portas abertas”, mas sim mediante o cumprimento de determinadas condições (Anahi deveria voltar a estudar e a trabalhar), o que gerou sua revolta e culminou na procura da ré pela mãe.

Tal acontecimento teria ocorrido no ano 2000, quando Anahi contava com 25 anos de idade, lembrando que desde 1992 as filhas teriam

rompido qualquer contato com a mãe; ou seja, em fevereiro de 1988 foram abandonas e apenas entre 1990 a 1992, voltaram a ter o primeiro contato/relação entre filhas e mãe, que novamente foi rompido de forma desastrosa.

Certamente este é o marco “divisor de águas” na relação familiar, o ano de 2000: Anahi e a mãe Marlete juntas, depois de sete anos de rompimento, de um lado, Annanélia, Romina e o pai Nélio, de outro.

Neste mesmo ano (junho/2000), Anahi ajuizou ação indenizatória de danos morais contra o pai, sob a alegação de ter sofrido abusos sexuais por parte dele durante sua infância e adolescência. Na petição inicial, Anahi conta versão que vai totalmente de encontro da apresentada pelas irmãs (fls. 54/80), indicando que o pai, além de abusá-la sexualmente, também o fazia com Annanélia e Romina, e teria colocado as filhas contra a mãe Marlete.

Em setembro/2001 Anahi prestou depoimento junto ao Ministério Público contra o “de cujus” (fls. 82/83), narrando os mesmos fatos e motivos, o que culminou com Inquérito Policial e Denúncia recebida, iniciando-se a respectiva ação penal contra ele em julho/2002 (fls. 40).

Os depoimentos prestados por Anahi na delegacia e nas ações propostas (fls. 180/185) tinham, basicamente, o mesmo teor da petição inicial ajuizada na vara cível. Transcreve-se, por oportuno, o termo de declaração feito na 6ª DP da Capital, prestado em 22.04.2002, a fim de avaliar o nível de gravidade das acusações que fez contra o “de cujus” (fls. 180/181):

[...] ratifica sua declaração prestada na 4ª Promotoria de Justiça desta Comarca e petição inicial de “ação de indenização de responsabilidade civil por danos morais” que tramita na 4ª Vara Cível da Capital e acrescenta que foi vitimizada sexualmente pelo pai durante quase 12 anos; que, quando tinha 22 anos, enviou para uma lista de discussão e auto-ajuda, na internet, o abuso que sofria, que, através desta lista a declarante criou coragem para revelar o abuso sofrido a alguns professores da universidade

e também à sua mãe; que, acrescenta também que viu uma vez o pai fazendo sexo oral na irmã mais velha que se chama ANANÉLIA; que, era de madrugada, a declarante se levantou e flagrou os dois na sala sem roupas, da cintura para baixo e o pai fazendo sexo oral em Ananélia; que, quando os dois notaram a presença da declarante ficaram sem graça e seu pai cobriu o pênis com a calça que estava no chão; que, no dia seguinte todos agiram como se nada tivesse acontecido; que, quando a declarante estava com dezessete anos, resolveu contar para Ananélia sobre o abuso que vinha sofrendo por parte do pai; que, ela ao ouvir agiu com indiferença, como se não tivesse acreditando no que a declarante lhe relatava; que, depois que a declarante fez a revelação, Romina contou para a declarante que o pai também já tinha abusado sexualmente dela e que fazia sexo oral nela quando ela dormia; que, atualmente, as duas irmãs estão morando com o pai da declarante e romperam relação com esta ao saber que está processando o pai criminalmente; que, acrescenta que o pai lhe molestava quando estava dormindo, beijando o seu corpo, colocando a língua em seu ouvido e tentando penetração anal; que, somente uma vez ele tentou bruscamente a penetração anal, não conseguindo porque a declarante levantou-se do colchão na sala, vestiu a calcinha e o pijama que o pai tinha tirado; que, há quase três anos a declarante não tem contato com o pai.

Durante o trâmite das referidas ações, entre os anos de 2002/2005, Anahi foi à imprensa (do jornal local, à revista de circulação nacional) e expôs a sua versão, e toda a família, publicamente, conforme se verifica dos documentos acostados às fls. 187/194, dos quais destaco os seguintes trechos:

Durante praticamente toda a vida, Anahi teve que lutar contra a surdez e contra a violência silenciosa dentro de casa: o abuso sexual cometido pelo pai. No ano de 2000, munida de informações obtidas através da universidade e internet, quebrou um silêncio de 12 anos, decidiu voltar a morar com a mãe e processar o pai. [...] Cerca de dois meses depois, o Diário Catarinense publicou, com manchete de capa, matéria sobre o processo movido por Anahi contra o pai. (Jornal Fato&Versão - Cláudia Schaun – Jornalismo – 8º semestre – fl. 192/194).

Quando a mãe nos entregou ao meu pai – eu tinha 11 anos de idade – ele não tinha nenhuma estrutura para nos receber. Uma tia teve de providenciar colchonetes. Por ideia dele, nos alternávamos em colchões improvisados e na cama. Estabeleceu-se uma espécie de rodízio. No começo, tudo bem. Pouco a pouco, nas vezes em que eu dormia na cama, ele passou a fazer um tipo de carinho que me deixava constrangida. Não falava nada com minhas irmãs porque nem saberia o que falar. Passei a inventar desculpas de que tinha dor nas costas para dormir no chão. Uma noite, acordei e vi o pai ajoelhado se masturbando na minha frente. Fiquei apavorada, não sabia o que fazer. Fingi que estava dormindo, virei para o outro lado, mas continuei vendo a sombra dele na parede. Na manhã seguinte ninguém falou nada. Era o muro do silêncio. [...] (Jornal O Globo – 15 de fevereiro de 2004 – fl. 189v).

O caso da jovem que, depois da separação dos pais, ficou morando com o pai e foi sistematicamente abusada por ele dos 12 aos 22 anos de idade. [...] A filha é Anahi Guedes de Mello, hoje tem 29 anos – e, corajosamente, falou com o rosto à mostra ao lado da mãe, Marlete. (Revista Veja, 15 de junho de 2005 – fl. 187).

Em 12.07.2005, antes de ser prolatada as sentenças dos processos ajuizados por Anahi, o “de cujus” ingressou com ação ordinária para excluí-la de qualquer direito sucessório (autos nº 023.04.694851-4 - fls. 86/89), oportunidade em que na contestação Anahi teria deixado claro seu desejo de não receber nada proveniente de seu pai, aduzindo “[...] Por fim, saliente-se que não há razão para que o autor se preocupe com a ‘intenção’ da Requerida, que alega ser de ‘obter para si vantagem financeira’, pois aquela pretende, oportunamente, abrir mão de seu quinhão hereditário, pois as únicas coisas de valor que poderia ter recebido de seu pai, ora autor, quais sejam, amor, proteção, respeito e segurança emocional, já lhe foram recusadas desde a infância” (fl. 77 da ação de Arrolamento n. 023.09.055099-7, em anexo). A ré não se contrapôs a esta informação, inferindo-se, pois, ser verdadeira.

Entretanto, referido processo foi julgado extinto sem resolução de mérito, por ilegitimidade ativa, porém no corpo da sentença foi

mencionado que “a *única forma que teria o interessado ainda em vida, de afastar possível herdeiro de sua sucessão, seria através de expressa declaração da causa firmada por meio de testamento*” (fl. 87 do autos de Arrolamento).

Logo, é idêntica a finalidade de ambos os institutos, “que é o afastamento da herança de quem foi ingrato ou se portou insidiosamente com o autor da herança. Realmente, mostra-se contrário à moral humana que o ofensor, ou o que prejudicou o falecido, seja, após, favorecido com os bens que este tinha”.³

Não houve recurso e o trânsito em julgado ocorreu em 23/07/2008 (fl. 87). O testamento não chegou a ser realizado, provavelmente em virtude já do grave estado de saúde de Nélio que veio a falecer em 30/11/2009, ocasionado por um infarto no miocárdio maciço, insuficiência renal crônica e hipertensão arterial sistêmica, conforme certidão de óbito às fl. 06 do Arrolamento.

Em 15.08.2005, dois meses após a matéria jornalística circulada na Revista Veja e um mês depois da ação ajuizada pelo “de cujus”, o processo cível de indenização por danos morais da ré contra ele, é julgado improcedente por falta de provas, conforme cópia da sentença acostada às fls. 12/17, da qual colaciono o seguinte excerto:

O fato ressalta atenção eis que vige uma relação tumultuada, que é familiar.

Da prova documental trazida nos autos, não há qualquer indício de que o requerido tenha agido como apontou a autora.

As cartas e e-mail subscritos e trazidos aos autos, mesmo após a autora sair da guarda de seu pai, **são deficitárias de qualquer elementos capazes de levar a reclamação ou perturbação da mesma pela alegada existência de abuso sexual – atos libidinosos.**

As matérias jornalísticas são absolutamente imprestáveis para os fins colimados, não se destinam a apresentar elementos de provas.

³ RIZZARDO, Arnaldo. Direito das Sucessões. Forense: Rio de Janeiro, p.85.

No processo crime – prova emprestada – as declarações das testemunhas nada indicam sobre a efetiva existência da prática do ilícito eleito pela autora em face do réu.

Na verdade o que vem a desfavor do réu, é o tumultuado depoimento pessoal da autora, sem outros elementos de provas. Contra isto está a negativa do réu, em todas as circunstâncias.

[...]

A dra. Elisa Pimenta, advogada dos pais da autora, quando da separação, apontou que recebeu informação de que a autora estava sendo assediada pelo pai, fato este noticiado pela mãe da autora, Marlete. (anoto desde logo, que a Sra. Marlete não é pessoa pelo qual se pode depositar créditos nos seus dizeres, face a sua conduta não ser normal, como por exemplo, uma mãe abandonar suas filhas).

Esta advogada, declarou não ter percebido contato de indícios em que o réu tenha praticado os fatos e completou: “ **... nunca viu as filhas do réu demonstrar-se revoltada com o mesmo, mas sim em relação a mãe, Marlete;...**” (fl. 303).

[...]

A Sra. Ione Lopes Rosa vizinha do réu, informou o carinho e as circunstâncias em que o mesmo vivia com as três filhas, abandonada pela (Marlete), tendo que se privar de muitas coisas, afastando por completo a possibilidade da existência dos fatos noticiados na inicial. **Fato importante é que a filha desta testemunha brincava com as filhas do réu, e como criança, não fizeram qualquer reclamação ou demonstrarem irregularidade existente na relação familiar pai e filhas.**

A prova é ausente e os indícios são todos contrários a versão da autora, levando então, a improcedência por completo da reclamação.

[...]

As suas testemunhas, apontaram apenas a questão emocional, isto é, que a autora chorava e estava nervosa, quando relatou os fatos para suas professoras, sendo que estas, em juízo, sequer identificaram a ação ilícita, supostamente existente e apontada ao réu. (grifei)

Anahi recorreu de referida sentença, mas o Tribunal de Justiça Catarinense a manteve (fls. 19/29) pelos próprios fundamentos. Por relevante, destaca-se o seguinte trecho:

Afora sua versão, nada há nos autos para sustentar as alegadas violências de natureza sexual, todas elas pormenorizadamente esmiuçadas na petição inicial. O que disseram Elisa Helena de Rezende Corrêa Pimenta, a advogada da progenitora nos autos da ação de alimentos e guarda que tramitou na vara especializada (fls. 303/304), Taisa Maria Ferreira Bourguignon (fls. 283/284) e Sonia Maria Hickel Probst (fls. 285/286), **estas últimas professoras da autora no período universitário, o disseram a partir do que lhes disse a autora. Isto é, tudo quanto disseram tem valor a partir da importância que se possa dar às declarações prestadas pela autora.**

O mesmo se diz em relação ao noticiário jornalístico colhido e reproduzido nos autos, uma vez que **tudo tem como fonte de referência a própria autora.**

Ou seja, há um círculo que se fecha em si mesmo, impedindo que elementos estranhos possam ser invocados para aferir a veracidade do que alega a autora.

O próprio processo criminal gira em torno destas mesmas circunstâncias e ele ainda não findou (conforme consulta ao Sistema de Automação do Judiciário – SAJ que se faz nesta data), o que impede qualquer possibilidade de aqui refletir seus efeitos.

[...]

A autora acusa o pai de atos que guardam proporções de gravidade e tem, hoje, o apoio da progenitora, aquela que um dia foi o objeto de desprezo das 3 (três) filhas.

O comportamento da progenitora, ainda que desconhecidas as reais razões de o juízo da família ter optado pela guarda em favor do pai – repete-se – pode ser compreendido a partir do bilhete encontrado à fl. 36 (está no original). Ele foi deixado na portaria do prédio onde morava o pai, junto com as 3 (três) filhas menores (contavam com 9, 12 e 13 anos de idade). O abandono – assim se diz na expressão literal

da palavra, o que se comprova com o teor do depoimento prestado pela testemunha Ione Lopes da Rosa, de fls. 308/309 – provocou a situação depois consolidada: as filhas permaneceram residindo com o pai até a maioridade.

Ainda que se dissesse, como de fato se disse, que **o ato correspondeu a uma “técnica de cobrança de pensão atrasada”**, o certo é que a partir daí o pai passou a desempenhar também o papel de mãe, o motivo de ser conhecido no prédio pelo extremo cuidado e carinho dispensado às filhas menores (a testemunha Ione Lopes da Rosa refere a expressão “mãe Nélio”).

O papel da progenitora em tudo o que se narrou na petição inicial merece uma análise mais cuidadosa, valendo recordar, para desqualificar os **assaques praticados contra a honra do requerido**, que seu comportamento de abandono das filhas, entregando-as, literalmente, nas mãos do pai, é incompreensível se ela já tinha ciência dos abusos sexuais por ele praticados (assim ela denunciou o ex-marido na ação de guarda e responsabilidade, conforme o teor da peça reproduzida, parcialmente, às fls. 146/148).

Na versão apresentada pela apelante, os mesmos abusos sexuais teriam sido praticados pelo requerido contra as irmãs Annanélia e Romina.

Annanélia, coerente com o que sempre afirmou nas vezes anteriores em que foi indagada destes fatos, em juízo negou peremptoriamente que assim se tenha feito em relação à sua pessoa ou às demais irmãs, referindo-se ao pai como pessoa de comportamento exemplar, que não mediu esforços na tarefa de bem educá-las após o abandono pela mãe (fls. 305/306).

Romina não foi inquirida em juízo porque se encontra residindo nos Estados Unidos (“ilegalmente”, foi dito). Mas assinou um “a quem interessar possa”, datado de 1º.07.2003, em que refuta tudo quanto foi afirmado pela apelante, o que fez em minucioso escrito datilografado e que superou a 3 (três) laudas (fls. 218/221). Depois, subscreveu a “declaração” de fl. 280, datada de 10.12.2004 (uma vez mais a firma foi reconhecida por tabelião), em que afirmou: “nunca sofri qualquer tipo de abuso ou violência sexual por parte de meu pai, Nélio Guedes

de Mello, bem como nunca presenciei ou tive conhecimento de abusos da mesma natureza contra minhas irmãs Annanélia Guedes de Mello e Anahi Guedes de Mello”. (grifei)

Conforme se verifica dos mencionados excertos, toda contenda do abuso sexual gira em torno dos depoimentos, narrações e dizeres únicos e exclusivos de Anahi, que não contente em propor a ação cível contra o “de cujus”, foi responsável pela ação penal ajuizada contra ele, participando, inclusive, como assistente da promotoria (fl. 146), porém, foi posteriormente extinta em razão de sua morte, fl. 33. Importante registrar, pelo que se observa, que possivelmente Nélio Guedes de Mello seria absolvido diante da fragilidade da acusação, já que as provas eram praticamente as mesmas da ação cível.

O falecimento em 30.11.2009 abriu a sucessão, e pelo Plano de Partilha o único bem a ser dividido é um apartamento que já foi vendido a terceiro (fl. 97 do Arrolamento); portanto, restaria o valor pecuniário da transação comercial.

Feito este longo retrocesso ao passado, necessário para se ter em mente toda a trágica saga que se abateu sob esta família, volta-se ao pedido inicial das autoras de exclusão da ré da herança paterna, por indignidade.

3. As testemunhas e informantes ouvidas nos presentes autos pouco esclarecem sobre o objeto desta lide, mais uma vez há apenas reprodução dos fatos atinentes ao alegado abuso, que permaneceu no terreno da dúvida invencível, razão pela qual não serão reproduzidos e utilizados nesta sentença.

A questão a ser analisada agora é: i) a ré pode ser declarada herdeira indigna? ii) as ações, cível e criminal, das quais foi a grande responsável, são passíveis de caracterizar a denúncia caluniosa? iii) a extinção da punibilidade da ação penal, sem mérito, em virtude da morte do réu, impede a análise do inc. II do art. 1814 do C.C.? iv) os atos cometidos pela ré justificam sua exclusão do direito de receber a herança do pai?

A única resposta negativa é da terceira pergunta, as demais são todas afirmativas, ou seja, a extinção da punibilidade da ação penal não impede a declaração de indignidade da ré. Explica-se.

3.1. É verdade que durante todos estes anos não houve sentença (tampouco processo) criminal contra Anahi por denúncia caluniosa ou qualquer outro crime contra a honra (conforme previsto no art. 1.814, II, CC), nem mesmo testamento público deixado por Nélio deserdando a filha.

Porém, também é verdade que a ré, que não pode alegar nenhuma insanidade mental, nem coação materna, durante os últimos anos agiu de todas as formas possíveis para denegrir a imagem do “de cujus”, seu pai.

Da mesma forma, é fato que a falsidade da acusação sexual que fez contra o pai, praticamente é impossível de ser comprovada, frente ao tempo decorrido e diante da inexistência de testemunha ocular. As únicas duas pessoas que poderiam confirmar os fatos, as irmãs, negaram veemente. A mãe não tem a menor credibilidade, seja pela forma que abandonou as filhas, seja pelos demais atos que dali decorreram e já foram expostos em várias manifestações judiciais. A ação cível de indenização moral restou improcedente e pelo mesmo caminho seguia a ação penal.

O art. 339 do Código Penal, ao capitular o crime de Denúncia Caluniosa, exige praticamente dois atos: dar causa à instauração de investigação policial, de processo judicial, etc..., e imputar crime de que sabe ser o réu inocente. Ao que parece, os dois requisitos restaram suficientemente demonstrados para fins de avaliar o objeto da lide.

Isto porque, o inc. II do art. 1.814 do Código Civil ao trazer as hipóteses de exclusão, apesar de taxativas, não exigem a condenação judicial por denúncia caluniosa, “não significa estar-se utilizando o método de interpretação extensiva – inaplicável por tratar-se de norma sancionatória -, mas sim, tão somente, que se busca alcançar o âmbito

de previsão normativa, nos limites da sua própria dicção, e segundo uma perspectiva lógica e de bom senso”.⁴

Nesta toada, pois, basta que a ré tenha “acusado caluniosamente em juízo o autor da herança”. Observa-se, apenas para pontuar, que até na hipótese do inc. I – atentado contra a vida - não se reclama a condenação criminal para declarar a indignidade.

Arnaldo Rizzardo⁵, descreve claramente a situação em litígio, pois “para caracterizar-se esta causa, basta que seja dado início à ação policial ou judicial. Não é necessária a prévia manifestação do juiz criminal, reconhecendo a culpabilidade, com a condenação. Isto porque não é fora de cogitação que a investigação policial não prossiga, ou que, em juízo, termine a ação penal sem uma definição da conduta delituosa”. É o que se tem nos autos.

É fato que uma absolvição penal não retira os danos morais causados por uma acusação tão grave e, principalmente, quando exposta publicamente através da imprensa.

Ou seja, aos olhos da sociedade, principalmente nesta, onde todos residiam, o “de cujus” já estava moralmente destruído, acusado de um crime chocante praticado contra a própria filha, quiçá as outras duas. Viver com esse estigma, por certo, não deve ter sido fácil.

Sua reputação, moral, honra e idoneidade foram derruídas pelas acusações da ré, que, juntamente com a mãe (a mesma que a abandonou anos antes) não mediram esforços para ceifar qualquer ponta de dignidade que ainda existia em Nélio. Esta mãe que parece esquecer que as autoras também são suas filhas, e ao invés de tentar reunir o núcleo familiar, mais uma vez contribui com sua divisão.

⁴ GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. Novo Curso de Direito Civil: Direito das Sucessões. vol7. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2015, pg. 153.

⁵ ob.cit.pag.87.

Anahi demonstrou inconsistência em suas atitudes e dizeres durante toda a vida, nunca conseguiu comprovar os abusos, nem mesmo as irmãs ficaram de seu lado (que também teriam sido supostamente abusadas, o que causa, no mínimo, grande estranheza), sempre se apegou às provas criadas por ela mesma (testemunhas que apenas reproduzem os seus dizeres), diz que não queria nada do pai, mas suas atitudes demonstram o contrário (primeiro com a ação de indenização cível, e agora no inventário), indicando que sempre esteve interessada sim no patrimônio paterno.

Por tudo isso, julgar improcedente o presente pedido seria desconsiderar a vontade do pai, que ajuizou ação requerendo expressamente a exclusão da filha da herança, pelo mesmos motivos que as autoras clamam por sua indignidade, bem como apagar todo o ocorrido e ignorar a relação conturbada causada pela filha Anahi. Se fosse o contrário, tampouco a ré gostaria de deixar qualquer herança ao seu ascendente, visto a falta de relação de cumplicidade e afeto entre eles.

Sobre o assunto, destaca-se da doutrina⁶:

A vocação hereditária nascida do parentesco ou da vontade (legítima ou testamentária) supõe uma relação de afeto, consideração e solidariedade entre o autor da herança e o sucessor (Borda, 1987, v. 1:75). No entanto, o sucessor, chamado pela ordem de vocação hereditária, pode praticar atos indignos dessa condição de afeto e solidariedade humana. É moral e lógico que quem pratica atos de desdouro contra quem lhe vai transmitir uma herança torna-se indigno de recebê-la. Daí por que a lei traz descritos os casos de indignidade, isto é, fatos típicos que, se praticados, excluem o herdeiro da herança. A lei, ao permitir o afastamento do indigno, faz um juízo de reprovação, em função da gravidade dos atos praticados. [...].

Importante trazer à baila os princípios da autonomia da vontade e do respeito à vontade manifestada. O primeiro é um dos mais importantes

⁶ VENOSA, Silvio de Salvo, Direito civil: direito das sucessões, vol.7. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 68/77

princípios do Direito Civil, que se desdobra, no campo das sucessões, no segundo. Sobre o assunto, lecionam Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona⁷:

Com efeito, o sentido de admitir a produção de efeitos *post mortem* em relação a determinado patrimônio está justamente no respeito à manifestação da declaração de vontade do seu titular originário.

[...]

Tal princípio deve prevalecer, inclusive, no caso de simples irregularidades testamentárias formais ou de modificações supervenientes de situação de fato, se for possível verificar, inequivocadamente, qual era a intenção do testador.

Para finalizar relembro palavras, há muito tempo lidas, mas jamais esquecidas, do Desembargador Dorival Renato Pavan: “Não enxergar fatos que estão diante dos olhos é manter a imagem da justiça cega. Condenar à invisibilidade situações existentes é produzir irresponsabilidades, incompatível com a atividade jurisdicional, que está dirigida, exatamente, para solucionar conflitos, não para prolongá-los ou negar a prestação jurisdicional adequada ao caso concreto”.

Ante o exposto, com fulcro no art. 269, I, CPC e art. 1.815 do Código Civil, **JULGO PROCEDENTES** os pedidos feitos por **Annanélia Guedes de Mello e Romina Guedes de Mello** na Ação de Exclusão de Herdeiro por Indignidade, para declarar **Anahi Guedes de Mello** herdeira indigna, devendo, por conseguinte, ser excluída da sucessão de Nélio Guedes de Mello, conforme fundamentos já expostos.

Condene a ré ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, fixados em R\$ 2.000,00, nos termos do art. 20, § 4º do Código de Processo Civil, já que não é beneficiária da justiça gratuita.

Junte-se cópia da presente sentença nos autos de inventário nº 023.09.055099-7.

⁷ GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. Novo Curso de Direito Civil: Direito das Sucessões. vol7. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Transitada em julgado, arquivem-se.

Florianópolis (SC), 16 de dezembro de 2015.

Erica Lourenço De Lima Ferreira
Juíza de Direito

Autos nº: 0302566-76.2015.8.24.0033

Comarca de Itajaí

Ação: Procedimento Sumário/PROC

Requerente: Élvis Tarcisio Marques

Requerido: Ebba SA Empresa Brasileira de Bebidas e Alimentos SA

Vistos etc.

Élvis Tarcisio Marques ajuizou a presente de AÇÃO DE REPARAÇÃO CIVIL POR DANO MATERIAL E MORAL contra Ebba SA Empresa Brasileira de Bebidas e Alimentos SA, fundada em direito obrigacional por responsabilidade civil, na qual pretende condenação do réu à devolução de R\$ 22,74 e ao pagamento de R\$ 20.000,00 a título de danos morais.

Contou que em 5-1-2015 comprou 3(três) caixas do produto Néctar de Morango no valor de R\$ 11,37; que, ao ingerir o produto e conferir a sua formulação, surpreendeu-se com o fato de que é fabricado com maior quantidade de maçã, mas vendido como se fosse de morango.

Registrou que a Resolução RDC 259/2002 da Anvisa regulamenta a apresentação da informação dos rótulos de alimentos; que a oferta do produto não foi clara e objetiva (art. 31 do CDC); que o réu age assim porque o quilo da maçã custa R\$3,40, enquanto que o quilo do morango custa R\$20,00; que a conduta do réu consiste em publicidade enganosa (art. 37 do CDC) que lhe causa dano material e moral.

Com amparo nos dispositivos legais pertinentes, pediu: a)citação do réu e justiça gratuita; b)condenação do réu a devolver em dobro o valor do produto e a pagar indenização pelo dano moral; d)condenação do réu ao pagamento de despesas processuais e honorários advocatícios. Valorou a causa (art.258 e 259 do CPC). Juntou documentos (art.283 do CPC).

Distribuída (art.251, 2ª parte, do CPC) e recebida a inicial (art.285, 1ª parte, do CPC), foi ordenado o seu registro (art.251, 1ª parte, do CPC) e sua autuação (art.166 do CPC).

Na data designada para audiência de conciliação (art. 277 do CPC), apregoaram-se as partes. Todos presentes, foi proposta a conciliação e não houve consenso.

O réu apresentou resposta na forma de contestação (art. 300 do CPC), arguindo, em síntese, que as informações do rótulo do produto dizem que se trata de néctar misto de morango e de maçã; que o concentrado é adoçado com maçã; que não houve dano moral. Pugnou pela improcedência dos pedidos.

Em audiência, o autor tomou ciência da contestação e reiterou o pedido para produção de prova oral e pericial, a qual foi indeferida. Vieram os autos conclusos para julgamento.

É a síntese do essencial. DECIDO:

Trata-se de ação de reparação civil por dano material e moral na qual o autor pretende a condenação do réu à devolução de valores e ao pagamento de indenização em razão de publicidade enganosa.

Sem preliminares nem prejudiciais.

O *meritum causae* limita-se a verificar se houve prática de publicidade enganosa contrária à legislação consumerista brasileira e se isso caracteriza ato ilícito capaz de gerar dano moral indenizável.

1 Da aplicação do CDC

Ao caso aplica-se a Lei Federal n. 8.078/1990 – Código de Defesa do Consumidor – pois é nítido que o autor destinatário final (art. 2º) adquiriu o produto (art. 3º, §1º) do réu fabricante (art. 3º, *caput*) e, após consumi-lo e informar-se de sua composição, sentiu-se lesado em razão de alegada publicidade enganosa (art. 37) constante no rótulo. Portanto,

teria sofrido o autor dano pelo fato do produto (art. 12 do CDC), passível de indenização.

Assim, como regra de julgamento (art.6º, VIII, do CDC) fica invertido o ônus da prova, de modo que cabe ao réu responder independentemente da existência de culpa (art. 12 do CDC), porém pode não ser responsabilizado se provar que não colocou o produto no mercado (§ 3º, I); se colocou, o defeito inexistente (§ 3º, II); se a culpa for exclusiva do consumidor ou de terceiro (§ 3º, III); ou, ainda, se houver causa excludente de ilicitude (art. 188, CC).

2 Da publicidade enganosa

Sobre a publicidade enganosa, prevê o CDC:

Art. 37. É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva.

§ 1º É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços.

§ 2º É abusiva, dentre outras a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeite valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança.

§ 3º Para os efeitos deste código, a publicidade é enganosa por omissão quando deixar de informar sobre dado essencial do produto ou serviço.

Art. 38. O ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina.

O egrégio Tribunal de Justiça de Santa Catarina orienta: “A característica principal da publicidade enganosa, segundo o CDC, é ser suscetível de induzir ao erro o consumidor, mesmo através de suas omissões” (Cláudia Lima Marques). Logo, se a propaganda não é capaz

de inculir no consumidor falso juízo acerca do negócio anunciado, não há falar em publicidade enganosa” (TJSC, Apelação Cível n. 2008.033937-6, de Blumenau, rel. Des. Luiz Carlos Freyesleben, j. 30-09-2010).

No caso, entendo que – apesar de a embalagem do produto, a princípio, ter uma imagem ostensiva e grande de “morango” e passar a impressão de conter somente essa fruta (fl. 51) – não é omitida nem escondida a informação de que a bebida também contém concentrado de maçã e açúcar (fls. 51-53). Basta um olhar atento para se perceber isso.

A se admitir a linha de raciocínio do autor – de que houve publicidade enganosa no produto do réu porque vende suco de maçã como se fosse de morango, passível de ludibriar o consumidor – passaria-se a classificar da mesma forma várias condutas comerciais que, a bem da verdade, apenas tentam destacar o que de melhor há no produto vendido. É o que se chama de *dolus bonus*. Porém, basta o consumidor com capacidade normal do homem mediano indagar e prestar atenção aos produtos que logo distinguirá e escolherá o produto que melhor lhe apraz e condiga com as especificações buscadas.

De uma simples conferida no rótulo do produto trazido às fls. 51-53 se conclui que o sabor predominante do produto é morango, mas a bebida é produzida com néctar misto de maçã e morango. Então, entendo que o réu não deixou de informar sobre dado essencial do produto e não vejo que o autor ou qualquer consumidor possa ser induzido a erro por conta disso.

Isso porque “Descabe a alegação de propaganda enganosa nos casos em que a publicidade veiculada não revela nenhum dado prejudicial ou inverídico, consoante dispõe o § 1º do artigo 37 do Código de Defesa do Consumidor” (TJSC, Apelação Cível n. 2009.054613-2, de Curitiba, rel. Des. Jairo Fernandes Gonçalves, j. 09-05-2013)

Sobre o assunto o egrégio Tribunal de Justiça de Santa Catarina já julgou casos similares da seguinte forma, *mutatis mutandis*:

APELAÇÃO CÍVEL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. MORTE POR DOENÇA PULMONAR. TABAGISMO. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. PEDIDO CALCADO NA ALEGAÇÃO DE QUE AS EMPRESAS RÉIS INFRINGIRAM O DEVER DE INFORMAR OS MALEFÍCIOS OCASIONADOS PELO USO PROLONGADO DE CIGARRO ANTES DA ENTRADA EM VIGOR DA CONSTITUIÇÃO DE 1988. INEXISTÊNCIA DE ATO NORMATIVO. ATO ILÍCITO INEXISTENTE. RESPONSABILIDADE CIVIL QUE PRESSUPÕE UM DEVER JURÍDICO PREEXISTENTE. INEXISTÊNCIA DE OFENSA À BOA-FÉ OBJETIVA. PROPAGANDA ENGANOSA NÃO CARACTERIZADA. LIVRE ARBÍTRIO DO CONSUMIDOR. DECISÃO MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. 1. “Não se nega, tampouco se censura, a existência de algo fantasioso nas propagandas, artifício utilizado com o fim de despertar a simpatia do espectador em relação a determinado produto, e, nem por isso, a publicidade passa a ser enganosa. Cabe ao consumidor distinguir a fantasia da realidade, utilizando, senão dos elementos veiculados no próprio comercial, a experiência de vida adquirida ao longo dos anos. Por certo, não se espera que o consumidor, ao assistir um comercial de uma marca esportiva, na qual se veicula a imagem de uma atleta de notável desempenho utilizando um determinado produto, acredite que ao fazer uso do item comercializado adquira habilidade idêntica, sendo capaz de fazer as mesmas coisas mostradas no comercial. Pelo mesmo motivo, não é tida como enganosa a publicidade de cigarro que mostra pessoas bonitas em lugares paradisíacos, posto que ao homem médio não é dado crer que o simples fato de fumar lhe garanta igual beleza, não havendo, por isso, qualquer indução em erro” (Extraído do corpo do acórdão da Apelação Cível n. 2002.012964-5, de Itajaí, rel. Des. Salete Silva Sommariva). 2. “A nicotina pode até causar dependência física e psíquica, mas não a ponto de retirar do fumante sua autodeterminação. A decisão pessoal de iniciar e continuar a fumar é fruto da escolha consciente do fumante, sendo cediço que inúmeras pessoas largam o hábito quando decidem fazê-lo, necessitando apenas de força de vontade para persistir nessa decisão” (TJMG, Apelação Cível nº. 446.375-6, Rel. Des. Alvim Soares, j. 20.11.2001). (TJSC, Apelação Cível n. 2009.036577-6, de Criciúma, rel. Des. Jorge Luis Costa Beber, j. 14-02-2013).

Enfim, vejo que a apresentação do produto em si destaca a predominância do sabor da fruta morango, mas sem descuidar de informar sobre seus outros componentes, tais como maçã e açúcar. Nem por isso pode ser tida como publicidade enganosa. Improcede a alegação do autor nesse ponto.

3 Do dano moral

Sabe-se que “Para que se configure a responsabilidade civil e, conseqüentemente, o dever de indenizar, exige-se uma conduta ilícita (comissiva ou omissiva), um dano (patrimonial ou extrapatrimonial) e o liame de causalidade entre aquela e este” (TRF4, EInf n. 5002673-08.2010.404.7104, Des. Federal Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, por maioria, j. 18-6-2015).

Provado então que inexistente defeito na apresentação de produto que caracterize publicidade abusiva, não há falar em conduta ilegal geradora de dano, muito menos moral.

Diante do exposto, tendo o réu logrado êxito em provar, no curso da demanda, a inexistência de conduta ilícita para o reconhecimento da pretensão reparatória, improcedem os pedidos iniciais.

Não posso deixar de registrar o sentimento de perplexidade em ter que apreciar demandas com esse tipo de conteúdo. Por ser muito fácil ingressar em juízo, acabamos chegando a situações como a presente. Alguma reflexão é indispensável.

O acesso à justiça, pregado por Cappelletti e Garth (CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Trad. Helen Grace Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1988), recebeu imponente impulso com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Contudo, a questão que se enfrenta é se no nosso país, onde há extrema exclusão social, onde recursos e meios para garantia do acesso ao Poder Judiciário são parcos (AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez & Escolha**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001), legitima-se a aceitação de toda e qualquer tipo de lide apresentada ao Judiciário.

Penso que a resposta é negativa.

Primeiro porque o Judiciário não pode ser visto como gestor de acesso à satisfação ilimitada dos jurisdicionados. Para o cidadão que reivindica tudo historicamente é preciso dizer “não”. É o que Charles Melman chama de “Nova Economia Psíquica”, sobre o qual ilustra:

O direito me parece, então, evoluir para o que seria agora, a mesmo título que a medicina dita de conforto, um direito ‘de conforto’. Em outras palavras, se, doravante, para a medicina, trata-se de vir a reparar danos, por exemplo os devidos à idade ou ao sexo, trata-se, para o direito, de ser capaz de corrigir todas as insatisfações que podem encontrar expressão no nosso meio social. Aquele que é suscetível de experimentar uma insatisfação se vê ao mesmo tempo identificado com uma vítima, já que vai socialmente sofrer do que terá se tornado um prejuízo que o direito deveria – ou já teria devido – ser capaz de reparar (MELMAN, Charles.

O Homem sem Gravidade: gozar a qualquer preço. Trad. Sandra Regina Felgueiras. Rio de Janeiro: Companhia de Freud, 2003. P.106).

Segundo que, de acordo com levantamento do egrégio Tribunal de Justiça de Santa Catarina, um processo custa, em média, mil reais. É verdade que isso deve ser agora contemporizado por conta dos processos eletrônicos. Mesmo assim, a esse respeito é necessário dizer que o exercício do direito de demandar em Juízo presume um Poder Judiciário apto a dar movimentação ao pleito, o que exige custos alarmantes e emperram resolução de questões sociais mais sérias, tudo em razão da banalização do direito de ação.

Nesta comarca de Itajaí, há milhares de ações esperando julgamento, para uma quantidade insuficiente de Juízes. É impossível que se promova, de fato, a garantia do acesso à Justiça, mais ainda se o sujeito quer satisfazer judicialmente questões de outra ordem, na lógica do: se não custa nada, vou incomodar. Isso somente prejudica os demais jurisdicionados que têm questões muito mais relevantes a serem apreciadas.

Compreendo que agiu o autor como jurisdicionado, na crença de seu direito. É plausível sua conduta, na medida em que atribuiu ao

Estado a solução do conflito. Não deseja o autor tola bajulice, nem esta ação pode ter conotação de incompreensível futilidade. O cerne do inconformismo é de cunho eminentemente subjetivo, e ninguém, a não ser o próprio autor, entende o desassossego do seu inconformismo. Entretanto, melhor seria, se o autor insiste na sua razão, ter acionado órgãos de defesa do consumidor, tais como Procon, Idec ou mesmo o Ministério Público, para que pudessem promover, se fosse o caso, ações coletivas.

Isso posto, **JULGO IMPROCEDENTES** os pedidos formulados por **Élvis Tarcisio Marques** contra **Ebba SA Empresa Brasileira de Bebidas e Alimentos SA** e declaro a extinção do processo, com resolução do mérito, forte no art. 269, I, do CPC.

Condeno o autor ao pagamento das custas processuais e dos honorários em prol do patrono do réu, que fixo em R\$2.000,00. Fica suspensa a exigibilidade, pois beneficiário da Lei Federal n. 1.060/1950 (fl. 29).

Eventuais apelações interpostas serão recebidas nos efeitos devolutivo e suspensivo (art. 520 do CPC), salvo nas hipóteses de intempestividade e, se for o caso, ausência de preparo, que serão oportunamente certificadas pelo Cartório.

Interposto(s) o(s) recurso(s), caberá ao Cartório, mediante ato ordinatório, abrir vista à parte contrária para contrarrazões.

Sentença publicada e registrada eletronicamente.

Após o trânsito em julgado, arquivem-se.

Intimem-se.

Itajaí/SC, 2 de outubro de 2015.

Vera Regina Bedin
Juíza de Direito

Autos nº 0006706-49.2008.8.24.0139

Comarca de Porto Belo

Ação: Desapropriação

Autor: Autopista Litoral Sul S.A

Réu: Participações Salles Ltda

Vistos, em sentença.

Trata-se de “ação de desapropriação, com pedido liminar” ajuizada por Autopista Litoral Sul S/A em face de Participações Salles Ltda., ambos qualificados.

A parte autora relatou que o imóvel da requerida localizado às margens da BR 101/SC (área de 16.391,48m²), por intermédio do Decreto Federal de 14 de julho de 2008, foi declarado de utilidade pública, pois no local será construída uma praça de pedágio da Rodovia Federal.

Finalizou requerendo a imediata imissão na posse e a procedência do pedido para, ao final, valer a sentença como título para registro da propriedade, além das demais cominações da espécie (fls. 2-11). Juntou documentos (fls. 12-114).

A imissão na posse foi indeferida, oportunidade em que foi designada perícia de avaliação na área (fls. 116-119).

A parte autora apresentou quesitos (fls. 123-127).

O perito aceitou o encargo (fls. 162-163).

A requerida também apresentou quesitos (166-168).

Na sequência, a requerida apresentou resposta em forma de contestação, suscitando, preliminarmente, litispendência com idêntica ação ajuizada na Justiça Federal (autos n.º 2008.72.08.002546-2). No mérito, discordou dos valores da área propostos pela parte autora, assim como postulou a indenização relativa à desvalorização da área

remanescente ao argumento de que imóvel ficará sem acesso frontal à BR-101 (fls. 170-185). Juntou documentos (fls. 186-342).

O perito apresentou proposta de honorários (fls. 364-367).

A parte autora postulou a reconsideração do indeferimento do pedido liminar (fls. 371-374), sendo mantida a decisão (fls. 378-380).

O Laudo Pericial foi apresentado (fls. 387-435).

Em seguida foi deferida a imissão provisória, mediante o depósito dos valores apurados na perícia e designada audiência preliminar (fls. 437-438).

A parte autora procedeu ao depósito do valor do imóvel indicado na perícia (fls. 441-442), ao passo que a requerida apresentou impugnação ao laudo pericial (fls. 463-470).

Realizada a audiência de conciliação, o acordo restou inexitoso, tendo sido intimado o perito para manifestar-se acerca dos quesitos suplementares apresentados pela requerida (fl. 525).

Considerando a concordância da parte autora quanto aos valores da avaliação feita pelo perito judicial, foi liberada a quantia à requerida (fl. 538).

O perito apresentou esclarecimentos (fls. 563-568).

A parte autora novamente manifestou concordância com o laudo (fl. 573). Em contrapartida, a requerida insistiu na insurgência ao laudo pericial (fls. 579-592).

Em seguida, considerando as divergências existentes entre as partes, fora designada nova perícia, sendo que os quesitos foram remissivos aos declinados para perícia anterior (fls. 597-598).

Efetuada o pagamento da perícia (fl. 630), o perito apresentou o laudo (fls. 653-725).

Na sequência, a parte autora manifestou-se impugnando o novo laudo técnico (fls. 735-857).

A requerida, por seu turno, manifestou sua concordância (fls. 861-862).

O julgamento do processo foi prejudicado devido a impossibilidade de análise da preliminar de litispendência com a ação de desapropriação de n.º 2008.72.08.002546-2/SC ajuizada perante a Justiça Federal. Naquela ocasião, verificou-se que a competência fora declinada para esta Comarca, sendo então autuada a demanda pelo n.º 139.09.000914-0, contando inclusive com sentença de extinção do processo sem resolução de mérito devido a pedido de desistência da parte autora (Autopista Litoral Sul S/A). No entanto, a requerida (Participação Salles Ltda) havia interposto Recurso de Apelação, o qual se encontrava no Tribunal de Justiça de Santa Catarina aguardando decisão (autos n.º 2009.056835-8). Assim, foi determinada a intimação das partes para apresentação de fotocópia da petição inicial, sentença e recurso de apelação dos referidos autos (fls. 864-866).

A parte autora, então, veio aos autos para juntar cópia das peças processuais atinentes ao processo autuado sob o n.º 139.09.000914-0 (fl. 869). Juntou documentos (fls. 870-894).

A requerida, igualmente, acostou aos autos os documentos solicitados no despacho de fls. 864-866 (fls. 895-917).

Posteriormente, sobreveio aos autos o Acórdão da Apelação Cível n.º 2009.056835-8, acompanhada da pesquisa ao sítio do Tribunal de Justiça em que constava o trânsito em julgado da referida decisão (fls. 948-956).

Determinou-se, ato contínuo, a intimação das partes para apresentação de alegações finais por memoriais, dando-se vista, na sequência, ao Ministério Público (fl. 957).

A parte autora apresentou suas derradeiras razões (fls. 959-961), assim como a requerida (fls. 962-967).

Com vista dos autos, o Ministério Público negou interesse na lide, apresentando manifestação meramente formal, sem análise do mérito (fls. 969-977).

Após, competência fora declinada da 1ª Vara da Comarca de Porto Belo para este Juízo (fls. 978-979).

Por conseguinte, vieram os autos conclusos.

É o relatório.

FUNDAMENTO E DECIDO.

Inicialmente, saliento que a competência para processar e julgar as ações de desapropriação patrocinadas pelas concessionárias de serviço público, por interpretação extensiva ao disposto no artigo 99, inciso I, alínea “b”, do Código de Divisão e Organização Judiciária do Estado de Santa Catarina, é da Vara da Fazenda Pública.

Por isso, **ACOLHO** a competência declinada a este Juízo e **RATIFICO** todos os atos judiciais praticados nos autos.

Como se sabe, o direito à propriedade (CF, art. 5º, XXII), por necessidade, utilidade pública ou interesse social (Decreto-Lei n.º 3.365/41), pode ser limitado pelo poder público através da desapropriação do bem, o que, todavia, far-se-á mediante justa e prévia indenização em dinheiro (CF, art. 5º, XXIV).

Registro, neste ponto, que *“a desapropriação é modo de aquisição originária da propriedade. É procedimento administrativo pelo qual o Poder Público ou seus delegados, mediante prévia declaração de necessidade pública, utilidade pública ou interesse social, impõe ao proprietário a perda de um bem, substituindo-o em seu patrimônio por justa indenização”* (Maria Sylvania Zanella Di Pietro, **Direito administrativo**, Atlas, 18ª ed., p. 153).

Nesse contexto, levando-se em consideração o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse particular, cabe à requerida tão somente discutir questões pertinentes ao valor do ressarcimento pecuniário ou vício do processo judicial (art. 20 do Decreto-Lei n.º 3.365/41).

Na espécie, a Autopista Litoral Sul S/A, no desempenho da concessão federal que lhe fora outorgada, visando à construção da praça de pedágio de Porto Belo, ajuizou a presente ação de desapropriação em face de Participações Salles Ltda, cujo objeto é uma área de 16.391,48m² localizada às margens da BR 101/SC (área de 16.391,48m²), declarada de utilidade pública por intermédio do Decreto Federal, sem número, de 14 de julho de 2008.

Saliento, então, que não há qualquer insurgência das partes em relação aos requisitos e procedimentos do decreto expropriatório, de modo que a discussão da lide reside tão somente no valor da indenização.

Neste ponto, Hely Lopes Meirelles destaca que:

“Indenização justa é que cobre não só o valor real e atual dos bens expropriados, à data do pagamento, como, também, os danos emergentes e os lucros cessantes do proprietário, decorrentes do despojamento do seu patrimônio. Se o bem produzia renda, essa renda há de ser computada no preço, porque não será justa a indenização que deixe qualquer desfalque na economia do expropriado. Tudo que compunha seu patrimônio e integrava sua receita há de ser reposto em pecúnia, no momento da indenização; se o não for, admite pedido posterior, por ação direta, para complementar-se a justa indenização. A justa indenização inclui, portanto, o valor do bem, suas rendas, danos emergentes e lucros cessantes, além dos juros compensatórios a contar da data da ocupação, juros moratórios, despesas judiciais e honorários de advogado” (**Direito de construir**, Malheiros, 9ª ed., p. 196).

Para a apuração da justa indenização prevista no artigo 5º, inciso XXIV, da Constituição Federal, devem o magistrado e o perito observar as circunstâncias descritas nos artigos 23, § 1º, e 27, *caput*, do Decreto-Lei n.º 3.365/41:

Art. 23. Findo o prazo para a contestação e não havendo concordância expressa quanto ao preço, o perito apresentará o laudo em cartório até cinco dias, pelo menos, antes da audiência de instrução e julgamento.

§ 1º O perito poderá requisitar das autoridades públicas os esclarecimentos ou documentos que se tornarem necessários à elaboração do laudo, e deverá indicar nele, entre outras circunstâncias atendíveis para a fixação da indenização, as enumeradas no art. 27.

(...)

Art. 27. O juiz indicará na sentença os fatos que motivaram o seu convencimento e deverá atender, especialmente, à estimação dos bens para efeitos fiscais; ao preço de aquisição e interesse que deles auferir o proprietário; à sua situação, estado de conservação e segurança; ao valor venal dos da mesma espécie, nos últimos cinco anos, e à valorização ou depreciação de área remanescente, pertencente ao réu.

No caso concreto, tem-se que a área de 16.391,48m² objeto da presente ação de desapropriação faz parte do imóvel descrito na matrícula n.º 14.485 do Ofício de Registro de Imóveis de Tijucas e corresponde a toda frente desse imóvel com a BR-101. Além disso, conforme se infere da contestação e documentos que a acompanham, a requerida também é proprietária de outras duas áreas (matrículas n.º 1.013 e 12.586) que se situam atrás daquela descrita na matrícula n.º 14.485, de modo que, segundo a requerida, todas essas áreas eram utilizadas como um todo, com um único acesso à Rodovia Federal.

Conforme sumariado, foram realizadas duas perícias judiciais objetivando apurar o valor da justa indenização decorrente da desapropriação da área de 16.391,48m² de propriedade da requerida.

Na primeira, após expor os métodos utilizados para confecção do laudo de páginas 387-435, o perito concluiu que o valor de mercado da área desapropriada é estimado em R\$ 698,932,71 (seiscentos e noventa e oito mil, novecentos e trinta e dois reais e setenta e um centavos); ao passo que a indenização decorrente da depreciação da área remanescente resulta em R\$ 536.758,95 (quinhentos e trinta e seis mil, setecentos

e cinquenta e oito reais e noventa e cinco centavos); de modo que a indenização total corresponde ao valor de R\$ 1.235.691,66 (um milhão, duzentos e trinta e cinco mil, seiscentos e noventa e um reais e sessenta e seis centavos).

A requerida impugnou o laudo pericial judicial realizado que apontou o valor de R\$ 1.235.691,66 (um milhão, duzentos e trinta e cinco mil, seiscentos e noventa e um reais e sessenta e seis centavos). Sustentou que o laudo possui diversos vícios formais, materiais, além de lacunas e contradições, argumentando que a perícia se baseou principalmente nos dados fornecidos pela parte autora. Enfatizou, ademais, que a viabilidade do imóvel – um dos pontos mais importantes para se proceder à avaliação – não foi levada em consideração durante a confecção da prova pericial, tendo a requerida inclusive se insurgido contra uma suposta parcialidade do perito (fls. 463-470).

Ao responder os quesitos suplementares apresentados pela requerida, o perito ressaltou que a despeito de possuir um curto prazo para elaboração da avaliação, efetuou um trabalho justo e imparcial, o qual considerou a viabilidade da área avaliada. Anotou, ainda, que embora a área remanescente, contando com os imóveis de matrículas n.º 1.013 e 12.586, seja muito maior que aquela desapropriada, apenas 41.697,08m² daquela área sofreu significativa desvalorização (fls. 563-568).

Não se desconhece que “*O Laudo oficial ocupa grande relevância no processo judicial de desapropriação, porquanto apresenta elaboração criteriosa da quantificação do valor indenizatório*”, tampouco que “*A despeito de o julgador não estar adstrito à perícia judicial, é inquestionável que, tratando-se de controvérsia cuja solução dependa de prova técnica, por força do art. 145 do CPC, o juiz só poderá recusar a conclusão do laudo se houver motivo relevante, uma vez que o perito judicial encontra-se em posição equidistante das partes, mostrando-se imparcial e com mais credibilidade*” (STJ, AgRg no AREsp n. 228433/PR, rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, j. 8.10.13).

Logo, somente na hipótese de haver motivo relevante, por meio de decisão fundamentada, poder-se-ia recusar a aplicação do valor apontado no laudo pericial.

Deveras, *“A justa indenização, no processo expropriatório, encontra maior peso e credibilidade quando baseada em laudo técnico de perito oficial, que aponta estimativa razoável e desinteressada, observando-se o valor real e do momento da avaliação no mercado imobiliário, a fim de que seja assegurada a justiça e imparcialidade necessárias à prestação jurisdicional (AC n. 1999.017131-0, rel. Des. Volnei Carlin).”* (TJSC, **Apelação Cível n. 2009.067244-4, de São Francisco do Sul, rel. Des. Sônia Maria Schmitz, j. 07-11-2013**).

Na espécie, considerando as divergências existentes entre as partes acerca da prova pericial realizada, fora designada nova perícia, sendo que os quesitos foram remissivos aos declinados para perícia anterior (fls. 597-598).

Nesta segunda perícia, o perito também expôs os métodos utilizados para confecção do laudo de páginas 653-725 e, ao final, concluiu que o valor de mercado da área desapropriada é de R\$ 536.502,76 (quinhentos e trinta e seis mil, quinhentos e dois reais e setenta e seis centavos); e que a indenização decorrente da depreciação da área remanescente equivale a R\$ 6.373.999,63 (seis milhões, trezentos e setenta e três mil, novecentos e noventa e nove reais e sessenta e três centavos); de modo que a indenização total corresponde ao valor de R\$ 6.910.502,39 (seis milhões, novecentos e dez mil, quinhentos e dois reais e trinta e nove centavos).

Desta vez, foi a parte autora quem impugnou o novo laudo pericial. Na ocasião, concordou com o valor de R\$ 536.502,76 (quinhentos e trinta e seis mil, quinhentos e dois reais e setenta e seis centavos) apurado como sendo o valor de mercado correspondente à área desapropriada. Por outro lado, discordou do valor referente à desvalorização da área remanescente, argumentando que o perito judicial partiu do pressuposto

equivocado de que com a desapropriação, a área remanescente da faixa que é possível a ocupação com uso comercial/industrial perdeu esta potencialidade, e de que o imóvel atingido pela desapropriação possuía acesso pela rodovia (fls. 735-857).

Realmente, é possível notar uma enorme disparidade entre os valores apontados nas perícias judiciais como justa indenização em razão da desapropriação:

	PRIMEIRA PERÍCIA	SEGUNDA PERÍCIA
ÁREA DESAPROPRIADA	R\$ 698,932,71	R\$ 536.502,76
ÁREA REMANESCENTE	R\$ 536.758,95	R\$ 6.373.999,63
INDENIZAÇÃO TOTAL	R\$ 1.235.691,66	R\$ 6.910.502,39

Importante destacar, por oportuno, que os valores apontados como devidos para a área desapropriada de 16.391,48m² são aproximados, sendo relevante para o deslinde do feito analisar o porquê de tamanha desproporção entre os valores indicados correspondentes à indenização da área remanescente.

Ao analisar detidamente os autos, observo que o fator mais determinante para a vultosa diferença entre os valores apontados pelos peritos judiciais foi a metragem utilizada para precisar a indenização atinente à área remanescente, já que no primeiro laudo foi utilizada a área de 41.697,08m², com valor unitário de R\$ 12,79 (doze reais e setenta e nove centavos), ao passo que no segundo laudo foi levada em consideração a área de 233.479,84m², com valor unitário de R\$ 27,30 (vinte e sete reais e trinta centavos):

	PRIMEIRA PERÍCIA	SEGUNDA PERÍCIA
METRAGEM UTILIZADA	41.697,08m ²	233.479,84m ²

Ora, é de se indagar, então, por que motivo um laudo utilizou como base para o cálculo do valor indenizatório a área de 41.697,08m² e o outro a de 233.479,84m². E essa razão é muito simples, qual seja, a aprovação do novo plano diretor.

Não é demais destacar, aliás, que a insurgência da requerida quanto à elaboração do primeiro laudo pericial reside no fato de que o perito não levou em consideração o novo plano diretor do Município de Porto Belo, cujas diretrizes básicas já estavam aprovadas, resultando na apuração de um valor muito aquém daquele que entende ser devido. Daí a tese de que a ausência da análise da viabilidade do imóvel como critério para se proceder à avaliação não poderia ser admitida, sobretudo porque o valor apurado não atenderia à justa indenização.

O segundo laudo pericial judicial produzido, por seu turno, partiu dos pressupostos de que com a desapropriação, a área remanescente da faixa que é possível a ocupação com uso comercial/industrial perdeu esta potencialidade e de que o imóvel atingido pela desapropriação possuía acesso pela Rodovia Federal; motivos esses que, na visão da parte autora, jogam por terra a avaliação realizada.

Considerando que “*O valor da indenização deve ser contemporâneo à data da avaliação judicial, não sendo relevante a data em que ocorreu a imissão na posse, tampouco a data em que se deu a vistoria do expropriante, nos termos do artigo 26 do Decreto-Lei n.º 3.365/41 e do artigo 12, § 2º, da Lei Complementar 76/93 [...]*” (REsp n. 1.274.005/MA, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Rel. p/ Acórdão Ministro Castro

Meira, Segunda Turma, julgado em 27/03/2012, DJe 12/09/2012), é plenamente possível que o “novo plano diretor” do Município de Porto Belo seja levado em consideração para apuração do valor da justa indenização.

Destarte, a metragem utilizada no segundo laudo pericial é a que melhor se coaduna com a justa indenização, lembrando que, nas lições de Hely Lopes Meirelles, “*não será justa a indenização que deixe qualquer desfalque na economia do expropriado*” (**Direito de construir**, Malheiros, 9ª ed., p. 196).

No entanto, não há como adotar o segundo laudo pericial em sua totalidade, sobretudo porque a parte autora, ao se manifestar sobre a nova perícia objurgada, além de se insurgir contra os pontos outrora referidos, condenou a utilização, pelo perito, de pesquisa de valores efetuada pelo Instituto CEPA da EPAGRI para obtenção do valor da indenização em relação à área remanescente (fls. 735-736), anexando aos autos um parecer técnico (fls. 737-857).

Nesse parecer, mais precisamente na fl. 746, consta que “*A premissa correta para determinar o valor da indenização da área remanescente deve ser feita com base em levantamentos específicos de mercado que agregam maior grau de precisão. Assim, apresenta-se como correta a metodologia adotada pelo perito do Juízo, Dr. Miguel Daux, que baseado em pesquisa específica nas proximidades do imóvel desapropriado, determinou o valor de mercado dos terrenos com vocação de uso agrícola sem frente para a BR-101, e, por diferença, entre os valores unitários dos terrenos com vocação de uso industrial e de uso agrícola, fixou a indenização pela desvalorização da área remanescente em 536.758,95*”.

Com efeito, razão assiste à parte autora neste ponto, já que para apuração da justa indenização devem ser utilizados critérios como base valor de mercado imobiliário, ou seja, a realidade local, as condições técnicas específicas e as características regionais, itens estes

que compreendem a coleta de dados e a vistoria de dados amostrais e diagnósticos de mercado, e não uma simples tabela de referência.

Destaco, por oportuno, que “*A avaliação apresentada pelo perito oficial deve ser prestigiada a critério do magistrado. Em se convencendo este da existência de elementos técnicos, seguros e exatos, como no caso em apreço, deve o laudo oficial prevalecer e ser considerado para fins de fixação de indenização.*” (TJSC, AC n. 2010.024200-1, rel. Des. Cid Goulart, j. 27.5.11).

No caso dos autos, estimo que apenas a metragem utilizada para base do cálculo na segunda perícia deve prevalecer. Por outro lado, se a indenização total pela área expropriada fosse fixada nos moldes apontados pela primeira perícia, por certo, não se obedeceria ao preceito de justiça na indenização, causando prejuízos à requerida.

Dispensável referir, ademais, que a área remanescente em questão, de fato, perdeu a potencialidade de uso comercial/industrial, nos termos do que dispõe o plano diretor do Município de Porto Belo. Registro, no ponto, que o perito judicial que confeccionou o segundo laudo anotou que a região apresenta baixa expressão econômica no tocante à atividade agropecuária. Além disso, a área remanescente, por evidente, não terá mais acesso à Rodovia Federal BR-101, ainda que seja por meio de uma marginal.

Para o desate da presente demanda, portanto, deve-se utilizar a metragem da segunda perícia (233.479,84m²) e multiplicá-la pelo valor unitário do metro quadrado apurado na primeira (R\$ 12,79/m²). Assim, chega-se ao montante de R\$ 2.986.207,15 (dois milhões, novecentos e oitenta e seis mil, duzentos e sete reais e quinze centavos), valor este que corresponde apenas à desvalorização da área remanescente daquela expropriada. Por isso, deve ser acrescido a esse valor o montante de R\$ 698.932,71 (seiscentos e noventa e oito mil, novecentos e trinta e dois reais e setenta e um centavos), este que corresponde ao valor de mercado

da área de 16.391,48m² desapropriada apurado pela primeira perícia judicial. A soma dos referidos valores, então, resulta em R\$ 3.685.139,86 (três milhões, seiscentos e oitenta e cinco mil, cento e trinta e nove reais e oitenta e seis centavos).

Logo, com relação à área de 16.391,48 m², declarada de utilizada pública por intermédio do Decreto Federal de 14 de julho de 2008, fixo que a justa indenização corresponde ao valor de R\$ 3.685.139,86 (três milhões, seiscentos e oitenta e cinco mil, cento e trinta e nove reais e oitenta e seis centavos).

Os juros compensatórios, como cediço, destinam-se a compensar a perda de renda comprovadamente sofrida pelos proprietários e serão incidentes à taxa de 12% (doze por cento) ao ano sobre o valor da diferença entre o preço ofertado em juízo e o valor do bem reconhecido nesta sentença, a contar da imissão na posse – 4 de dezembro de 2008 (fl. 453) –, vedado o cálculo de juros compostos (Súmulas 408 do STJ e 618 do STF e Decreto-Lei n° 3.365/41, art. 15-A, *caput* e § 1°).

A partir da data da elaboração do segundo laudo pericial – 29 de julho de 2011 –, incide correção monetária até a data do efetivo pagamento, com aplicação dos índices oficiais de remuneração básica nos termos do art. 1°-F da Lei n.º 9.494/97, com a redação que lhe foi conferida pela Lei n.º 11.960/09.

Os juros moratórios, por seu turno, tem por finalidade recompor a perda decorrente do atraso no efetivo pagamento da indenização fixada na decisão final de mérito. São devidos, portanto, na ordem de 6% (seis por cento) ao ano, a partir de 1° de janeiro do exercício seguinte àquele em que o pagamento deveria ser feito, nos termos do art. 100 da Constituição Federal (Decreto-Lei n° 3.365/41, art. 15-B).

Nesse sentido, colhe-se da jurisprudência catarinense:

DESAPROPRIAÇÃO DIRETA. INSTALAÇÃO DE DISTRITO INDUSTRIAL. Perícia judicial. Indenização. “A justa indenização, no

processo expropriatório, encontra maior peso e credibilidade quando baseada em laudo técnico de perito oficial, que aponta estimativa razoável e desinteressada, observando-se o valor real e do momento da avaliação no mercado imobiliário, a fim de que seja assegurada a justiça e imparcialidade necessárias à prestação jurisdicional” (AC n. 1999.017131-0, rel. Des. Volnei Carlin). JUROS COMPENSATÓRIOS. MARCO INICIAL. Pacífico o entendimento jurisprudencial de que, nas desapropriações diretas, os juros compensatórios serão devidos a partir da antecipada imissão na posse, calculados sobre o valor da indenização devidamente corrigida (Súmula n. 113 do Superior Tribunal de Justiça). Entretanto, não havendo prova segura do dia em que se deu a imissão provisória na posse, acertada a decisão que definiu como termo inicial da incidência dos juros compensatórios a data da confecção do laudo pericial. JUROS DE MORA E CORREÇÃO MONETÁRIA. Sobre o importe fixado para a condenação, além de juros compensatórios, incidem juros legais de 6% (seis por cento) ao ano, a partir de 1º de janeiro do exercício seguinte àquele em que o pagamento deveria ser feito, na forma do art. 15-B do Decreto-Lei n. 3.365/41. Nas ações de indenização por desapropriação direta a incidência da correção monetária dá-se a partir da avaliação (perícia) até o efetivo pagamento. Honorários advocatícios. Consoante norma de regência, na desapropriação direta a verba honorária deve ser fixada entre 0,5 (meio por cento) e 5% (cinco por cento) da diferença do valor ofertado e aquele apurado. (TJSC, **Apelação Cível n. 2009.067244-4, de São Francisco do Sul, rel. Des. Sônia Maria Schmitz, j. 07-11-2013**).

No que se refere aos honorários advocatícios, para identificação da base de cálculo, aplica-se o Enunciado da Súmula n.º 617 do Supremo Tribunal Federal: “*A base de cálculo dos honorários de advogado em desapropriação é a diferença entre a oferta e a indenização, corrigidas ambas monetariamente*”.

Já o percentual a ser arbitrado é determinado no artigo 27, § 1º, do Decreto-Lei n.º 3.365/41, ou seja, é fixado entre meio e cinco por cento do valor da diferença, observado o disposto no § 4º do artigo 20 do Código de Processo Civil.

Assim, fixo os honorários advocatícios no percentual de 2% (dois por cento) sobre o valor resultante da diferença entre o valor total da indenização e o referente ao depósito prévio, respeitado o limite legal de R\$ 151.000,00 (cento e cinquenta e um mil reais), nos termos do artigo 27, § 1.º, do Decreto-Lei n.º 3.365/41. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/MPV/2183-56.htm - art1

Ante o exposto, na forma do artigo 269, inciso I, do Código de Processo Civil, JULGO PROCEDENTE o pedido formulado na inicial e, mediante o pagamento do valor fixado nesta decisão de mérito – R\$ 3.685.139,86 (três milhões, seiscentos e oitenta e cinco mil, cento e trinta e nove reais e oitenta e seis centavos), descontando-se aquele havido de R\$ 1.235.691,66 (um milhão, duzentos e trinta e cinco mil, seiscentos e noventa e um reais e sessenta e seis centavos), concedo em favor da parte autora a imissão definitiva na posse da área de 16.391,48m², declarada de utilidade pública por intermédio do Decreto Federal de 14 de julho de 2008.

Condeno o expropriante ao pagamento de honorários advocatícios, que fixo em 2% (dois por cento) sobre o valor resultante da diferença entre o valor total da indenização – R\$ 3.685.139,86 (três milhões, seiscentos e oitenta e cinco mil, cento e trinta e nove reais e oitenta e seis centavos) e aquele depositado previamente – R\$ 1.235.691,66 (um milhão, duzentos e trinta e cinco mil, seiscentos e noventa e um reais e sessenta e seis centavos), valores estes que deverão ser corrigidos monetariamente, na forma da fundamentação, respeitado o limite legal previsto no § 1º do artigo 27 do Decreto-Lei n.º 3.365/41.

Sem custas.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Esta sentença está sujeita a reexame necessário (art. 28, § 1º, do Decreto-Lei nº 3.365/41).

Transitada em julgado e após o pagamento integral da indenização, oficie-se ao respectivo Registro Imobiliário, remetendo-lhe cópia desta sentença para transcrição da propriedade em favor do expropriante.

Tudo feito, archive-se.

Porto Belo, 05 de novembro de 2015.

Janiara Maldaner Corbetta
Juíza de Direito

Autos nº: 0303955-33.2014.8.24.0033

Comarca de Itajaí

Ação: Procedimento Ordinário/PROC

Requerente: Adegar Lacerda

Requerido: WMS Supermercados do Brasil Ltda (MAXXI ATACADO)

Vistos etc.

Adegar Lacerda ajuizou AÇÃO DE REPARAÇÃO CIVIL POR DANO MORAL contra WMS Supermercados do Brasil Ltda (MAXXI ATACADO), ambas qualificadas, fundada na responsabilidade civil extracontratual decorrente de fato de consumo, visando indenização por danos morais.

Alegou o autor que, acompanhado de colega de trabalho, compareceu ao estabelecimento do réu, em 18-8-2014, por volta das 18h; que adquiriu um pacote de biscoitos e se dirigiu ao caixa para pagamento; que foi abordado pelo funcionária do réu que disse que o autor teria consumido iogurte e descartado a embalagem em outro setor; que o autor negou a imputação, porém a funcionária falava alto, dizendo: “Vocês não vão pagar o que consumiram aqui no mercado? Isso é roubo!” (fl. 3); que, mesmo crente de não ter cometido delito, pagou pelo produto porque a fila e o constrangimento já estavam enormes.

Com base nos dispositivos legais pertinentes, requereu: a) justiça gratuita e citação do réu; b) condenação do réu ao pagamento de indenização por danos morais e aos ônus da sucumbência. Valorou a causa (art.258 e 259 do CPC). Juntou documentos (art.283 do CPC).

Distribuída (art.251, 2ª parte, do CPC) e recebida a inicial (art.285, 1ª parte, do CPC), foi ordenado o seu registro (art.251, 1ª parte, do CPC) e sua autuação (art.166 do CPC). O ônus da prova foi invertido.

Citado, o réu contestou, registrando que não houve constrangimento na abordagem; que é exercício regular de direito seu fazer a averiguação

discreta de clientes quando há suspeita de furto; que não há prova de abuso. Pugnou pela improcedência do pedido.

O autor replicou, repisando os termos da inicial e destacando que o réu não trouxe as filmagens do fato. Pugnou pela procedência do pedido.

Tomadas as providências preliminares cabíveis (art.323 do CPC), atentou-se à norma contida no § 2º do art. 331 do CPC, foram fixados os pontos controvertidos, deferidas as provas requeridas na peças inaugural e na contestação, inclusive oitiva de testemunhas, designando-se dia e hora para a realização de audiência de instrução e julgamento com a intimação das partes para que, no prazo de 5(cinco) dias antes da audiência, depositar em cartório o rol de testemunhas (art. 407 do CPC).

Na data designada, declarou-se aberta a audiência de instrução e julgamento (art. 450 do CPC) e determinou-se que fossem apregoadas as partes e seus procuradores. Todos presentes, foi proposta a conciliação (art.448 do CPC), a qual não obteve êxito. Foram colhidos depoimento pessoal do autor e declaração das testemunhas. As partes apresentaram razões finais por memorial (art. 456 do CPC).

É a síntese do essencial. Decido:

Trata-se de ação de repetição de indébito e indenização por danos morais, fundada em responsabilidade civil por inscrição indevida da autora em banco de dados de consumidores inadimplentes, visando reparação civil.

1 Aplicação da Lei Federal n. 8.078/1990. Na forma do disposto no art. 17 do CDC, “equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento”. Diante da situação fática exposta, é inegável ter sido o demandante lesado por defeito na prestação dos serviços do réu. Logo, sendo o demandante vítima do evento danoso relatado, torna-se inegável a aplicabilidade do CDC.

2 O *meritum causae* cinge-se a verificar se houve excesso ou abuso de direito na abordagem feita pelo réu no autor capaz de gerar dano indenizável.

2.1 A responsabilidade civil objetiva, prevista no art. 14 do CDC, exige a comprovação da prática de conduta comissiva ou omissiva, causadora de prejuízo à esfera patrimonial ou extrapatrimonial de outrem, independentemente de culpa. Decorre dessas situações os pressupostos: conduta ilícita, dano e nexo de causalidade.

No caso, a conduta ilícita do réu fica caracterizada pelo fato narrado na inicial. Segundo consta o autor, acompanhado de colega de trabalho, compareceu ao estabelecimento do réu, em 18-8-2014, por volta das 18h. Adquiriu um pacote de biscoitos e se dirigiu ao caixa para pagamento, quando foi abordado por funcionária do réu que o acusou de ter consumido iogurte e descartado a embalagem em outro setor. O autor negou a imputação, porém a funcionária falava alto, dizendo: “Vocês não vão pagar o que consumiram aqui no mercado? Isso é roubo!” (fl. 3). Mesmo crente de não ter cometido delito, pagou pelo produto porque a fila e o constrangimento já estavam enormes.

O depoimento pessoal do autor não contradisse em nada o relato da inicial. Adegar Lacerda, autor da ação, confirmou que não furtou o iogurte, é pessoa honesta e passou vergonha por conta da atitude da funcionária do réu (fl. 74).

A prova testemunhal produzida corrobora o narrado. Creusa Maria dos Santos, patroa do autor, disse que foi procurada pelo autor e esteve no local dos fatos logo após a ocorrência. Contou que a moça da segurança que os atendeu virou o crachá para não ser identificada e se negou a mostrar a gravação da câmera de segurança; assim faria somente em juízo. Enunciou que, em conversa com o gerente, este disse que não estava sabendo de nada, nem foi chamado. E garantiu que o autor é pessoa honesta e trabalha há muito tempo com ela (fl. 74).

O primo do autor, Luiz Carlos Coelho, que acompanhou o autor naquele momento, disse que ambos são da cidade de Nova Trento, interior do Estado. Detalhou que a funcionária do réu exigiu que pagassem o iogurte, o que foi feito, apesar de não terem consumido nem roubado.

Confirmou que havia muita gente no mercado e foram chamados de “ladrão” na frente de todos (fl. 74).

Já Regivaldo Brito da Silva, que estava na fila do caixa eletrônico, presenciou o ocorrido e viu quando a funcionária do mercado chamou o autor de “ladrão” por supostamente ele ter consumido um “Danone” (iogurte). Confirmou que tinha muita gente no mercado naquela hora (fl. 74).

A alegação do réu de que a averiguação discreta é exercício regular de direito tem fundamento. Contudo, pelos depoimentos acima transcritos, vê-se que a averiguação foi nem um pouco discreta e houve abuso de direito, o que ocasionou sem dúvida constrangimento e vergonha ao autor.

O dano é o da espécie moral que prescinde de prova.

O nexo de causalidade é ínsito à dinâmica dos fatos acima narrados. Isto é, diante de suposto furto, preposta do réu caluniou e constrangeu o autor, consumidor, em frente a várias pessoas dentro do estabelecimento, em horário de muito movimento.

Caberia ao demandado - em razão do disposto no artigo 333, II, do CPC e 6º, VIII, do CDC – produzir prova da liceidade da abordagem feita ou da ocorrência efetiva do crime de que acusou o autor, quebrando, assim, o nexo causal entre o dano e a conduta ilícita. Isso porque, cabe à fornecedora do produto e do serviço, a fim de eximir-se da responsabilidade, a comprovação de alguma das excludentes previstas no parágrafo 3º, do art. 14, do CDC, *in verbis*: “§ 3º O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar: I - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste; II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro”.

In casu, o réu nem sequer trouxe testemunhas a serem ouvidas, em especial a funcionária que diz ter visto o autor furtar ou consumir o produto dentro do mercado. Tampouco trouxe as filmagens da “discreta

averiguação”. Limitou-se a pedir o depoimento pessoal do autor, que apenas reiterou o narrado na inicial (fls. 44 e 74).

Nessa senda, embora o réu alegue não ter praticado qualquer ato ilícito, resta evidenciado nos autos o abuso e o constrangimento que fez o autor passar ao lhe imputar crime cuja ocorrência não se comprovou.

Evidente, portanto, a falha nos serviços prestados pelo réu. Segundo a teoria do risco, a qual abriga a própria noção de responsabilidade objetiva inserta no CDC, quem aufere lucro com a atividade deve igualmente assumir os riscos a ela inerentes.

Sobre o assunto, colhe-se da doutrina:

No final do século XIX, surgem as primeiras manifestações ordenadas da teoria objetiva ou teoria do risco. Sob esse prisma, quem, com sua atividade ou meios utilizados, cria um risco deve suportar o prejuízo que sua conduta acarreta [...] Pode-se pensar nessa denominação para justificar a responsabilidade sem culpa, desde que não se onere a vítima a provar nada mais além do fato danoso e do nexo causal (VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: Responsabilidade Civil. 4.Ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 20)

Desta feita, o réu tem o dever de responder pelo dano, haja vista que ao atuar no mercado de consumo torna-se responsável pela reparação dos danos decorrentes de sua atividade, consoante determinação expressa constante no art. 14 da Lei Consumerista. O egrégio Tribunal de Justiça de Santa Catarina já julgou caso semelhante assim:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. PRODUTOS ADQUIRIDOS EM SUPERMERCADO QUE FORAM ALVO DE CONFERÊNCIA APÓS O PAGAMENTO, ENQUANTO ERAM GUARDADOS NO VEÍCULO. PREPOSTOS DA RÉ QUE RETIRARAM A MERCADORIA DO CARRO DA CLIENTE E A CONDUZIRAM AO INTERIOR DO ESTABELECIMENTO PARA CONFERÊNCIA. ALEGAÇÃO DE ILICITUDE PRATICADA PELA OPERADORA DE CAIXA DURANTE O REGISTRO DOS

PRODUTOS. ABORDAGEM INJUSTIFICÁVEL. CONSUMIDORA QUE NÃO RESPONDE PELAS FALHAS DOS FUNCIONÁRIOS DA DEMANDADA. EVIDENTE CONSTRANGIMENTO PERANTE OS DEMAIS CLIENTES. DANO MORAL INCONTESTE. QUANTUM INDENIZATÓRIO ADEQUADO. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (TJSC, AC n. 2015.055308-8, rel. Des. Sérgio Izidoro Heil, j. 15-10-2015).

Logo, merece ser indenizado o autor.

2.2 Em relação à valoração pecuniária, tem-se que as recomendações doutrinárias e jurisprudenciais a respeito trilham no sentido de que a quantificação pecuniária dos danos morais deve ater-se, antes de mais nada, aos critérios da razoabilidade e da proporcionalidade. Visa-se assim possibilitar à parte lesada uma compensação justa pelos danos sofridos, frustrando-se, também, a obtenção de um enriquecimento sem causa com o valor recebido a título de indenização pelo abalo moral sofrido. Ao mesmo tempo, deve-se impor ao ofensor uma sanção, que o iniba de reincidir no cometimento de atos assemelhados.

O Enunciado 458 da CJF orienta: “O grau de culpa do ofensor, ou a sua eventual conduta intencional, deve ser levado em conta pelo juiz para a quantificação do dano moral”. Além disso, o de n. 445 complementa que “o dano moral indenizável não pressupõe necessariamente a verificação de sentimentos humanos desagradáveis como dor ou sofrimento”.

Por sua vez, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina:

Para a fixação do quantum indenizatório, leva-se em conta as peculiaridades do caso concreto, sobretudo: a malícia, o dolo ou o grau de culpa daquele que causou o dano; as condições pessoais e econômicas das partes envolvidas; os antecedentes de honorabilidade e confiabilidade do ofendido; a intensidade do sofrimento psicológico gerado pelo abalo; a finalidade admonitória da sanção, para que a prática do ato não se repita; e, ainda, o bom senso, a fim de que a indenização não seja extremamente gravosa, a ponto de gerar enriquecimento sem causa ao ofendido, nem irrisória, que não chegue a propiciar compensação para minimizar os

efeitos da violação ao bem jurídico (Apelação Cível n. 2006.011527-5, rela. Des. Sônia Maria Schmitz, Terceira Câmara de Direito Público, j. 7-11-2006) (TJSC, AC n. 2005.025355-8, rel. Des. Carlos Adilson Silva).

No caso, há se atribuir ao demandante lesado uma compensação pelo sofrimento, além de traduzir essa indenização uma satisfação que a ordem jurídica lhe dá, de forma a não deixar impune o réu causador do dano. Tendo por parâmetros as balizas acima delineadas, norteadoras para se fixar a quantia indenizatória por abalo moral, entendo que o valor arbitrado deve ser fixado no montante de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais) para o demandante, com incidência de correção monetária pelos índices do INPC a partir da data de hoje (Súmula 362 do STJ) e de juros moratórios no percentual de 1% ao mês a partir do evento danoso (Súmula 54 do STJ), ou seja, 18-8-2014 (fl. 2).

Isso posto, com base nos arts. 182, 186 e 927 do CC, **JULGO PROCEDENTE** (art. 269, I, CPC) o pedido formulado nesta ação ajuizada por **Adegar Lacerda** contra **WMS Supermercados do Brasil Ltda (MAXXI ATACADO)** para **CONDENAR** o réu a pagar R\$ 15.000,00 (quinze mil reais), a título de indenização por danos morais, contada correção monetária pelo índice do INPC a partir da data de hoje (Súmula 362 do STJ) e de juros moratórios no percentual de 1% ao mês a partir do evento danoso (Súmula 54 do STJ), ou seja, 18-8-2014 (fl. 2).

Condeno o réu ao pagamento das despesas e custas processuais e dos honorários advocatícios, estes fixados no valor 15% sobre o valor da condenação, com base no art. 20, §3º, do CPC.

Eventuais apelações interpostas pelas partes serão recebidas nos efeitos devolutivo e suspensivo (art. 520 do CPC), salvo nas hipóteses de intempestividade e, se for o caso, ausência de preparo, que serão oportunamente certificadas pelo Cartório. Interposto(s) o(s) recurso(s), caberá ao Cartório, mediante ato ordinatório, abrir vista à parte contrária para contrarrazões.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.
Após o trânsito em julgado, arquivem-se.
Itajaí/SC, 14 de dezembro de 2015.

Vera Regina Bedin
Juíza de Direito

DISCURSOS

DISCURSO PROFERIDO PELO DESEMBARGADOR GETÚLIO CORRÊA, EM NOME DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA, PARA SAUDAR OS NOVOS DESEMBARGADORES EMPOSSADOS

“Todas as coisas têm seu tempo e todas elas passam debaixo do céu segundo o termo que a cada uma foi prescrito (Ec 3-1). Cumprimento também o Desembargador Altamiro de Oliveira, empossado nesta mesma solenidade, assim como o Desembargador José Carlos Carstens Köhler que a ele fará a saudação. A presença neste ato da expressiva comitiva lageana simboliza, com certeza, o apreço da região pelos magistrados hoje promovidos; um carioca e um manezinho que adotaram e foram por Lages adotados. Peço vênias a todos para falar sem o formalismo que o ambiente solene deste Tribunal exige, mas com a informalidade de quem recebe amigos, sem, no entanto, pretender romper as regras mínimas que ornamentam o cerimonial exigido para este momento sublime para os que nele ingressam, nem descurar da relevância para todos nós na recepção de novos magistrados que atingem o ápice da carreira. Caro Amigo Des. Stanley Braga, inicio agradecendo a honra de saudá-lo. A escolha foi, certamente, pautada na longa amizade, já que fui um dos primeiros amigos que você conquistou ao chegar nesta cidade, vindo do Rio de Janeiro no ano de 1984. Tive a satisfação de indicá-lo para lecionar na Escola de Formação de Oficiais da Polícia Militar de Santa Catarina, onde demonstrou sua vocação para o magistério, e se notabilizou dentre os professores, nas palavras do então Comandante daquele Centro de ensino, como “O mais militar dos civis”. Sua passagem, com a já reconhecida competência de docente pela Academia Militar, levou-o, em seguida, a ser convidado para também lecionar em outros cursos superiores dessa importante e histórica instituição, e, mais tarde, da ESAG. Caro amigo Desembargador Stanley, não se chega, com certeza, a nossa idade sem alguns arrependimentos e muitas reflexões.

São momentos como esse que se permite recordar o passado para reencontrar-se nas páginas de sua história de vida. Fustel de Coulanges em sua ‘Cidade Antiga’ orienta: ‘Felizmente, o passado nunca morre totalmente para o homem. O homem pode esquecê-lo, mas continua sempre a guardá-lo em seu interior, pois o seu estado, tal como se apresenta em cada época, é o produto e o resumo de todas as épocas anteriores. E se cada homem auscultar sua própria alma, nela poderá encontrar e distinguir as diferentes épocas e o que cada uma delas lhe legou’. E sua história recente principia cursando a Faculdade de Direito da tradicional Universidade Federal do Rio de Janeiro, formando-se na Universidade Federal do Pará. Em seguida, exerce a advocacia em seu estado de origem. Mais tarde chega a Florianópolis onde continua sua atividade no escritório do à época advogado Desembargador Ivo Sell. Ingressa no curso de Pós Graduação da Universidade Federal de Santa Catarina, onde convivemos em algumas disciplinas. Recordo, com saudades, de alguns momentos típicos de academia, com trabalhos, seminários, muitas leituras e fichamentos de obras clássicas e até mesmo alguns inesquecíveis e preciosos devaneios românticos do Direito com o saudoso professor Luis Alberto Warat. Aprendemos, nessa convivência acadêmica, que o arcabouço jurídico é importante para a fundamentação das decisões, mas a sensibilidade de julgador não se encontra unicamente na academia e nos livros, mas, sobretudo, na nossa experiência de vida com todas as nossas idiossincrasias. Afinal, como dizia o ilustre amigo Doutor João Caldeira Bastos, um de nossos professores da pós-graduação: ‘Leis e teorias não passam de instrumentos ocasionais e descartáveis de composição de uma realidade subjacente de cunho dinâmico, e que, todavia os reclama, qual processo de racionalização revitalizante’ (In Reconstrução da Dogmática Jurídica. Revista Sequência Estudos Jurídicos e Políticos. p. 27). Esse conceito, reiterarei por diversas vezes aos meus alunos de Direito Penal da UFSC, traduzindo para o cotidiano: ‘Uma coisa é uma coisa; outra coisa é coisa completamente diferente’. O ora homenageado inicia sua carreira na magistratura em junho de 1990,

passa, dentre outras, pelas Comarcas de Palmitos, Canoinhas, marca sua passagem por Anita Garibaldi onde recebe o título de Cidadão Honorário. Foi também nessa comarca que conviveu com um Promotor que iniciava sua carreira, hoje também neste Tribunal, o Desembargador Ernani Guetten de Almeida. Por fim chega a Lages, onde ocorre uma metamorfose do carioca do Bairro de Laranjeiras em lageano, típico, sem, no entanto, perder o sotaque, agora revestido das mais legítimas traduções da serra. Confesso minha surpresa quando ao chegar em Lages deparei-me com uma figura gauchescamente paramentada e montado num cavalo como se fosse nativo. Sei do seu amor e carinho pela serra onde viveu durante quatorze anos momentos agradáveis na companhia da família e dos muitos amigos conquistados, alguns aqui presentes. Passa a ser identificado agora como um Carioca Gaudério, tradicionalista e incentivador da história gaúcha, dos antigos tropeiros e dos farroupilhas. Em 1991, juntamente com um grupo de amigos, funda o grupo de cavalgada Galpão Mão Pelada. Inicia-se aí uma fase de cavalgadas através das fazendas históricas da Coxilha Rica e do corredor Caminho das Tropas, pelas quais, no século XVII e XVIII, os tropeiros conduziam gados e muares da província do Rio Grande até Sorocaba na província de São Paulo. No início dos anos 2000, incentivou a história tradicionalista dos revolucionários farroupilhas, recebendo a chama crioula no passo de Santa Vitória, no Rio Pelotas, entre Rio Grande e Santa Catarina, para a comemoração da semana farroupilha em nossas paragens. Retorna a Capital em 2009, para exercer as funções do cargo de Juiz Substituto de Desembargador, sendo diversas vezes elogiado neste Plenário por sua atuação competente e dedicada nas Câmaras as quais integrou. Impossível recordar essa trajetória sem olvidar os momentos de alegria e felicidade, alguns dos quais compartilhados por seus familiares, amigos e irmãos. Os mesmos amigos e irmãos que viveram com você esses momentos também choraram os mesmos ais nos instantes tristes que assolaram sua alma. E que, embora se transformem em lições de vida, reconheço as dificuldades de compreender e muito mais de aceitar, ainda que pensemos ter uma

razoável compreensão das diretrizes da vida. São momentos como aqueles, como lembrava Veronica Shoffstall em 1971 (atribuem equivocadamente a Shakespeare), que ensinam ‘que não importa em quantos pedaços o seu coração foi partido: simplesmente o mundo não irá parar para que você possa consertá-lo’ e a vida tem que seguir e nós com ela com todas as alegrias e também, as dores do sofrimento. (After a While). Partilhamos de crenças semelhantes. Reconheço que, nesses momentos que você passou, tenho dúvidas se o racionalismo ateu não seria melhor para aceitar as vicissitudes da vida sem tentar encontrar explicações na fé. Talvez por isso, nutro um profundo respeito por meus amigos ateus, até como forma de entender racionalmente a humanidade. Bertrand Russel em seu clássico ‘Por que não sou cristão!’ deixou expresso, com inegável propriedade: ‘Impossível acreditar que um mundo tão cheio de maldade fosse obra de um Autor que combinasse poder infinito com a bondade e virtude perfeitas’ (p. 86). Nessa reflexão penso ser oportuna a lição de Kant que propunha uma religião fundada não no transcendente, mas na razão: ‘Age só segundo a máxima tal que possas ao mesmo tempo querer que ela se torne lei universal’ (Kant, p. 51). Em uma peça de arquitetura publicada na revista ‘O Prumo’, falando do homem cavalgando em seu cavalo chamado ‘Sonho em busca da verdade’, você deixou gravada a mesma mensagem: ‘Vê a orla dentada que te circunda e descobre nela a imensidão de homens iguais a ti que existem ao teu redor. Certifica-te que é a esses que debes devotar o melhor do teu amor e a mais pura das tuas intenções’. E complementa com a mensagem dos evangelhos: ‘Estes são aqueles a quem não debes fazer ou desejar aquilo que a ti não queres que te façam ou desejem’ (In O Painel do Grau de Companheiro. Revista O Prumo, maio/junho de 1989, nº 25, p. 18). Nossos encontros e nossa amizade fortaleceram-se na convivência na Maçonaria, na qual aprendemos, permanentemente, o exercício de tolerância e compreensão com as crenças e ideologias, tolerância que não significa aplauso, e que muitos, infelizmente, confundem com subserviência. Parabéns pela trajetória e pela imensa legião de amigos

que conquistou e também pelos opositores que na vida nós sempre, infelizmente, acabamos por adicionar, em algum momento e por razões, às vezes incompreensíveis, e com o difícil, mas necessário, dever de perdoar. Para essas circunstâncias, inevitáveis, assinalo o precioso ensinamento de Rui Barbosa: ‘Não poucas vezes, pois, razão é lastimar o zelo dos amigos, e agradecer a malevolência dos opositores. Estes nos salvam, quando aqueles nos extraviam. De sorte que, no perdoar aos inimigos, muita vez não vai somente caridade cristã, senão também justiça ordinária e reconhecimento humano’ (Oração aos Moços). Prezado Amigo, afasto-me dessa rápida incursão pelas razões e dúvidas da fé para reiterar-lhe as boas-vindas a uma casa que já conhece, pois nela exerce suas atribuições há mais de vinte e cinco anos. Não haverá novidades em sua nova função. Desde 2009 que exerce as atividades neste Tribunal como Juiz Substituto de Desembargador, o que acarreta idêntica responsabilidade. Será, como você já expressou, um novo desafio. Sua capacidade e inteligência por todos reconhecidas permitirão desincumbir-se de mais este ciclo que, espero, seja longo o suficiente para ajudar-nos na solução dos conflitos que teimam em crescer numa litigiosidade que, muito em breve, passará dos 100 milhões de processos. Inegavelmente a solução não passa pelo simples aumento do número de magistrados e servidores, mas pela busca de soluções extrajudiciais e de limitação de recursos para, não só uma mitigação do volume de processos, mas também, em consequência, uma melhor apreciação daqueles que nos são submetidos. Muito mais importante, assinala Renato Nalini, Presidente do TJSP, é que a formação jurídica deixe de ser eminentemente adversarial, como continua a ser desde antes de 1827, quando Dom Pedro I trouxe o modelo coimbrão para a São Francisco e para Olinda, e se aperceba de que a judicialização não é sempre solução, mas pode ser inconveniente em inúmeros casos. (In Renovemos o Ensino Jurídico, Blog Renato Nalini, acessado em 7 de julho de 2015). Manifesto, por fim, que tenha uma longa vida que permita uma convivência harmoniosa com os seus e que o Grande Arquiteto do Universo continue a iluminá-lo em suas decisões. Obrigado”.

DISCURSO DE POSSE PROFERIDO PELO DESEMBARGADOR STANLEY BRAGA

O Excelentíssimo Senhor Desembargador Stanley Braga cumprimentou as autoridades e os demais presentes, e fez o seguinte pronunciamento: ‘Neste momento único e inolvidável de minha trajetória profissional, e porque não dizer, também, de minha existência terrena, inicio esta breve manifestação trazendo a lume a beleza singela do que um dia foi dito pela poetisa goiana Cora Coralina. E então eu repito: ‘Procuro semear otimismo e plantar sementes de paz e justiça. Digo o que penso, com esperança. Penso no que faço, com fé. Faço o que devo fazer, com amor. Eu me esforço para ser cada dia melhor, pois bondade também se aprende. Mesmo quando tudo parece desabar, cabe a mim decidir entre rir ou chorar, ir ou ficar, desistir ou lutar; porque descobri, no caminho incerto da vida, que o mais importante é o decidir’. E por ser assim, e por ser esta a minha convicção, decidi celebrar esse momento não com um discurso eloquente no qual eu pudesse enaltecer a qualidade, a probidade e a imparcialidade da Magistratura catarinense, que com orgulho integro durante quase três décadas ou, quem sabe, a minha trajetória pessoal e profissional. Ao invés disso, ousou, então, desta tribuna, mostrar a minha alegria e contentamento usando palavras simples que brotam da alma em feitiço de oração. E esta oração que faço transita por dois caminhos que entendo paralelos. São eles a humildade do pedido de perdão e a grandeza do reconhecimento da gratidão. Por isso, começo essa minha oração, pedindo perdão ao Deus da minha Fé, Juiz único e verdadeiro de todo o universo. Rogo que eu seja perdoado por minhas falhas humanas e por todas as vezes que não me reconheci nos meus semelhantes, por tantas vezes que não os tratei como iguais. Mas, ainda que eu não seja perdoado expresso aqui a minha imensa gratidão ao Criador pelos dons da vida que recebi, pelas vezes que, mesmo sem ser merecedor, fui consolado e por poder rezar, ao final de cada dia, a oração

que certa vez minha mãe me ensinou: (dizia ela) ‘Louvado seja Deus que nem um dia, deixou de me mandar uma alegria, pra compensar, talvez, alguma dor’. Peço também perdão aos meus pais, que hoje já não compartilham comigo o plano físico da vida, mas que de alguma forma, eu sinto, que se integram a esse meu momento. Meu pai e minha mãe a vós rogo clemência por todas as vezes que deixei de compreender o vosso amor. Porque deixei de aceitar a vossa sabedoria. Por todas as vezes que deixei de retribuir o carinho e a dedicação recebidos ao longo desses mais de sessenta anos em que estivemos juntos. A vós sou grato por tudo o que me foi ofertado, pelas lágrimas, pelos sorrisos, pelos cuidados e pelas oportunidades nas quais que me foi concedido por vós o direito de exercer as minhas escolhas. Sem isso, aqui não estaria eu a comemorar essa conquista. Que, então, no alto dos céus ressoe esse meu preito de reconhecimento e gratidão. Na ausência de meus pais peço à minha madrinha Janice, aqui presente, sua benção e a ela manifesto minha eterna gratidão pelos momentos de felicidade e acolhimento que me proporcionou. Assim como roguei perdão por minhas faltas e externei o mais verdadeiro sentimento de gratidão aos meus pais, e neles simbolizo, nesse instante, todos os entes queridos que me antecederam, peço perdão e manifesto gratidão, também, aos que de mim descendem. Aos meus filhos Joanna, Pedro Paulo e Maria Augusta e aos meus netos Catarina, Gael e Yago, sendo que esses dois últimos, juntos, no ventre de minha querida nora Ana Karina, ainda trilham a fase de preparação do caminho com dignidade peço que perdoem-me pelas vezes que não os compreendi, perdoem-me pelas ausências voluntárias ou não. Perdoem-me, enfim, pelos momentos em que fui incapaz de mostrar a vocês que, embora em equívoco, meu único objetivo sempre foi evitar que vocês sofressem pois, toda a minha vida tem sido uma luta para que vocês não tenham mais que lutar. Mas quero dizer que a vocês expressei meu mais puro sentimento de gratidão. Pelos incontáveis momentos de alegria que proporcionaram à minha vida. Por se terem tornado seres humanos livres e completos, na mais nobre acepção destas palavras. Por terem me

permitido conhecer a verdadeira expressão do amor incondicional. Por incutirem em meu coração e em minha face o orgulho indisfarçável do escultor que vê a sua obra terminada e admirada por todos. Eu sou o criador e vocês são as criaturas, porém, nos versos de Gibran: ‘Eu sou apenas o arco do qual vocês foram arremessados como flechas vivas. O arqueiro mira o alvo na senda do infinito e estica o arco com toda a sua força. Para que suas flechas se projetem, rápidas e para longe. E o meu encurvamento na mão do arqueiro é a minha alegria: Pois assim como ele ama a flecha que voa, ama também o arco que permanece estável. Aos meus irmãos Maria Cristina, Nelson Junior e Patrícia invoco sua clemência por termos convivido tão pouco pois que aceitei os desafios que o destino me ofereceu e trilhei caminhos que me mantiveram fisicamente distante deles a maior parte do tempo de nossas vidas. Mas a eles sou grato por terem sempre demonstrado que distância não significa ausência e todas as vezes que estivemos juntos entre nós verificou-se o mais sincero amor fraternal que inundou nossos corações e, felizes, pudemos compartilhar a beleza da vida. A eles sou, e serei, eternamente grato pelo incentivo contagiante que sempre me dedicaram. Unidos, ainda que em pensamento, seremos sempre mais fortes. É chegado o momento que se faz imprescindível falar com você Danieli, minha esposa muito amada. És o amor que floresceu no outono de minha existência e com tua jovialidade e sabedoria de mulher me emprestastes novo brilho ao olhar, fizestes com que meus lábios sorrissem novamente e que meu semblante ganhasse luz diante das incontáveis possibilidades que se descortinaram no horizonte de nossas vidas. Peço-te perdão por ter me demorado tanto. Conspirou o Universo para que só agora nos encontrássemos, contudo, pedindo o teu perdão por essa demora, tomo por minha a poesia de Chico Buarque, e por isso, ‘Eu quero te contar das chuvas que apanhei, das noites que vareei, no escuro a te buscar, eu quero te mostrar as marcas que ganhei nas lutas contra o rei, nas discussões com Deus e agora que cheguei, eu quero a recompensa, eu quero a prenda imensa dos carinhos teus’. E é contigo, minha doce amada, num gesto extremo de

reconhecimento e gratidão, que divido a indescritível alegria desse momento de vitória. Aos meus amigos de ontem, de hoje e de sempre, eu também ousou pedir deles o perdão por minhas falhas e com gratidão eu os homenageio a todos e a todas compartilhando a importância desta hora. Faço isso lembrando os nomes do estimado Des. Ivo Sell, de saudosíssima memória, do Des. Getúlio Correa, justificando seu nome vez que o início da nossa amizade remonta ao já distante ano de 1984, dos amigos Fernando Clementino, Jose Luis Benthien e Luiz Cláudio Resende. A esses e a todos os meus amigos, dedico as palavras do 'poetinha' Vinícius de Moraes: 'Tenho amigos que não sabem o quanto são meus amigos. Não percebem o amor que lhes devoto e a absoluta necessidade que tenho deles. A amizade é um sentimento mais nobre do que o amor, eis que permite que o objeto dela se divida em outros afetos, enquanto o amor tem intrínseco o ciúme, que não admite a rivalidade. E eu poderia suportar, embora não sem dor, que tivessem morrido todos os meus amores, mas enlouqueceria se morressem todos os meus amigos! Até mesmo aqueles que não percebem o quanto são meus amigos e o quanto minha vida depende de suas existências... A alguns deles não procuro, basta-me saber que eles existem. Esta mera condição me encoraja a seguir em frente pela vida. Mas, porque não os procuro com assiduidade, não posso lhes dizer o quanto gosto deles. Eles não iriam acreditar. Muitos deles estão ouvindo estas palavras e não sabem que estão incluídos na sagrada relação de meus amigos. Mas é delicioso que eu saiba e sinta que os adoro, embora não declare e não os procure. E às vezes, quando os procuro, noto que eles não têm noção de como me são necessários, de como são indispensáveis ao meu equilíbrio vital, porque eles fazem parte do mundo que eu, tremulamente, construí, e se tornaram alicerces do meu encanto pela vida. Se um deles morrer, eu ficarei torto para um lado. Se todos eles morrerem, eu desabo! Por isso é que, sem que eles saibam, eu rezo pela vida deles. E me envergonho, porque essa minha prece é, em síntese, dirigida ao meu bem estar. Ela é, talvez, fruto do meu egoísmo. Por vezes, mergulho em pensamentos sobre alguns deles.

Quando viajo e fico diante de lugares maravilhosos, cai-me alguma lágrima por não estarem junto de mim compartilhando daquele prazer... Se alguma coisa me consome e me envelhece é que a roda furiosa da vida não me permite ter sempre ao meu lado, morando comigo, andando comigo, falando comigo, vivendo comigo, todos os meus amigos, e, principalmente, os que só desconfiam - ou talvez nunca vão saber - que são meus amigos! A gente não faz amigos, reconhece-os'. Inauguro aqui um capítulo especial desta minha alocução para me dirigir aqueles e aquelas que trabalharam e trabalham diretamente comigo. Escrivães, técnicos e assessores de ontem, de hoje e de sempre. A vocês nobres e valentes escudeiros que com coragem e dignidade ímpar me ajudaram a percorrer o caminho que me trouxe até aqui. A vocês que de forma incansável suportaram o peso da enorme responsabilidade de dividir comigo a tarefa árdua e nobre de fazer justiça, pois nós bem sabemos que julgar é um ato que os homens, ousadamente, usurparam de Deus. A vocês eu humildemente peço perdão por meus momentos de intolerância, por minhas exigências, muitas vezes, exageradas, por meus dias de mau humor e de silêncio. A vocês sou e serei eternamente grato pela paciência com que me ouviram e ainda me ouvem, pelo respeitoso carinho que me dedicam e pelo elevado senso de responsabilidade. Afirmo a vocês, sem medo de errar: as responsabilidades e a as honras do cargo de Desembargador que hoje passo a ocupar não são apenas minhas, são nossas! Por seguirmos juntos eu os agradeço penhoradamente. Aos meus colegas, Magistrados, aos senhores integrantes do Ministério Público, aos nobres advogados e advogadas, aos serventuários e aos jurisdicionados peço, e espero deferimento, desse meu pedido de absolvição pelos enganos cometidos ao longo destas já quase quatro décadas de exercício da advocacia e da judicatura. Errare humanum est, porém os erros que cometi não foram permeados pela iniquidade, mas, ao contrário, foram fruto da equivocada interpretação da norma ou dos fatos. E, justamente, em razão desses equívocos é que me é possível expressar aqui e agora, a todos aqueles e aquelas com quem convivi profissionalmente, minha

gratidão por ter-me sido concedida a compreensão e tolerância e me dada a oportunidade de aprender sempre mais e mais. Encaminho-me para a conclusão desta oração estendendo o meu pedido de clemência e a minha expressão de gratidão aos que por um ou outro motivo não se fizeram presentes. Principalmente à minha filha Maria Augusta, que reside na França e aqui não pode estar conosco. Agora (Ministro Hélio, Desembargador Carioni) abro um parêntesis especial para lembrar de minha filha Joanna que, por uma inversão da lógica da vida, totalmente incompreensível, mas hoje por mim aceita, já não mais habita o nosso mundo físico e que com certeza desfruta da Paz celestial. A ela, a todos e a todas, que aqui não se fazem presentes, dedico os lindos versos do poeta paraibano Antônio Pereira: ‘Saudade é que nem parafuso quando na rosca cai, Só entra se for torcendo, porque batendo não vai. E se enferruja ali dentro, nem destorcendo não sai. Quem quiser plantar a saudade, escale bem a semente, Plante na terra seca, onde o sol bate mais quente, Por que se plantar no molhado, ela cresce e mata a gente. Saudade mata, eu sei, Mas dessa volta eu me esquivo, Não vou morrer de saudade. Pois é de saudade que eu vivo!’

DISCURSO PROFERIDO PELO DESEMBARGADOR JOSÉ CARLOS CARSTENS KÖHLER, EM NOME DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA, EM CUMPRIMENTO AOS NOVOS DESEMBARGADORES EMPOSSADOS

“Os brasileiros patriotas não desejam sobreviver tristes num outro país, mas querem e merecem viver felizes num Brasil muito diferente. Excelentíssimo Senhor Desembargador Nelson Juliano Schaefer Martins, mui digno Presidente do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, em nome de quem saúdo todos os integrantes da mesa dirigente dos trabalhos da presente sessão solene, bem como as demais Autoridades já mencionadas pelo protocolo. Ilustres familiares e amigos do Empossado, em especial seus pais Alamiro Manoel e Maria de Lourdes, seus irmãos Sérgio, Silvio e Shirley, seus filhos Thiago, Diego, Douglas, Monique, Eduardo, Manuella e Rômulo, ladeados por sua companheira Tatiane. Senhoras Desembargadoras, Senhores Desembargadores. Estimado Desembargador Altamiro de Oliveira, minhas senhoras e meus senhores. A minha primeira colocação é de desmedido agradecimento ao eminente Presidente desta Corte pela honrosa delegação de dar merecidas boas vindas ao Desembargador Altamiro de Oliveira. Porto a certeza Presidente, de que nas firmes mãos de Vossa Excelência repousa a execução da decisão tomada a poucos minutos, pela unanimidade de Desembargadores e Desembargadores Substitutos, de um sonoro e gigantesco NÃO à infeliz iniciativa em andamento de quebra do sistema de duodécimo do Poder Judiciário de nosso Estado, por importar em frontal violação de sua autonomia administrativo-financeira, estampada no art. 99 da ‘Carta da Primavera’ e, por óbvio, redundar em prejuízo direto e irreparável a todos os catarinenses. Igualmente, estou convicto de que este subsunor interiorano não seja a pessoa mais indicada para a tarefa, a qual abraço como uma homenagem aos que integraram e integram a Quarta Câmara de Direito Comercial, que em seus sete anos

e oito meses de funcionamento julgou 60.363 casos, contando com o concurso decisivo do ora Empossado. Porém, farei o possível para levar a contento tamanha incumbência. Em verdade, mais uma vez creio que o que hoje acontece não é decorrente do acaso, de eventual destino ou de mera coincidência, mas de obra da Providência. Com o escopo de facilitar as ponderações que tentarei alinhar, rogo a especial fineza ao Desembargador Altamiro de Oliveira de, ao arrepio da liturgia da solenidade, dispensar-lhe o mesmo tratamento de nossa intimidade: Altamiro. Permissão concedida? Grato. Como já disse em outras duas oportunidades igualmente ímpares: 'Hoje é dia de festa, alegria e quiçá, leve, necessária e oportuna reflexão'. Iniciarei pela última. O papel do juiz tem se alterado no fluir do tempo, dentro do qual todos desfiliamos, sempre buscando a máxima sintonia fina com o tecido social e qualquer digressão doutrinária acerca do tema seria maçante. Porém, um País com as características do nosso clama que o magistrado não se quede diante de realidades aparentemente imutáveis, principalmente na quadra atual, quando o Estado Brasileiro está diuturnamente espancando a Nação e o Povo assiste estarecido sem sequer poder visualizar uma luz no fim do túnel que não seja o comboio pronto a lhe atropelar. Jamais se deve olvidar que a Pátria não está a serviço de quem quer que seja em particular ou de qualquer interesse diverso dos nacionais, pouco importando o rótulo dos governantes de plantão. A Constituição Federal não é um mero documento escrito, porquanto nos assegura de início a liberdade de credo, não podendo ser transformada, ao sabor de circunstâncias e oportunidades, numa mera colcha de retalhos, sendo em última análise o instrumento de defesa da Nação contra os desvios e abusos dos detentores do poder em relação ao Povo, em todas as suas instâncias e esferas. Ser objetivamente justo é a tarefa precípua do juiz, pouco importando as licenciosidades que pululam na ação e omissão de algumas pessoas tanto no setor público como no privado, tais como: ser politicamente correto a qualquer custo, socialmente confortável a todo preço e, o que é muito pior, encarar os acontecimentos como se tudo fosse normal, como

verdadeiro sinal dos tempos, a começar pelo tratamento brando com a corrupção. É cômico de tal missão que aqui aporta em definitivo o Altamiro, em substituição ao Desembargador José Gaspar Rubick, que por mais de quarenta anos prestou relevantes serviços à judicatura catarinense, a quem rendo as merecidas homenagens. ‘Manezinho da Ilha’ e avaiano roxo, um dos cinco filhos do casal Alamiro Manoel de Oliveira e Maria de Lourdes Pires de Oliveira, ele militar da reserva do Exército Brasileiro e ela servidora jubilada desta Corte, cujas presenças abrilhantam sobremaneira a presente solenidade, marcados pelo sentimento que mais nos aproxima do Criador, o amor, presenciam o Altamiro galgar o último degrau da magistratura estadual. A jornada de instrução do Altamiro inicia no Grupo Escolar Antonieta de Barros, prossegue no Instituto Estadual de Educação e culmina na Universidade Federal de Santa Catarina, onde se gradua bacharel em direito em 1985, deixando patente a excelência do ensino público naquela época e seu esforço pessoal. Ainda quando cursava Direito, ingressa como oficial de justiça deste Arcópio em 1981 e, após aprovação no concurso para juiz substituto, toma posse em 22-05-1989, julgando nas Comarcas de Criciúma, São José e Capital como substituto, e já na condição de Juiz de Direito, nas de Campo Erê, Capinzal – quando fomos vizinhos e eu julgava em Joaçaba – Caçador e Lages, onde por mais tempo permaneceu, até que em 18-02-2009 foi removido para Desembargador Substituto, atuando no primeiro momento na Câmara Especial Regional de Chapecó e posteriormente na Quarta Câmara de Direito Comercial, a partir de 25-01-2010. O Altamiro chega pela porta frontal, sagrada e ampla da Corte com inescandível vivência judicante, enorme dedicação e sobretudo independência e dignidade. Merece ênfase que bom senso e dignidade que sobram em Altamiro infelizmente, não raras vezes, faltam a vários homens públicos da sofrida República Brasileira. A tentativa de traçar seus atributos é encargo invencível. Contudo, face a sua companhia em Órgão Fracionário por cinco anos e cinco meses posso afirmar, sem medo de exagero decorrente de nossa fraternidade, que o Altamiro

consegue ser justo e firme com extrema tranquilidade e, até em momentos difíceis, com respeitosa e salutar alegria. Resta claro que de forma até prazerosa não se deixa envenenar pela ganância dos litigantes. Os seus 26 anos de judicatura são o testemunho eloquente de que logrará o costumeiro êxito em seu papel nesta Corte, contando como faz há onze anos, como sempre, com sua valorosa assessoria, gerenciada pelo analista jurídico Glauber Machado Pinto. Colho a oportunidade para externar não só a gratidão por sua aprazível companhia, mas trazer a público o reconhecimento de seu brilho, dedicação e lealdade com os integrantes da Quarta Câmara de Direito Comercial, onde só deixa doces lembranças para mim e aos eminentes Desembargadores Lédio Rosa de Andrade e José Inácio Schaefer. Este Areópago é de todos os catarinenses, alberga variadas ideologias e preferências, ficando as eventuais divergências restritas ao campo da formação do convencimento. Os seus Pais, seus Irmãos, em especial a Sandra Regina de Oliveira, que vibra em outra frequência que você muito bem conhece, bem como seus Filhos e Companheira têm motivos de sobra para estarem radiantes, porque você aqui chega pelos seus próprios méritos, sem nada dever a quem quer que seja. Rogo vênias a todos os presentes para, como amigo, enfatizar a sua sensibilidade, desinteressada solidariedade e verdadeira fraternidade, num mundo onde muitos não são livres, nem iguais e nem fraternos, a par de ingratos, quando em setembro de 2013 a loba faminta da morte rondou a cidadela de minha existência, tais sentimentos realmente são divinos, dentro da lei do retorno involuntário. Já driblei o meu estilo pragmático, pelo que peço desculpas. Parabéns pelo exemplo de jornada. Que Deus o guarde, ilumine e governe, e continue permitindo que só faça aos outros o que quer que te façam. Altamiro de Oliveira, persevere digno, justo e feliz. Muito obrigado”.

DISCURSO DE POSSE DO DESEMBARGADOR ALTAMIRO DE OLIVEIRA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA

“Faço aqui duas saudações especiais. A primeira ao Desembargador Stanley da Silva Braga, hoje também empossado no cargo de Desembargador, meu amigo de longa data. Juntos chegamos a Lages, junto fomos a Juiz de 2º grau e hoje, juntos, estamos sendo promovidos a Desembargador. Vossa Excelência é um lutador, um homem de fibra e hoje merecedor do cargo para o qual é laureado. Receba junto com sua mulher Danieli os meus parabéns. E a segunda ao Desembargador José Carlos Cartens Köhler, desembargador operoso, culto, de fácil trato, que sempre me tratou como a um irmão mais moço, conduzindo-me pelo caminho do bem. As palavras elogiosas ditas por Vossa Excelência à minha pessoa são fruto desse seu coração generoso e grande, que aliás nos deu um grande susto no ano passado. Obrigado Desembargador. E cuide desse coração precisamos de ti aqui por mais tempo. Senhoras e Senhores, meus convidados, funcionários da casa, meus familiares. Sr. Presidente! Pensei em como chegar aqui hoje e fazer um discurso. Primeiro pensei em um discurso técnico, jurídico, depois em um filosófico, histórico, por último pensei. Não. Vou fazer um que seja parecido comigo, que seja parte do meu ‘eu’. Que seja um pouco Juiz, um pouco atleta, um pouco ator de teatro amador, que conte uma história. A minha! Por isso senhor Presidente começo assim! Sou um homem feliz! Nasci numa família maravilhosa. Meu pai Alamiro, aqui presente, de formação militar, nosso líder maior, nossa inspiração, meu ídolo, homem austero, rígido as vezes, ‘quando necessário’, me ensinou os valores que carrego hoje. E entre tantos e todos que trago comigo desde a infância destaque, caráter, honestidade, trabalho, alegria, simplicidade e humildade. Tudo que sei e sou hoje agradeço aos meus pais. Lembro bem da minha infância que apesar de humilde foi muito alegre. Nasci na Agrônômica e ali fiquei até

os nove anos de idade. Cresci jogando futebol junto ao abrigo de menores, onde passávamos nosso tempo livre junto aos internos. Soltei pipa, brinquei de carretão, carrinho de rolimã, de mocinho e bandido com armas de brinquedo, que serviam só pra brincar, brincava de pegar, bandeira salva, bate latinha, peão, bolinha de vidro ou de gude, ralo, entre tantas outras, todas brincadeiras de infância e que aconteciam nas ruas. Recentemente assisti a um show de comédia, um em São Paulo onde em certa parte do show, o comediante falando das brincadeiras de outrora e que acontecia nas ruas disse: a gente brincava na rua até tarde da noite e se a mãe não chamasse pra dentro a gente fica lá. Disse mais: ‘Até hoje tenho amigos mendigos que moram na rua, porque a mãe esqueceu de chama-los pra dentro’. Misturava-se de tudo. Várias pessoas, raças, credo, cor, classe social e, um apelido era só uma apelido, não era ‘bullying’. Se se chegava em casa reclamando pra mãe que algum amigo lhe bateu ou chamou de apelido, apanhávamos outra surra e ficávamos de castigo dentro de casa para ‘aprender’. Assim é que era. ‘Bons tempos’ não tínhamos ostentação, todos tinham que trabalhar e contribuir para o sustento da família. Foi assim que já aos sete anos de idade ajudava meu irmão mais velho na venda de pipocas no ponto final da empresa Taner – Agronômica. Depois passei a cuidar de carros no estacionamento junto ao Flomar – barco que se localizava junto a Beira Mar norte próximo ao Hotel Beira Mar. Nesta época já havíamos nos mudado pra Prainha onde passei o resto da minha infância, minha adolescência até tomar posse no Concurso de Magistrado, quando fui morar sozinho, sem a família em Criciúma. Na Prainha, não era raro os amigos baterem a porta de casa para me chamar pra jogar futebol e ouvir a voz grave e firme de meu pai: ‘Não hoje ele não vai jogar, tá estudando’. Obrigado meu pai, meu amigo, meu conselheiro, me desculpa se alguma vez o decepcionei tenha certeza eu não queria e se hoje estou aqui você é o grande responsável. Minha mãe Maria de Lourdes, mulher de fibra, cuidava dos afazeres domésticos e dos cinco filhos. Mas não era só. Foi funcionária da Fábrica de bordados Hoepcke, costurava, para obter renda extra, além de vender artigos de

roupa, tudo para ajudar na renda da família e permitir que os filhos tivessem uma vida melhor, uma boa educação. Só depois dos filhos formados e com 42 anos de idade é que minha mãe voltou a estudar, tendo concluído o 2º grau sem não antes ter logrado êxito em passar no concurso para o TJ onde se aposentou em 1994. Da janela do 7º andar da Diretoria Judiciária junto aos amigos me olhava jogando futebol no aterro, o que ocorria, invariavelmente, todos os dias após o horário do colégio das 17.00 horas até escurecer e exclamava: ‘Olha só, não vai dar nada, passa o dia todo jogando bola’. Acho que lhe decepcionei também, né mãe, mas nesse caso, para o bem! Obrigado minha mãe, nossa rainha, batalhadora, aventureira, incansável, nossa alegria, aquela que ainda hoje me liga convidando pra comer a comidinha da mamãe! A propósito somos uma família de cinco irmãos, todos estudantes de escola Pública e todos formados em Universidade Pública, mais precisamente todos na Universidade Federal de Santa Catarina. Só isso demonstra a força, o carinho a dedicação de meu pai e minha mãe pela educação e formação dos filhos. Minha irmã mais velha Sandra, já falecida era formada em Letras, com especialização em Inglês. Meu irmão mais velho Sergio é dentista, com consultório em São José. Meu outro irmão Silvio é médico no Rio de Janeiro e de lá veio hoje me prestigiar, demonstrando nossa união, pois que largou seus afazeres como Diretor-Geral de Reabilitação do Hospital Oscar Clark para estar aqui. E a mais moça Shirley é Dentista e Bioquímica, além de ser Perita Odontologista da Polícia Civil, através de concurso público. Feliz de quem ainda tem pai e mãe vivos. Eu tenho essa benção. Obrigado pai e mãe. Amo Vocês! Sou grato por tudo o que fizeram e fazem por mim e meus irmãos. Na nossa família São dezesseis netos, quatro bisnetos, um ainda a caminho, né Li. Desses netos, sete são meus filhos. São três casamentos. Do Casamento com a Virginia nasceram Thiago com 33, formado em Direito, com Pós-graduação em Direito Processual Civil, cursou Escola da Magistratura, é funcionário Público concursado, mas é na Política que se realiza, sendo hoje vereador em Lages; Diego, com 30 anos também bacharel em Direito com

especialização em Segurança Pública é hoje Diretor de Trânsito em Lages; Douglas, com 29 anos meu filho especial, em todos os sentidos. Do casamento com a Mônica outros três. Monique, com 29 anos, estudante Universitária cursando Fisioterapia; Eduardo com 15 anos e Manuella com 11, quase 12 (agora no dia 18/07, né filha?), ambos estudantes. E do meu casamento atual com a Tatiane, 'Tati', o Romulo, meu 'filhastro', que é na verdade filho da Tati, com 20 anos, marinho e estudante de Biologia. Gostaria de falar dos meus filhos, de cada um deles de forma pessoal e destacada, mas meu tempo é curto e por isso vou dizer que sou muito orgulhoso de todos vocês. Todos são bons filhos dedicados, estudiosos, que nunca me deram maiores trabalhos a não ser aqueles naturais da idade. Sou duplamente abençoado primeiro porque é uma benção você ter filhos adultos que passaram pela adolescência sem se envolver com drogas ou outras confusões. E filhos pequenos que são joias sendo lapidadas como os mais lindos dos cristais. AMO TODOS VOCÊS! Porém Senhor Presidente não poderia deixar de falar destacadamente do Douglas. Meu filho especial. Quem tem na família ou já teve contato com uma criança especial sabe do que vou falar. Eles são sempre crianças, não tem a maldade do mundo exterior, te dão amor, carinho, sem te exigir quase nada em troca, a não ser também o verdadeiro amor e o aconchego. Quando Douglas nasceu em 1986 e, ao descobrir que ele era Microcefálico, sabia que teria uma missão. Tinha que estudar, precisava ganhar bem, pois sabia que ele ia precisar de mim, do meu carinho, mas também do meu dinheiro para poder custear o tratamento, remédios e médicos que todos sabem não são baratos. Talvez aí, Senhor Presidente tenha residido toda a minha força para estudar e passar no concurso. Douglas hoje está bem, com 29 anos de idade e vive na companhia da mãe. Obrigado meu Deus pela força que me deu e me dá para cuidar dessa árdua mais gratificante missão! Senhor Presidente diz-se feliz o homem que pode encher uma mão de amigos, pois eu sou muito feliz, pois não tenho dedos para contar o número de amigos que tenho. Basta ver a quantidade deles que hoje aqui se faz presente. Dizem

também que não se deve nominar os amigos sob pena de esquecer alguns e deixá-los aborrecidos. Pois vou correr esse risco. Isso porque, Senhor Presidente, tem pessoas que, mais que amigos, são considerados anjos. Quando tinha nove anos de idade, já na Prainha, Deus botou na minha vida o primeiro deles. Jorge Tadeu Dutra, o Dói, foi por esse apelido que o conheci e é desta forma que os amigos o chamam até hoje. Naquela época o Dói deveria ter uns 16 anos e eu havia recém chegado à Prainha. Estávamos numa roda de amigos que acabara de conhecer em frente a Igreja Santa Terezinha, quando surgiu um cigarro de maconha que passou a correr por todos. O Dói, prontamente como um guarda, já que também não fumava, não permitiu que ela me fosse repassada e, assim, Senhor Presidente passei incólume toda a minha vida sem ter experimentado sequer cigarro comum. Esse anjo da guarda não permitiu que eu fumasse e assim me livrou daquilo que poderia ter sido a minha perdição. Mais tarde, quando já era funcionário do Tribunal de Justiça e fiz meu primeiro concurso pra magistratura, no de 1987, tendo sido reprovado na prova oral, apareceu o segundo anjo João Augusto Dornbusch, meu chefe, meu eterno chefe, um líder, um ser humano de coração fantástico, com uma visão de empreendedorismo e grande capacidade de gerir e administrar. Um pai, um avô, um amigo. UM ANJO. Pensei que jamais pudesse passar no Concurso para magistratura, que aquilo era pra rico, eu que eu pobre nunca teria vez. Mas ele não só fez a minha inscrição para o próximo concurso, como colocava outros colegas para me auxiliar no trabalho a fim de realiza-lo mais rápido e sobrar tempo pra estudar. Além disso, falava bem de mim aos Desembargadores e sempre que algum assessor entrava em férias ou licença ele ia pessoalmente ao Desembargador oferecer meus serviços. Assim foi que trabalhei com a Desembargadora Thereza Tang e o Desembargador Aloysio Gonçalves, substituindo seus assessores. Depois passei a estudar junto com os amigos de faculdade Rodrigo Collaço e Maria de Lourdes Simas, não raras vezes no gabinete do Desembargador Nauro Collaço, tendo logrado êxito, os três, no concurso de 1989. Sei de vários outros funcionários que passaram pelas

mãos do João e hoje são Procuradores de Estado, Procurador Federal, Promotores e Juízes. Também durante esse período fazia teatro amador, para poder aumentar a renda familiar ganhando cachê. Fiz teatro amador durante 17 anos, primeiro no Grupo Nós e depois no Grupo Independente. Foram tempos felizes, mas de trabalho e cansaço e o meu chefe sempre me ajudou, pois algumas vezes me permitiu sair no horário de expediente para apresentações em colégio, sempre com a devida compensação de horário. Era amigo, mas impunha respeito, era um líder e por isso o respeitávamos. Obrigado chefe! Em um outro contexto, Senhor Presidente encontrei não um, mas vários anjos, que me ajudaram e me ajudam a cuidar do meu filho especial. Elizangela, a Chica de Capinzal, com quem meu filho aprendeu a andar aos nove anos de idade. Deus te abençoe e te proteja, como sei que ele tem feito com você! A Katia minha ex, atual e eterna cunhada. Dizem que sogra é pra sempre. E cunhado também! A Katia até hoje é a protetora, cuidadora, amiga que sempre está comigo nas horas difíceis e tem me ajudado no cuidado, no carinho, com o Douglas. Não poderia deixar de citar a Lúcia também como uma das que mais me ajudou e me ajuda no cuidado com o Douglas. Lá no início Lúcia Eliza Bainha, pedagoga de formação, ou simplesmente Lúcia, tinha um colégio onde o Douglas ficava em regime de internato durante todo o dia e ia pra casa à noite. Com a minha separação Douglas passou a ficar no colégio também à noite e eu o pegava aos fins de semana. Com o fechamento do colégio e sem saber pra onde leva-lo Lúcia achou a solução. Levou-o para sua casa como se seu filho fosse. E o era efetivamente, tal o carinho, a dedicação, o amor, que ela tinha por ele. Ela era efetivamente a mãe dele. Havia algo mais de que uma simples profissional cuidando de uma criança especial, havia amor de mãe. E foi assim que a Lúcia cuidou do Douglas na casa dela até dois anos atrás, quando passou a ser acometida de doença séria que lhe retirou a capacidade de cuidar dele. Nunca a vi triste, nunca a vi desanimada, nunca a vi reclamar da vida, são essas pessoas que parecem frágeis fisicamente, mas que tem uma força interna indescritível que te fazem acreditar que

Deus existe e quando você pensa em esmorecer ele tá ali do teu lado te dando força e dizendo: ‘Calma tudo vai dar certo’. E efetivamente tudo tem dado certo. Obrigado Chica, Kátia e Lúcia meus anjos da guarda! Não posso deixar de incluir nesse grupo seletor Roseli Lair Silveira Costa. Amiga de infância, da Prainha, que voltei a encontrar em Lages. Comigo trabalhou por dezesseis anos, mais que cuidar dos meus filhos, de todos os seis, deu educação e carinho de mãe! Não poderia esquecer de um amigo, de um irmão, de um anjo chamado Levi. Quando a pouco tempo atrás passei por momentos difíceis foi na casa do Levi que achei conforto. Lá passou a ser o meu QG. Lá a família voltou a se unir e se encontrar. Lá nunca me faltou um apoio, um sorriso, um coração amigo. Uma boa comida, a alegria. Lá não faltou a demonstração que amigos e família são tudo na vida de uma pessoa. Foi lá também o nosso QG, da última campanha para vereador em Lages onde meu filho Thiago acabou eleito. Hoje continuamos indo a casa do Levi e ele e sua família frequentam a minha. Hoje lá ainda é nosso QG, de forma amiga, branda, suave. Hoje Levi, esse meu anjo da guarda é sem dúvida um dos meus grandes amigos! Não posso deixar de citar um anjo que está comigo desde o ano de 2000. Quando me apresentaram aquele estagiário de Direito e pedi pra que me trouxesse um estudo na área do Direito Administrativo e Constitucional e ele me veio com uma pesquisa pronta mostrando as posições que havia no nosso TJ a respeito do tema, vi que estava diante de alguém especial. Tão especial que ficou comigo por pouco tempo, pois passou em Concurso para Caixa Econômica Federal e teve que deixar o estágio. Voltou depois, já formado, para ser assessor, ganhando menos do que ganhava no Cargo de gerente adjunto que já exercia na CEF, pois tinha interesse em fazer carreira na área do Direito. Assim é que o Glauber, meu secretário Jurídico, meu braço direito, meu amigo, alguns acham até que é meu filho, pela semelhança física, vai saber..., melhor não fazer DNA, né Glauber. Brincadeira. Mas a excelência dos meus votos, a organização do meu gabinete e também minha vida pessoal passam pelas mãos do Glauber. Não é a toa que alguns dos Juízes o chamam de: ‘O

colega Glauber’, mas se na vida profissional a capacidade intelectual, administrativa do Glauber é reconhecida, na minha vida pessoal ele se mostra um anjo, um amigo, um filho. Esteve presente ao meu lado, em uma fase difícil e saboreia agora comigo e toda a equipe esse momento maravilhoso que vivemos. Obrigado a todos do meu gabinete, Renan, Eby, Flávia, Layse, Ana Cláudia, Ana Pacheco, Adalizar e Nataly pela qualidade, seriedade e justiça com que trabalham e tratam as partes, mas especialmente ao Glauber por ser mais que um simples profissional, um anjo! Por último, mas não finalmente, quero agradecer a minha mulher Tatiane Heidt, a Tati, mulher bonita, gostosa, inteligente, alegre, perspicaz, que me ensinou a gostar de ler livros, que me mostrou que eu posso ser feliz sozinho, que me ensinou que a felicidade não está no outro, que felicidade é estado de espírito, que me devolveu a alegria de viver, que me devolveu a capacidade de acreditar no amor. Que mostrou que é bom ficar com os amigos, mas é gostoso voltar pra casa. TE AMO MINHA MULHER! E finalmente gostaria de agradecer a essa energia cósmica, a essa luz, a essa força que nos faz viver e seguir em frente sempre. Uns chamam de Buda, outros Jeová, outros Ogum, outros simplesmente de energia. Eu chamo de DEUS. Obrigado meu DEUS. SOU UM HOMEM FELIZ! Termino Senhor Presidente citando Gustavo Kuerten, nosso mais expoente manezinho e ídolo de uma geração que no epílogo de seu livro Guga um Brasileiro diz: ‘Nasci num país que me indicava o sentido oposto e, através de um caminho longo e repleto de obstáculos, construí uma carreira de sucesso. De longe parecia impossível, de perto a cada dia estávamos mais certos. Não era para passar de um sonho o que hoje brindamos como realidade. Com suor, sorrisos e lágrimas aconteceu comigo o que poderia acontecer com qualquer brasileiro!’ MUITO OBRIGADO!’

DISCURSO PROFERIDO PELO DESEMBARGADOR TYCHO BRAHE FERNANDES NETO, EM COMEMORAÇÃO DOS 124 ANOS DE INSTALAÇÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA

“É agradável poder reencontrar muitos dos amigos que o tempo nos permitiu o convívio. Notadamente em ocasião tão festiva quanto esta que hoje nos reúne. Cabe, no entanto, desde logo explicar o porquê da minha presença na condição de orador. Sabem todos que o brilho da tribuna nunca me seduziu. No entanto, o eminente Presidente deste Tribunal, egrégio em tudo e por tudo, convidou-me para, em nome dos ex-presidentes da Corte, procurar contar, rememorando rapidamente, e com as palavras de Camões ‘De minha gente a grão genealogia: Não me mandas contar estranha história, Mas mandas-me louvar dos meus a glória’. E, mesmo não tendo a eloquência de Demóstenes, ou a elegância verbal de Cícero, procurei desincumbir-me do encargo. Ou como diria o Vate Português: ‘Se para tanto me sobrasse, engenho e arte’. Sabemos todos que a Constituição Estadual de 1891, no concernente à estrutura judicial, dispôs no art. 47, in verbis : ‘o Poder Judiciário do estado é exercido por um Superior Tribunal de Justiça, com sede na capital, pelos Juízes de Direito e seus suplentes, com jurisdição nas respectivas comarcas, por Tribunais do Júri, por Tribunais Correccionais e por Juízes de Paz nos respectivos distritos’. E no pertinente à composição do referido Tribunal, deixou explicitado, seriam cinco os seus membros, escolhidos entre os Juízes de Direito mais antigos do Estado inclusive os avulsos e em indisponibilidade. E, em cumprimento à norma constitucional referida, qual seja o art. 49, pela Resolução n. 285 de 28 de agosto de 1891, foram nomeados Desembargadores os Doutores José Roberto Vianna Guilhon, Francisco da Cunha Machado Beltrão, Edelberto Licínio da Costa Campello, Domingos Pacheco d’Avila e José Elysio de Carvalho Couto. A instalação do Superior Tribunal de Justiça foi pelo Decreto n. 116, de

24 de setembro de 1891, marcada a data de primeiro de outubro daquele ano, à uma hora da tarde, na sala do Conselho da Intendência Municipal, sob a presidência interina do Desembargador mais idoso, tomando posse este e os outros membros do Tribunal depois de feita a promessa legal. Desde o solenizado primeiro de outubro de 1891, até hoje, transcorreram, num átimo convenhamos, 124 anos. Decurso de tempo suficiente pra a formação de uma história digna, dos mais altos louvores, e também para permitir a nomeação de 208 desembargadores, bem como a eleição de 48 Presidentes. E nem se preocupem com este descompasso entre os números de desembargadores e presidentes, porque há um tempo, até pouco tempo, era permitida a reeleição à presidência por várias vezes, e também naquele período da ditadura de Getúlio Vargas em que cabia ao interventor nomear o Presidente do Tribunal de Justiça, o que ocorreu por um período de cinco anos. Senhoras Desembargadoras, Senhores Desembargadores. Tivemos momentos históricos diversos. O nosso tempo foi um momento de paz, de tranquilidade. Momento em que a vida era vivida de forma quase que artesanal, e a Justiça era distribuída de forma, eu diria, romântica. Pela busca de citações doutrinárias, pela busca do embate intelectual. Mas hoje, o tempo é diverso. Estamos vivendo às vésperas de um dia com consequências desconhecidas. Espero que tudo de bom continue ocorrendo para que possamos ter paz na sociedade brasileira. De tudo dito, peço que busquem encontrar a expressão do agradecimento por essa manifestação de estima pelos ex-presidentes deste egrégio Tribunal. Mas, principalmente, pelo agradecimento dos ex-presidentes, pela honra que nos foi outorgada de termos podido presidir este modelar Tribunal de Justiça. Senhoras e Senhores, concluo pedindo que aceitem a manifestação da minha admiração e do meu respeito. Muito Obrigado”.

DISCURSO PROFERIDO PELO DESEMBARGADOR NELSON SCHAEFER MARTINS, EM COMEMORAÇÃO DOS 124 ANOS DE INSTALAÇÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA

“Prezados amigos, colegas, autoridades, Desembargador Torre Marques Vice-Presidente da casa, Desembargador Luiz Cezar Medeiros Corregedor-Geral da Justiça, Desembargador Sergio Baasch Luz, Presidente Tribunal Regional Eleitoral, em nome de Vossas Excelências cumprimento a todos desembargadores e desembargadoras que aqui se encontram, de hoje, de ontem e de sempre. Prezado Procurador-Geral do Estado Doutor João dos Passos. Representa o Governo do Estado e a amizade que une as instituições desde sempre. Deputado Estadual Leonel Pavan, ex-governador e hoje representando augusta Assembleia Legislativa a nossa saudação e a nossa reverência. Doutor Durval Da Silva Amorim. Procurador do Estado que representa o Procurador-Geral Doutor Sandro, também instituição amiga e muito próxima do Poder Judiciário, como igualmente próxima é a Ordem dos Advogados do Brasil, hoje representada por André Dacol, um dos seus mais dignos integrantes. Cesar Souza Junior, Prefeito da Capital, amigo do Judiciário, homem de tradição na política, porque seu pai também honra a representação da Câmara Federal. Seja muito bem-vindo, muito obrigado. Registro também as presenças honrosas do secretário Cesar Grubba da Segurança, do Conselheiro Estadual Milton Baccin, do Conselheiro do Tribunal de Contas Wilson Wandall, do Capitão Matheus da Silva, do Presidente da Associação Catarinense de Imprensa Doutor Ademir Arnon. Doutor Mario Gonzaga Petrelli, fundador do grupo RIC, de desembargadores que já integraram esta corte, de advogados, de magistrados, dos representantes do Sindicato dos Servidores, hoje aqui com a sua cúpula presente, enfim. Minhas Senhoras e Meus Senhores. Para agir no presente é necessário projetar o pensamento bem distante

em direção ao passado, e também expandir a inteligência bem longe na direção do futuro. Estar no presente e ao mesmo tempo ser contemporâneo do passado e do futuro. Hoje homenageamos, nos 124 anos de instalação do Tribunal de Justiça do Estado, os ex-presidentes do Tribunal. Cumprime fazer uma referência ao primeiro presidente da casa. Desembargador José Roberto Vianna Guillhon. Natural de São Luiz do Maranhão, bacharel pela faculdade do Recife. Após passagem pela magistratura do Maranhão, veio a Santa Catarina em 1874 onde julgou em São José e na Capital. Foi o primeiro presidente da casa, conforme destacado por Tycho Fernandes em 1891, e foi responsável por dar início a uma nobre linhagem de magistrados que ascenderam ao cargo de desembargador, como seu genro desembargador Salvio de Sá Gonzaga e descendentes diretos e colaterais, como Ivo Guillhon de Melo, Helio de Melo Mosimann, Ronaldo Moritz Martins da Silva e Paulo Henrique Moritz Martins da Silva. É também seu descendente o Doutor Mario Gonzaga Petrelli advogado, igualmente militante. Convém registrar a presença do ilustre Ministro do Superior Tribunal de Justiça Ministro Paulo Galotti, que igualmente honrou e honra a toga de Santa Catarina e do Brasil. Senhores Desembargadores a sessão tem por finalidade a comemoração dos 124 anos completados na última quinta-feira, o lançamento da nova edição revista e ampliada do livro das comarcas que revela a realização física e a aplicação adequada dos recursos que nos são destinados ao longo de tantas gestões, muitas das quais aqui estão reveladas no livro e representadas por esses magníficos e honrados ex-presidentes, divulgar os novos vídeos institucionais e, muito principalmente, homenagear os ex-presidentes que dirigiram o destino do Tribunal nas últimas três décadas especialmente. Os ex-presidentes, por suas biografias e realizações comprometimento e dedicação aos interesses da justiça e da sociedade, simbolizam neste ato toda história e tradição do Judiciário Catarinense. Mas não posso deixar senhores desembargadores, senhores homenageados de reverenciar as memórias de Ivo Sell, Geraldo Gama Salles, João Eduardo de Souza Varella, Aluizio de Almeida Gonçalves,

Ayres Gama Ferreira de Mello, Teresa Grisolia Tang, Eduardo Carneiro da Cunha Luz, Nelson Conrad e João de Borba que nos deixaram nos anos mais recente e que igualmente gravaram na historia do judiciário seus legados de dignidade, de trabalho e honra. Francisco May Filho no inicio dos anos 80 implantou o sistema de mecanização de produção de acórdãos e sentenças com a criação do centro de computação e processamento de dados e com isso deflagrou os primeiro movimento para o ingresso do Poder Judiciário na era da informação. Tycho Brahe Fernandes Neto priorizou a aproximação do Tribunal com a Justiça de primeiro grau, incentivou o aprimoramento de intelectual dos juízes, buscou a melhoria das condições trabalho em favor de magistrados e servidores nas diversas comarcas do Estado. Napoleão Xavier do Amarante iniciou o processo de criação do cargo do parque de informática reconhecido como modelo no país, integrou toda a estrutura do judiciário buscando preparar o poder para os desafios do novo século que se aproximava e projetou a expansão e instalações físicas das diversas unidades do Estado. João Martins acelerou as atividades de obras e construções em várias comarcas, instalou diversas novas unidades judiciárias e promoveu adaptação das serventias extrajudiciais às exigências da Constituição de 1988. Francisco Xavier Medeiros Vieira promoveu a implementação do programa Casas da Cidadania e o consequente acesso ao serviço judiciário por comunidade mais afastadas sob a bandeira da humanização, implantou a coordenadoria de magistrados, a justiça agrária, idealizou a academia judicial, inaugurou o auditório do Tribunal Pleno, com essas confortáveis, amplas e modernas instalações. João José Ramos Schaefer buscou aproximação com as instituições do sistema de justiça, notadamente com a Ordem dos Advogados, direcionou suas preocupações para o aprimoramento das prestação jurisdicional com a adoção de técnicas adequadas e procedimentos desburocratizados, promoveu a especialização das câmaras e redefiniu suas competências. Antônio Fernando do Amaral e Silva conferiu destaque aos programas de treinamento e capacitação de

pessoal e magistrados, consolidou a implementação da academia judicial, aprimorou a instalação e funcionamento da assessoria de comunicação do Tribunal, acentuou a política de aproximação com os órgãos de imprensa no intuito de divulgar a imagem do judiciário, incentivou a produção do programa Justiça Legal transmitido em TV aberta. Jorge Mussi promoveu a criação de diversas novas varas e juizados especiais nas comarcas do Estado, adquiriu o prédio que abrigava a sede do Poder Executivo Estadual para ali ser instalado o Fórum Eduardo Luz, implementou atividades que buscavam adoção de métodos alternativos de solução de conflitos com os pioneiros, primeiros mutirões da conciliação cidadania. Pedro Manoel Abreu incentivou as políticas públicas dos juizados especiais, ampliou a estrutura do Tribunal de Justiça com a criação de dez novos cargos de desembargador e a consequente instalação de quatro novas câmaras, aprimorou as especializações das câmaras o que propiciou o aumento de 25% da produtividade da Corte. Francisco de Oliveira Filho deu ensejo à expansão do SAJ e do peticionamento eletrônico em todo o Estado, instalou nos moldes da Emenda n. 45 a primeira Câmara Regional do País em Chapecó no intuito de aproximar o jurisdicionado do grande Oeste de Santa Catarina com o segundo grau de jurisdição e pautou suas atividades na melhoria da remuneração de juízes e servidores. José Trindade dos Santos caracterizou sua administração pelo planejamento e gestão estratégica, direcionou seus esforços na expansão dos serviços judiciários com a instalação de 47 novas varas e a criação de mais de dois mil e quinhentos cargos de servidores e dez novos desembargadores. Cláudio Barreto Dutra aliou austeridade na gestão orçamentaria e financeira com a valorização da magistratura, e o aprimoramento da prestação jurisdicional no que tange à celeridade da prestação jurisdicional e implementou o programa de enfrentamento de acervo do primeiro grau, o núcleo de repercussão geral e o recursos repetitivos, com isso deu ensejo a que o Judiciário Catarinense alcançasse a quarta melhor posição do ranking nacional. Grandes foram os desafios enfrentados pelos ex-presidentes dessa casa dos últimos 30

anos nos aspectos político, social, jurídico, econômico e institucional. Nesse período, o país enfrentou as vicissitudes da transição do regime militar para a redemocratização, da substituição da legislação de exceção por uma nova Constituição que definiu as bases do estado democrático de direito e suas incontáveis consequências e repercussões no âmbito da justiça, a exigir novas posturas dos juízes e demais atores do sistema de justiça. Do surgimento de novos diplomas legais a conferir e disciplinar novos direitos de massa. Da vigência de um novo código civil orientado por valores constitucionais supra legais e definidor de uma nova ordem jurídica do direito privado, que leva em conta a força criativa dos fatos sociais. A criação, pela Emenda n. 45, do Conselho Nacional de Justiça, que exigiu nos últimos 10 anos adaptações das estruturas dos judiciários para adequação às novas diretrizes que envolvem atribuições políticas, de planejamento, regulamentares, mandamentais de economia interna e de controle administrativo. No âmbito do Estado, a população de Santa Catarina que era pouco mais de três milhões e seiscentos mil em 1980, no ano 2000 já era de cinco milhões e trezentos mil e atingia a marca de seis milhões e seiscentos mil catarinenses no final da gestão de Cláudio Dutra. O PIB de Santa Catarina que em 2000 era de quarenta e três bilhões de reais, em 2010 alcançava cento e cinquenta e dois bilhões, em 2014 já estava em cento e sessenta e nove bilhões, a revelar o incremento produção industrial, a agropecuária e de serviços e a exponencial complexidade da economia, com reflexos no comércio, no consumo, nas relações contratuais e aumento da demanda pela prestação jurisdicional. Nos últimos 35 anos, 43 novas comarcas foram instaladas, o número de processos iniciados nos albores da década de 90 era de duzentos e quarenta mil, na última gestão quando se concluíra já superava o número de milhão. Destaque-se que muito foi realizado e alcançado por iniciativa de Ayres Gama Ferreira de Mello com a criação de Fundo de Reaparelhamento do Poder Judiciário, que permitiu a construção, reforma e adaptação de prédios e unidades jurisdicionais. Creio, porém, que tão importante e até mais complexo que ampliar a estrutura organizacional e

instalações físicas das unidades do judiciário, seja atender a demanda da sociedade por uma prestação jurisdicional célere, eficaz, como instrumento efetivo de justiça, equidade e paz social. Os ex-presidentes sempre estiveram conscientes do papel do Poder Judiciário na preservação da tessitura social no que tange à manutenção da paz e do equilíbrio de forças antagônica nos planos interindividuais e coletivos em benefício da ordem pública e do desenvolvimento. Temos nós, que os sucedemos e que hoje conduzimos os destinos do Poder com a consciência de transitoriedade, temos a esperança de empunhar com a mesma coragem, abnegação e empenho a bandeira da justiça, sabedores que o século XXI é tempo de efetivação dos direitos conquistados e que nos cabe a todos nós propiciar seu implemento com criatividade. Senhores Desembargadores, Senhoras Desembargadoras, Senhores Homenageados. Hoje estamos a celebrar os 124 anos de instalação do Tribunal. O relógio do destino correu e os Senhores, a seu tempo, agiram antes que fosse tarde. Nós todos, os senhores no passado e nós no presente, seguimos pela estrada da liberdade em direção à cidade da igualdade, porque o Poder Judiciário de Santa Catarina, parafraseando Martin Luther King, tem um encontro marcado com o destino. Nós temos o compromisso de cumprir as promessas da democracia, que foram tão bem cumpridas por Vossas Excelências. A todos os senhores e a nós também os cumprimentos mais efusivos do Poder judiciário, em nome dos 62 Desembargadores e todos os seus magistrados, muito obrigado.

DISCURSO PROFERIDO PELO DESEMBARGADOR RICARDO ROESLER, EM COMEMORAÇÃO DOS 124 ANOS DE INSTALAÇÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA

“Excelentíssimo Senhor Desembargador Nelson Juliano Schaefer Martins, Senhor Presidente do egrégio tribunal de Justiça. Autoridades já nominadas pelo cerimonial, e que ilustra a mesa diretora dos trabalhos. Saúdo os ex-presidentes do nosso egrégio Tribunal de Justiça, cuja destacada participação, em que participaram da construção de todos os momentos vividos até aqui. Eu aproveito, Senhor Presidente, em execução dos projetos e do planejamento administrativo de Vossa Excelência, anunciar, que Suas Excelências serão convidados, alguns já o foram, para emprestar sua voz e sua imagem no projeto Memórias, que está sendo executado pela Administração do tribunal de Justiça e que fará parte também da nossa história. A crescente demanda por informações, Senhores Desembargadores, sobre as ações governamentais no sentido mais amplo da palavra, vem mudando o perfil do setor público brasileiro. A criação de canais institucionais de participação consolidou uma das características do modelo da nova administração pública. Iniciado ainda na década de 90, proporcionando, assim, maior transparência para a sociedade civil. No impulso das transformações ocorridas no estado brasileiro, a comunicação pública e a governamental vêm adquirindo importante papel na divulgação das ações e no monitoramento de políticas públicas entre os públicos de interesse. A comunicação por nós gerada utiliza inúmeros canais midiáticos para informar, capacitar, divulgar e estimular a sociedade sobre o que está sendo feito no âmbito do Judiciário Catarinense. O Direito à informação relaciona-se, sim, com a realização do Princípio Constitucional da Publicidade, como meio de satisfazer, enfim, o diálogo democrático. Apresentamos hoje três Vídeos Institucionais. Além da intenção de divulgar os trabalhos do

Judiciário Estadual, terão a capacidade de mostrar o posicionamento, a tradição, os valores, a missão e a visão, envolver o público com a causa da Justiça e despertar maior interesse com destaque aos diferenciais do Poder Judiciário Catarinense. Agradeço Senhor Presidente, Senhores desembargadores e autoridades, a participação, a criação e a produção da empresa IK Eventos e seus competentes profissionais, Ricardo Von Busse, Cesar Carvalho e Nani Lobo, por suas destacadas atuações, sem as quais não poderíamos vivenciar este momento. Eu considero e agradeço a atuação das assessoras Tatiane Nogueira Carlin e Sílvia Pereira, além de Luiz Henrique Botega, assessor de cerimonial, que acreditaram e souberam entender o apelo feito e a importância deste momento institucional. De igual modo agradeço o assessoramento do jornalista Ângelo Medeiros deste Tribunal de Justiça. Fazer comunicação institucional é compartilhar e difundir informações de interesse público sobre as filosofias, as políticas, as práticas e os objetivos organizacionais, de modo a tornarem-se compreensíveis essas propostas. A pluralidade de fontes de informação sobre a atuação pública é fundamental para que possa haver críticas com conhecimento de causa, controle, possibilidade de defesa e também oportunidade de evidenciar os êxitos e as conquistas da sociedade e das instituições democráticas. Os vídeos, de uma forma geral, terão o poder de facilitar a comunicação com a sociedade e serão uma ferramenta de comunicação dirigida e poderão ser utilizados para várias finalidades. Nós apresentamos 3 vídeos nesse DVD. O Primeiro é o Vídeo Promocional. Demonstra o pioneirismo do Poder Judiciário e as inovações da estrutura administrativa e judicial, com destaque para a implementação do Processo Eletrônico, investimentos na área da comunicação institucional, a acessibilidade dos prédios do Poder Judiciário de Santa Catarina, a preocupação com a responsabilidade social e ambiental e os prêmios recebidos pelo Tribunal de Justiça. O tempo de duração é de sete minutos e vinte e cinco segundos. O segundo é o Vídeo Histórico. Ele demonstra a história da instituição, relatando a sua estrutura funcional desde a sua fundação até os dias atuais. O tempo de duração

deste vídeo é de nove minutos e cinquenta e sete segundos. E o terceiro, não menos importante, é o Vídeo Educativo. Ele demonstra em forma de animação a estrutura administrativa e judicial do Poder Judiciário de Santa Catarina. O Vídeo mostra o funcionamento das comarcas e a carreira do magistrado. Tem como público alvo os estudantes de uma maneira geral, e o tempo de duração é de onze minutos e trinta e sete segundos. Todos os vídeos têm legendas em português, inglês, francês e intérprete de libras. Os vídeos estarão igualmente publicados no canal YouTube do Tribunal de Justiça de Santa Catarina e em nossa página eletrônica. Então, neste momento, Senhores Desembargadores, apresentamos um clipe, que é um breve resumo, não durará mais que dois minutos, desses três vídeos, agradecendo desde logo a atenção de todos os Senhores”.

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) 3261-1700

Fórum da Comarca de Balneário Piçarras

Rua Eulálio da Trindade, 26 – Centro

CEP: 88380-000 – Balneário Piçarras

Telefone: (47) 3347-4000

Fórum da Comarca de Barra Velha

Rua Vice-Prefeito José do Patrocínio de Oliveira, 1003 – Centro

CEP: 88390-000 – Barra Velha

Telefone: (47) 3446-7501

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) 3561-2540

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

Fórum 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 Saleté

CEP: 89700-316 – 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) 3243-6300

Fórum da Comarca de Criciúma

Av. Santos Dumont, s/n – Milanesi

CEP: 88804-578 – Criciúma

Telefone: (48) 3431-5200

Fórum da Comarca de Cunha Porã

Rua Benjamin Constant, 832 – Centro

CEP: 89890-000 – Cunha Porã

Telefone: (49) 3646-3000

Fórum da Comarca de Curitiba

Rua Antônio Rossa, 241 – Centro

CEP: 89520-000 – Curitiba

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 Forquilha

Rua Ivo Manoel Menezzi, 44 – Centro

CEP: 88850-000 – Forquilha

Telefone: (48) 3463-8300

Fórum da Comarca de Fraiburgo

Av. Curitiba, 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 – Rio da Onça

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: 88302-200 – Itajaí

Telefone: (47) 3341-9300

Fórum da Comarca de Itapema

Rua 700, 270 – Casa Branca

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 – Paese

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 – Saguauçu

CEP: 89221-902 – Joinville

Telefone: (47) 3461-8500

Fórum da Comarca de Lages

Rua Belisário Ramos, 3650 – Sagrado Coração de Jesus

CEP: 88502-905 – Lages

Telefone: (49) 3221-3500

Fórum da Comarca de Laguna

Rua Arcângelo Bianchini, 69 – Progresso

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 Valdir Ortiga, 45 – Centro
CEP: 89515-000 – Lebon Régis
Telefone: (49) 3247-6000

Fórum da Comarca de Mafra

Av. Cel. José Severiano Maia, 863 – Buenos Aires
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: 88370-112 – 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 Balduino 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, 19 – 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, 70 – 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

Avenida 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: 88965-000 – 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: 89290-000 – São Bento do Sul

Telefone: (47) 3631-1900

Fórum da Comarca de São Carlos

Rua La Salle, 243 – Centro

CEP: 89885-000 – São Carlos

Telefone: (49) 3325-1000

Fórum da Comarca de São Domingos

Rua 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: 88117-905 – 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 Rui Barbosa, 446 – Perpétuo Socorro

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) 3544-8100

Fórum da Comarca de Tubarão

Rua Wenceslau Braz, 560 – Vila Moema

CEP: 88705-069 – Tubarão

Telefone: (48) 3621-1500

Fórum da Comarca de Turvo

Rua Nereu Ramos, 609 – Centro

CEP: 88930-000 – Turvo

Telefone: (48) 3525-8000

Fórum da Comarca de Urubici

Rua Nereu Ramos, n. 200 – Centro

CEP: 88650-000 – Urubici

Telefone: (49) 3278-6900

Fórum da Comarca de Urussanga

Rua Barão do Rio Branco, 115 – Centro

CEP: 88840-000 – Urussanga

Telefone: (48) 3441-1300

Fórum da Comarca de Videira

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

2015.014964-5 Tribunal de Justiça de Santa Catarina.....	122
2015.021853-1 Tribunal de Justiça de Santa Catarina.....	156

AÇÕES RESCISÓRIAS

2014.071192-4 Brusque.....	438
2014.008179-7 Canoinhas.....	600
2013.022627-1 Araranguá.....	628

AGRAVOS

2015.027490-0/0001.00 São José.....	165
2015.054800-1/0001.00 Laguna.....	173
2015.045774-8/0001.00 Blumenau.....	190
2015.027364-7 Blumenau.....	774
2015.079053-8 Criciúma.....	896
2015.080707-7 Lages.....	904

AGRAVOS REGIMENTAIS

5.856 (STF) Distrito Federal.....	37
-----------------------------------	----

APELAÇÕES CÍVEIS

2015.024447-1 Concórdia.....	197
2015.055801-9 Maravilha.....	209
2012.047890-1 São José.....	242

2013.055216-9 Joinville.....	251
2015.052109-8 Jaraguá do Sul.....	265
2014.073795-9 Joinville.....	284
2015.077383-1 Mafra.....	294
2014.056784-0 Gaspar.....	304
2012.027567-3 Içara.....	315
2015.008490-9 São José.....	322
2014.092821-3 Brusque.....	331
2012.054983-9 Criciúma.....	343
2012.069065-5 Forquilha.....	356
2014.048886-7 Capital.....	368
2015.034129-4 Canoinhas.....	373
2012.042946-5 São José.....	383
2015.028851-4 Tubarão.....	395
2015.050655-3 Capital.....	411
2014.042340-7 Capital - Continente.....	456
2013.008460-4 Tijucas.....	469
2011.006097-6 Itajaí.....	478
2013.064675-8 Timbó.....	533
2015.013959-6 Joaçaba.....	543
2015.005639-5 Criciúma.....	550
2015.075007-7 Laguna.....	554

2015.064179-2 Porto Belo.....	559
2015.040751-6 Capital.....	570
2015.036389-8 Tubarão.....	580
2015.052036-4 Blumenau.....	587
2013.085511-3 Camboriú.....	635
2014.000270-8 Capital.....	653
2015.011269-3 São José.....	661
2013.056548-9 Criciúma.....	671
2014.093755-9 Capivari de Baixo.....	678
2013.050816-6 São José.....	693
2014.030772-5 Brusque.....	707
2014.083220-4 São Bento do Sul.....	722
2014.059291-5 Itapema.....	734
2012.083413-0 Correia Pinto.....	744
2012.025829-9 Trombudo Central.....	757

APELAÇÕES CRIMINAIS

2015.043558-4 Videira.....	872
2015.069864-3 Tubarão.....	884
2014.083317-2 Capital.....	914
2015.030985-6 Joaçaba.....	924
2015.030401-4 Videira.....	934

**EMBARGOS DE TERCEIRO EM MEDIDA CAUTELAR
INCIDENTAL EM APELAÇÃO CÍVEL**

2011.006097-6/0001.01 Itajaí.....478

EMBARGOS INFRINGENTES

2014.034731-0 Tubarão.....229

2015.013504-8 Blumenau.....815

EXTRADIÇÃO

1.394 (STF) Distrito Federal.....30

HABEAS CORPUS

129.446 (STF) Mato Grosso do Sul.....25

INDIGNIDADE PARA O OFICIALATO

2009.019011-7 Capital.....835

MEDIDA CAUTELAR INCIDENTAL EM APELAÇÃO CÍVEL

2011.006097-6/0001.00 Itajaí.....488

PEDIDO DE PROVIDÊNCIAS

2015.900057-7 Corregedoria-Geral da Justiça.....115

RECURSO CRIMINAL

2014.040006-9 Gaspar.....850

RECURSO ESPECIAL

1.479.039 (STJ) Minas Gerais.....	55
1.480.881 (STJ) Piauí.....	66

REVISÃO CRIMINAL

2015.071155-6 Laguna.....	806
---------------------------	-----

SENTENÇAS

0009825-59.2013.8.24.0004.....	950
0301330-39.2014.8.24.0061.....	956
0000085-56.1996.8.24.0139.....	968
0035744-95.2010.8.24.0023.....	977
0044276-87.2012.8.24.0023.....	992
0302566-76.2015.8.24.0033.....	1012
0006706-49.2008.8.24.0139.....	1020
0303955-33.2014.8.24.0033.....	1036

SENTENÇA ESTRANGEIRA CONTESTADA

11.962 (STJ).....	45
-------------------	----

SUSPENSÃO DE LIMINAR

2015.059239-6, de Taió.....	109
-----------------------------	-----

ÍNDICE POR ASSUNTO

AÇÃO CIVIL PÚBLICA	635, 661, 671, 693 e 774
AÇÃO PAULIANA	550
AÇÃO POPULAR – COMPETÊNCIA	37
ADJUDICAÇÃO COMPULSÓRIA	559
AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL	896
ANULAÇÃO DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL	550
APURAÇÃO DE INFRAÇÃO PELO IBAMA – COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL PARA DENÚNCIA	806
ATO INFRACIONAL	884
AUTONOMIA MUNICIPAL PARA LEGISLAR SOBRE ASSUNTOS DE INTERESSE LOCAL	693
BENFEITORIA	533
BOA-FÉ	550
CATÁSTROFE AMBIENTAL	956
CÉDULA DE CRÉDITO BANCÁRIO – NECESSIDADE DE JUNTADA PARA AÇÃO MONITÓRIA – PROVA ESCRITA	543
CERCEAMENTO DE DEFESA	304 e 587
CÓDIGO CIVIL	
Art. 79.....	533
Art. 940.....	580
Art. 1.253.....	533
Art. 1.255.....	533
Art. 1.417.....	559
Art. 1.418.....	559
Art. 1.638.....	265
CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR	
Art. 14.....	1038
Art. 17.....	1037
Art. 37, §1º.....	1012

Art. 84.....671

CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Art. 20, “*caput*”.....580

Art. 293.....973

Art. 359.....438

Art. 458.....587

Art. 466-B.....559

Art. 485, V.....438

Art. 485, IX.....438

Art. 543-C.....66 e 600

CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO

Art. 302.....850

Art. 306.....850

CÓDIGO PENAL

Art. 21.....934

Art. 69.....850

Art. 217-A.....68

Art. 129, § 1º, I.....850

Art. 129, §9º.....25

Art. 184, § 2º.....872

Art. 299, parágrafo único.....924

Art. 330.....815

CÓDIGO PENAL MILITAR

Art. 226, § 1º.....914

Art. 226, § 2º.....914

COMPETÊNCIA COMUM PARA PRESERVAÇÃO DA FAUNA.....806

CONCESSÃO DE MÚTUO PELA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA – DESCONTO DIRETO NA CONTA-CORRENTE.....570

CONCORRÊNCIA DESLEAL	980
CONCUBINATO IMPURO – INDENIZAÇÃO POR SERVIÇOS PRESTADOS	368
CONSTITUIÇÃO FEDERAL	
Art. 23, VII.....	806
Art. 30, I.....	693
Art. 37, § 6º.....	734
Art. 93, IX.....	587
Art. 226.....	67
CONTRATO DE PARCERIA RURAL – LIMITAÇÃO DA QUOTA CABÍVEL AO PROPRIETÁRIO	356
CRIME CONTRA A FÉ PÚBLICA – FALSIDADE IDEOLÓGICA COMETIDA POR AGENTE PÚBLICO	924
CRIME MILITAR	914
DANO MATERIAL	395, 653 e 734
DANO MORAL	
Configuração.....	242, 373, 438, 554, 580, 744, 957 e 1036
Não configuração.....	456 e 469
Redução da verba indenizatória.....	757
DANO MORAL E MATERIAL	331, 343, 722 e 1012
DANO MORAL, MATERIAL E LUCRO CESSANTE	987
DANOS MATERIAIS E LUCROS CESSANTES	505
DANOS MORAIS, MATERIAIS E ESTÉTICOS – CONFIGURAÇÃO	197
DECRETO FEDERAL DE 14 DE JULHO DE 2008	1020
DEFEITO NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO	242 e 554
DELITO DE DESOBEDIÊNCIA	815
DEPREDAÇÃO DE ESTABELECIMENTO	331
DESAPROPRIAÇÃO	1024
DESCONSTITUIÇÃO DA SENTENÇA	304

DESOCUPAÇÃO DE LOTES MUNICIPAIS.....	975
DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR.....	265 e 294
DIREITO AMBIENTAL.....	693
DIREITO DA PERSONALIDADE.....	229
DIREITO DE CRIANÇAS COM DEFICIÊNCIAS SEREM MATRICULADAS EM ESCOLAS PARTICULARES – ENSINO INCLUSIVO.....	774
DIREITO DE PROPRIEDADE.....	489 e 533
DIREITO DO CONSUMIDOR.....	55
DIREITOS DOS ANIMAIS.....	693
DISCURSOS	
Discurso proferido pelo Desembargador Getúlio Corrêa, em nome do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, para saudar os novos desembargadores empossados.....	1047
Discurso de posse proferido pelo Desembargador Stanley Braga.....	1052
Discurso proferido pelo Desembargador José Carlos Karstens Kohler, em nome do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, em cumprimento aos novos desembargadores empossados.....	1058
Discurso de posse do Desembargador Altamiro de Oliveira do Tribunal de Justiça de Santa Catarina.....	1062
Discurso proferido pelo Desembargador Tycho Brahe Fernandes Neto, em comemoração aos 124 anos de instalação do Tribunal de Justiça de Santa Catarina.....	1070
Discurso proferido pelo Desembargador Nelson Schaefer Martins, em comemoração aos 124 anos de instalação do Tribunal de Justiça de Santa Catarina.....	1072
Discurso proferido pelo Desembargador Ricardo Roesler, em comemoração aos 124 anos de instalação do Tribunal de Justiça de Santa Catarina.....	1078

DISSOLUÇÃO DE SOCIEDADE DE FATO – OBRA INACABADA.....	507
DOAÇÃO – ATO SOLENE – NECESSIDADE DE REALIZAÇÃO NA FORMA ESCRITA.....	322
EMBARGOS DE TERCEIRO.....	478
EMBARGOS INFRINGENTES.....	815
EMBRIAGUEZ AO VOLANTE.....	850
ERRO DE FATO.....	438
ERRO DE PROIBIÇÃO.....	934
ERRO MÉDICO.....	343 e 757
ESTADO DE NECESSIDADE.....	934
ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE	
Art. 103.....	884
EXCLUSÃO DE HERDEIRO POR INDIGNIDADE.....	992
EXTRADIÇÃO.....	30
FINANCIAMENTO RURAL – PREVISÃO CONTRATUAL DE SOLIDARIEDADE DA DÍVIDA.....	469
FRAUDE À EXECUÇÃO.....	533
FURTO DE COFRE PESSOAL EM HOTEL.....	251
GUARDA COMPARTILHADA.....	411
HOMICÍDIO DOLOSO.....	744
HOMICÍDIO SIMPLES.....	850
HOMOLOGAÇÃO DE SENTENÇA ECLESIASTICA ESTRANGEIRA.....	45
ILEGITIMIDADE ATIVA “AD CAUSAM”.....	478
ILEGITIMIDADE PASSIVA “AD CAUSAM”.....	505
IMÓVEL DE UTILIDADE PÚBLICA – IMISSÃO NA POSSE.....	1024
IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.....	635

INCLUSÃO DE HERDEIRO COMO BENEFICIÁRIO DE PENSÃO – IMPOSSIBILIDADE – ÓRGÃO INCOMPETENTE.....	315
INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI.....	122 e 156
INDIGNIDADE PARA OFICIALATO.....	835
INTEMPESTIVIDADE DE RECURSO.....	190
INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA IN BONAM PARTEM.....	904
INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA.....	251 e 438
IRREGULARIDADE FORMAL DO RECURSO.....	173
JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE.....	304
LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL N. 529/1911	
Art. 50, VI.....	896
LEI DE EXECUÇÃO PENAL	
Art. 126.....	904
LEI ESTADUAL N. 16.577/2015.....	122
LEI ESTADUAL N. 5.277/1976	
Art. 2º, I, “A”, “B” e “C”.....	835
LEI ESTADUAL N. 6.063/1982	
Art. 3º, V.....	718
LEI FEDERAL N. 10.820/2003	
Art. 6º, § 5º.....	570
LEI FEDERAL N. 11.343/2006	
Art. 33.....	884
LEI FEDERAL N. 7.210/1984	
Art. 39, II.....	896
LEI FEDERAL N. 7.347/1985	
Art. 21.....	671
LEI FEDERAL N. 7.357/1985	
Art. 33.....	587

Art. 59.....	587
LEI FEDERAL N. 8.213/1991	
Art. 42.....	628
LEI FEDERAL N. 8.666/1993	
Art. 61, parágrafo único.....	635
LEI FEDERAL N. 8.934/1994	
Art. 64.....	560
LEI FEDERAL N. 9.605/1998	
Art. 34, II.....	936
Art. 34, parágrafo único, III.....	806
LEI FEDERAL N. 9.610/1998.....	872
LEI FEDERAL N.º 13.146/2015	
Art. 2.º, § 1.º.....	792
LEI FEDERAL N.º 4.717/1965	
Art. 7º.....	971
LEI MUNICIPAL N. 9.734/2015 – FLORIANÓPOLIS.....	156
LESÃO CORPORAL.....	25 e 850
LICENÇA AMBIENTAL DE INSTALAÇÃO.....	671
LICITAÇÃO.....	646
MEDIDA CAUTELAR DE ARRESTO.....	488
MOMENTO DE FORMAÇÃO DO PROCESSO DE EXECUÇÃO CRIMINAL (PEC) – EXPEDIÇÃO DO MANDADO DE PRISÃO.....	115
NEGLIGÊNCIA MÉDICA.....	744
PARTILHA.....	315
PENHORA DE IMÓVEL DADO EM CAUÇÃO.....	383
PERDA DA CHANCE.....	950
PESCA EM PERÍODO PROIBIDO E COM PETRECHO NÃO PERMITIDO – TARRAFA COM DIÂMETRO MENOR QUE 50MM.....	934

POSSIBILIDADE DE RETIFICAÇÃO DO REGISTRO DE NASCIMENTO.....	209
PRECLUSÃO CONSUMATIVA.....	505
PRESTAÇÃO DE SERVIÇO MÉDICO SEM A PRESENÇA DE PEDIATRA NO PARTO.....	197
PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA.....	396
PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE RECURSAL.....	173
PRINCÍPIO DO MÍNIMO EXISTENCIAL.....	570
PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE.....	580
PROPAGANDA ENGANOSA.....	1013
RECOLHIMENTO E ASSISTÊNCIA A ANIMAIS ABANDONADOS.....	109
RELAÇÃO DE CONSUMO – FALHA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS.....	1040
REMIÇÃO DA PENA.....	904
RESCISÓRIA.....	600 e 628
RESPONSABILIDADE ADMINISTRATIVA.....	707
RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DE PRESTADORA DE SERVIÇO PÚBLICO.....	734
RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO MUNICÍPIO E SUBJETIVA DO MÉDICO.....	757
RESPONSABILIDADE DE CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO.....	653
RESPONSABILIDADE DO ESTADO.....	722 e 744
RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL.....	229
REVELIA.....	322
REVISÃO CRIMINAL.....	806
REVISÃO DE CONTRATO DE PLANO DE SAÚDE – POSSIBILIDADE DE MAJORAÇÃO DE MENSALIDADES.....	284

RISCO DE LESÃO À ECONOMIA PÚBLICA.....	165
SERVIÇO PÚBLICO – FORNECIMENTO DE ÁGUA.....	678
SUCCESSÃO – PARTILHA.....	1006
SÚMULA – STF	
N. 343.....	628
TEORIA DA APARÊNCIA.....	190
TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL – CHEQUE.....	587
URBANISMO.....	665 e 707
VIOLAÇÃO DE DIREITOS AUTORAIS.....	872
VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO COMETIDA POR POLICIAIS MILITARES.....	914

ÍNDICE ONOMÁSTICO

Alexandre d'Ivanenko.....	368 e 379
Altamiro de Oliveira.....	1062
Celso de Mello.....	37
Cesar Augusto Mimoso Ruiz Abreu.....	628
Cinthia Beatriz da Silva Bittencourt Schaefer.....	924 e 934
Denise Volpato.....	395 e 411
Edemar Gruber.....	744 e 757
Eduardo Mattos Gallo Júnior.....	383
Erica Lourenço de Lima Ferreira.....	991 e 1011
Felix Fisher.....	45
Fernando Carioni.....	294
Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto.....	693
Getúlio Corrêa.....	806, 815 e 1047
Henry Goy Petry Júnior.....	331
Hildemar Meneguzzi de Carvalho.....	224
Humberto Martins.....	55
Jaime Ramos.....	122, 600 e 734
Janiara Maldaner Corbetta.....	976 e 1035
Janice Goulart Garcia Ubialli.....	456
Jânio de Souza Machado.....	580 e 587
João Batista Góes Ulysséa.....	229, 265 e 284
João Henrique Blasi.....	671 e 678
Jorge Luis Costa Beber.....	304, 315 e 322
Jorge Luiz de Borba.....	661
Jorge Henrique Schaefer Martins.....	828
José Antônio Torres Marques.....	109 e 165
José Carlos Carstens Köhler.....	559, 570 e 1058
José Inácio Schaefer.....	550 e 554
Lédio Rosa de Andrade.....	156
Leopoldo Augusto Brüggemann.....	914

Livia Borges Zwetsch.....	955
Luiz Antônio Zanini Fornerolli.....	197
Luiz César Medeiros.....	115
Luiz Felipe Schuch.....	209
Luiz Fernando Boller.....	635 e 653
Luiz Zanelato.....	173 e 190
Marli Mosimann Vargas.....	850
Marlon Negri.....	967
Moacyr de Moraes Lima Filho.....	884, 896 e 904
Nelson Schaefer Martins.....	1072
Paulo Ricardo Bruschi.....	792
Paulo Roberto Sartorato.....	835
Pedro Manoel Abreu.....	142 e 707
Ricardo José Roesler.....	774 e 1078
Robson Luz Varella.....	478, 488 e 505
Rogério Mariano do Nascimento.....	469
Rogério Schietti Cruz.....	66
Ronei Danielli.....	373
Salim Schead dos Santos.....	438
Sebastião César Evangelista.....	242 e 251
Sérgio Izidoro Heil.....	343 e 356
Stanley Braga.....	1052
Teori Zavaski.....	25 e 30
Tycho Brahe Fernandes Neto.....	1070
Túlio José Moura Pinheiro.....	533 e 543
Vanderlei Romer.....	722
Vera Regina Bedin.....	1019 e 1043
Volnei Celso Tomazini.....	872

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA

Comissão Permanente de Jurisprudência

Seleção e definição de conteúdo

1ª Vice-Presidência

Formatação de conteúdo e formulação de índices

Diretoria de Documentação e Informações

Revisão ortográfica e gerenciamento

Diretoria de Infraestrutura – Divisão de Artes Gráficas

Projeto gráfico, editoração eletrônica, impressão e acabamento

