

JURISPRUDÊNCIA CATARINENSE



PODER JUDICIÁRIO
de Santa Catarina

2019
138

Edição Eletrônica



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 XLVI – 1º semestre de 2019 – N. 138 – Florianópolis – SC – 2020

JURISPRUDÊNCIA CATARINENSE

Publicação semestral do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, composta de trabalhos selecionados pela Comissão Permanente de Jurisprudência, sob responsabilidade gerencial da 1ª Vice-Presidência, com circulação nacional. Os colaboradores da revista Jurisprudência Catarinense, conforme dispositivo constitucional, gozam de liberdade de opinião e de crítica, e somente a eles pode ser atribuída qualquer responsabilidade civil ou criminal pelo raciocínio expendido em seus trabalhos. Todos os atos do Poder Judiciário de Santa Catarina publicados nesta revista são cópias do original. Os julgados do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça publicados neste periódico são cópias extraídas dos documentos disponibilizados nos respectivos sítios eletrônicos.

Diretor

Des. Moacyr de Moraes Lima Filho – 1º Vice-Presidente

Comissão Permanente de Jurisprudência (Portaria n. 114/2018-GP)

Desembargador Moacyr de Moraes Lima Filho – Presidente

Desembargador Gerson Cherem II

Juiz de Direito Renato Guilherme Gomes Cunha

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

21 cm.

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.

COMPOSIÇÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA.....	07
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	27
SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.....	45
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA.....	58
Primeira Vice-Presidência.....	59
Segunda Vice-Presidência.....	72
Terceira Vice-Presidência.....	83
Câmara de Agravos Internos em Recursos Constitucionais e Conflitos de Competência....	93
Conselho da Magistratura.....	132
Órgão Especial.....	155
Primeira Câmara de Enfrentamento de Acervos.....	182
Segunda Câmara de Enfrentamento de Acervos.....	247
Grupo de Câmaras de Direito Civil.....	283
Primeira Câmara de Direito Civil.....	350
Segunda Câmara de Direito Civil.....	373
Terceira Câmara de Direito Civil.....	400
Quarta Câmara de Direito Civil.....	418
Quinta Câmara de Direito Civil.....	446
Sexta Câmara de Direito Civil.....	468
Sétima Câmara de Direito Civil.....	491
Grupo de Câmaras de Direito Comercial.....	533
Primeira Câmara de Direito Comercial.....	560
Segunda Câmara de Direito Comercial.....	574
Terceira Câmara de Direito Comercial.....	591
Quarta Câmara de Direito Comercial.....	608
Quinta Câmara de Direito Comercial.....	646

Grupo de Câmaras de Direito Público.....	668
Primeira Câmara de Direito Público.....	692
Segunda Câmara de Direito Público.....	721
Terceira Câmara de Direito Público.....	737
Quarta Câmara de Direito Público.....	770
Quinta Câmara de Direito Público.....	799
Primeiro Grupo de Direito Criminal.....	816
Segundo Grupo de Direito Criminal.....	836
Primeira Câmara Criminal.....	859
Segunda Câmara Criminal.....	878
Terceira Câmara Criminal.....	928
Quarta Câmara Criminal.....	956
Quinta Câmara Criminal.....	966
Primeiro Grau.....	990
ARTIGOS.....	1016
DISCURSOS.....	1076
RELAÇÃO DAS COMARCAS DO ESTADO DE SANTA CATARINA.....	1090
ÍNDICE NUMÉRICO.....	1111
ÍNDICE POR ASSUNTO.....	1118
ÍNDICE ONOMÁSTICO.....	1129



COMPOSIÇÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

COMPOSIÇÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(janeiro de 2020)

Presidente

Desembargador Rodrigo Tolentino de Carvalho Collaço

Primeiro Vice-Presidente

Desembargador Moacyr de Moraes Lima Filho

Segundo Vice-Presidente

Desembargador Carlos Adilson Silva

Terceiro Vice-Presidente

Desembargador Altamiro De Oliveira

Corregedor-Geral da Justiça

Desembargador Henry Goy Petry Junior

Vice-Corregedor-Geral da Justiça

Desembargador Roberto Lucas Pacheco

DESEMBARGADORES

Desembargador Pedro Manoel Abreu
Desembargador Cláudio Barreto Dutra
Desembargador Luiz César Medeiros
Desembargador Sérgio Roberto Baasch Luz
Desembargador Antonio do Rêgo Monteiro Rocha
Desembargador Fernando Carioni
Desembargador José Antônio Torres Marques
Desembargador Marcus Tulio Sartorato
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 Moacyr de Moraes Lima Filho
Desembargador Sérgio Izidoro Heil
Desembargador José Carlos Carstens Köhler
Desembargador João Henrique Blasi
Desembargador Jorge Luiz de Borba
Desembargadora Rejane Andersen
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 João Batista Góes Ulysséa
Desembargador Ronei Danielli
Desembargador Luiz Fernando Boller
Desembargador Paulo Roberto Sartorato
Desembargador Tulio José Moura Pinheiro
Desembargador Carlos Alberto Civinski
Desembargador 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 Ernani Guetten de Almeida
Desembargador Carlos Adilson Silva
Desembargador Rogério Mariano do Nascimento
Desembargador Stanley da Silva Braga
Desembargador Altamiro de Oliveira
Desembargador Saul Steil
Desembargador Newton Varella Júnior
Desembargador Rodolfo Cezar Ribeiro da Silva Tridapalli
Desembargador Odson Cardoso Filho
Desembargador Gilberto Gomes de Oliveira
Desembargador José Everaldo Silva
Desembargador Volnei Celso Tomazini
Desembargador Paulo Henrique Moritz Martins da Silva

Desembargador Leopoldo Augusto Brüggemann
Desembargador Júlio César Knoll
Desembargadora Vera Lúcia Ferreira Copetti
Desembargadora Janice Goulart Garcia Ubialli
Desembargadora Cláudia Lambert de Faria
Desembargador Rubens Schulz
Desembargador Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto
Desembargador André Carvalho
Desembargadora Cinthia Beatriz da Silva Bittencourt Schaefer
Desembargador Jorge Luis Costa Beber
Desembargador Guilherme Nunes Born
Desembargador Luiz Zanelato
Desembargador André Luiz Dacol
Desembargador Jaime Machado Júnior
Desembargador Hélio do Valle Pereira
Desembargador Gerson Cherem li
Desembargador Dinart Francisco Machado
Desembargadora Rosane Portella Wolff
Desembargadora Denise de Souza Luiz Francoski
Desembargador Artur Jenichen Filho
Desembargador Vilson Fontana
Desembargador Luiz Cesar Schweitzer
Desembargador Luiz Neri Oliveira de Souza
Desembargador Norival Acácio Engel
Desembargador Paulo Ricardo Bruschi
Desembargador Helio David Vieira Figueira dos Santos
Desembargador Júlio César Machado Ferreira de Melo
Desembargador José Agenor de Aragão

Desembargador Sidney Eloy Dalabrida
Desembargador Ariovaldo Rogério Ribeiro da Silva
Desembargadora Hildemar Meneguzzi de Carvalho
Desembargador Álvaro Luiz Pereira de Andrade
Desembargador Luiz Antônio Zanini Fornerolli
Desembargadora Haidée Denise Grin
Desembargador Selso de Oliveira
Desembargador Antônio Zoldan da Veiga
Desembargador Carlos Roberto da Silva
Desembargador Osmar Nunes Júnior
Desembargador Luiz Felipe Siegert Schuch
Desembargador José Maurício Lisboa

JUIZA DE DIREITO DE SEGUNDO GRAU

Juíza de Direito de Segundo Grau Bettina Maria Maresch de Moura

ÓRGÃOS JULGADORES

TRIBUNAL PLENO

Desembargador Rodrigo Tolentino de Carvalho Collaço – Presidente
Desembargador Pedro Manoel Abreu
Desembargador Cláudio Barreto Dutra
Desembargador Luiz César Medeiros
Desembargador Sérgio Roberto Baasch Luz
Desembargador Antonio do Rêgo Monteiro Rocha
Desembargador Fernando Carioni
Desembargador Marcus Tulio Sartorato
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 Moacyr de Moraes Lima Filho
Desembargador Sérgio Izidoro Heil
Desembargador José Carlos Carstens Köhler
Desembargador João Henrique Blasi
Desembargador Jorge Luiz de Borba
Desembargadora Rejane Andersen
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 João Batista Góes Ulysséa
Desembargador Ronei Danielli
Desembargador Luiz Fernando Boller
Desembargador Paulo Roberto Sartorato
Desembargador Tulio José Moura Pinheiro
Desembargador Carlos Alberto Civinski
Desembargador Ricardo José Roesler
Desembargador Robson Luz Varela
Desembargador Sérgio Antônio Rizelo
Desembargadora Denise Volpato
Desembargador Getúlio Corrêa

Desembargador Sebastião César Evangelista
Desembargador Ernani Guetten de Almeida
Desembargador Carlos Adilson Silva
Desembargador Rogério Mariano do Nascimento
Desembargador Stanley da Silva Braga
Desembargador Altamiro de Oliveira
Desembargador Saul Steil
Desembargador Newton Varella Júnior
Desembargador Rodolfo Cezar Ribeiro da Silva Tridapalli
Desembargador Odson Cardoso Filho
Desembargador Gilberto Gomes de Oliveira
Desembargador José Everaldo Silva
Desembargador Volnei Celso Tomazini
Desembargador Paulo Henrique Moritz Martins Da Silva
Desembargador Leopoldo Augusto Brüggemann
Desembargador Júlio César Knoll
Desembargadora Vera Lúcia Ferreira Copetti
Desembargadora Janice Goulart Garcia Ubialli
Desembargadora Cláudia Lambert de Faria
Desembargador Rubens Schulz
Desembargador Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto
Desembargador André Carvalho
Desembargadora Cinthia Beatriz da Silva Bittencourt Schaefer
Desembargador Jorge Luis Costa Beber
Desembargador Guilherme Nunes Born
Desembargador Luiz Zanelato
Desembargador André Luiz Dacol
Desembargador Jaime Machado Júnior

Desembargador Hélio do Valle Pereira
Desembargador Gerson Cherem li
Desembargador Dinart Francisco Machado
Desembargadora Rosane Portella Wolff
Desembargadora Denise de Souza Luiz Francoski
Desembargador Artur Jenichen Filho
Desembargador Vilson Fontana
Desembargador Luiz Cesar Schweitzer
Desembargador Luiz Neri Oliveira de Souza
Desembargador Norival Acácio Engel
Desembargador Paulo Ricardo Bruschi
Desembargador Hélio David Vieira Figueira dos Santos
Desembargador Júlio César Machado Ferreira de Melo
Desembargador José Agenor de Aragão
Desembargador Sidney Eloy Dalabrida
Desembargador Ariovaldo Rogério Ribeiro da Silva
Desembargadora Hildemar Meneguzzi de Carvalho
Desembargador Álvaro Luiz Pereira de Andrade
Desembargador Luiz Antônio Zanini Fornerolli
Desembargadora Haidée Denise Grin
Desembargador Selso de Oliveira
Desembargador Antônio Zoldan da Veiga
Desembargador Carlos Roberto da Silva
Desembargador Osmar Nunes Júnior
Desembargador Luiz Felipe Siegert Schuch
Desembargador José Maurício Lisboa

ÓRGÃO ESPECIAL

Desembargador Rodrigo Tolentino de Carvalho Collaço – Presidente

Desembargador Pedro Manoel Abreu

Desembargador Luiz César Medeiros

Desembargador Sérgio Roberto Baasch Luz

Desembargador Fernando Carioni

Desembargador José Antônio Torres Marques

Desembargador Marcus Tulio Sartorato

Desembargadora Salete Silva Sommariva

Desembargador Ricardo Orofino da Luz Fontes

Desembargador Salim Schead dos Santos

Desembargadora Maria do Rocio Luz Santa Ritta

Desembargador Jaime Ramos

Desembargador Alexandre d'Ivanenko

Desembargador Moacyr de Moraes Lima Filho

Desembargador Sérgio Izidoro Heil

Desembargador João Henrique Blasi

Desembargadora Soraya Nunes Lins

Desembargador Henry Goy Petry Junior

Desembargador Hélio do Valle Pereira

Desembargador Júlio César Machado Ferreira de Melo

CÂMARA DE RECURSOS DELEGADOS

Desembargador Moacyr de Moraes Lima Filho – Presidente

Desembargador Carlos Adilson Silva

Desembargador Altamiro de Oliveira

GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO CIVIL

Desembargador Luiz César Medeiros – Presidente

Desembargador Fernando Carioni
Desembargador Marcus Tulio Sartorato
Desembargador Ricardo Orofino da Luz Fontes
Desembargadora Maria do Rocio Luz Santa Ritta
Desembargador Raulino Jacó Brüning
Desembargador Jairo Fernandes Gonçalves
Desembargador João Batista Góes Ulysséa
Desembargadora Denise Volpato
Desembargador Stanley da Silva Braga
Desembargador Saul Steil
Desembargadora Cláudia Lambert de Faria
Desembargador Rubens Schulz
Desembargador André Carvalho
Desembargador Jorge Luis Costa Beber
Desembargador André Luiz Dacol
Desembargador Gerson Cherem li
Desembargadora Rosane Portella Wolff
Desembargador Paulo Ricardo Bruschi
Desembargador Helio David Vieira Figueira dos Santos
Desembargador José Agenor de Aragão
Desembargador Álvaro Luiz Pereira de Andrade
Desembargadora Haidée Denise Grin
Desembargador Selso de Oliveira
Desembargador Carlos Robertoda Silva
Desembargador Osmar Nunes Júnior
Desembargador Luiz Felipe Siegert Schuch
Desembargador José Maurício Lisboa

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

Desembargador Raulino Jacó Brüning – Presidente

Desembargador Gerson Cherem li

Desembargador Paulo Ricardo Bruschi

Desembargador José Maurício Lisboa

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

Desembargador Jorge Luis Costa Beber – Presidente

Desembargador João Batista Góes Ulysséa

Desembargador Rubens Schulz

Desembargadora Rosane Portella Wolff

TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

Desembargador Fernando Carioni

Desembargador Marcus Tulio Sartorato – Presidente

Desembargadora Maria do Rocio Luz Santa Ritta

Desembargador Saul Steil

QUARTA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

Desembargador Helio David Vieira Figueira dos Santos – Presidente

Desembargador José Agenor de Aragão

Desembargador Selso de Oliveira

Desembargador Luiz Felipe Siegert Schuch

QUINTA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

Desembargador Luiz César Medeiros – Presidente

Desembargador Ricardo Orofino da Luz Fontes

Desembargador Jairo Fernandes Gonçalves

Desembargadora Cláudia Lambert de Faria

SEXTA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

Desembargadora Denise Volpato – Presidente

Desembargador Stanley da Silva Braga

Desembargador André Carvalho

Desembargador André Luiz Dacol

SÉTIMA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

Desembargador Álvaro Luiz Pereira de Andrade

Desembargadora Haidée Denise Grin

Desembargador Carlos Roberto da Silva – Presidente

Desembargador Osmar Nunes Júnior

GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO COMERCIAL

Desembargador Cláudio Barreto Dutra – Presidente

Desembargador Antonio do Rêgo Monteiro Rocha

Desembargador José Antônio Torres Marques

Desembargador Salim Schead dos Santos

Desembargador Sérgio Izidoro Heil

Desembargador José Carlos Carstens Köhler

Desembargadora Rejane Andersen

Desembargador Jânio de Souza Machado

Desembargadora Soraya Nunes Lins

Desembargador Tulio José Moura Pinheiro

Desembargador Robson Luz Varella

Desembargador Sebastião César Evangelista

Desembargador Rogério Mariano do Nascimento

Desembargador Newton Varella Júnior

Desembargador Gilberto Gomes de Oliveira

Desembargadora Janice Goulart Garcia Ubialli

Desembargador Guilherme Nunes Born

Desembargador Luiz Zanelato

Desembargador Jaime Machado Júnior

Desembargador Dinart Francisco Machado

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

Desembargador Salim Schead dos Santos – Presidente

Desembargador Rogério Mariano do Nascimento

Desembargador Guilherme Nunes Born

Desembargador Luiz Zanelato

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

Desembargadora Rejane Andersen – Presidente

Desembargador Robson Luz Varella

Desembargador Newton Varella Júnior

Desembargador Dinart Francisco Machado

TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

Desembargador Tulio José Moura Pinheiro – Presidente

Desembargador Sebastião César Evangelista

Desembargador Gilberto Gomes de Oliveira

Desembargador Jaime Machado Júnior

QUARTA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

Desembargador José Antônio Torres Marques – Presidente

Desembargador Sérgio Izidoro Heil

Desembargador José Carlos Carstens Köhler

Desembargadora Janice Goulart Garcia Ubiali

QUINTA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

Desembargador Cláudio Barreto Dutra – Presidente

Desembargador Antonio do Rêgo Monteiro Rocha

Desembargador Jânio de Souza Machado

Desembargadora Soraya Nunes Lins

GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PÚBLICO

Desembargador Pedro Manoel Abreu

Desembargador Sérgio Roberto Baasch Luz

Desembargador Cid José Goulart Júnior

Desembargador Jaime Ramos

Desembargador João Henrique Blasi – Presidente

Desembargador Jorge Luiz de Borba

Desembargadora Sônia Maria Schmitz

Desembargador Ronei Danielli

Desembargador Luiz Fernando Boller

Desembargador Ricardo José Roesler

Desembargador Rodolfo Tridapalli

Desembargador Odson Cardoso Filho

Desembargador Paulo Henrique Moritz Martins da Silva

Desembargador Júlio César Knoll

Desembargadora Vera Lúcia Ferreira Copetti

Desembargador Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto

Desembargador Hélio do Valle Pereira

Desembargadora Denise de Souza Luiz Francoski

Desembargador Artur Jenichen Filho

Desembargador Vilson Fontana

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

Desembargador Pedro Manoel Abreu

Desembargador Jorge Luiz de Borba

Desembargador Luiz Fernando Boller – Presidente

Desembargador Paulo Henrique Moritz Martins da Silva

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

Desembargador Sérgio Roberto Baasch Luz

Desembargador Cid José Goulart Júnior

Desembargador João Henrique Blasi

Desembargador Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto – Presidente

TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

Desembargador Jaime Ramos – Presidente

Desembargador Ronei Danielli

Desembargador Ricardo José Roesler

Desembargador Júlio César Knoll

QUARTA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

Desembargadora Sônia Maria Schmitz

Desembargador Rodolfo Cezar Ribeiro da Silva Tridapalli – Presidente

Desembargador Odson Cardoso Filho

Desembargadora Vera Lúcia Ferreira Copetti

QUINTA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

Desembargador Hélio do Valle Pereira – Presidente

Desembargadora Denise de Souza Luiz Francoski

Desembargador Artur Jenichen Filho

Desembargador Vilson Fontana

SEÇÃO CRIMINAL

Desembargadora Salete Silva Sommariva – Presidente
Desembargador Alexandre d'Ivanenko
Desembargador Paulo Roberto Sartorato
Desembargador Carlos Alberto Civinski
Desembargador Sérgio Antônio Rizelo
Desembargador Getúlio Corrêa
Desembargador Ernani Guetten de Almeida
Desembargador José Everaldo Silva
Desembargador Volnei Celso Tomazini
Desembargador Leopoldo Augusto Brüggemann
Desembargadora Cinthia Beatriz da Silva Bittencourt Schaefer
Desembargador Luiz Cesar Schweitzer
Desembargador Luiz Neri Oliveira de Souza
Desembargador Norival Acácio Engel
Desembargador Júlio César Machado Ferreira de Melo
Desembargador Sidney Eloy Dalabrida
Desembargador Ariovaldo Rogério Ribeiro da Silva
Desembargadora Hildemar Meneguzzi de Carvalho
Desembargador Luiz Antônio Zanini Fornerolli
Desembargador Antônio Zoldan da Veiga

PRIMEIRO GRUPO DE DIREITO CRIMINAL

Desembargador Alexandre d'Ivanenko – Presidente
Desembargador Paulo Roberto Sartorato
Desembargador Sérgio Antônio Rizelo
Desembargador José Everaldo Silva
Desembargador Leopoldo Augusto Brüggemann

Desembargador Luiz Neri Oliveira de Souza
Desembargador Norival Acácio Engel
Desembargador Júlio César Machado Ferreira de Melo
Desembargadora Hildemar Meneguzzi de Carvalho
Desembargador Antônio Zoldan da Veiga

SEGUNDO GRUPO DE DIREITO CRIMINAL

Desembargadora Salete Silva Sommariva – Presidente
Desembargador Carlos Alberto Civinski
Desembargador Getúlio Corrêa
Desembargador Ernani Guetten de Almeida
Desembargador Volnei Celso Tomazini
Desembargadora Cinthia Beatriz da Silva Bittencourt Schaefer
Desembargador Luiz Cesar Schweitzer
Desembargador Sidney Eloy Dalabrida
Desembargador Ariovaldo Rogério Ribeiro da Silva
Desembargador Luiz Antônio Zanini Fornerolli

PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL

Desembargador Paulo Roberto Sartorato – Presidente
Desembargador Carlos Alberto Civinski
Desembargador Ariovaldo Rogério Ribeiro da Silva
Desembargadora Hildemar Meneguzzi de Carvalho

SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL

Desembargadora Salete Silva Sommariva
Desembargador Sérgio Antônio Rizelo
Desembargador Volnei Celso Tomazini
Desembargador Norival Acácio Engel – Presidente

TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL

Desembargador Getúlio Corrêa – Presidente
Desembargador Ernani Guetten De Almeida
Desembargador Leopoldo Augusto Brüggemann
Desembargador Júlio César Machado Ferreira de Melo

QUARTA CÂMARA CRIMINAL

Desembargador Alexandre d'Ivanenko – Presidente
Desembargador José Everaldo Silva
Desembargador Sidney Eloy Dalabrida
Desembargador Luiz Antônio Zanini Fornerolli

QUINTA CÂMARA CRIMINAL

Desembargadora Cinthia Beatriz da Silva Bittencourt Schaefer – Presidente
Desembargador Luiz Cesar Schweitzer
Desembargador Luiz Neri Oliveira de Souza
Desembargador Antônio Zoldan da Veiga

CONSELHO DA MAGISTRATURA

Desembargador Rodrigo Tolentino de Carvalho Collaço – Presidente
Desembargador Moacyr de Moraes Lima Filho – 1º Vice-Presidente
Desembargador Henry Goy Petry Junior – Corregedor-Geral da Justiça
Desembargador Roberto Lucas Pacheco – Corregedor-Geral do Foro Extrajudicial
Desembargador Carlos Adilson Silva – 2º Vice-Presidente
Desembargador Altamiro de Oliveira – 3º Vice-Presidente
Desembargador Júlio César Knoll
Desembargador Gerson Cherem li
Desembargadora Denise de Souza Luiz Francoski
Desembargador Artur Jenichen Filho
Desembargador Luiz Neri Oliveira de Souza
Desembargador Antônio Zoldan da Veiga

COORDENADORIA DE MAGISTRADOS

Juiz de Direito Rafael Germer Condé

JUIZES CORREGEDORES

Juiz Corregedor Ricardo Rafael dos Santos

Juiz Corregedor Orlando Luiz Zanon

Juíza Corregedora Sônia Eunice Odwazny

Juiz Corregedor Marco Augusto Ghisi Machado

Juiz Corregedor Rodrigo Tavares Martins

JUIZES AUXILIARES DA PRESIDÊNCIA

Juiz Auxiliar Laudenir Fernando Petroncini

Juiz Auxiliar Rafael Maas dos Anjos

Juíza Auxiliar Carolina Ranzolin Nerbass Freta

JUIZ AUXILIAR DA PRIMEIRA VICE-PRESIDÊNCIA

Juiz Auxiliar Renato Guilherme Gomes Cunha

CHEFE DE GABINETE DA PRESIDÊNCIA

Carlos André Carlini

DIRETOR-GERAL ADMINISTRATIVO

Rodrigo Granzotto Peron

DIRETOR-GERAL JUDICIÁRIO

Maurício Walendowsky Sprícigo



SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

AG. REG. NO HABEAS CORPUS 168.347, DE SANTA CATARINA

RELATOR: MIN. ROBERTO BARROSO

AGTE.(S): WAGNER JOSÉ MARTINS

ADV.(A/S): ANTONIO DIEGO DA COSTA

AGDO.(A/S): RELATOR DO HC Nº 489.705 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EMENTA: PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA ARMADA. LAVAGEM DE DINHEIRO. PRISÃO PREVENTIVA. EXCESSO DE PRAZO. SÚMULA 691/STF. AUSÊNCIA DE TERATOLOGIA.

1. O Supremo Tribunal Federal (STF) firmou orientação no sentido da inadmissibilidade de habeas corpus contra decisão denegatória de provimento cautelar (Súmula 691/STF).

2. A orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que a necessidade de interromper a atuação de organização criminosa justifica a decretação da prisão cautelar. Precedentes.

3. Hipótese de paciente condenado em primeiro grau por organização criminosa armada de caráter transnacional, sendo que a sentença condenatória deixou consignado que o acusado responde em feito diverso pelo crime de lavagem de dinheiro. Ausência de teratologia, ilegalidade flagrante ou abuso de poder que justifique a concessão da ordem de ofício.

4. Agravo regimental a que se nega provimento.

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Virtual, na conformidade da ata de julgamento, por maioria de votos, em negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Relator, vencido o Ministro Marco Aurélio.

Brasília, 19 a 26 de abril de 2019.

MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - RELATOR

R E L A T Ó R I O

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (Relator):

1. Trata-se de agravo regimental interposto contra decisão monocrática de minha lavra, que negou seguimento ao habeas corpus nos seguintes termos:

“1. Trata-se de habeas corpus, com pedido de concessão de liminar, impetrado contra decisão que indeferiu a cautelar requerida nos autos do HC 489.705, em tramitação no Superior Tribunal de Justiça.

2. Extraí-se dos autos que o paciente, preso desde 17.11.2017, foi condenado à pena de 4 (quatro) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, pelo crime previsto no art. 2º, § 2º, da Lei nº 12.850/2013, vedado o direito de recorrer em liberdade.

3. Em seguida, a defesa opôs embargos declaratórios. O Juízo da 23ª Vara Federal de Curitiba/PR acolheu parcialmente os embargos apenas para fixar o regime inicial aberto.

4. Na sequência, foi impetrado habeas corpus no Tribunal Regional Federal da 4ª Região. A ordem foi denegada, havendo a Corte Regional determinando ‘ao Juízo de origem a imediata execução provisória da pena.’

5. Ato contínuo, sobreveio a impetração de HC no Superior Tribunal de Justiça. O Relator do HC 489.705, Ministro Ribeiro Dantas, indeferiu a medida cautelar.

6. Neste habeas corpus, a parte impetrante sustenta a ausência de fundamentação idônea para a manutenção da custódia preventiva. Afirma que o magistrado ‘manteve a prisão preventiva do paciente apenas em razão de estar respondendo ao processo por lavagem de dinheiro’. Contudo, “a manutenção da prisão preventiva do paciente apenas em razão de responder à um processo por lavagem de dinheiro é totalmente desproporcional. Sendo 3 os argumentos que demonstram essa desproporcionalidade’:

(i) ‘O primeiro argumento diz respeito à própria pena imposta ao paciente nos autos principais e que demonstra a completa ausência de periculosidade. O fato do paciente ter sido condenado à uma pena de 4 anos e 6 meses em regime inicial aberto demonstra que não exercia uma função de grande importância na suposta organização criminosa’;

(ii) ‘O segundo argumento diz respeito ao tratamento desigual que o paciente vem recebendo em comparação com o tratamento recebido por outros coacusados em situação similar’;

(iii) ‘Por fim, o terceiro argumento que demonstra a completa desproporcionalidade da prisão preventiva do paciente é sua manutenção unicamente em razão do processo de lavagem de dinheiro. O qual, além de não se tratar de um crime grave, não possui a atualidade necessária para justificar a manutenção da prisão preventiva.’

7. Prossegue a impetração para sustentar o excesso de prazo para a conclusão da instrução criminal do processo anterior no qual o paciente figura como réu pela suposta prática do crime de lavagem de dinheiro.

8. Com essa argumentação, a defesa requer a concessão da ordem a fim de revogar a prisão processual do acionante.

Decido.

9. O Supremo Tribunal Federal consolidou o entendimento no sentido da inadmissibilidade da impetração de habeas corpus contra decisão denegatória de provimento cautelar (Súmula 691/STF). No entanto, o rigor na aplicação do enunciado sumular vem sendo mitigado nos casos de evidente ilegalidade ou abuso de poder, de decisões de Tribunal Superior manifestamente contrárias à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e de decisões teratológicas.

10. A hipótese de que se trata não autoriza a superação do entendimento da Súmula 691/STF. As peças que instruem a impetração não evidenciam ilegalidade flagrante ou abuso de poder capaz de justificar a imediata revogação da prisão do paciente. Transcrevo, nesse sentido, as seguintes passagens do acórdão do TRF da 4ª Região:

‘(...)

WAGNER foi denunciado, juntamente com outras 37 pessoas, pela prática dos delitos do art. 1º, § 1º c/c art. 2º, caput, c/c § 2º e § 4º, da Lei nº 12.850/2013 (organização criminosa armada com caráter transnacional) em concurso formal com o art. 35, caput, c/c art. 40 incisos I e V, da Lei nº 11.343/2006 (associação para o tráfico internacional e transnacional de drogas).

Após regular instrução, em 05/12/2018, foi proferida sentença (evento 1112), na qual foi condenado a 04 (quatro) anos e 06 (seis) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e 108 (cento e oito) dias-multa, no valor unitário de 01 (um) salário mínimo vigente à data do fato (07/2017) por integrar organização criminosa armada.

Por ocasião do decreto condenatório, a Juiz Federal Nivaldo Brunoni negou ao acusado o direito de recorrer em liberdade, nos seguintes termos:

7.2. Em face da convicção firmada na presente sentença, não possibilito que os réus ADELSON JOÃO DA SILVA NETO, ARTHUR FRANCISCATO NETO, CHAFIC NICOLAS FERZELI NETO, CLAUDINEI TEODORO DA SILVA, FERNANDO HENRIQUE VASCONCELOS, JEFFERSON LUIZ CARRIEL RODRÍGUEZ, MARCEL MARTINS SILVA, MARCOS AURÉLIO KARVAT, RODRIG O ALVES FLORENTINO e WAGNER JOSÉ MARTINS recorram em liberdade, por entender que persistem os motivos que ensejaram a decretação de suas custódias preventivas. Notadamente em relação aos réus WAGNER JOSÉ MARTINS e FERNANDO

HENRIQUE VASCONCELOS, porque além da presente condenação, respondem pela prática de crime de lavagem de dinheiro.

Com efeito, por ora, deve ser mantida a segregação cautelar do paciente.

Não obstante a sucinta fundamentação, depreende-se da sentença condenatória que ainda remanescem os requisitos da prisão preventiva, a fim de garantir a ordem pública e a assegurar a aplicação da lei penal.

Relativamente à atuação do paciente no grupo criminoso, destaco os seguintes excertos da sentença:

O núcleo importador e fornecedor atuava sob a gerência de seus líderes, por meios dos demais integrantes do grupo, os quais possuem divisões de tarefas delimitadas, tanto na parte operacional quanto financeira.

Após a importação, a droga era remetida à região de Curitiba, onde eram distribuídas aos demais integrantes do Núcleo Comprador e Distribuidor, que, por sua vez, repassavam aos traficantes menores.

A operacionalização era realizada, dentre outros, por VALERIA MARTINS, a qual atuava como uma espécie de ‘gerente regional’, juntamente com seu irmão WAGNER JOSÉ MARTINS, o qual teve sua função intensificada após a licença maternidade de VALERIA.

(...)

No que se refere aos atos de lavagem de dinheiro VALERIA é apontada como a responsável por investir parte do dinheiro auferido com o comércio do tráfico. Valéria foi denunciada por dois (02) atos específicos de lavagem de dinheiro na Ação Penal nº 5018290- 48.2018.4.04.7000. Há ainda elementos colhidos a partir dos diálogos inteceptados acerca da alta disponibilidade econômica da denunciada e reiterado interesse na aquisição de bens imóveis. Exemplo disso são os diálogos nos quais ela demonstra interesse em negociar

um terreno avaliado em R\$ 650.000,00, indicando, ainda, a intenção de efetuar o pagamento em dinheiro e interesse na aquisição de outro imóvel oferecido por um corretor de imóveis. (Relatórios Circunstanciados nº 21 e 22, eventos 490- OUT2 e 510-OUT2, Pedido de Quebra de Sigilo de Dados e/ou Telefônico nº 5003122-74.2016.4.04.7000).

No que se refere a WAGNER JOSÉ MARTINS, irmão de Valéria e primo de MARCEL, desempenha papel semelhante e sua atividade se intensificou a partir do afastamento temporário de VALERIA, decorrente do nascimento de sua filha.

(...)

Nesse período próximo ao nascimento da filha de Valéria (ocorrido em 17/11/2016), que justificaria o seu afastamento temporário, inúmeros diálogos foram captados entre Jefferson Carriel e Wagner Martins, inclusive sobre a localização de um rastreador em um dos carros utilizados pelo grupo de Jefferson e sobre a apreensão dos diversos documentos com Rodrigo Alves Florentino ('Jorge'), ante o receio de que as informações lá contidas poderiam relacionar o preso ao grupo Martins, o que de fato ocorreu, conforme os recibos apreendidos e já mencionados.

(...)

Outros elementos de convicção, que tampouco podem passar despercebidos por este Juízo, são os diálogos que demonstram preocupação com órgãos de repressão criminal e com assuntos relacionados ao narcotráfico, tal como o diálogo entre Jefferson Carriel e Wagner Martins sobre Jarvis Chimenez Pavão, narcotraficante brasileiro condenado por tráfico internacional de drogas e lavagem de dinheiro. No que se refere à atuação financeira, WAGNER também foi denunciado por dois (02) atos de lavagem de dinheiro, objeto da Ação Penal nº 5018290-48.2018.4.04.7000. Conforme aponta a inicial acusatória do processo referente à lavagem de dinheiro, diversos pagamentos relativos ao comércio de drogas foram realizados em sua conta pessoal, a qual apresentou movimentação incompatível, além de depósitos em dinheiro sem identificação e do tipo smurfing. Além disso, contribuiu para ocultação de veículo Evoque, placas MLH 4743, registrado em nome de interposta pessoa.

Com efeito, deve ser mantida a segregação cautelar do paciente.

Não obstante a sucinta fundamentação, depreende-se da sentença condenatória que ainda remanescem os requisitos da prisão preventiva, a fim de garantir a ordem pública e a assegurar a aplicação da lei penal.

Ao contrário do que sustentam os impetrantes, entendo que não houve alteração substancial no quadro fático-jurídico para revogação da custódia cautelar.

Embora o paciente tenha sido condenado a pena não tão elevada e fixado regime inicial semiaberto, para fins da manutenção da custódia cautelar devem ser levados em consideração não somente os fatos objeto da ação penal originária - consistentes no fornecimento de grandes quantidade de drogas juntamente com membros de sua família - como também os imputados ao paciente na ação penal desmembrada nº 5018290-48.2018.404.7000, relativa à prática do crime tipificado no art. 1º, caput, c/c § 1º, incisos I e II, c/c § 2º, inciso I, c/c § 4º, da Lei nº 9.613/98, por duas vezes.

(...)

É certo que casos extremos, como a adoção de medidas preventivas que ferem o direito à liberdade do indivíduo, devem ser analisados com cautela. Por essa razão, é empregado o princípio da proporcionalidade, que indicará, em cada caso concreto, qual o direito que deverá prevalecer, isto é, se, no caso sub judice, deve-se dar prevalência ao interesse público (segurança da sociedade) ou ao interesse individual (liberdade).

Em relação ao paciente, confirmadas autoria e materialidade do delito do art. 2º, § 2º, da Lei 12.850/2013, com

relevante desempenho em organização criminosa responsável pela distribuição de cocaína e ‘crack’ oriundos do exterior, em diversos bairros de Curitiba, e havendo indícios de lavagem de capitais com habitualidade, a custódia cautelar para a garantia da ordem pública é medida proporcional e visa a evitar que possa colocar em risco a sociedade e a confiabilidade do aparelho estatal incumbido de fazer efetiva a ordem normativa, assim com o impedir que volte a se envolver com tais atividades criminosas extremamente lucrativas.

Além da gravidade dos fatos imputados ao paciente, vale reiterar que WAGNER já foi preso juntamente com seu pai, entre outras pessoas, transportando grande quantidade de cocaína, no ano de 2015, no interior de Goiás, denotando anterior envolvimento do paciente com o narcotráfico, assim como ostenta grande poderio financeiro e reside na região de fronteira com o Paraguai, o que configura risco concreto de fuga.

Diante deste quadro, conclui-se que as cautelares substitutivas previstas na Lei nº 12.403/2011 não se mostram adequadas ao caso concreto, na medida em que não seriam suficientes para fins de prevenção e repressão aos delitos, tampouco para evitar a prática de infrações penais, principalmente em face da alta lucratividade dos crimes cometidos pela associação criminosa.

No que tange à detração, não conheço da impetração quanto ao ponto, uma vez que o próprio impetrante menciona que a requereu em sede de embargos de declaração opostos contra a sentença. Assim, eventual análise prematura do tema por esta Corte caracterizaria indevida supressão de instância.

Aliás, em consulta à ação penal originária, constata-se que, em 11/01/2019, os aclaratórios do paciente foram julgados pelo Juiz Federal Paulo Sergio Ribeiro, que os acolheu em parte, para ‘fixar o regime aberto para início do cumprimento da pena privativa de liberdade, em observância ao artigo 387, §2º, do Código de Processo Penal, nos termos seguintes:

(...)

Entretanto, considerando que a fixação do regime aberto é mais benéfico que o regime da preventiva, impõe-se a imediata execução provisória da pena, nos termos de precedentes desta Corte, devendo ser expedida a respectiva guia pelo Juízo de origem.

(...)

Ante o exposto, voto por conhecer em parte do habeas corpus e, na parte conhecida denegar a ordem, bem como, de ofício, determinar ao Juízo de origem a imediata execução provisória da pena.’

11. A alegação de excesso de prazo para a conclusão do processo anterior no qual o paciente figura como réu pela suposta prática do crime de lavagem de dinheiro não foi apreciada pelo Tribunal Regional Federal nem pelo Superior Tribunal de Justiça, o que impede o imediato exame da matéria por esta Suprema Corte, sob pena de dupla supressão de instâncias.

12. Diante do exposto, com base no art. 21, §1º, do RI/STF, nego seguimento ao habeas corpus.”

2. A defesa insiste na ausência de fundamentação idônea para a manutenção da custódia preventiva, ressaltando a *“Desproporcionalidade da manutenção da prisão preventiva para recorrer em um caso em que o paciente foi condenado ao regime aberto”*. Reitera que *“A prisão preventiva do paciente foi mantida apenas em razão de estar respondendo à um processo de lavagem de dinheiro referente à fatos anteriores ao crime principal investigado (resultando no mínimo questionável até mesmo a própria materialidade delitiva já que, enquanto a investigação do crime principal se iniciou em janeiro de 2016, os supostos atos de lavagem teriam ocorrido em 2014 e há apenas o questionamento da propriedade de um veículo adquirido em 2017”*. Destaca, ainda, que *“Outros coacusados condenados*

à penas idênticas e que respondem ao mesmo processo de lavagem de dinheiro estão em liberdade". Por fim, sustenta o excesso de prazo para a conclusão da instrução criminal do processo anterior no qual o paciente figura como réu pela suposta prática do crime de lavagem de dinheiro.

3. A defesa requer o provimento do agravo a fim de revogar a prisão processual do acionante.
4. O Ministério Público Federal manifesta-se pelo desprovimento do agravo regimental.
5. É o relatório.

V O T O

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (Relator):

1. O agravo regimental não deve ser provido.

2. A decisão agravada apontou a inadmissibilidade da impetração contra decisão denegatória de provimento cautelar (Súmula 691/STF). Demonstrou, ainda, que, no caso, as decisões das instâncias precedentes não são teratológicas ou patentemente desfundamentadas, de modo a autorizar a superação daquele enunciado sumular, notadamente se se considerar que a orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que a necessidade de interromper a atuação de organização criminosa constitui fundamentação idônea para a decretação da custódia preventiva (HC 137.234, Rel. Min. Teori Zavascki; HC 136.298, Rel. Min. Ricardo Lewandowski; HC 136.935- AgR, Rel. Min. Dias Toffoli). Transcrevo, nesse sentido, as seguintes passagens do acórdão do TRF da 4ª Região:

“(…)

WAGNER foi denunciado, juntamente com outras 37 pessoas, pela prática dos delitos do art. 1º, § 1º c/c art. 2º, caput, c/c § 2º e § 4º, da Lei nº 12.850/2013 (organização criminosa armada com caráter transnacional) em concurso formal com o art. 35, caput, c/c art. 40 incisos I e V, da Lei nº 11.343/2006 (associação para o tráfico internacional e transnacional de drogas).

Após regular instrução, em 05/12/2018, foi proferida sentença (evento 1112), na qual foi condenado a 04 (quatro) anos e 06 (seis) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e 108 (cento e oito) dias-multa, no valor unitário de 01 (um) salário mínimo vigente à data do fato (07/2017) por integrar organização criminosa armada.

Por ocasião do decreto condenatório, a Juiz Federal Nivaldo Brunoni negou ao acusado o direito de recorrer em liberdade, nos seguintes termos:

7.2. Em face da convicção firmada na presente sentença, não possibilito que os réus ADELSON JOÃO DA SILVA NETO, ARTHUR FRANCISCATO NETO, CHAFIC NICOLAS FERZELI NETO, CLAUDINEI TEODORO DA SILVA, FERNANDO HENRIQUE VASCONCELOS, JEFFERSON LUIZ CARRIEL RODRÍGUEZ, MARCEL MARTINS SILVA, MARCOS AURÉLIO KARVAT, RODRIGO ALVES FLORENTINO e WAGNER JOSÉ MARTINS recorram em liberdade, por entender que persistem os motivos

que ensejaram a decretação de suas custódias preventivas. **Notadamente em relação aos réus WAGNER JOSÉ MARTINS e FERNANDO HENRIQUE VASCONCELOS, porque além da presente condenação, respondem pela prática de crime de lavagem de dinheiro.**

Com efeito, por ora, deve ser mantida a segregação cautelar do paciente.

Não obstante a sucinta fundamentação, depreende-se da sentença condenatória que ainda remanescem os requisitos da prisão preventiva, a fim de garantir a ordem pública e a assegurar a aplicação da lei penal.

Relativamente à atuação do paciente no grupo criminoso, destaco os seguintes excertos da sentença:

O núcleo importador e fornecedor atuava sob a gerência de seus líderes, por meios dos demais integrantes do grupo, os quais possuem divisões de tarefas delimitadas, tanto na parte operacional quanto financeira.

Após a importação, a droga era remetida à região de Curitiba, onde eram distribuídas aos demais integrantes do Núcleo Comprador e Distribuidor, que, por sua vez, repassavam aos traficantes menores.

A operacionalização era realizada, dentre outros, por VALERIA MARTINS, a qual atuava como uma espécie de 'gerente regional', juntamente com seu irmão WAGNER JOSÉ MARTINS, o qual teve sua função intensificada após a licença maternidade de VALERIA.

(...)

No que se refere aos atos de lavagem de dinheiro VALERIA é apontada como a responsável por investir parte do dinheiro auferido com o comércio do tráfico. Valéria foi denunciada por dois (02) atos específicos de lavagem de dinheiro na Ação Penal nº 5018290- 48.2018.4.04.7000. Há ainda elementos colhidos a partir dos diálogos inteceptados acerca da alta disponibilidade econômica da denunciada e reiterado interesse na aquisição de bens imóveis. Exemplo disso são os diálogos nos quais ela demonstra interesse em negociar um terreno avaliado em R\$ 650.000,00, indicando, ainda, a intenção de efetuar o pagamento em dinheiro e interesse na aquisição de outro imóvel oferecido por um corretor de imóveis. (Relatórios Circunstanciados nº 21 e 22, eventos 490- OUT2 e 510-OUT2, Pedido de Quebra de Sigilo de Dados e/ou Telefônico nº 5003122-74.2016.4.04.7000).

No que se refere a WAGNER JOSÉ MARTINS, irmão de Valéria e primo de MARCEL, desempenha papel semelhante e sua atividade se intensificou a partir do afastamento temporário de VALERIA, decorrente do nascimento de sua filha.

(...)

Nesse período próximo ao nascimento da filha de Valéria (ocorrido em 17/11/2016), que justificaria o seu afastamento temporário, inúmeros diálogos foram captados entre Jefferson Carriel e Wagner Martins, inclusive sobre a localização de um rastreador em um dos carros utilizados pelo grupo de Jefferson e sobre a apreensão dos diversos documentos com Rodrigo Alves Florentino ('Jorge'), ante o receio de que as informações lá contidas poderiam relacionar o preso ao grupo Martins, o que de fato ocorreu, conforme os recibos apreendidos e já mencionados.

(...)

Outros elementos de convicção, que tampouco podem passar despercebidos por este Juízo, são os

diálogos que demonstram preocupação com órgãos de repressão criminal e com assuntos relacionados ao narcotráfico, tal como o diálogo entre Jefferson Carriel e Wagner Martins sobre Jarvis Chimenez Pavão, narcotraficante brasileiro condenado por tráfico internacional de drogas e lavagem de dinheiro. No que se refere à atuação financeira, WAGNER também foi denunciado por dois (02) atos de lavagem de dinheiro, objeto da Ação Penal nº 5018290-48.2018.4.04.7000.

Conforme aponta a inicial acusatória do processo referente à lavagem de dinheiro, diversos pagamentos relativos ao comércio de drogas foram realizados em sua conta pessoal, a qual apresentou movimentação incompatível, além de depósitos em dinheiro sem identificação e do tipo smurfing. Além disso, contribuiu para ocultação de veículo Evoque, placas MLH 4743, registrado em nome de interposta pessoa.

Com efeito, deve ser mantida a segregação cautelar do paciente.

Não obstante a sucinta fundamentação, depreende-se da sentença condenatória que ainda remanescem os requisitos da prisão preventiva, a fim de garantir a ordem pública e a assegurar a aplicação da lei penal.

Ao contrário do que sustentam os impetrantes, entendo que não houve alteração substancial no quadro fático-jurídico para revogação da custódia cautelar.

Embora o paciente tenha sido condenado a pena não tão elevada e fixado regime inicial semiaberto, para fins da manutenção da custódia cautelar devem ser levados em consideração não somente os fatos objeto da ação penal originária - consistentes no fornecimento de grandes quantidade de drogas juntamente com membros de sua família - como também os imputados ao paciente na ação penal desmembrada nº 5018290-48.2018.404.7000, relativa à prática do crime tipificado no art. 1º, caput, c/c § 1º, incisos I e II, c/c § 2º, inciso I, c/c § 4º, da Lei nº 9.613/98, por duas vezes.

(...)

É certo que casos extremos, como a adoção de medidas preventivas que ferem o direito à liberdade do indivíduo, devem ser analisados com cautela. Por essa razão, é empregado o princípio da proporcionalidade, que indicará, em cada caso concreto, qual o direito que deverá prevalecer, isto é, se, no caso sub judice, deve-se dar prevalência ao interesse público (segurança da sociedade) ou ao interesse individual (liberdade). **Em relação ao paciente, confirmadas autoria e materialidade do delito do art. 2º, § 2º, da Lei 12.850/2013, com relevante desempenho em organização criminosa responsável pela distribuição de cocaína e 'crack' oriundos do exterior, em diversos bairros de Curitiba, e havendo indícios de lavagem de capitais com habitualidade, a custódia cautelar para a garantia da ordem pública é medida proporcional e visa a evitar que possa colocar em risco a sociedade e a confiabilidade do aparelho estatal incumbido de fazer efetiva a ordem normativa, assim com o impedir que volte a se envolver com tais atividades criminosas extremamente lucrativas.**

Além da gravidade dos fatos imputados ao paciente, vale reiterar que WAGNER já foi preso juntamente com seu pai, entre outras pessoas, transportando grande quantidade de cocaína, no ano de 2015, no interior de Goiás, denotando anterior envolvimento do paciente com o narcotráfico, assim como ostenta grande poderio financeiro e reside na região de fronteira com o Paraguai, o que configura risco concreto de fuga.

Diante deste quadro, conclui-se que as cautelares substitutivas previstas na Lei nº 12.403/2011 não se mostram adequadas ao caso concreto, na medida em que não seriam suficientes para fins de prevenção e repressão aos delitos, tampouco para evitar a prática de infrações penais, principalmente em face da alta lucratividade dos crimes cometidos pela associação criminosa.

No que tange à detração, não conheço da impetração quanto ao ponto, uma vez que o próprio impetrante menciona que a requereu em sede de embargos de declaração opostos contra a sentença. Assim, eventual

análise prematura do tema por esta Corte caracterizaria indevida supressão de instância.

Aliás, em consulta à ação penal originária, constata-se que, em 11/01/2019, os aclaratórios do paciente foram julgados pelo Juiz Federal Paulo Sergio Ribeiro, que os acolheu em parte, para ‘fixar o regime aberto para início do cumprimento da pena privativa de liberdade, em observância ao artigo 387, §2º, do Código de Processo Penal, nos termos seguintes: (...)

Entretanto, considerando que a fixação do regime aberto é mais benéfico que o regime da preventiva, impõe-se a imediata execução provisória da pena, nos termos de precedentes desta Corte, devendo ser expedida a respectiva guia pelo Juízo de origem.

(...)

Ante o exposto, voto por conhecer em parte do habeas corpus e, na parte conhecida denegar a ordem, bem como, de ofício, determinar ao Juízo de origem a imediata execução provisória da pena.”

3. Quanto ao mais, a alegação de excesso de prazo para a conclusão do processo anterior no qual o paciente figura como réu pela suposta prática do crime de lavagem de dinheiro não foi apreciada pelo Tribunal Regional Federal nem pelo Superior Tribunal de Justiça, o que impede o imediato exame da matéria pelo Suprem Tribunal Federal, sob pena de dupla supressão de instâncias.

4. Diante do exposto, nego provimento ao agravo regimental.

5. É como voto.

V O T O

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – O habeas corpus é ação constitucional voltada a preservar a liberdade de ir e vir do cidadão. O processo que o veicule, devidamente aparelhado, deve ser submetido ao julgamento de Colegiado. Descabe observar quer o disposto no artigo 21 do Regimento Interno, no que revela a possibilidade de o Relator negar seguimento a pedido manifestamente improcedente, quer o artigo 932 do Código de Processo Civil. Ante o fato de atuar na sessão virtual, quando há o prejuízo da organicidade do Direito, do devido processo legal, afastada a sustentação da tribuna, provejo o agravo para que o habeas corpus tenha sequência.

AG. REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 744.763, DE SANTA CATARINA

RELATOR: MIN. LUIZ FUX

AGDO.(A/S): ESTACIONAMENTO ITAJAI SHOPPING LTDA ME

ADV.(A/S): PATRÍCIA CASILLO E OUTRO(A/S)

AGTE.(S): MUNICÍPIO DE ITAJAÍ

PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DO MUNICÍPIO DE ITAJAÍ

EMENTA: AGRAVO INTERNO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. LEI MUNICIPAL QUE INSTITUI A COBRANÇA FRACIONADA EM ESTACIONAMENTOS PARTICULARES. DIREITO CIVIL. COBRANÇA. COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA UNIÃO. ARTIGO 22, I, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. MANDADO DE SEGURANÇA. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE INCIDENTAL. PRECEDENTES. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.

A C Ó R D Ã O

A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, na conformidade da ata de julgamento virtual de 24 a 30/05/2019, por unanimidade, negou provimento ao agravo, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 31 de maio de 2019.

Ministro **LUIZ FUX - RELATOR**

Documento assinado digitalmente

R E L A T Ó R I O

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR): Trata-se de agravo interno interposto pelo MUNICÍPIO DE ITAJAÍ contra decisão de minha relatoria, assim ementada:

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADMINISTRATIVO. LEI MUNICIPAL QUE INSTITUI A COBRANÇA FRACIONADA EM ESTACIONAMENTOS PARTICULARES. COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA UNIÃO PARA LEGISLAR SOBRE DIREITO CIVIL. ART. 22, I, DA CRFB/88. PRECEDENTES. RECURSO PROVIDO.”

Inconformada com essa decisão supra, a parte agravante interpõe o presente recurso, alegando, em síntese:

“A respeitável decisão se baseou em precedentes que estabeleciam o impedimento da cobrança pelo serviço de estacionamento privado de veículos.

Observando-se os precedentes informados na respeitável decisão, (ADI 1623, AI 730.856 AGR, AI 742.679 AGR), todos eles, sem exceção, tratam do impedimento de cobrança do valor do serviço de estacionamento através de vedação expressa, impondo gratuidade ou isenção e ainda proibindo a cobrança até determinado período.

(...)

Já na presente demanda a lei municipal 5.451/2009 não invade a competência da União para legislar sobre direito civil, pois não veda a cobrança nem estipula teto ou valores ao serviço de estacionamento. (...)

Na realidade o Município ao editar a norma atacada exerceu sua competência para tratar de assunto interesse local prevista no art. 30, I da Constituição Federal, bem como suplementou a legislação federal (Lei 8.078/1990 Código de Defesa do Consumidor) também no exercício de sua competência prevista no art. 30, II da Constituição Federal.

A Lei municipal 5.451/2009 não está legislando sobre direito civil, assim não ofende a competência legislativa da União nem fere o direito de propriedade e livre iniciativa.

(...)

A lei impugnada não possui vício de constitucionalidade formal, pois o Município possui competência para suplementar o Código de Defesa do Consumidor, observando o interesse local. Também não há vício de constitucionalidade material na lei impugnada, pois não fere a livre iniciativa nem o direito de propriedade, estabelecendo tão somente norma de interesse local.” (Doc. 21, fls. 4/7/10-11)

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR): A presente irresignação não merece prosperar.

Em que pesem os argumentos expendidos no agravo, resta evidenciado das razões recursais que a parte agravante não trouxe nenhum capaz de infirmar a decisão hostilizada, razão pela qual ela deve ela ser mantida, por seus próprios fundamentos.

Ab initio, pontuo que a jurisprudência desta Corte é uníssona no sentido de que a disciplina relativa à exploração econômica de estacionamentos privados, seja quanto ao estabelecimento de cobranças fracionadas ou à vedação de cobrança, refere-se ao Direito Civil, portanto, de competência legislativa privativa da União, consoante disposto no artigo 22, I, da Constituição Federal. Nesse sentido, além dos precedentes citados na decisão impugnada, colho os seguintes julgados, em casos análogos ao dos autos:

“AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. INTERPOSIÇÃO EM 27.09.2018. LEI 3.701 DO MUNICÍPIO DE BALNEÁRIO CAMBORIÚ. COBRANÇA FRACIONADA PELO TEMPO DE PERMANÊNCIA NOS ESTACIONAMENTOS PARTICULARES. INCONSTITUCIONALIDADE CONFIGURADA. PRECEDENTES.

1. O Supremo Tribunal Federal possui jurisprudência consolidada em sentido diverso da decisão objeto do presente recurso extraordinário.

2. Não obstante convicção pessoal, em homenagem ao princípio da colegialidade e considerando o entendimento consolidado no Plenário do Supremo Tribunal Federal apresenta-se procedente o pedido da ação direta de inconstitucionalidade ajuizada perante o Tribunal de Justiça de Santa Catarina.

3. Agravo Regimental a que se nega provimento.” (RE 1.151.652-AgR, rel. min. Edson Fachin, Segunda Turma, DJe de 20/3/2019, grifei)

“Ementa: Direito constitucional. Ação direta de inconstitucionalidade. **Lei distrital que regulou preço cobrado por estacionamento. Inconstitucionalidade formal e material.** 1. O Supremo Tribunal Federal firmou entendimento no sentido de que a regulação de preço de estacionamento é matéria de direito civil, inserindo-se na competência privativa da União para legislar (CF/88, art. 22, I). Inconstitucionalidade formal. Precedentes: ADI 4.862, rel. Min. Gilmar Mendes; AgR-RE 730.856, rel. Min Marco Aurélio; ADI 1.623, rel. Min. Joaquim Barbosa. 2. Ressalva de entendimento pessoal do relator, no sentido de que a regulação de preço na hipótese configura violação ao princípio da livre iniciativa (CF/88, art. 170). Inconstitucionalidade material. 3. Ação julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade da norma.” (ADI 4.008, rel. min. Roberto Barroso, Plenário, DJe de 18/12/2017, grifei)

“Ação Direta de Inconstitucionalidade. 2. Lei 16.785, de 11 de janeiro de 2011, do Estado do Paraná. 3. **Cobrança proporcional ao tempo efetivamente utilizado por serviços de estacionamento privado. Inconstitucionalidade configurada.** 4. Ação direta julgada procedente.” (ADI 4.862-AgR, rel. min. Gilmar Mendes, Plenário, DJe de 7/2/2017, grifei)

Destarte, conforme afirmado na decisão ora agravada, a Lei Municipal 5.451/2009, ao estabelecer cobrança fracionada violou o artigo 22, I, da Constituição Federal.

Ex positis, **NEGO PROVIMENTO** ao agravo interno.

É como voto.

AG. REG. NO RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS 169.532,
DE SANTA CATARINA

RELATOR: MIN. ALEXANDRE DE MORAES

AGTE.(S): JEAN FERNANDES DE ANDRADE

PROC.(A/S)(ES): DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL

AGDO.(A/S): MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PROGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL DO FECHADO PARA O SEMIABERTO. AUSÊNCIA DE VAGA ESPECÍFICA. CUMPRIMENTO DA PENA EM LOCAL SEMELHANTE, COM GARANTIA DOS DIREITOS INERENTES.

AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Primeira Turma, sob a Presidência do Senhor Ministro LUIZ FUX, em conformidade com a ata de julgamento e as notas taquigráficas, por maioria, acordam em negar provimento ao agravo interno, nos termos do voto do Relator, vencido o Ministro Marco Aurélio.

Brasília, 14 de junho de 2019.

Ministro ALEXANDRE DE MORAES

Relator

R E L A T Ó R I O

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES (RELATOR):

Trata-se de Agravo Regimental interposto contra decisão monocrática de minha lavra, que negou provimento ao Recurso Ordinário em habeas corpus, sob o fundamento de não se constatar qualquer constrangimento ilegal, ante a ausência de vaga em complexo penal compatível com o regime intermediário.

Consta, em apertada síntese, que o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, no julgamento de agravo em execução interposto pelo Ministério Público, revogou a prisão domiciliar concedida ao recorrente e determinou o seu retorno à Penitenciária de Joinville, para cumprimento de pena em regime semiaberto.

Inconformada com essa decisão da Corte de Justiça Catarinense, a defesa impetrou o referido Habeas Corpus perante o Superior Tribunal de Justiça, ao argumento de que o réu estaria cumprindo pena em estabelecimento prisional inadequado ao regime a que faz jus (semiaberto). A ordem foi denegada, conforme ementa a seguir transcrita:

HABEAS CORPUS. PROGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL DO FECHADO PARA O SEMIABERTO. AUSÊNCIA DE VAGA ESPECÍFICA. CUMPRIMENTO DA PENA EM LOCAL SEMELHANTE, COM GARANTIA DOS DIREITOS INERENTES. POSSIBILIDADE. ALTERAÇÃO DAS CONCLUSÕES DA CORTE DE ORIGEM SOBRE AS CONDIÇÕES DO RECOLHIMENTO. INCURSÃO NO ARCABOUÇO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE NA VIA ESTREITA DO WRIT. ORDEM DENEGADA.

1. O entendimento adotado pelo Tribunal a quo está em consonância com a jurisprudência desta Corte, fixada no sentido de que, “na ausência de vaga em estabelecimento destinado ao cumprimento da pena em regime semiaberto, o resgate da reprimenda em local similar, garantidos os benefícios próprios do modo intermediário, não configura constrangimento ilegal, pois o apenado não se encontra sujeito a regime mais gravoso” (AgRg no HC 379.324/MG, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 09/03/2017, DJe 16/03/2017).
2. Alterar o entendimento adotado pelo Tribunal a quo, no tocante às conclusões firmadas acerca das condições atinentes ao recolhimento, demandaria, necessariamente, a análise de matéria fático-probatória, desiderato esse que desborda da via estreita do *habeas corpus*.
3. Ordem denegada.

Em linhas gerais, o recorrente alegou que o acórdão do Superior Tribunal de Justiça violou a Súmula Vinculante n. 56 e que a “Penitenciária Industrial de Joinville”, local em que foi determinada a custódia do paciente, evidentemente não cumpre as exigências do regime semiaberto, conforme ressaltado pelo Juiz de Direito responsável pela sua execução penal, cuja decisão teria sido erroneamente reformada pelo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Sustentou que, para o atendimento das exigências legais, não basta estar o preso em uma cela separada e ser assegurada a sua saída temporária, devendo existir trabalho comum durante o dia, em um ambiente sem clausura, nos termos do art. 35, do Código Penal, e do art. 92, da Lei de Execuções Penais. Pleiteou o deferimento do pedido liminar para que, até o julgamento definitivo do presente Recurso em *habeas corpus*, fosse garantido ao paciente o cumprimento da pena em regime aberto ou, na falta de vagas em regime aberto, em prisão domiciliar, até que se providencie vaga no regime adequado (semiaberto). No mérito, pugnou pelo restabelecimento da decisão de primeiro grau que concedeu ao paciente o regime domiciliar, até que surja vaga em estabelecimento adequado ao regime intermediário.

Por decisão monocrática, neguei provimento ao Recurso Ordinário em habeas corpus.

Neste recurso, a defesa reitera a necessidade de reconsideração da decisão agravada para que seja garantido ao agravante o cumprimento da sua reprimenda em estabelecimento adequado ao regime que lhe foi imposto. Requer, ao final, a retratação da decisão agravada ou o provimento do presente recurso.

É o relatório.

V O T O

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES (RELATOR):

Não há reparo a fazer, pois o agravo interno não apresentou qualquer argumento apto a desconstituir os fundamentos apontados, pelo que se reafirma o seu teor.

Eis a decisão agravada:

Não prospera a irresignação recursal, mostrando-se incabível a concessão da medida liminar.

Sobre as regras do regime prisional semiaberto, o art. 35, do Código Penal, dispõe:

Art. 35 - [...]

§1º - O condenado fica sujeito a trabalho em comum durante o período diurno, em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar.

§2º- O trabalho externo é admissível, bem como a freqüência a cursos supletivos profissionalizantes, de instrução de segundo grau ou superior.

Nos termos da Súmula Vinculante 56 e do RE 641.320-RG (Rel. Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, DJe de 1º/8/2016), a falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, sob pena de afronta aos princípios constitucionais da individualização da pena (art. 5º, XLVI) e da legalidade (art. 5º, XXXIX). No julgamento do referido RE 641.320-RG, o Plenário do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL assentou os seguintes parâmetros para avaliação da adequação dos estabelecimentos prisionais ao regime semiaberto:

[...]

3. Os juízes da execução penal poderão avaliar os estabelecimentos destinados aos regimes semiaberto e aberto, para qualificação como adequados a tais regimes. São aceitáveis estabelecimentos que não se qualifiquem como “colônia agrícola, industrial” (regime semiaberto) ou “casa de albergado ou estabelecimento adequado” (regime aberto) (art. 33, §1º, alíneas “b” e “c”). No entanto, não deverá haver alojamento conjunto de presos dos regimes semiaberto e aberto com presos do regime fechado.

[...]

Na espécie, o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina registrou que:

AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL. SAÍDA ANTECIPADA. PRISÃO DOMICILIAR CONCEDIDA COM BASE NA SÚMULA VINCULANTE 56. INSURGÊNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. DECISÃO EQUIVOCADA. HIPÓTESES DO ARTIGO 117 DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL NÃO ATENDIDAS. VEDAÇÃO DA CHAMADA PROGRESSÃO POR SALTO. PENITENCIÁRIA INDUSTRIAL DE JOINVILLE QUE SE ENQUADRA NO CONCEITO DE ESTABELECIMENTO PRISIONAL SIMILAR. DIREITOS INERENTES AO REGIME SEMIABERTO RESPEITADOS. ALA DESTINADA EXCLUSIVAMENTE AOS PRESOS DO REGIME INTERMEDIÁRIO. DECISÃO REFORMADA PARA QUE O APENADO RETORNE AO ESTABELECIMENTO PRISIONAL VISANDO DAR CONTINUIDADE DA PENA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

[...]

O objeto recursal em questão já foi tema de vários recursos analisados por este Colendo Tribunal, sendo a grande maioria, oriundos da mesma unidade jurisdicional. Ciente disso, esta egrégia Corte fixou seu entendimento a favor do Ministério Público, como ilustram os muito bem lançados fundamentos do eminente Desembargador Paulo Roberto Sartorato, no Agravo em Execução Penal n. 0001085-68.2017.8.24.0038, julgado em 06.04.2017:

[...]

Frisa-se que o apenado, ora agravado, também cumpria sua reprimenda na Penitenciária Industrial de Joinville quando foi agraciado com a concessão de prisão domiciliar, mesmo estando preso em ala destinada exclusivamente aos presos do regime intermediário e tendo todos os direitos inerentes ao regime semiaberto garantidos.

Além disso, não se vislumbra dos autos, qualquer tentativa por parte do magistrado de piso, de diligenciar junto ao DEAP para a transferência do detento para outro estabelecimento prisional, ou seja, não houve o esgotamento da via administrativa antes de proferida a decisão sobre a prisão domiciliar, a qual deveria ser a última alternativa.

Em assim sendo, o pleito principal do recurso deve ser acolhido, para que seja revogada a prisão domiciliar deferida na origem, determinando-se o retorno do apenado ao estabelecimento prisional para o cumprimento da pena.

[...]

(TJSC, Agravo de Execução Penal n. 0002852- 10.2018.8.24.0038, Rel. Des. Cinthia Beatriz da S. Bittencourt Schaefer, Quinta Turma, j. 08/06/2018).

Não se constata, portanto, manutenção do requerente em modalidade prisional mais gravosa, ante a ausência de vaga em complexo penal compatível com o regime intermediário. Conforme registrado pelo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, são oportunizados aos detentos que cumprem pena no indigitado estabelecimento prisional os direitos compatíveis com o regime prisional semiaberto.

Ademais, investigar a real situação do recolhimento em questão demandaria análise de fatos e provas concernentes à causa, cuja revisão é incompatível com esta via processual (HC 136.622-AgR, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, DJe de 17/2/2017; HC 135.748, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, DJe de 13/2/2017; HC 135.956, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, DJe de 28/11/2016; HC 134.445-AgR, Rel. Min. EDSON FACHIN, Primeira Turma, DJe de 27/9/2016).

Por fim, consta dos autos a informação de que, após a decisão que concedeu a prisão domiciliar ao paciente (proferida em 09/02/2018), sobreveio decreto de sua regressão para o regime fechado (decisão datada de 28/03/2018), o que, a rigor, tornaria prejudicado o presente recurso.

Diante do exposto, com base no art. 21, §1º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, NEGÓCIO PROVIMENTO AO RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*.

Em conclusão, não há reparo a fazer no entendimento aplicado, pois o agravo interno não apresentou qualquer argumento apto a desconstituir os fundamentos apontados.

Diante do exposto, nego provimento ao agravo regimental. É o voto.

V O T O

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Tem-se habeas corpus com a roupagem de recurso ordinário. A envergadura maior da impetração constitucional, no que voltada a preservar a liberdade de ir e vir, deve ser submetida ao julgamento de Colegiado. Descabe observar quer o disposto no artigo 21 do Regimento Interno, no que revela a possibilidade de o Relator negar seguimento a pedido manifestamente improcedente, quer o artigo 932 do Código de Processo Civil. Ante o fato de atuar na sessão virtual, quando há o prejuízo da organicidade do Direito, do devido processo legal, afastada a sustentação da tribuna, provejo o agravo para que o habeas corpus tenha sequência.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AGINT NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.314.880 - SC
(2018/0152887-1)

RELATORA: MINISTRA NANCY ANDRIGHI

AGRAVANTE: VONPAR REFRESCOS S/A

ADVOGADOS: LUIS RENATO FERREIRA DA SILVA - RS024321 EDUARDO MARIOTTI E OUTRO(S) - RS025672

AGRAVADO : FRANCISCO NAZÁRIO DA SILVA

ADVOGADO : FABIANA MARTINS MATTE - SC018076 INTERES.: TRANSBEL TRANSPORTADORA DE BEBIDAS LIMITADA

INTERES.: CATARINENSE DE REFRIGERANTES LTDA

EMENTA

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE REPARAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. VIOLAÇÃO DO ART. 1.022 DO CPC. DEFICIENTE FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA 284/STF. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 282/STF. REEXAME DE FATOS E PROVAS. INADMISSIBILIDADE. JUROS MORATÓRIOS. RESPONSABILIDADE EXTRA CONTRATUAL. SÚMULA 54/STJ.

- Ação de reparação por danos materiais e morais.

1. A deficiente fundamentação do recurso impede o seu conhecimento.
2. A ausência de decisão acerca dos dispositivos legais indicados como violados impede o conhecimento do recurso especial.
3. O reexame de fatos e provas em recurso especial é inadmissível.
4. O termo inicial dos juros de mora nos casos de indenização por danos morais por responsabilidade extracontratual é o evento danoso, conforme Súmula 54/STJ.
5. Agravo interno não provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Paulo de Tarso Sanseverino, Ricardo Villas Bôas Cueva, Marco Aurélio Bellizze e Moura Ribeiro votaram com a Sra. Ministra Relatora. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Moura Ribeiro.

Brasília, 01 de Julho de 2019 (Data do Julgamento)

Ministra Nancy Andrighi
Relatora

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA NANCY ANDRIGHI:

Cuida-se de agravo interno interposto por VONPAR REFERESCOS S/A, contra decisão unipessoal de fls. 679/683 (e-STJ).

Ação: de indenização por danos morais e materiais ajuizada por FRANCISCO NAZÁRIO DA SILVA, em face de VONPAR REFERESCOS S/A, em razão de acidente de trânsito causado por preposto da ré que vitimou o autor.

Sentença: julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados na petição inicial pelo autor.

Acórdão: deu parcial provimento à apelação interposta pela agravante e ao recurso adesivo manejado pelo agravado, nos termos da seguinte ementa:

APELAÇÃO CÍVEL E RECURSO ADESIVO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS DECORRENTES DE ACIDENTE DE TRÂNSITO. PROCEDÊNCIA PARCIAL NA ORIGEM. RECURSOS DE AMBAS AS PARTES.

1. **APELO DA RÉ.** 1.1. RESPONSABILIDADE PELO EVENTO LESIVO. PREPOSTO DA REQUERIDA ESTAVA NO ACOSTAMENTO E, AO TENTAR CRUZAR RODOVIA, INVADIU PREFERENCIAL E CORTOU A TRAJETÓRIA DA MOTOCICLETA DO REQUERENTE. IMPERÍCIA CONFIGURADA. 1.2. RESULTADO DANOSO DEMONSTRADO DIANTE DAS SEQUELAS IRREVERSÍVEIS DECORRENTES DO ACIDENTE AUTOMOBILÍSTICO, COMPROVADAS MEDIANTE PROVA PERICIAL. 1.3. NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE O INFORTÚNIO E O DANO EVIDENCIADO POR PROVA DOCUMENTAL E PERICIAL. 1.4. PRESSUPOSTOS PARA RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL DA DEMANDADA PREENCHIDOS. DEVER DE INDENIZAR OS DANOS CAUSADOS. 1.5. PENSÃO MENSAL DECORRENTE DE ATO ILÍCITO DEVIDA, POIS PROVADA INCAPACIDADE LABORAL DEFINITIVA, ORIUNDA DAS LESÕES ADVINDAS DO ACIDENTE. 1.6. POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO DO PENSIONAMENTO COM EVENTUAL BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. NATUREZAS E FINALIDADES DISTINTAS. 1.7. TERMO INICIAL DA PENSÃO DEVE RETROAGIR À DATA DA CONSTATAÇÃO DA INCAPACIDADE PERMANENTE PARA O TRABALHO.

2. **PONTO DE IRRESIGNAÇÃO COMUM ENTRE AUTOR E RÉ.** 2.1. DANO MORAL IN RE IPSA. ABALO PSÍQUICO DECORRE DO PRÓPRIO ACIDENTE DE TRÂNSITO, DA DOR FÍSICA E PSICOLÓGICA EXPERIMENTADA PELO REQUERENTE, O QUAL TEVE FRATURA NO QUADRIL E FICOU INCAPACITADO PARA EXERCER SEU OFÍCIO DE PEDREIRO. 2.2. QUANTUM INDENIZATÓRIO MAJORADO DE R\$12.000,00 (DOZE MIL REAIS) PARA R\$30.000,00 (TRINTA MIL REAIS), EM CONSONÂNCIA COM OS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. CARÁTER COMPENSATÓRIO E PEDAGÓGICO DA VERBA.

3. RECURSO ADESIVO DO AUTOR. 3.1. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DEVEM SER ELEVADOS DE 10% (DEZ POR CENTO) PARA 15% (QUINZE POR CENTO) DO VALOR DA CONDENAÇÃO.

CAUSA QUE PERDURA DESDE 2007 E DEMANDOU EXTENSA DILAÇÃO PROBATÓRIA. EXEGESE DO ARTIGO 85 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. 4. RECURSOS CONHECIDOS E PARCIALMENTE PROVIDOS (e-STJ fls. 408/409) (g.o.)

Decisão agravada: conheceu do agravo para não conhecer do recurso especial interposto pela agravante, com base nos seguintes fundamentos: i) aplicação da Súmula 284/STF, quanto à violação dos arts. 535, II, do CPC; 159 e 1539 do CC/16 e arts. 186, 884, 927 e 950 do CC/02; ii) aplicação da Súmula 282/STF, haja vista a ausência de prequestionamento dos arts. 333, I, do CPC/73 e 373, I, do CPC/15 e das questões atinentes ao bis in idem em relação à correção monetária e de que os juros moratórios devem incidir a partir de cada vencimento da parcela do pensionamento; iii) incidência da Súmula 7/STJ, acerca da configuração da responsabilidade civil da recorrente pelo dano causado; e iv) aplicação da Súmula 83/STJ, no sentido de que o termo inicial dos juros de mora, nos casos de indenização por danos morais por responsabilidade extracontratual, é contado do evento danoso.

Agravo interno: a agravante, em suas razões recursais, defende que a violação dos artigos arts. 1022, II, do CPC; arts. 159 e 1539 do CC/16 e arts. 186, 884, 927 e 950 do CC/02 foi devidamente demonstrada; que houve o prequestionamento dos arts. 333, I, do CPC/73 e 373, I, do CPC/15, no item 3.3 dos embargos de declaração por ela opostos; que o tema relativo ao bis in idem, foi expressamente levantado nas contrarrazões aos embargos de declaração opostos pelo agravado; que deve ser afastada a Súmula 7/STJ, uma vez que não se pretende avaliar as provas, mas reconhecer que não existe prova dos fatos narrados pela parte autora, devendo ser afastada a responsabilidade civil da recorrente; e que o termo inicial dos juros de mora não pode incidir genericamente, devendo ser afastada a Súmula 83/STJ.

Pugna, por fim, pela reforma da decisão agravada e pelo provimento do recurso especial.

É o relatório.

EMENTA

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE REPARAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. VIOLAÇÃO DO ART. 1.022 DO CPC. DEFICIENTE FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA 284/STF. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 282/STF. REEXAME DE FATOS E PROVAS. INADMISSIBILIDADE. JUROS MORATÓRIOS. RESPONSABILIDADE EXTRA CONTRATUAL. SÚMULA 54/STJ.

- Ação de reparação por danos materiais e morais.

1. A deficiente fundamentação do recurso impede o seu conhecimento.

2. A ausência de decisão acerca dos dispositivos legais indicados como violados impede o conhecimento do recurso especial.

3. O reexame de fatos e provas em recurso especial é inadmissível.
4. O termo inicial dos juros de mora nos casos de indenização por danos morais por responsabilidade extracontratual é o evento danoso, conforme Súmula 54/STJ.
5. Agravo interno não provido.

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA NANCY ANDRIGHI(RELATORA):

O agravo interno não merece acolhida, porquanto os argumentos deduzidos nas razões recursais pela agravante são incapazes de alterar o julgado.

De início, insta consignar, que embora a agravante tenha citado a violação do art. 1022 do CPC, em nada altera o teor da decisão agravada a existência do suposto erro material, por ocasião da citação do art. 535, II, do CPC/73. A uma, porque os conteúdos insertos nos referidos dispositivos, são os mesmos. A duas, porque a deficiente fundamentação do recurso para demonstrar a sua vulneração subsiste.

E, acerca da aplicação da Súmula 284/STF, por ocasião da não demonstração da violação do art. 1022 do CPC, ao contrário do deduzido pela agravante, não houve a efetiva demonstração de sua vulneração, visto que conforme se observa da leitura do tópico III.D de seu recurso, não há qualquer especificação das matérias que não teriam sido apreciadas pela Corte de origem e a importância de sua apreciação para o correto deslinde da controvérsia.

Na verdade, o que se observa é apenas a digressão genérica acerca de tal violação, em que a recorrente, como ela própria assevera, destaca um tópico, iniciando-o com a expressão AD CAUTELAM e consigna que, por fim, apenas para evitar qualquer óbice de cunho formal à dmissibilidade do recurso, deve-se apontar também violação ao art. 1022, II, do CPC, por falta de prequestionamento (...) (e-STJ fl. 520), deixando de desenvolver qualquer fundamento capaz de demonstrar tal vulneração.

De mesma forma, em relação aos arts. 159 e 1539 do CC/16 e arts. 186, 884, 927 e 950 do CC/02, tem-se que a recorrente limita-se a citá-los como violados no tópico III-B, sem demonstrar de maneira lógica e concatenada como o Tribunal de origem teria violado tais dispositivos, situação que configura deficiente fundamentação do recurso. Mantida também a aplicação da Súmula 284/STF.

Quanto à ausência de prequestionamento dos arts. 333, I, do CPC/73 e 373, I, do CPC/15, a recorrente sustenta que esse teria sido suscitado em seus embargos de declaração. Acontece que, ainda que tais dispositivos tenham sido apontados nos aclaratórios, tem-se que o Tribunal de origem nada decidiu acerca de seus conteúdos.

Em relação à ausência de prequestionamento do tema relativo ao bis in idem, e ao argumento defendido pela recorrente, no sentido de que ele teria sido expressamente levantado nas contrarrazões

aos embargos de declaração opostos pelo agravado, esse também não merece prosperar. Isso porque, o prequestionamento não emerge da comprovada manifestação dos temas de direito federal nas razões dos recursos ordinários, mas da sua efetiva apreciação pelo acórdão recorrido (AgRg no AREsp n. 605.924/SP, Terceira Turma, DJe 04/08/2015), o que não ocorreu na hipótese dos autos.

No que tange à aplicação da Súmula 7/STJ, a recorrente alega que não se pretende avaliar as provas, mas reconhecer que não existem provas dos fatos narrados pela parte autora, devendo ser afastada a responsabilidade da recorrente. Acontece, que os próprios argumentos trazidos pela agravante, esbarra na aplicação do referido óbice sumular, haja vista que o Tribunal de origem ao contrário do defendido, entendeu que:

Ora, o acidente em questão restou incontroverso nos autos.

O boletim de ocorrência apenas reforçou as alegações das partes no sentido de que Francisco Nazário da Silva trafegava de motocicleta pela rodovia BR 101, no sentido Tubarão-Florianópolis, no dia 19/3/1988, quando colidiu com o veículo de propriedade de Vonpar Refrescos S.A., conduzido na ocasião por um preposto seu.

Colhe-se do documento (fls. 17/18): Após investigações no local, constatou-se que o veículo [veículo da ré] aguardava no acostamento e ao tentar cruzar a pista abalroou o veículo [motocicleta do autor], que trafegava em sua mão de direção (grifo acrescido).

O croqui elaborado pela autoridade policial ajuda a elucidar as (1 circunstâncias em que se deu o abalroamento (fl. 17).

Vê-se que evidenciada a imperícia do preposto da ré, o qual estava no acostamento e, ao tentar cruzar a rodovia, invadiu a preferencial e interceptou a trajetória da motocicleta do autor.

Salienta-se que “o boletim de ocorrência firmado por autoridade competente não constitui um documento unilateral, sem valor. Pelo contrário, tal documento traz em seu bojo uma presunção de veracidade juris tantum, que é afastada diante de provas robustas em sentido contrário, na dicção do art. 364 do Código de Processo Civil, o qual dispõe que ‘O documento público faz prova não só da sua formação, mas também dos fatos que o escrivão, o tabelião, ou o o funcionário declarar que ocorreram em sua presença’” (TJSC, Apelação Cível n. 2013.011283-1, Rel. Des. Ronei Danielli, j. 6/5/2014).

(...)

Desta feita, da análise do boletim de ocorrência, conclui-se facilmente que o preposto da requerida foi o culpado pela colisão.

Em relação ao dano, entende-se que suficientemente comprovado, pois o laudo de exame de corpo de delito atesta que o requerente é portador de “enfermidade incurável”, consistente em “alteração do comprimento dos membros inferiores devido a fratura de fêmur”(fl. 19).

A comunicação de resultado de perícia emitida pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, por sua vez, confirma que o autor ficou incapacitado para o trabalho pelo menos até 20/11/2006, sendo-lhe deferido auxílio-doença. Ainda que se trate de incapacidade parcial, o resultado danoso está devidamente demonstrado.

Por fim, quanto ao nexos de causalidade entre o infortúnio e o dano, a prova técnica (fls. 184, 288 e 305) e os prontuários médicos (fls. 122/123 e 289/291) demonstram que a origem da incapacidade laborai ocorreu com o acidente automobilístico.

(...)

Ademais, segundo os documentos juntados ao caderno processual às fls. 122/123 e 289/291, o demandante sofreu fratura no quadril exatamente no dia 19/3/1988 (dia do acidente), tendo sido encaminhado para UTI e sido submetido a cirurgias.

Em suma, percebe-se nitidamente pelas declarações do expeli e pelas fichas de internação e de acompanhamento médico que o acidente, resultou em fratura no lado direito do quadril, cujas sequelas vieram a incapacitar o requerente para o exercício da profissão de pedreiro.

Forçoso concluir que restaram preenchidos os requisitos para responsabilização da ré (e-STJ fls. 419).

E, conforme consignado na decisão agravada, observa-se que o Tribunal a quo ao apreciar a questão, baseou-se no conjunto fático-probatório dos autos para afastar os argumentos da recorrente, no sentido de que não existiriam provas nos autos acerca do dano causado ao recorrido e de que não estaria comprovada a sua responsabilidade civil, pelo que rever tal entendimento implicaria em reexame do acervo probatório, o que é obstado pela Súmula 7 desta Corte.

Frise-se, por oportuno, que, na hipótese em tela, não se cuida de valoração de prova, o que é viável no âmbito do recurso especial, mas de reapreciação da prova buscando sufragar reforma na convicção do julgador sobre o fato, para, in casu, se ter como não provado o que a Corte de origem afirmou estar.

Por fim, quanto ao argumento da recorrente, no sentido de que o entendimento do Tribunal de origem não estaria em consonância com a orientação desta Corte acerca do termo inicial dos juros, devendo ser afastada a Súmula 83/STJ, esse também não merece prosperar por dois motivos.

O primeiro, porque o Tribunal de origem nada falou acerca do termo inicial dos juros de mora sobre as parcelas do pensionamento. E segundo, porque conforme claramente consignado na decisão ora agravada, a Corte a quo ao entender que o termo inicial dos juros de mora incidentes sobre a indenização por danos morais é contado a partir da data do evento danoso, aplicando-se à hipótese a Súmula 54/STJ, julgou em conformidade com a jurisprudência deste Sodalício.

Forte nessas razões, NÃO CONHEÇO do agravo interno.

Previno as partes que a interposição de recurso contra esta decisão, se declarado manifestamente inadmissível, protelatório ou improcedente, poderá acarretar na condenação à penalidade fixada no art. 1.026, § 2º, do CPC/15.

HABEAS CORPUS Nº 507.152 - SC (2019/0120728-0)

RELATOR: MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR IMPETRANTE: PATRICK DE OLIVEIRA BERRIEL

ADVOGADO: PATRICK DE OLIVEIRA BERRIEL - RJ117081

IMPETRADO: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA

PACIENTE: GUILHERME NEVES DAICHTMAN RODA (PRESO)

EMENTA

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTOS. DESPROPORCIONALIDADE. SUBSTITUIÇÃO POR MEDIDAS CAUTELARES. CABIMENTO.

1. A decretação ou a manutenção da prisão cautelar depende de explícita e concreta fundamentação. No caso, por ocasião da decretação da custódia provisória, o próprio Juízo de primeiro grau reconheceu a primariedade do paciente e que a quantidade de droga apreendida não se mostra substancialmente grande. A forma de acondicionamento da substância tóxica – lançada no banco do veículo, sem nenhuma intenção de ocultação – gera dúvida quanto à vivência ou dedicação do acusado à traficância. Recomendável, portanto, a substituição da prisão preventiva por medidas cautelares alternativas.

2. Ordem concedida a fim de substituir a prisão preventiva do paciente pelas seguintes medidas cautelares: comparecimento quinzenal em juízo e entrega do passaporte, podendo o Juiz do feito impor outras se entender pertinentes, desde que de forma fundamentada. Poderá o Magistrado de primeiro grau reavaliar ao longo do processo se perdura, ainda, a necessidade das cautelares fixadas.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conceder a ordem nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro, Antonio Saldanha Palheiro e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Sustentou oralmente o Dr. Patrick de Oliveira Berriel pelo paciente, Guilherme Neves Daichtman Roda.

Brasília, 25 de junho de 2019 (data do julgamento).

Ministro Sebastião Reis Júnior
Relator

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR: Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de Guilherme Neves Daichtman Roda contra o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina no HC n. 4008545-84.2019.8.24.0000.

Alega o impetrante a ausência dos requisitos autorizadores da prisão preventiva; a inidoneidade da fundamentação que ampara a prisão; e a inobservância do princípio da homogeneidade, diante da desproporcionalidade da prisão frente às circunstâncias do caso concreto.

Sustenta que o ora paciente possui residência fixa no Brasil, em Curitiba, porém, em determinados períodos do ano, viaja a trabalho para a Indonésia, local onde administra o empreendimento de sua propriedade denominado Playground Surf Resort.

Menciona a primariedade do acusado e que, em relação ao montante em dinheiro com ele apreendido, havia trazido para o país para aqui suprir suas necessidades pessoais durante sua estadia, eis que havia acabado de chegar ao Brasil para passar alguns meses (fl. 8).

Alega que as substâncias tóxicas encontradas em sua posse se destinavam ao consumo próprio.

Requer a imediata suspensão do decreto de prisão expedido no Processo n. 0002394-75.2019.8.24.0064, da 1ª Vara Criminal da comarca de São José/SC, sem prejuízo da aplicação de medidas cautelares alternativas ao cárcere. No mérito, pleiteia a revogação da prisão preventiva.

Em 3/5/2019, foi indeferida a medida liminar (fls. 319/320). Informações prestadas (fls. 325/326).

Ouvido, o Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do habeas corpus, em parecer assim ementado (fl. 331):

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. INVIABILIDADE. PROCESSO PENAL. CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS (ART. 33, CAPUT, DA LEI N. 11.343/2006). PREVENTIVA. REQUISITOS PRESENTES. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA, CALCADA NOS ELEMENTOS CONSTANTES DOS AUTOS. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. INDÍCIOS DE AUTORIA E MATERIALIDADE DO FATO COMPROVADOS. QUANTIDADE DA DROGA (1.473 G DE HAXIXE E 0,9 G DE MACONHA). MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO. IMPOSSIBILIDADE. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA NO CASO. PARECER PELO NÃO CONHECIMENTO DO HABEAS CORPUS.

Ainda não houve prolação de sentença na ação penal, os autos, em 21/5/2019, aguardavam manifestação do *Parquet* quanto à resposta à acusação oferecida pela defesa.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR (RELATOR):

Busca-se, nesta impetração, a concessão de liberdade provisória ao paciente, cuja constrição cautelar foi fundamentada pela Magistrada de primeiro grau, nestes termos (fl. 125 – grifo nosso):

[...] No caso em apreço, a prova da materialidade e os indícios suficientes de autoria do crime de tráfico de drogas encontra-se evidenciado pelos elementos de prova já constantes do APF, notadamente por meio do boletim de ocorrência (fls. 2/5), termo de apreensão (fl. 8) e auto de constatação (fl. 21), esta por meio das declarações contidas no caderno indiciário, considerando os depoimentos das testemunhas mostraram-se coerentes e uníssonos (fls. 26, gravação audiovisual), demonstrando que o investigado trazia consigo 30 porções embaladas de haxixe e R\$ 11.150,00 em espécie. Pela ordem fática contida nos depoimentos colhidos constata-se que a polícia militar estava realizando blitz no local, quando em abordagem do veículo que era conduzido pelo ora investigado sentiu forte cheiro vindo do interior do automóvel e que, após realizar buscas, encontraram 30 porções embaladas de haxixe e R\$ 11.150,00 em espécie. Disso resulta que cabe aqui a tutela da ordem pública, mesmo porque o crime imputado ao conduzido é equiparado a hediondo e merece séria repreensão deste Juízo, porquanto têm sido cada vez mais frequentes nesta Comarca e, sem dúvidas, movimentam grande parte dos demais crimes contra o patrimônio e contra a vida perpetrados em face da comunidade. No que se refere à manutenção da custódia, vê-se que o conduzido é primário e a quantidade de drogas apreendida com ele não se mostra substancialmente grande. Contudo, o investigado não foi claro o suficiente quando tentou informar possuir endereço fixo, além de não transmitir a devida segurança quando questionado de seu trabalho. Nesse contexto, verifico haver a necessidade de manutenção da custódia para a garantia da aplicação da lei penal, porquanto não há nenhuma demonstração segura nos autos de que o investigado possua domicílio no Brasil, especificamente em Curitiba, ou no exterior, uma vez que alegou que reside na Indonésia.

Também vejo a necessidade da manutenção da custódia para garantia da ordem pública, na medida em que não havendo demonstração segura de que o acusado possua ocupação lícita a circunstância em que foi preso permite concluir que faça do comércio ilícito de entorpecentes seu meio de vida. Ante o exposto, homologo a prisão em flagrante convertendo em prisão preventiva para a garantia da ordem pública e aplicação da lei penal. [...]

Ao apreciar o pedido de revogação da prisão preventiva, o Juízo da 1ª Vara Criminal da comarca de São José/SC ponderou que (fl. 177):

[...] os documentos de fls. 50/51 consistem na declaração de residência do genitor do acusado na cidade de Curitiba; declaração de terceira pessoa de que poderá empregar o acusado em seu estabelecimento naquela cidade; e de documentos em língua estrangeira, não traduzidos, os quais, segundo a defesa (fl. 47), consistem no visto para trabalho e contrato social da empresa do acusado na Indonésia.

Como se vê, não logrou a defesa comprovar, satisfatoriamente, que o acusado possui residência fixa e atividade lícita no exterior – onde afirmou residir há 10 anos -, já que, além de o mencionado contrato social não estar traduzido, serve para comprovar apenas ato de constituição de pessoa jurídica, mas não o regular

e habitual exercício da atividade, pessoalmente, pelo acusado, além de não impedir a prática concomitante do comércio espúrio de drogas.

Além disso, conforme se extrai do laudo de constatação provisório e da fotografia de fl. 66, a quantidade de droga apreendida – 30 (trinta) porções de Haxixe, com massa bruta total de 1473,0g (um mil e quatrocentos e setenta e três gramas) - não pode ser considerada pequena, salientando-se, ainda, que a substância estava individualmente separada e embalada.

[...]

A Corte estadual, por sua vez, manteve a prisão cautelar, pois a quantidade de tóxicos apreendidos e o vultoso valor em dinheiro são aspectos suficientes para, em cognição sumária, manter a segregação decretada como garantia da ordem pública e obstar a aplicabilidade de medidas diversas do encarceramento (fl. 311).

No caso, apesar dos fundamentos lançados pelas instâncias de origem, a fim de justificar a manutenção da custódia do paciente, entendo que, na hipótese, a medida extrema se mostra desproporcional.

Destaque-se que, no decreto inicial de prisão, considerou o Juízo que o conduzido é primário e a quantidade de drogas apreendida com ele não se mostra substancialmente grande (fl. 125).

Outrossim, observa-se das circunstâncias do flagrante que a forma de acondicionamento da substância tóxica apreendida – lançada no banco do veículo, sem nenhuma intenção de ocultação – não evidencia a vivência ou dedicação do acusado à traficância.

Além disso, o paciente possui condições pessoais favoráveis, é primário e, não obstante resida alguns períodos do ano em outro país, possui ocupação lícita.

Tal o contexto, voto pela **concessão** da ordem a fim de substituir a prisão preventiva do paciente pelas seguintes medidas cautelares: comparecimento quinzenal em juízo e entrega do passaporte, podendo o Juiz do feito impor outras se entender pertinentes, desde que de forma fundamentada. Poderá o Magistrado de primeiro grau reavaliar ao longo do processo se perdura, ainda, a necessidade das cautelares fixadas.

AGINT NO RECURSO ESPECIAL Nº 1.435.260 – SC (2014/0032597-5)

RELATOR: MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO

AGRAVANTE: ESTADO DE SANTA CATARINA

PROCURADOR: ROGÉRIO DE LUCA E OUTRO(S) - SC005139

AGRAVADO: EDINA ALEXANDRE MEI

ADVOGADOS: ALEXSANDER DA SILVA MARTINS - SC016813

MARCO AURÉLIO MACENO BANOWITS - SC016868

RELATÓRIO

1. Trata-se de Agravo Interno interposto pelo ESTADO DE SANTA CATARINA contra decisão que negou seguimento ao seu Recurso Especial, nos termos da seguinte ementa:

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC/1973 NÃO CONFIGURADA. TAXA DE FUNCIONAMENTO DE ESTABELECIMENTO DE MÁQUINAS OU APARELHOS ELETRÔNICOS. ACÓRDÃO RECORRIDO ANCORADO EM LEI LOCAL. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 280/STF. RECURSO ESPECIAL DO ESTADO DE SANTA CATARINA A QUE SE NEGA EGUIMENTO. (fls. 255).

2. Em suas razões, o agravante reitera as razões do Apelo Nobre no que se refere à violação do art. 535 do CPC/1973 e à deficiência da prestação jurisdicional, notadamente em relação à inexistência de bis in idem na cobrança das taxas, que possuem fatos geradores distintos e foram legitimamente instituídas com contraprestação a serviços essenciais, específicos e divisíveis, além de efetiva utilização pelo Contribuinte.

3. Destaca, ainda, que não há necessidade de reexame de lei local, sendo inaplicável o veto da Súmula 280/STF.

4. Requer a reconsideração da decisão agravada, ou seja o feito submetido a julgamento pelo Órgão Colegiado.

5. Não houve impugnação.

6. É o relatório.

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC/1973 NÃO CONFIGURADA. TAXA DE FUNCIONAMENTO

DE ESTABELECIMENTO DE MÁQUINAS OU APARELHOS ELETRÔNICOS. ACÓRDÃO RECORRIDO ANCORADO EM LEI LOCAL. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 280/STF. AGRAVO INTERNO DO ESTADO DE SANTA CATARINA A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. A alegada violação do art. 535 do CPC/1973 não ocorreu, tendo em vista o fato de que a lide foi resolvida nos limites propostos e com a devida fundamentação. As questões postas a debate

foram decididas com clareza, não tendo havido qualquer vício que justificasse o manejo dos Embargos de Declaração. Observe-se, ademais, que o julgamento diverso do pretendido, como na espécie, não implica ofensa à norma ora invocada.

2. No pertinente à taxa de licença para funcionamento de máquinas e aparelhos eletrônicos, verifica-se que a questão controvertida foi dirimida com base na legislação estadual (Lei 7.541/1988, do Estado de Santa Catarina), sendo impertinente a impugnação deduzida em Recurso Especial, porquanto necessária a análise da legislação local, medida vedada na via estreita do Recurso Especial, a teor da Súmula 280 do STF, aplicável ao caso por analogia.

3. Agravo Interno do Estado de Santa Catarina a que se nega provimento.

VOTO

1. Em que pese à combatida argumentação, a parte ora agravante não trouxe fundamentos hábeis a desconstituir a decisão agravada.

2. Consoante constou na decisão agravada, a alegada violação ao art. 535 do CPC/1973 não ocorreu, tendo em vista o fato de que a lide foi resolvida nos limites propostos e com a devida fundamentação. As questões postas a debate foram decididas com clareza, não tendo havido qualquer vício que justificasse o manejo dos Embargos de Declaração. Observe-se, ademais, que o julgamento diverso do pretendido, como na espécie, não implica ofensa à norma ora invocada.

3. No pertinente à taxa de licença para funcionamento de máquinas e aparelhos eletrônicos, verifica-se que a questão controvertida foi dirimida com base na legislação estadual (Lei 7.541/1988, do Estado de Santa Catarina), sendo impertinente a impugnação deduzida em Recurso Especial, porquanto necessária a análise da legislação local, medida vedada na via estreita do Recurso Especial, a teor da Súmula 280 do STF, aplicável ao caso por analogia.

4. Pelas razões expostas, nega-se provimento ao Agravo Interno do Estado de Santa Catarina. É o voto.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA

PRIMEIRA VICE-PRESIDÊNCIA

Petição n. 0001962-54.2019.8.24.0000, de Guaramirim

Requerente: Relator da Ação Rescisória n. 4017405-11.2018.8.24.0000

Interessado: Espólio de José Maurício Nunes

Advogados : Louise Karina Zimath (OAB: 31990/SC) e outro

Interessado: Nelson Schiestl

Interessada: Olinda Schiestl

Relator: Desembargador Moacyr de Moraes Lima Filho

DECISÃO MONOCRÁTICA TERMINATIVA

I Trata-se de incidente relativo à distribuição da Ação Rescisória n. 4017405-11.2018.8.24.0000, proposta pelo espólio de José Maurício Nunes em face de Nelson Schiestl e Olinda Schiestl, com o objetivo de desconstituir a sentença do Juízo da 2ª Vara da comarca de Guaramirim, proferida nos autos da “Ação de regularização de propriedade de plano estadual de regularização fundiária” n. 0004142-09.2012.8.24.0026, que julgou procedente o pedido inicial, a fim de declarar o domínio dos autores sobre as áreas individualizadas.

O feito aportou no Grupo de Câmaras de Direito Público que, em decisão da Exma. Desa. Sônia Maria Schmitz, determinou a redistribuição a uma das Câmaras de Direito Público, porquanto se busca a desconstituição de sentença, a teor do art. 29, I, “d”, do Regimento Interno deste Tribunal vigente à época (fl. 312 dos autos originários).

A Primeira Câmara de Direito Público, em decisão do Exmo. Sr. Des. Paulo Henrique Moritz Martins da Silva, declinou da competência a uma das Câmaras de Direito Civil, ao argumento de que “[...] não há pessoa jurídica de direito público em nenhum dos polos desta ação (ou da ação originária)”, tampouco se discute matéria prevista no art. 3º, caput, da Resolução TJ n. 149/17 (fls. 367/368 dos autos originários).

Redistribuídos os autos, a Sétima Câmara de Direito Civil, mediante decisum do Exmo. Des. Álvaro Luiz Pereira de Andrade, solicitou manifestação deste 1º Vice-Presidente, à consideração de que há fundada controvérsia sobre a competência para apreciação da demanda, a qual deve ser atribuída às Câmaras de Direito Público em virtude do manifesto interesse público (fls. 378/381 dos autos originários).

Vieram os autos a esta 1ª Vice-Presidência, nos termos do art. 15, VI, do Regimento Interno do Tribunal de Justiça de Santa Catarina.

II De pronto, ressalta-se que o novo Regimento Interno, dentre as competências e atribuições do 1º Vice-Presidente, dispõe que lhe cabe “decidir os incidentes relativos à distribuição dos processos, mediante provocação do relator, e as dúvidas suscitadas pelo órgão administrativo competente relacionadas à distribuição de feitos” (art. 15, VI).

Dessa feita, volta-se o presente incidente ao esclarecimento acerca da competência para o julgamento da Ação Rescisória n. 4017405-11.2018.8.24.0000, proposta pelo espólio de José Maurício Nunes em face de Nelson Schiestl e Olinda Schiestl, com o objetivo de desconstituir a sentença do Juízo da 2ª Vara da comarca de Guarimir, proferida nos autos da “Ação de regularização de propriedade de plano estadual de regularização fundiária” n. 0004142-09.2012.8.24.0026.

No que tange ao parâmetro normativo para dirimir a controvérsia, malgrado as alterações promovidas na legislação interna desta Corte, deve ser aplicada a regra transitória prevista no art. 372 do Regimento Interno, segundo a qual “os processos distribuídos de acordo com as normas de competência anteriores à entrada em vigor deste regimento interno não serão redistribuídos, salvo disposição contrária ou nas hipóteses do art. 43 do Código de Processo Civil”.

Feitas tais considerações, observa-se que a ação de origem, denominada “Ação de regularização de propriedade de plano estadual de regularização fundiária”, foi proposta por Nelson Schiestl e vários outros, com o objetivo de regularizar a ocupação de diversas áreas, na forma do Projeto Lar Legal (fls. 202/270 dos autos originários).

Dito isso, antecipa-se que o exame dos autos, em sintonia com os preceitos regimentais aplicáveis, permite assinalar que a apreciação do feito compete à Primeira Câmara de Direito Público. No que concerne à competência das Câmaras de Direito Público desta Corte de Justiça à época da distribuição da Ação Rescisória (17/7/2018, fls. 306/308 dos autos originários), a redação do art. 3º do Ato Regimental TJ n. 41/00, com as alterações promovidas pelo Ato Regimental TJ n. 149/17, dispunha:

Art. 3º Às Câmaras de Direito Público compete o julgamento de recursos e ações originárias e respectivos incidentes em que forem partes ou diretamente interessadas pessoas jurídicas de direito público; empresas públicas e sociedades de economia mista em feitos não referentes à área do Direito Civil e do Direito Comercial; cobrança de tributos, preços públicos, tarifas e contribuições compulsórias do Poder Público; e qualquer que seja a qualidade da parte, recursos concernentes a ações populares, ações de improbidade administrativa, ações sobre concursos públicos, ações de desapropriação e servidão administrativa, ações sobre licitações; e mandados de segurança, mandados de injunção, habeas data e habeas corpus não compreendidos na competência das demais Câmaras. § 1º Para os fins do disposto no caput deste artigo, consideram-se como feitos referentes à área do Direito Civil todos aqueles relacionados às ações de cobrança e às ações indenizatórias; e como feitos referentes à área do Direito Comercial todos aqueles relacionados às ações atinentes ao Direito Bancário, ao Direito Empresarial, ao Direito Cambiário e ao Direito Falimentar. § 2º As causas e os recursos fundados em ações civis públicas que não estejam abrangidas pelo caput deste artigo serão distribuídos para órgãos fracionários que sejam competentes em razão da matéria. § 3º Na competência estabelecida neste artigo ficam excluídos os recursos e as ações originárias e os respectivos incidentes que versem sobre responsabilidade civil e tenham por objetivo a indenização por danos morais e materiais pela prática de ato ilícito pelas concessionárias e delegatárias de serviço público; e sobre transporte, telefonia e cobrança de mensalidade de entidade educacional, qualquer que seja a sua personalidade jurídica.

Denota-se que não figuram como parte pessoas jurídicas de direito público, haja vista que o espólio de José Maurício Nunes propôs a rescisória apenas em face de Nelson Schiestl e Olinda Schiestl, que foram beneficiados na ação originária com a regularização fundiária. Como bem destacou o Exmo. Des. Álvaro Luiz Pereira de Andrade, no entanto, é forçoso reconhecer que a natureza dos temas envolvidos para a solução da controvérsia, a qual envolve a análise do enquadramento dos ocupantes aos pressupostos do Projeto Lar Legal, além da apreciação de questões urbanísticas, sociais e ambientais (direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e à moradia), atrai a competência das Câmaras de Direito Público, até porque tornam manifesto o interesse direto de pessoas jurídicas de direito público.

Vale destacar que, em cumprimento ao disposto na Resolução n. 11/08 do Conselho da Magistratura, que instituiu o Projeto Lar Legal (art. 10), o Magistrado da ação da origem determinou a intimação da União, do Estado e do município de Guaramirim (fl. 1521) e o último compareceu aos autos para manifestar seu interesse e trazer informações sobre os equipamentos de infraestrutura da área envolvida na celeuma (fl. 1536).

A Resolução n. 8/14 do Conselho da Magistratura, que revogou as disposições em contrário da Resolução anterior e alterou o Projeto Lar Legal, dispõe que, caso o pedido de reconhecimento de domínio tenha sido formulado apenas pelos interessados, o município deve ser intimado previamente para se manifestar no prazo de 10 (dez) dias, acerca de seus interesses, e integrar a lide como litisconsorte ativo (art. 4º, parágrafo único).

Vale destacar, também, que as Câmaras de Direito Público, mesmo antes do advento do novo Regimento Interno, apreciaram reiteradamente temas correlatos:

APELAÇÃO CÍVEL. PROCEDIMENTO DE JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA. ABERTURA DE MATRÍCULA IMOBILIÁRIA. PROGRAMA LAR LEGAL. RESOLUÇÃO 08/2014 DO CONSELHO DA MAGISTRATURA. IMÓVEL NÃO LOCALIZADO EM ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE OU EM SITUAÇÃO DE RISCO. ANOTAÇÃO DE RESPONSABILIDADE TÉCNICA FIRMADA POR ENGENHEIRO AGRÔNOMO. SATISFAÇÃO DO REQUISITO ESTABELECIDO NO JULGAMENTO DO INCIDENTE DE ASSUNÇÃO DE COMPETÊNCIA. VASTA DOCUMENTAÇÃO. REQUISITOS LEGAIS PREENCHIDOS. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO.

A providência judicial perseguida pelo Ministério Público traduzia-se na anulação da sentença, com o conseqüente retorno dos autos à origem a fim de viabilizar a confecção da documentação ora juntada em obediência à revisão da tese firmada em Incidente de Assunção de Competência. Sendo esse o contexto fático e primando pela celeridade processual, notadamente em demanda que ostenta um nítido conteúdo social, a hipótese remete ao conhecimento e desprovidimento do recurso, mantendo-se em favor da munícipe a titularidade imobiliária firmada na sentença” (TJSC, Des. Ronei Danielli e Des. Júlio César Knoll).

A recente documentação juntada, aliada àquela inicialmente apresentada pelo Município, dão conta do atendimento dos requisitos para regularização dos imóveis objeto da presente demanda, de modo que a manutenção da sentença é medida que se impõe. (TJSC, Des. Ricardo Roesler). (Apelação Cível n. 0008893-26.2013.8.24.0019, de Concórdia, rel. Des. Pedro Manoel Abreu, Primeira Câmara de Direito Público, j. em 29/1/2019)

E:

APELAÇÃO CÍVEL. PROCEDIMENTO DE JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA. PROGRAMA DE REGULARIZAÇÃO IMOBILIÁRIA “LAR LEGAL”. RESOLUÇÃO N. 8/2014 DO CONSELHO DA MAGISTRATURA DO TJSC. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. INSURGÊNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. REGISTRO IMOBILIÁRIO. ENTENDIMENTO FIRMADO PELO GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PÚBLICO EM INCIDENTE DE ASSUNÇÃO DE COMPETÊNCIA (TEMA N. 1). REVISÃO DA TESE JURÍDICA. ESPECIFICAÇÃO DA PROVA HÁBIL À VERIFICAÇÃO DA SITUAÇÃO DO IMÓVEL CUJA REGULARIZAÇÃO SE PRETENDE.

Em sessão realizada em 14-9-2016, o Grupo de Câmaras de Direito Público reviu a posição anteriormente firmada em IAC para estabelecer nova tese jurídica: “A apresentação de provas fornecidas pelo Poder Público, desde que elaboradas por profissional técnico com anotação de responsabilidade, e capazes de demonstrar a real situação do imóvel objeto da regularização registrária, revela-se suficiente para evidenciar que a pretensão exordial de registro do bem em matrícula imobiliária própria, no contexto do Projeto ‘Lar Legal’, criado pelo Provimento n. 37/99, da Corregedoria-Geral da Justiça de Santa Catarina, atendeu aos requisitos normativos e legais de estilo.” (TJSC, Apelação Cível n. 0002958-59.2014.8.24.0022, de Curitiba, rel. Des. João Henrique Blasi, Grupo de Câmaras de Direito Público, j. 14-9-2016).

CASO CONCRETO. DECLARAÇÃO AMBIENTAL FIRMADA POR ENGENHEIRO AGRÔNOMO/FLORESTAL, DEVIDAMENTE ACOMPANHADA DE MAPA E ART.

A declaração ambiental de profissional técnico, com anotação de responsabilidade, que demonstre que o imóvel não se localiza em área de preservação permanente nem em área de risco e que conta, ademais, com equipamentos de infraestrutura urbana, é prova bastante dos requisitos do art. 1º, caput e § 1º da Resolução CM n. 8/2014, conforme redação dada pela Resolução CM n. 2/2015, em atenção à tese jurídica firmada em IAC, viabilizando a regularização imobiliária pelo Programa “Lar Legal”.

RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (Apelação Cível n. 0004893-37.2014.8.24.0022, de Curitiba, rel. Des. Odson Cardoso Filho, Quarta Câmara de Direito Público, j. em 22/11/2018)

Ainda: Apelação Cível n. 0002377-53.2014.8.24.0019, de Concórdia, rel. Des. Luiz Fernando Boller, Primeira Câmara de Direito Público, j. em 11/12/2018; Apelação Cível n. 0006557-15.2014.8.24.0019, de Concórdia, rel. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz, Segunda Câmara de Direito Público, j. em 9/10/2018; Apelação Cível n. 0002402-66.2014.8.24.0019, de Concórdia, rel. Des. Denise de Souza Luiz Francoski, Quinta Câmara de Direito Público, j. em 6/9/2018; Apelação Cível n. 0002215-15.2015.8.24.0022, de Curitiba, rel. Des. Júlio César Knoll, Terceira Câmara de Direito Público, j. em 10/10/2017.

Logo, tendo em vista a natureza das matérias discutidas e o interesse direto de pessoa jurídica de direito público, a competência para apreciação do feito, no âmbito desta Corte de Justiça, pertence às Câmaras de Direito Público.

III Ante o exposto, indica-se a competência da Primeira Câmara de Direito Público para processar e julgar o feito.

Florianópolis, 9 de julho de 2019.

[assinado digitalmente]

Desembargador Moacyr de Moraes Lima Filho

1º Vice-Presidente

Petição n. 0002127-04.2019.8.24.0000, da Capital

Requerente: Relator do Cumprimento de Sentença Contra a Fazenda Pública n. 4010990-75.2019.8.24.0000

Interessados: SINJUSC Sindicato dos Servidores do Poder Judiciário do Estado de Santa Catarina e outros

Advogados: Pedro Mauricio Pita da Silva Machado (OAB: 12391/SC) e outros

Interessado: Presidente do Tribunal de Justiça de Santa Catarina

Interessado: Estado de Santa Catarina

Procuradores: Celia Iraci da Cunha (OAB: 22774/SC) e outros

Relator: Desembargador Moacyr de Moraes Lima Filho

DECISÃO MONOCRÁTICA TERMINATIVA

I Trata-se de incidente relativo à distribuição do Cumprimento de Sentença contra a Fazenda Pública n. 4010990-75.2019.8.24.0000, proposto por Franciele Theisen Klein, Luiz Carlos Cela Damásio Zolet, Nemo de Souza, Onir Alexandre Pereira de Sousa, Polliana Correa Moraes, Sandra Regina dos Santos Silva, Sidneia Reis Pereira Burnik e Vera Lúcia Clemente em face do Estado de Santa Catarina, a qual foi proferida no Mandado de Segurança Coletivo n. 9139156-16.2014.8.24.0000 (2014.040208-7), impetrado pelo Sindicato dos Servidores do Poder Judiciário do Estado de Santa Catarina – Sinjusc.

Recebidos os autos por vinculação, o Exmo. Sr. Des. José Carlos Carstens Köhler determinou a redistribuição por sorteio entre os integrantes do Órgão Especial, ao argumento de que deve incidir a exceção prevista na parte final do § 3º do art. 117 do Regimento Interno (fls. 224/225 dos autos originários). Promovida a redistribuição, o Exmo. Sr. Des. Roberto Lucas Pacheco solicitou manifestação deste 1º Vice-Presidente, à consideração de que tem lugar a regra geral de prevenção e a hipótese excepcional apontada não deve se dirigir aos processos de competência originária (fls. 251/252 dos autos originários).

Vieram os autos a esta 1ª Vice-Presidência, nos termos do art. 15, VI, do Regimento Interno do Tribunal de Justiça de Santa Catarina.

II De pronto, ressalta-se que o novo Regimento Interno, dentre as competências e atribuições do 1º Vice-Presidente, dispõe que lhe cabe “decidir os incidentes relativos à distribuição dos processos, mediante provocação do relator, e as dúvidas suscitadas pelo órgão administrativo competente relacionadas à distribuição de feitos” (art. 15, VI).

Dessa feita, volta-se o presente incidente ao esclarecimento acerca da prevenção para o julgamento do Cumprimento de Sentença contra a Fazenda Pública proferida no Mandado de Segurança Coletivo n. 9139156-16.2014.8.24.0000, que foi impetrado pelo Sindicato dos Servidores do Poder Judiciário do Estado de Santa Catarina – Sinjusc.

A ação mandamental foi distribuída ao Exmo. Sr. Desembargador Gaspar Rubik, então ocupante da vaga 8 do Órgão Especial, no dia 17/6/2014, a segurança foi concedida em 1º/7/2015, e o trânsito em julgado ocorreu em 18/8/2018.

Já o Cumprimento de Sentença foi distribuído por vinculação, no dia 17/4/2019, ao Exmo. Sr. Des. Torres Marques, que passou a ocupar a vaga 8 naquele Órgão Julgador. Em virtude do afastamento prolongado de sua Excelência, o feio foi encaminhado, na sequência, aos substitutos Exmos. Srs. Desembargadores Rejane Andersen e José Carlos Carstens Köhler (arts. 56, § 1º, e 117, caput, ambos do Regimento Interno) (fls. 238/243).

Como se viu, o Exmo. Sr. Des. Roberto Lucas Pacheco sustenta que deve ser aplicada a regra geral de prevenção, prevista no caput do art. 117, segundo a qual, em aplicação à controvérsia em análise, a distribuição da ação de competência originária (mandado de segurança coletivo) tornaria prevento o relator (Exmo. Srs. Des. Torres Marques) para os sucessivos cumprimentos da sentença proferida. Além disso, argumenta que a exceção contemplada pelo § 3º do mesmo dispositivo se restringe aos processos que tiveram sua origem no Primeiro Grau de Jurisdição.

Extrai-se do Regimento Interno:

Art. 117. A distribuição da ação, do recurso, do incidente, do reexame necessário e do pedido de tutela de urgência prevenirá a competência do relator para todos os feitos posteriores referentes ao mesmo processo ou a processo conexo, inclusive na fase de cumprimento de decisão, ressalvados os agravos em execução penal, que serão distribuídos livremente em relação ao relator da fase de conhecimento; a distribuição do inquérito e a distribuição realizada para efeito de concessão de fiança, decretação de prisão preventiva ou determinação de qualquer diligência anterior à denúncia ou queixa prevenirão a distribuição da ação penal.

[...]

§ 3º Ocorrendo a reunião de feitos no primeiro grau posteriormente à distribuição de recursos a diferentes relatores, a prevenção em caso de nova distribuição será do relator que recebeu o primeiro recurso, exceto quanto às execuções de sentença promovidas por beneficiados em ações coletivas deflagradas por substituto processual.

O exame dos preceitos regimentais aplicáveis permite assinalar que deve incidir a mencionada exceção, que determina a distribuição por sorteio.

A despeito da posição topográfica, a hipótese que afasta a prevenção se ajusta diretamente às peculiaridades do caso dos autos, que cuida de cumprimento de sentença promovido pelos beneficiários (filiados) de ação coletiva deflagrada pelo substituto processual (Sinjusc), motivo pelo qual reclama a incidência do princípio da especialidade.

Ademais, a adoção da distribuição por prevenção nos cumprimentos de sentença promovidos por beneficiados em ações coletivas deflagradas por substituto processual pode conduzir ao desequilíbrio nos acervos tanto no Órgão Especial como nos demais órgãos fracionários.

A concentração de grande quantidade de processos, ainda que similares, pode sobrecarregar determinado componente, prejudicando, inclusive, a apreciação das ações diretas de inconstitucionalidade, principal atribuição jurisdicional daquele colegiado (art. 58, I, “f”, do Regimento Interno).

De outro tanto, como o Regimento Interno prevê que, “para cada processo distribuído no Órgão Especial, 2 (dois) outros serão compensados, abatendo-se da distribuição das classes “agravo de instrumento” ou “apelação” o número de processos correspondentes, no âmbito da câmara que o desembargador integra” (§ 2º do art. 114), a compensação no órgão fracionário de origem de uma grande leva de processos, maximizada pelo peso diferenciado, pode sobrecarregar os demais integrantes e, mais uma vez, prejudicar a prestação jurisdicional.

Na espécie, por exemplo, é plenamente possível que sejam propostas várias outras ações de cumprimento semelhantes, haja vista a quantidade de servidores potencialmente beneficiados com a referida decisão advinda do mandado de segurança coletivo.

Logo, a distribuição dos processos com essas características por sorteio, por aplicação da regra da parte final do § 3º do art. 117 do Regimento Interno, contribui para a manutenção do equilíbrio dos acervos.

Vale dizer, ainda, que a Diretoria de Cadastro e Distribuição Processual deste Tribunal de Justiça, por intermédio da Divisão competente, depois de identificar a controvérsia acerca da incidência dos dispositivos assinalados e de ponderar os seus efeitos, passou a adotar a distribuição por sorteio a hipóteses semelhantes (4013702-38.2019.8.24.0000 e 4017924-49.2019.8.24.0000).

III Ante o exposto, indica-se que deve ser observada a distribuição por sorteio ao Exmo. Sr. Des. Roberto Lucas Pacheco.

Florianópolis, 30 de julho de 2019.

[assinado digitalmente]

Desembargador Moacyr de Moraes Lima Filho

1º Vice-Presidente

Suspensão de Liminar Ou Antecipação de Tutela n. 4007185-17.2019.8.24.0000, do Tribunal

Autor: Estado de Santa Catarina

Procurador: Ricardo de Araujo Gama (OAB: 10091/SC)

Réu: Portobello S/A

Advogado: Marcelo Luiz Dreher (OAB: 7370/SC)

Réus: Vargas Indústria e Comércio de Produtos Têxteis Ltda. e outro Advogado: Samuel Gaertner Eberhardt (OAB: 17421/SC)

Réus: Condomínio comercial do Shopping Center Neumarkt Blumenau e outro

Advogado: Ricardo Anderle (OAB: 15055/SC)

Réu: Benex Beneficiamento Têxtil Ltda ME

Advogado: Dante Aguiar Arend (OAB: 14826/SC)

Réus: Costa Sul Pescados Ltda e outros

Advogada: Raquel Segalla Reis (OAB: 30152/SC)

Réus: J. B. World Entretenimentos S/A e outros

Advogada: Priscila Dalcomuni (OAB: 16054/SC)

Réu: SDB Comércio de Alimentos Ltda

Advogado: Francisco de Moraes Pereira Leite (OAB: 13821/MT)

Réu: Diklatex Industrial Têxtil Ltda

Advogado: Marco Alexandre Soares Silva (OAB: 17420/SC)

Ré: Britagem Gaspar Ltda

Advogado: Lucas Zenatti (OAB: 33196/SC)

Relator: Desembargador Moacyr de Moraes Lima Filho

DECISÃO MONOCRÁTICA TERMINATIVA

I O Estado de Santa Catarina requer, com fulcro nos arts. 4º da Lei n. 8.437/92, 1º da Lei n. 9.494/97 e 15 da Lei n. 12.016/09, a suspensão dos efeitos das tutelas provisórias e da sentença prolatadas nos autos das Ações e Mandados de Segurança ns. 0301204-19.2015.8.24.0072,

0301708-97.2015.8.24.0048, 0305348-25.2015.8.24.0011, 0306579-87.2015.8.24.0011, 0323527-23.2015.8.24.0038, 0308754-63.2015.8.24.0008, 0308757-18.2015.8.24.0008, 0302479-64.2016.8.24.0008, 0303874-64.2017.8.24.0038, 0307863-30.2016.8.24.0033, 0300694-11.2015.8.24.0135, 0300742-67.2015.8.24.0135, 0302921-86.2015.8.24.0033, 0319479-77.2016.8.24.0008, 0302509-74.2017.8.24.0005, 0014541-04.2015.8.24.0023 e 0301474-53.2016.8.24.0025, que foram propostas e impetrados por Portobelo, J. B. World Entretenimentos, Têxtil Renauxview, Rio Vivo Ambiental, Associação Beneficente Evangélica de Joinville, Condomínio Blumenau Norte Shopping, Condomínio Comercial do Shopping Center Neumarkt Blumenau, Segalas Alimentos e Brasão Administradora, Diklatex Industrial Têxtil, Vargas Indústria e Comércio de Produtos Têxteis, Costa Sul Pescados, Fort Mares Indústria e Comércio de Pescados, Multilog e Multilog Armazéns Gerais e Logística, Benex Beneficiamento Têxtil, SDB Comércio de Alimentos e Britagem Gaspar, as quais determinaram que aquele se abstenha de incluir na base de cálculo do ICMS as Tarifas de Uso do Sistema de Distribuição e/ou Transmissão de Energia (Tusd e Tust).

Sustenta o requerente que pretende evitar lesão grave à economia e ordem públicas, dada a proliferação de demandas semelhantes, que evidenciam o notório efeito multiplicador, a elevada perda de arrecadação e o conseqüente comprometimento dos recursos orçamentários. Acrescenta que as decisões mencionadas implicam na perda, concreta e potencial, de R\$ 2.708.763,13 (dois milhões setecentos e oito mil setecentos e sessenta e três reais e treze centavos) mensais e que a exoneração do imposto sobre parcela das faturas de energia elétrica interessa a quase 3.000.000 (três milhões) de usuários em Santa Catarina, podendo redundar em prejuízo de cerca de R\$ 1.200.000.000,00 (um bilhão e duzentos mil reais), capaz de vulnerar todo o sistema econômico que sustenta a máquina estatal. Argumenta, também, que a matéria de fundo, além de alvo de controvérsia nos Tribunais Superiores e nesta Corte, deve ser resolvida em favor da incidência da exação, uma vez que a base de cálculo do ICMS deve ser o preço final, contemplando todas as etapas da operação, consoante entendimento atual do Superior Tribunal de Justiça, e que considera a distinção entre consumidores cativos e livres de energia. Assim, pretende a suspensão das decisões lançadas nos processos mencionados (fls. 1/10).

Presentes os pressupostos legais, foi conferido ao pedido efeito suspensivo liminar (fls. 551/558).

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer do Dr. Paulo Ricardo da Silva, manifestou-se pela procedência do pedido, com a perda de objeto dos agravos internos interpostos contra a decisão liminar (fls. 577/583).

É o relato do essencial.

II Segundo o art. 4º da Lei n. 8.437/97, “compete ao presidente do tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso, suspender, em despacho fundamentado, a execução da liminar nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes, a requerimento do Ministério Público ou da pessoa jurídica de direito público interessada, em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas”.

O art. 15, caput, da Lei n. 12.016/09 confere tratamento semelhante ao pedido suspensivo de execução da liminar e sentença proferidas em mandado de segurança.

Consoante Elton Venturi, “para a efetivação das garantias derivadas do devido processo legal, sem prejuízo da eficácia da tutela cautelar acaso não fosse de imediato determinada a sustação da execução do provimento judicial contrário aos interesses públicos especificados, permite-se a concessão do chamado efeito suspensivo liminar que nada mais é senão a antecipada concessão da medida liminar inaudita altera parte” (Suspensão de liminares e sentenças contrárias ao Poder Público. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 194).

Extrai-se dos autos originários que as sociedades empresárias listadas na inicial, Portobelo (fls. 14/42), J. B. World Entretenimentos (fls. 55/78), Têxtil Renauxview (fls. 94/117), Rio Vivo Ambiental (fls. 127/147), Associação Beneficente Evangélica de Joinville (fls. 155/180), Condomínio Blumenau Norte Shopping (fls. 187/208), Condomínio Comercial do Shopping Center Neumarkt Blumenau (fls. 215/238), Segalas Alimentos e Brasão Administradora (fls. 245/258), Diklatex Industrial Têxtil (fls. 278/291), Vargas Indústria e Comércio de Produtos Têxteis (fls. 298/311), Costa Sul Pescados (fls. 327/345), Fort Mares Indústria e Comércio de Pescados (fls. 364/382), Multilog e Multilog Armazéns Gerais e Logística (fls. 401/419), Benex Beneficiamento Têxtil (fls. 454/467), SDB Comércio de Alimentos (fls. 475/492 e 496/516) e Britagem Gaspar (fls. 524/541), consumidores de energia elétrica fornecida pela Celesc, propuseram ações em face do Estado de Santa Catarina, diante da irresignação acerca da cobrança do ICMS sobre a tarifa de uso do sistema de distribuição e/ou transmissão de energia (Tusd e Tust).

Os Magistrados de Primeiro Grau deferiram os pedidos de tutela provisória, determinando ao ente público que se abstenha de incluir na base de cálculo do ICMS a tarifa de uso do sistema de distribuição e/ou transmissão de energia (Tusd e tusd) (fls. 49/53, 83/93, 125, 154, 184/186, 211/213, 243/244, 274/276, 293/297, 316/326, 349/351, 386/388, 437/450, 472/474, 494/495, 518/521 e 543/544).

Cumprir dizer, de pronto, que “no pedido de suspensão não se aprecia o mérito do processo principal, mas tão-somente a ocorrência dos aspectos relacionados à potencialidade lesiva do ato decisório em face dos interesses públicos relevantes consagrados em lei, quais sejam, a ordem, a saúde, a segurança e a economia públicas” (STF, SL n. 102 AgR/SP, rela. Mina. Ellen Gracie, j. em 17/3/2008).

Carla Fernanda Leão Barcellos Tomini complementa que, “[...] nessa via, afastam-se questões alusivas ao mérito da ação, pois que devem ser postas nas vias ordinárias adequadas. Bem por isso, o incidente não tem natureza recursal, pois que manejado no propósito de suspender a eficácia de provimento judicial lesivo ao interesse público” (Suspensão de segurança na visão dos tribunais superiores. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 23).

Com efeito, a discussão aprofundada acerca do mérito das demandas deve ser promovida, por excelência, nas ações originárias e nos recursos que lhe foram confiados pelas normas processuais.

Em juízo mínimo de prelibação, pondera-se que a temática – possibilidade de inclusão das Tarifas de Uso dos Sistemas de Transmissão (Tust) e de Uso de Distribuição (Tusd), que remuneram as atividades de disponibilização do uso das redes de transmissão e distribuição de energia elétrica, na base de cálculo do ICMS – é alvo de fundada controvérsia tanto nesta Corte como nos Tribunais Superiores.

No dia 28/11/2017, a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça afetou os EREsp n. 1.163.020, REsp n. 1.699.851 e REsp n. 1.692.023 como representativos de controvérsia, para julgamento pela sistemática dos recursos repetitivos (Tema 986), cuja questão de direito a ser definida versa sobre a “Inclusão da Tarifa de Uso do Sistema de Transmissão de Energia Elétrica (TUST) e da Tarifa de Uso do Sistema de Distribuição de Energia Elétrica (TUSD) na base de cálculo do ICMS”.

Neste Tribunal de Justiça, encontra-se sobrestado o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas n. 0323339-12.2014.8.24.0023/50000, que foi admitido para tratar da mesma questão.

Igualmente no âmbito deste Tribunal de Justiça prevalecia que as atividades de disponibilização do uso das redes de transmissão e distribuição de energia elétrica, remuneradas pelas tarifas mencionadas, não se subsumiam à hipótese de incidência do ICMS (Mandado de Segurança n. 9145457-42.2015.8.24.0000, da Capital, rel. Des. Nelson Schaefer Martins, j. em 11/5/2016).

Até o ano de 2016, esse entendimento era compartilhado pelo Superior Tribunal de Justiça (AgRg no AREsp 845.353/SC, rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, j. em 5/4/2016; AgRg na SLS 2.103/PI, rel. Min. Francisco Falcão, j. em 4/5/2016).

Ocorre que a problemática, que até então vinha recebendo tratamento praticamente uniforme, ganhou novos contornos na jurisprudência dessa Corte a partir de julgados das Primeira e Terceira Câmaras de Direito Público, que passaram a adotar, doravante, a compreensão de que a base de cálculo do ICMS sobre o consumo de energia elétrica corresponde ao preço final da operação, e esse valor deve compreender todas as demais despesas imputadas ao adquirente, tal como prevê o art. 13, § 1º, II, “a” e “b”, da Lei Complementar n. 87/96, incluídas a Tust e Tusd nas operações de energia elétrica envolvendo o mercado cativo de consumidores.

Essa orientação tem sido prestigiada por outros Tribunais de Justiça do País, com destaque para os dos Estados do Rio Grande do Sul, Paraná e São Paulo.

Demais disso, a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça posicionou-se no mesmo sentido, firmando o entendimento pela possibilidade de incidência do ICMS, por meio do julgamento do REsp n. 1.163.020/RS, realizado no dia 21 de março de 2017 (DJUe de 27/3/2017), com votos vencedores dos Ministros Gurgel Faria (Relator), Benedito Gonçalves e Sérgio Kukina, e vencidos dos Ministros Napoleão Nunes Maia Filho e Regina Helena Costa.

Em julgados recentes, ao apreciar agravos de instrumento, este Tribunal de Justiça tem cassado liminares semelhantes às trazidas pelo requerente:

TRIBUTÁRIO. BASE DE CÁLCULO DO ICMS SOBRE ENERGIA ELÉTRICA.

PLEITO DE EXCLUSÃO DA TUST, TUSD E DEMAIS ENCARGOS SETORIAIS. MATÉRIA AFETADA EM RECURSO REPETITIVO PELO STJ (TEMA N. 986) E EM IRDR POR ESTA CORTE (TEMA N. 5). DETERMINAÇÃO DE SUSPENSÃO NACIONAL DOS PROCESSOS EM ANDAMENTO QUE NÃO IMPEDE A APRECIÇÃO DE QUESTÕES RELATIVAS ÀS MEDIDAS URGENTES. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 296, § ÚNICO E 314 DO CPC/2015 E ORIENTAÇÃO DO STJ NA QO NA PROAFR NO RESP N. 1.657.156/RJ.

INSTABILIDADE JURISPRUDENCIAL QUE AFASTA A PROBABILIDADE DO DIREITO DA PARTE AUTORA E JUSTIFICA, POR ORA, A MANUTENÇÃO DA TRIBUTAÇÃO. PRECEDENTES.

“Ainda que haja corrente favorável à tese de afastamento dos encargos setoriais da base de cálculo do ICMS sobre a energia elétrica, há reconhecida instabilidade jurisprudencial sobre o tema, tanto que no STJ e também no âmbito desta Corte há determinação para sobrestamento de processos relacionados ao tema – o que não impede, de todo modo, a análise de reclamos emergenciais.

“Deve-se, por isso, obstar que até mesmo liminarmente se prive a Administração do tributo (que, em termos coletivos, tem um grande impacto), admitindo que um incontável número de pleitos idênticos coloque em risco a situação fiscal do Estado - que tem no referido imposto parcela considerável de sua arrecadação. A medida, assim, permite que à frente, pacificado o assunto, se analise o direito em cognição exauriente, evitando-se que o interesse público seja vilipendiado de antemão. Em contrapartida, os riscos para o particular são diminutos e plenamente recuperáveis. Recurso conhecido em parte e desprovido”. (AI n. 4024185-98.2017.8.24.0000, da Capital, rel. Des. Hélio do Valle Pereira, Quinta Câmara de Direito Público, j. 9-8-2018)

RECURSO PROVIDO. (Agravo de Instrumento n. 0031486-04.2016.8.24.0000, de Blumenau, rel. Des. Paulo Henrique Moritz Martins da Silva, Primeira Câmara de Direito Público, j. em 12/3/2019)

No mesmo sentido: Agravo de Instrumento n. 4004101-13.2016.8.24.0000, de Blumenau, rel. Des. Artur Jenichen Filho, Quinta Câmara de Direito Público, j. em 28/2/2019 e Agravo de Instrumento n. 4024590-37.2017.8.24.0000, da Capital, rel. Des. João Henrique Blasi, Segunda Câmara de Direito Público, j. em 26/3/2019.

No que concerne aos pressupostos específicos da medida, verifica-se que está presente o risco de grave lesão à economia pública, tendo em vista a vultosa diminuição de arrecadação que decorreria das decisões cujos efeitos são objeto do presente incidente e o rombo ainda maior que causaria a multiplicação de ações com o idêntico assunto.

O requerente aponta que “[...] as decisões em vergaste implicam perda de arrecadação – concreta e potencial – da ordem de R\$ 2.708.763,12 (dois milhões setecentos e oito e setecentos e sessenta e três reais e doze centavos) por mês [...]”, bem como ressalta que a questão interessa a quase 3.000.000 (três milhões) de usuários em Santa Catarina e detém a capacidade de ocasionar ao ano um prejuízo estimado em R\$ 1.200.000.000,00 (um bilhão e duzentos mil reais) (fls. 11/13).

Por si só é alarmante o decréscimo de arrecadação no valor de R\$ 2.708.763,12 (dois milhões e setecentos e oito mil e setecentos e sessenta e três reais e doze centavos), que corresponde às ações judiciais elencadas na exordial, sobretudo neste prolongado período de crise.

Desse modo, a estimativa de deficit de R\$ 1.200.000.000,00 (um bilhão e duzentos mil reais), pela exclusão em todas as unidades consumidoras de energia elétrica de Santa Catarina das aludidas tarifas (Tust e TUSD) da base de cálculo do ICMS, evidencia o risco de grave lesão à economia pública, embora ausente demonstrativo do impacto orçamentário, haja vista a grande dimensão da cifra e sua equivalência a “42,58% do total da arrecadação do setor de energia elétrica” (fl. 13).

Aliás, assinalou o Dr. Paulo Ricardo da Silva:

[...] tem-se que a simples constatação do efeito multiplicador dessa questão jurídica a qual interessa à grande parte das unidades consumidoras do Estado, por certo, é suficiente para a procedência do pedido, porquanto é possível constatar que, além das demandas já ajuizadas e cujas execuções estão produzindo efeitos, o risco de grave lesão à economia pública está inerente ao pleito, diante da iminente e potencial multiplicidade de ações que o tema ocasiona, o que atualmente se demonstra no Poder Judiciário catarinense e do possível porvir, diante da quantidade de usuários de energia elétrica no Estado de Santa Catarina (11). (fl. 581)

Por fim, vale assentar que, conforme proposto na inicial, a suspensão se limita à determinação para que o Estado de Santa Catarina se abstenha de incluir na base de cálculo do ICMS a TUSD e TUST, não prejudicando o cumprimento de outras providências eventualmente impostas nas decisões combatidas.

III Ante o exposto, defere-se o pedido suspensivo, a fim de suspender as determinações ao Estado de Santa Catarina nas Ações ns. 0301204-19.2015.8.24.0072, 0301708-97.2015.8.24.0048, 0305348-25.2015.8.24.0011, 0306579-87.2015.8.24.0011, 0323527-23.2015.8.24.0038, 0308754-63.2015.8.24.0008, 0308757-18.2015.8.24.0008, 0302479-64.2016.8.24.0008, 0303874-64.2017.8.24.0038, 0307863-30.2016.8.24.0033, 0300694-11.2015.8.24.0135, 0300742-67.2015.8.24.0135, 0302921-86.2015.8.24.0033, 0319479-77.2016.8.24.0008, 0302509-74.2017.8.24.0005, 0014541-04.2015.8.24.0023 e 0301474-53.2016.8.24.0025, confirmando a liminar.

Intimem-se. Oportunamente, archive-se.

Florianópolis, 23 de abril de 2019.

[assinado digitalmente]

Desembargador Moacyr de Moraes Lima Filho

1º Vice-Presidente

SEGUNDA VICE-PRESIDÊNCIA

Recurso Especial n. 0001059-87.2017.8.24.0000/50000, da Capital

Recorrente: Ministério Público do Estado de Santa Catarina

Procs. de Just.: Rogê Macedo Neves (Procurador de Justiça) e outro

Recorrido: Jean Jackson Kuhlmann

Advogados: Luiz Magno Pinto Bastos Junior (OAB: 17935/SC) e outros

DECISÃO MONOCRÁTICA

Ministério Público do Estado de Santa Catarina, com fulcro no art. 105, III, “a”, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, interpôs recurso especial contra o acórdão prolatado pelo Grupo de Câmaras de Direito Público que, por maioria, desproveu os embargos infringentes por si opostos, mantendo o acórdão embargado (fls. 429-435).

Em suas razões recursais, alegou violação ao art. 10, caput, e 11, inciso I, da Lei Federal nº 8.429/92, porquanto a conduta do ora recorrido se subsume aos tipos previstos nos mencionados artigos da Lei de improbidade administrativa. Além disso, defendeu que houve promoção pessoal na divulgação de “informativo parlamentar”, com vinculação do nome, partido e canais de comunicação em redes sociais, tratando-se de gasto sem caráter informativo ou pedagógico, visando pessoalizar as ações do parlamentar (fls. 467-487).

Com as contrarrazões (fls. 520-528), vieram os autos conclusos à 2ª Vice-Presidência.

É o relatório.

Inicialmente, importa mencionar que a interposição é tempestiva e o recorrente é isento de preparo, nos termos do art. 1.007, § 1º, do Código de Processo Civil.

Além disso, o acórdão recorrido foi prolatado em última instância por Órgão Fracionário desta Corte Estadual, amoldando-se as razões recursais às hipóteses previstas no art. 105, III, alínea ‘a’, da Constituição Federal, pois fundadas na suposta violação à norma disposta nos artigos. 10, caput, e 11, inciso I, da Lei nº 8.429/1992, questão de direito federal infraconstitucional apreciada no acórdão recorrido, ao rejeitar o enquadramento da conduta do agente público em ato de improbidade administrativa com base na ausência de dolo, de lesão ao erário e de ofensa ao princípio da impessoalidade, de forma que está caracterizado o prequestionamento.

Importa ressaltar ainda que o recurso especial não questionou as premissas fáticas delineadas na decisão, mas apenas a solução jurídica a ser adotada, argumentando ser possível extrair dos fatos considerados no próprio acórdão os requisitos para o reconhecimento do caráter ímprobo do ato.

Com efeito, o cerne da discussão consiste em verificar se a utilização dos serviços da gráfica da Assembleia Legislativa, por Deputado Estadual, para a impressão de 20.000 exemplares de informativo tratando acerca do exercício da atividade parlamentar, caracterizaria promoção pessoal a representar desvio de finalidade, por ofensa ao princípio da impessoalidade e moralidade, constituindo ato de improbidade administrativa e ensejando reparação ao erário pelo valor investido no material publicitário.

Tal exame prescinde de análise de provas, de modo que a pretensão não encontra óbice na Súmula 7 do STJ. Tanto que, em casos semelhantes, o Superior Tribunal de Justiça tem se manifestado acerca da configuração do ato ímprobo:

“ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROPAGANDA INSTITUCIONAL. PROMOÇÃO PESSOAL DO ADMINISTRADOR. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA IMPESSOALIDADE. ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA CONFIGURADO.

1. Nos moldes do que dispõe o art. 37, § 1º, da Constituição Federal, a publicidade dos atos governamentais deve sempre guardar um caráter exclusivamente educativo, informativo ou de orientação social, sendo absolutamente vedada a publicação de informativos que visem ao proveito individual do administrador.

2. Diante das premissas fáticas estabelecidas pelo Tribunal de origem, não há como se afastar a prática de improbidade administrativa prevista no art. 11 da Lei nº 8.429/1992, porquanto demonstrado o dolo, no mínimo genérico, de fazer uso de propaganda institucional para o fim de obter proveito pessoal.

4. Agravo interno a que se nega provimento.

(AgInt no AREsp 820.235/MA, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 26/06/2018, DJe 02/08/2018).

Também:

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

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

2. Hipótese em que a conduta do agente se amolda ao disposto no art. 11 da Lei 8.429/1992, pois atenta contra os princípios da administração pública, em especial o impessoalidade e da moralidade, além de ofender frontalmente a norma contida no art. 37, § 1º, da Constituição da República, que veda a publicidade governamental para fins de promoção pessoal. Dolo genérico configurado.

Agravo regimental improvido.” (STJ, AgRg no REsp 1368125/PR, rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, j. 21-5-2013).

A par disso, verifica-se que a tese defendida pelo Ministério Público detém plausibilidade

jurídica a respaldar a ascensão do reclamo à Corte de destino, sobretudo porque a solução adotada pelo Grupo de Câmaras de Direito Público deste Tribunal, em princípio, distancia-se do entendimento firmado no Superior Tribunal de Justiça no sentido de que, nos moldes do que dispõe o art. 37, § 1º, da Constituição Federal, a publicidade dos atos governamentais deve sempre guardar um caráter exclusivamente educativo, informativo ou de orientação social, sendo absolutamente vedada a publicação de informativos que visem ao proveito individual do administrador (vide: AgInt no AREsp 731.011/MG, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 15/03/2018, DJe 08/05/2018).

Na hipótese dos autos, por meio da valoração da prova produzida, não há, em tese, como se afastar a prática de improbidade administrativa prevista no art. 11 da Lei nº 8.429/1992, porquanto demonstrado o dolo, no mínimo genérico, de fazer uso de propaganda institucional para o fim de obter proveito pessoal.

A propósito, cumpre salientar que, nos termos da jurisprudência firmada no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, os atos de improbidade administrativa descritos no artigo 11 da Lei nº 8429/92 dependem da presença do dolo genérico (este consubstanciado na atuação deliberada no sentido de praticar ato contrário aos princípios da Administração Pública), mas dispensam a demonstração da ocorrência de dano para a Administração Pública ou enriquecimento ilícito do agente (vide: AgInt no AREsp 1121329/RJ, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 19/06/2018, DJe 26/06/2018).

Nesse contexto, a admissibilidade do presente recurso especial mostra-se pertinente também diante da função do Superior Tribunal de Justiça de uniformizar a jurisprudência pátria, assegurando a isonomia e a segurança jurídica.

Admissível o reclamo com base na aplicação analógica do art. 11 da Lei nº 8.429/1992 às ações civis públicas por ato de improbidade administrativa, revela-se despiciendo o exame das demais violações apontadas, nos termos do art. 1.034, parágrafo único, do CPC/2015, in verbis: “Admitido o recurso extraordinário ou o recurso especial por um fundamento, devolve-se ao tribunal superior o conhecimento dos demais fundamentos para a solução do capítulo impugnado”.

Por fim, à luz do disposto no art. 1.030, incs. I, III, e V, alínea “a”, do CPC/2015, cumpre mencionar que a matéria em discussão no reclamo ainda não foi submetida ao regime de julgamento de recursos repetitivos.

À vista do exposto, admito o recurso especial. Publique-se e intimem-se.

Florianópolis, 29 de abril de 2019.

Desembargador Carlos Adilson Silva
2º Vice-Presidente

Recurso Especial n. 0032234-90.2008.8.24.0008/50001, de Blumenau

Recorrente: Ministério Público do Estado de Santa Catarina

Procs. de Just.: Fábio Strecker Schmitt (Procurador de Justiça) e outros Recorrido: Município de Blumenau

Proc. Município: Dulce Teresinha Wurth (OAB: 9477/SC)

Interessado: Artur Weigmann (Falecido)

Advogada: Ilsa Maria Link (OAB: 5290/SC)

DECISÃO MONOCRÁTICA

O Ministério Público do Estado de Santa Catarina interpôs recurso especial, com fundamento no art. 105, inc. III, alínea 'a', da Constituição Federal, contra acórdão prolatado pela Primeira Câmara de Direito Público que deu parcial provimento ao recurso de apelação interposto pelo Município de Blumenau para afastar “a responsabilidade pela regularização do loteamento, bem como a indenização pelos danos morais e materiais” (fl. 332), além de rejeitar os embargos de declaração subsequente.

Em suas razões (fls. 372-391), arguiu contrariedade ao art. 1.022, II, do Código de Processo Civil, afirmando existir omissão no acórdão, a despeito dos embargos de declaração opostos, quanto ao teor do art. 40, caput, da Lei nº 6.766/1979 e dos artigos 3º, IV, 4º, VII, e 14, § 1º, da Lei nº 6.938/1981, que demonstraria a responsabilidade urbanística e ambiental do Poder Público municipal em virtude do descumprimento da obrigação de fiscalizar e regularizar loteamentos clandestinos e irregulares, bem como a obrigação solidária de reparar os danos ambientais, materiais e morais coletivos, decorrentes dessa conduta omissiva. No mérito, sustentou ter o acórdão negado vigência aos dispositivos em alusão ao afastar a aludida responsabilidade do município. Invocou decisões do Superior Tribunal de Justiça que estariam alinhadas à pretensão recursal.

Com as contrarrazões (fls. 397-406), vieram os autos conclusos à 2ª Vice-Presidência.

É o relatório.

Inicialmente, importa mencionar que a interposição é tempestiva e que o recorrente é dispensado de preparo, nos termos do art. 1.007, § 1º, do Código de Processo Civil.

Além disso, o acórdão recorrido foi prolatado em última instância por Órgão Fracionário desta Corte Estadual, amoldando-se as razões recursais à hipótese prevista no art. 105, III, alínea 'a', da Constituição Federal, pois fundadas na suposta violação às normas dispostas no art. 40, caput, da Lei nº 6.766/1979 e nos artigos 3º, IV, 4º, VII, e 14, § 1º, da Lei nº 6.938/1981.

Essas questões de direito federal infraconstitucional foram apreciadas no acórdão recorrido, ao afastar parte da responsabilidade subsidiária do Município de Blumenau pela regularização do loteamento, principalmente no que se refere à implantação do sistema de esgoto, e ao exonerá-lo da obrigação solidária de arcar com a indenização pelos danos ambientais de ordem moral coletiva e material.

Dessa forma, está caracterizado o prequestionamento, ainda que ficto, a teor do art. 1.025 do CPC, por força da oposição dos embargos de declaração (fls. 339-349).

Ademais, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça orienta-se no sentido de que atribuir aos municípios a obrigação solidária, embora com execução subsidiária, de promover a infraestrutura de loteamentos irregulares, bem como de reparar os danos ambientais decorrentes da falta de fiscalização pelo Poder Público municipal, conforme as decisões citadas nas razões recursais (AgInt no AREsp 1.169.567/RS, AgInt no AREsp 1.034.753/SP, REsp 1.594.361/RS, AgInt no REsp 1.338.246/SP, REsp 1.164.893/SE, AgInt no REsp

1.326.903/DF e REsp 1.391.263/SP). Na mesma linha, mencionem-se os seguintes julgados:

“ADMINISTRATIVO. LOTEAMENTO IRREGULAR. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DO MUNICÍPIO.

1. O acórdão recorrido reconheceu: ‘Portanto, na hipótese de não serem realizadas pelo loteador as obras de infraestrutura urbana básica, cabe ao Município, subsidiariamente, a sua execução, com direito de regresso frente ao responsável direto pelo parcelamento do solo (loteador), para ressarcimento das despesas efetuadas.’ (fl. 398, e-STJ). Considerou tratar-se de ‘responsabilidade subsidiária do ente municipal’ (fl. 398, e-STJ).

2. Com efeito, a decisão do Tribunal a quo está em consonância com o entendimento atual e dominante do STJ de que a responsabilidade civil do Município é de imputação solidária, mas a execução é subsidiária, isto é, o Município responde somente nas hipóteses em que o loteador não possa fazê-lo como, por exemplo, quando o loteador não for encontrado.

3. Recurso Especial não provido.” (STJ, REsp 1.736.397/RS, rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, j. 8-11-2018)

“ADMINISTRATIVO - LOTEAMENTO INACABADO - RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO MUNICÍPIO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - IMPUTAÇÃO POR AÇÃO DE REGRESSO À EMPRESA LOTEADORA.

1. É dever do município fiscalizar os loteamentos, desde a aprovação até a execução de obras.

2. A CF/88 e a lei de parcelamento do solo (Lei 6.766/79) estabelecem a solidariedade na responsabilidade pela inexecução das obras de infra-estrutura (art. 40).

3. Legitimidade do município para responder pela sua omissão e inação da loteadora.

4. Recurso especial provido.” (STJ, REsp 252.512/SP, rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, j. 25-9-2001 – sublinhou-se)

Diante desse contexto jurisprudencial, mostra-se pertinente a admissão do reclamo, a fim de submeter ao Superior Tribunal de Justiça o exame da extensão da responsabilidade solidária do município na regularização de loteamentos, bem como a obrigação municipal, também solidária, de pagar indenização por dano moral coletivo e dano material caracterizados pela degradação do meio ambiente, quando imputada omissão ao ente público no dever de fiscalização.

À luz do disposto no art. 1.030, I, III, e V, alíneas 'a' e 'c', do Código de Processo Civil, cumpre mencionar que a matéria em discussão no reclamo ainda não foi submetida ao regime de julgamento de recursos repetitivos.

Admissível o recurso com base nos fundamentos em alusão, revela-se despiciendo o exame das demais teses recursais, notadamente acerca da omissão quanto aos dispositivos legais invocados nas razões de apelação (art. 1.022, II, do Código de Processo Civil), diante da extensão do efeito devolutivo a todos os fundamentos invocados por força da regra expressa no art. 1.034, parágrafo único, do Código de Processo Civil.

Ante o exposto, com fulcro no art. 1.030, caput, V, do Código de Processo Civil, admito o recurso especial.

Publique-se e intimem-se. Florianópolis, 25 de fevereiro de 2019.

Desembargador Carlos Adilson Silva
2º Vice-Presidente

Recurso Especial n. 0905836-73.2017.8.24.0038/50000, de Joinville Recorrente: Ministério Público do Estado de Santa Catarina

Proc. de Just.: Gladys Afonso (Procuradora de Justiça)

Recorrido: Brasil Sul Linhas Rodoviárias Ltda

Advogado: Ilo Löbel da Luz (OAB: 46153/RS)

DECISÃO MONOCRÁTICA

Ministério Público do Estado de Santa Catarina, com fulcro no art. 105, III, “a”, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – CRFB/88, interpôs recurso especial contra o acórdão proferido pela Primeira Câmara de Direito Público que, à unanimidade, deu provimento ao apelo manejado por Brasil Sul Linhas Rodoviárias Ltda. para reformar a r. sentença e julgar improcedente a pretensão deduzida em ação civil pública por meio da qual o Parquet objetivava que a ré, ora recorrida, fosse compelida a “não limitar os benefícios do art. 40 do Estatuto do Idoso às linhas convencionais, fornecendo passagens gratuitas a idosos ou com o desconto de 50%, em todas as linhas e tipos de serviço de transporte interestadual” (fl. 12) (fls. 390-397).

Em síntese, sustentou que a decisão vergastada violou o art. 40 da Lei Federal n. 10.741/03 e o art. 3º do Decreto n. 5.934/06, pontuando que “o Estatuto do Idoso não faz nenhuma distinção entre linhas executivas e convencionais, não instituindo, portanto, nenhuma outra restrição que não o critério de renda” (fl. 08 do incidente n. 50000). A par disso, alegou que “o art. 40 do Estatuto do Idoso possui efetividade plena e aplicabilidade imediata, não podendo, portanto, ser atingido pelo art. 3º do Decreto n. 5.934/06, ato infralegal” (fl. 08 do incidente n. 50000) (fls. 01-10 do incidente n. 50000).

Sem que fossem apresentadas contrarrazões, embora regularmente intimada a parte recorrida (fls. 12-13 do incidente n. 50000), vieram os autos conclusos à 2ª Vice-Presidência.

É o relatório.

Adianta-se que o recurso merece ascender ao Superior Tribunal de Justiça, porquanto preenchidos os requisitos de admissibilidade.

Inicialmente, importa mencionar que a interposição é tempestiva e o recorrente é isento de preparo, nos termos do art. 1.007, § 1º, do CPC/2015.

Além disso, o acórdão hostilizado foi prolatado em última instância por Órgão Fracionário desta Corte Estadual, amoldando-se as razões recursais à hipótese prevista no art. 105, inc. III, alínea “a”, da CRFB/88, pois fundada na suposta violação à norma disposta no art. 40 da Lei Federal n. 10.741/03, questão de direito federal infraconstitucional apreciada na decisão recorrida, ao

reconhecer a legalidade da restrição a idosos do oferecimento de serviços gratuitos ou com desconto às linhas convencionais (excluídas as categorias de ônibus “leito” e “semi- leito”) de transporte interestadual.

Dessa forma, caracterizado está o prequestionamento.

Importa ressaltar ainda que o recurso especial não questionou as premissas fáticas delineadas no acórdão guerreado, limitando-se a impugnar a solução jurídica adotada, de modo que, em princípio, a pretensão recursal não encontra óbice na Súmula n. 7 do STJ.

E, cumpre mencionar que, aparentemente, a pretensão recursal não esbarra em entendimento já consolidado na Corte Superior a respeito da matéria em discussão, a qual, também, não foi submetida ao regime de julgamento de recursos repetitivos.

Pois bem. O Ministério Público de Santa Catarina ajuizou ação civil pública em face de Brasil Sul Linhas Rodoviárias Ltda., objetivando que a ré, ora recorrida, fosse proibida de “limitar os benefícios do art. 40 do Estatuto do Idoso às linhas convencionais, fornecendo passagens gratuitas a idosos ou com o desconto de 50%, em todas as linhas e tipos de serviço de transporte interestadual” (fl. 12).

Regularmente processado o feito, sobreveio a r. sentença (fls. 297-300) que julgou parcialmente procedente os pedidos, “proibindo a ré de limitar, às linhas convencionais, a fruição dos direitos previstos no artigo 40 da Lei n. 10.741/03, sob pena de incorrer em multa de R\$ 1.000,00 a cada descumprimento” (fl. 300).

Irresignada, Brasil Sul Linhas Rodoviárias Ltda. manejou recurso de apelação, tendo a Primeira Câmara de Direito Público, à unanimidade, dado-lhe provimento para reformar a r. sentença e julgar improcedente o pedido formulado na ação civil pública em apreço (fls. 390-397).

O Colegiado de origem, analisando a Lei Federal n. 10.741/03 em cotejo com o Decreto n. 5.934/06, entendeu que “as restrições contra as quais se insurge o Ministério Público decorrem das próprias normas regulamentadoras dos benefícios ora pleiteados, nas quais se amparam os atos implementados pela ré” (fl. 396), concluindo que a Brasil Sul Linhas Rodoviárias Ltda., “vem operando de acordo com as normas regulamentadoras vigentes sobre a matéria” (fl. 396).

Inconformado com esse desfecho, o Ministério Público do Estado de Santa Catarina interpôs recurso especial, defendendo, especificamente, que o acórdão recorrido violou o art. 40 da lei Federal n. 10.741/03 e o art. 3º do Decreto n. 5.934/06, pontuando que “o Estatuto do Idoso não faz nenhuma distinção entre linhas executivas e convencionais, não instituindo, portanto, nenhuma outra restrição que não o critério de renda” (fl. 08 do incidente n. 50000). A par disso, sustentou que “o art. 40 do Estatuto do Idoso possui efetividade plena e aplicabilidade imediata, não podendo, portanto, ser atingido pelo art. 3º do Decreto n. 5.934/06, ato infralegal” (fl. 08 do incidente n. 50000) (fls. 01-10 do incidente n. 50000).

Transcreve-se, a fim de demonstrar a plausibilidade da pretensão recursal, excerto das razões de insurgência do Ministério Público de Santa Catarina:

“De fato, o presente recurso versa sobre a restrição à obtenção, por idosos, de passagens gratuitas ou com desconto, no sistema de transporte coletivo interestadual, apontando-se, neste sentido, contrariedade ao art. 3º do Decreto n. 5.934/06 e ao art. 40 da Lei n. 10.741/03.

[...]

Como se percebe, o art. 40 da Lei n. 10.741/03, em observância ao dever de amparo ao idoso e à garantia de sua participação plena na comunidade, assegura à população idosa, com renda igual ou inferior a dois salários-mínimos, a reserva de duas vagas gratuitas no transporte coletivo rodoviário entre estados, bem como o desconto de 50% (cinquenta por cento) no valor das passagens, para as vagas que excederem àquelas gratuitamente oferecidas.

Por sua vez, o Decreto n. 5.934/06, em seu art. 3º, indevidamente mitiga a previsão inserta no Estatuto do Idoso, ao estipular que as vagas gratuitas serão oferecidas apenas nos veículos da categoria convencional.

No presente caso, valendo-se da norma administrativa em comento e com o intuito de burlar o benefício assegurado pela Lei n. 10.741/03, a empresa ré utilizou-se de tática ilícita, que vem sendo comumente empregada pelas empresas de transporte rodoviário, consistente na transformação de quase a totalidade de suas linhas em executivas, tolhendo, assim, o direito dos idosos à obtenção de passagens gratuitas, ou com redução de valor, no transporte rodoviário interestadual.

O Decreto, portanto, é eivado de ilegalidade, ao passo em que extrapola, em muito, a função de regulamentar, passando a restringir direitos expressamente assegurados por lei.

[...]

Nesse norte, reiterando o destacado no julgado acima ementado, pontua-se que **o Estatuto do Idoso não faz nenhuma distinção entre linha executivas e convencionais, não instituindo, portanto, nenhuma outra restrição que não o critério de renda.**

No mais, cabe salientar que o art. 40 do Estatuto do Idoso possui efetividade plena e aplicabilidade imediata, não podendo, portanto, ser atingido pelo art. 3º do Decreto n. 5.934/06, ato infralegal, como inclusive já decidiu o STJ:

[...]

Nesse contexto, vale reforçar que a disponibilização, pela empresa recorrida, de apenas uma linha convencional por semana, burla o benefício assegurado pelo Estatuto do Idoso, revelando-se, portanto, disparatado e ilegal que se deixe de fornecer o transporte gratuito, ou com desconto, à população idosa, sob a escusa da ausência de serviço convencional. Por via transversa, ainda prejudica a população em geral, porquanto, as empresas para cumprir o estabelecido no Decreto atacado, deixam de oferecer a linha convencional de forma diária, sendo ela de valor inferior a linha executiva.

[...]

Por tais motivos é que se entende ter o acórdão recorrido contrariado o art. 40 da Lei n. 10.471/03 e o art. 3º do Decreto n. 5.934/06, culminando por ofender o direito da população idosa ao acesso a passagens gratuitas ou com desconto de 50% nas que as excederem, no sistema de transporte coletivo interestadual, independentemente da categoria do veículo que realize o transporte dos passageiros” (fls. 04 e 06-09 do incidente n. 50000 – grifou-se).

E, em consulta à jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, é possível encontrar julgado que, mutatis mutandis, em princípio, respalda a proposição defendida pelo Ministério Público no presente recurso especial, a saber:

“ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IDOSO. TRANSPORTE RODOVIÁRIO INTERESTADUAL. VAGAS GRATUITAS. ISENÇÃO TARIFÁRIA. DECRETO REGULAMENTAR EIVADO DE ILEGALIDADE. INDEVIDA INOVAÇÃO NO PLANO LEGISLATIVO. EXCESSO NA REGULAMENTAÇÃO. RECURSOS ESPECIAIS AOS QUAIS SE NEGA PROVIMENTO.

1. Trata-se, na origem, de Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público Federal objetivando declarar a nulidade do parágrafo único do art. 8o. do Decreto 5.943/2006, bem como do parágrafo único do art. 6o. da Resolução 1.692 da ANTT, de forma a garantir a gratuidade do transporte interestadual conferida ao idoso, nos termos do art. 40, I da Lei 10.471/2003.

2. A controvérsia apresentada pelos recorrentes cinge-se em saber se o direito do idoso a duas vagas gratuitas, no transporte interestadual, compreende, além do valor das passagens, as tarifas de pedágio e de utilização dos terminais rodoviários. Vale dizer, se a gratuidade abrange tais valores, o disposto no Decreto 5.943/2006 e na Resolução 1.692 da ANTT estão eivados de nulidade, por extrapolar o Poder Regulamentar.

3. **A gratuidade do transporte, ao idoso, vale lembrar, não foi estabelecida somente pela Lei 10.741/2003; encontra, antes disso, suporte constitucional. Nota-se, nesse particular, que o constituinte teve especial atenção ao transporte dos idosos, considerando tratar-se não só de um direito, mas de verdadeira garantia, que tem por escopo, além de facilitar o dever de amparo ao idoso, assegurar sua participação na comunidade, bem-estar e dignidade, conforme o disposto nos arts. 229 e 230 da Constituição Federal.**

4. **Ao reservar 2 vagas gratuitas por veículo para idosos com renda igual ou inferior a 2 (dois) salários-mínimos, o Estatuto do Idoso não estabeleceu qualquer condicionante além do critério de renda a ser observado. Desse modo, considerando os fins sociais a que se dirige a norma, o dever de amparo ao idoso, a necessidade de assegurar sua participação na comunidade, seu bem-estar e dignidade, bem como a inviolabilidade da integridade psíquica e moral (art. 10, § 2o. da Lei 10.741/2003), a gratuidade do transporte interestadual prevista no art. 40, I do Estatuto do Idoso, resulta na dispensa de pagamento das tarifas de pedágio e de utilização dos terminais.**

5. **Com efeito, o Decreto 5.943/2006, fulcrado no art. 84, IV da CF/1988, a pretexto de regulamentar o disposto do art. 40 do Estatuto do Idoso, exorbita o poder regulamentar, apontando ressalvas/condicionantes não previstas na legislação, sendo, portanto, nulo o parágrafo único do art. 8o. do mencionado Decreto.**

6. Ressalte-se, por fim, que não tem lugar a almejada interpretação do inciso I do art. 40, com a previsão do respectivo inciso II, que garante o desconto, de forma expressa, no valor da passagem. A reserva de 2 (duas) vagas gratuitas por veículo para idosos com renda igual ou inferior a 2 (dois) salários-mínimos, conforme já consignado, não se limita ao valor das passagens, abrangendo eventuais custos relacionados diretamente com o transporte, onde se incluem as tarifas de pedágio e de utilização dos terminais. Desse modo, deve-se garantir ao idoso com reduzido poder aquisitivo (renda igual ou inferior a 2 salários-mínimos) a dispensa do pagamento de valor que importe em obstáculo ao transporte interestadual, de forma a conferir a completa efetividade à norma.

7. Recursos Especiais aos quais se nega provimento, em conformidade com o parecer do Ministério Público Federal(REsp 1543465/RS, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. em 13.12.2018 – grifou-se).

Por oportuno, convém registrar que o art. 39 da Lei Federal n. 10.741/03, que assegura a gratuidade aos passageiros maiores de 65 (sessenta e cinco) anos nos transportes coletivos públicos urbanos e semi-urbanos, excetua, de forma expressa, os serviços seletivos e especiais, quando prestados paralelamente aos serviços regulares. Contudo, o art. 40 da Lei Federal n. 10.741/03, ao tratar da reserva de vagas gratuitas ou com desconto a idosos, no sistema de transporte coletivo interestadual, não fez restrição à modalidade do serviço (se convencional ou de outras categorias, a exemplo de ônibus leito e semi-leito). Nesse ponto, o art. 3º do Decreto n. 5.934/06 – utilizado como fundamento no acórdão vergastado para reformar a r. sentença e julgar improcedente a ação civil pública – a pretexto de regular o disposto no art. 40 da Lei Federal n. 10.741/03, teria extrapolado, em princípio, o poder regulamentar, ao promover ressalvas/condicionantes não estabelecidas em lei.

Dessarte, diante da plausibilidade da proposição recursal e à míngua de precedentes do Superior Tribunal de Justiça acerca da questão polemizada – legalidade da restrição dos benefícios do art. 40 da Lei Federal n. 10.741/03 (transporte coletivo interestadual) a ônibus (linhas) convencionais – constata-se que a controvérsia sob exame, em tese, possui densidade para ser apreciada pela Corte Superior.

À vista do exposto, **admito** o recurso especial. Publique-se e intimem-se.

Florianópolis, 16 de julho de 2019.

Desembargador Carlos Adilson Silva
2º Vice-Presidente

TERCEIRA VICE-PRESIDÊNCIA

Recurso Especial n. 0002104-39.2013.8.24.0042/50001, de Maravilha

Recorrente: Elenor Jandir Lanz

Advogado: Gabriel Lanz (OAB: 35690/SC)

Recorrido: Distribuidora de Aços e Metais Tubometal Ltda

Advogado: José Carlos de Moraes (OAB: 86552/SP)

Interessado: Lanza Indústria e Comércio de Máquinas Ltda - ME

DECISÃO MONOCRÁTICA

Elenor Jandir Lanz, com base no art. 105, inciso III, alíneas “a” e “c”, da Constituição Federal, interpôs o presente recurso especial alegando violação aos arts. 5º, inciso LV, da Carta da República; e 1.668, inciso I, do Código Civil.

Cumprida a fase do art. 1.030, caput, do Código de Processo Civil.

De início, registro que embora a parte recorrente tenha indicado as alíneas “a” e “c” do inciso III do art. 105 da Carta Magna na peça de interposição do apelo especial (fl. 541), extrai-se de seu arrazoado que a insurgência está fundada tão somente na alínea “a” do dispositivo constitucional.

Feito o referido registro, passo ao exame de admissibilidade do recurso especial.

No tocante à alegada afronta ao art. 5º, inciso LV, da Carta da República, “Não cabe ao Superior Tribunal de Justiça, em sede de recurso especial, examinar suposta ofensa do acórdão recorrido a dispositivos constitucionais, ainda que para o fim de prequestionamento, sob pena de usurpação da competência reservada ao Supremo Tribunal Federal” (STJ - AgInt no AgRg no AREsp 570.417/SP, Rel. Ministro Marco Buzzi, julgado em 27/02/2018, DJe 02/03/2018).

De igual sorte, o reclamo não deve ser admitido pela alínea “a” do permissivo constitucional em relação à alegada ofensa ao art. 1.668, inciso I, do Código Civil, porquanto incide obstáculo das Súmulas 5 e 7 do Superior Tribunal de Justiça, haja vista que avaliar a existência de cláusula de incomunicabilidade de bem doado na constância de casamento sob o regime da comunhão universal requer o reexame de provas, o que é vedado no recurso especial.

Colhem-se trechos do aresto impugnado:

- Deveras, na hipótese, a questão que o apelante busca comprovar por meio de testemunhas, pode ser

esclarecida por simples prova documental, já que a cláusula de incomunicabilidade não pode ser presumida, devendo constar de forma expressa do instrumento de doação, quando há cônjuges casados pelo regime da comunhão universal de bens, que é o caso em comento, nos termos do artigo 1.668, I, do Código Civil.

Logo, se o recorrente não pode comprovar por meio do instrumento de doação que há cláusula de incomunicabilidade, não pode querer gerar essa presunção por meio de depoimentos testemunhais.

[...]

Além disso, a dívida com a empresa exequente foi contraída pelo executado, ora apelante, na constância do casamento, ainda que executada após o término, tocando, igualmente, ao ex-casal. Tal fato pode ser constatado se levado em conta que as duplicatas executadas foram emitidas em março, abril e maio de 2005 (fls. 168-171), ao passo que o acordo da separação judicial consensual foi homologado em agosto de 2005 (fl. 80).

Ressalta-se que, no regime da comunhão universal de bens, apenas não se comunicam as dívidas anteriores ao casamento, conforme texto expresso no artigo 1.668, III, do Código Civil.

Nesse contexto, não há dúvidas de que a fração de chácara urbana doada à ex-esposa do apelante, a ele também pertence e responde pela sua dívida, ora executada.

No que se refere à alegação de que se trata de bem de família, por ser o único do apelante, sendo, assim, impenhorável, da mesma forma, não prospera.

Isso, porque ele possui apenas a nua-propriedade de fração do bem, já que no instrumento de doação consta cláusula de usufruto vitalício aos doadores (fl. 46), os quais, presume-se, moram no local, já que inexistente informação de óbito destes.

Por conseguinte, não tendo o apelante comprovado o uso residencial do imóvel, até porque ele possui direito apenas sobre fração do bem por comunicabilidade enquanto cônjuge de Roseli Eva (fl. 45), inviável o reconhecimento de bem de família. (fls. 518 e 523)

Deliberou o Superior Tribunal de Justiça, *mutatis mutandis*:

- PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO EM RECURSO ESPECIAL. PARTILHA DE BENS DECORRENTE DE DISSOLUÇÃO DE SOCIEDADE CONJUGAL. AÇÕES DE PESSOA JURÍDICA. CLÁUSULA DE INCOMUNICABILIDADE. INVIABILIDADE DO REEXAME DOS PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE DO RECURSO E DA SUFICIÊNCIA DOS DOCUMENTOS ACOSTADOS. MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA 7/STJ. IMPOSSIBILIDADE DE INTERPRETAÇÃO DE CLÁUSULAS DO NEGÓCIO JURÍDICO. SÚMULA 5/STJ. MATÉRIAS VEICULADAS APENAS EM RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ. ALEGAÇÃO DE MATÉRIA DISTINTA DA VERSADA NO RECURSO ESPECIAL. DEFICIÊNCIA DA FUNDAMENTAÇÃO RECURSAL. SÚMULA 284/STF.

1. O reexame de fatos e provas em recurso especial é inadmissível. Súmula 7/STJ.

2. É inadmissível o recurso especial em que se pretenda rever ou dar nova interpretação a cláusulas de negócio jurídico. Súmula 5/STJ. (STJ - AgInt no REsp 1.677.923/RJ, Rel^a. Ministra Nancy Andrighi, julgado em 26/06/2018, DJe 02/08/2018)

Em razão do juízo negativo de admissibilidade do recurso especial, considero prejudicado o pedido de efeito suspensivo.

Por fim, no que se refere ao pleito formulado nas contrarrazões, convém destacar que os honorários advocatícios recursais não dizem respeito ao juízo de admissibilidade recursal, razão pela qual o pedido refoge à competência restrita desta Terceira Vice-Presidência para manifestar-se sobre o mérito, e por isso não pode ser conhecido (Enunciado n. 2 do Colégio de Vice-Presidentes dos Tribunais de Justiça do Brasil, disponível em www.tjpe.jus.br; e STJ - RF 350/230).

Ademais, segundo os §§ 1º e 11 do art. 85 do Código de Processo Civil de 2015, a providência deve ser adotada pelo “tribunal, ao julgar o recurso”, e, no caso presente, não houve julgamento do recurso especial, mas, tão somente, não admissão por conta do juízo negativo de admissibilidade. Logo, não tendo havido julgamento do recurso especial pelo tribunal, não caberia, de qualquer modo, a este 3º Vice-Presidente fixar ou majorar os honorários advocatícios em favor da parte ora recorrida. Somente o Tribunal ad quem é que poderia, em eventual julgamento do recurso, estabelecer parâmetros da verba honorária.

Pelo exposto, **não admito o recurso especial; indefiro o pedido formulado nas contrarrazões (honorários recursais).**

Prejudicado o pedido de efeito suspensivo.

Intimem-se.

Florianópolis, 30 de julho de 2019.

Desembargador Altamiro de Oliveira
3º VICE-PRESIDENTE

Recurso Especial n. 0005964-17.2009.8.24.0035/50000, de Itajaí

Recorrente: Victoria Administração de Bens e Participações Ltda

Advogado: Charles Pamplona Zimmermann (OAB: 8685/SC)

Recorrido: Transeich Assessoria e Transportes Ltda

Advogada: Silvia Albo Py (OAB: 60890/RS)

Interessado: Mapfre Vera Cruz Seguradora S/A

Advogados: Paulo Antônio Muller (OAB: 30741/SC) e outros

Interessado: Eduardo Portalet Eichenberg

DECISÃO MONOCRÁTICA

Victoria Administração de Bens e Participações Ltda, com base no art. 105, inciso III, alíneas “a” e “c”, da Constituição Federal, interpôs o presente recurso especial alegando violação ao art. 23, inciso III, da Lei de Locações; e divergência jurisprudencial no que diz respeito à (des) necessidade de comprovação da efetiva realização dos serviços para cobrança das despesas com reparos no imóvel, que são encargo do locatário para fins de devolução do bem nas mesmas condições em que recebido.

Cumprida a fase do art. 1.030, *caput*, do Código de Processo Civil de 2015.

Não se abre a via especial à insurgência pelas alíneas “a” e “c” do inciso III do art. 105 da Constituição Federal, no que diz respeito ao art. 23, inciso III, da Lei de Locações e ao relatado dissenso pretoriano, por óbice da Súmula nº 7 do Superior Tribunal de Justiça, uma vez que as conclusões do Colegiado julgado foram obtidas pela análise do substrato fático-probatório produzido no caderno processual, consoante demonstra o seguinte excerto do acórdão recorrido:

Ocorre que a sentença se fundou na ausência de comprovação efetiva do gasto descrito nos orçamentos, pois não se tratam de documentos dos quais se possa depreender de pronto a prestação do serviço, o que não foi rebatido em momento algum pela apelante.

Inferre-se dos autos que os dois orçamentos (fl. 35 e 37 da ação de cobrança) se limitam a reproduzir o conteúdo do relatório de fl. 39 (da ação de cobrança) e dar um valor final, sem mencionar o CNPJ, o endereço ou quem seria o responsável pela emissão destes.

Além disso, causa estranheza que os dois orçamentos tenham sido enviados em 10-3-2009 (e-mails de fls. 34 e 36 da ação de cobrança), com pouco mais de uma hora de diferença entre um envio e outro, data muito posterior àquela firmada nas notas fiscais-fatura de fls. 41 e 42 da ação de cobrança (27 e 28-1-2009) que

correspondem à compra de materiais para a reforma, inexistindo também qualquer comprovação de que as benfeitorias foram efetivamente realizadas, pois as fotografias de fls. 47-82 da ação de cobrança, datadas de 29-3-2009, demonstram que as avarias do imóvel permaneciam, ou seja, não há provas da efetiva realização dos serviços.

Nesse contexto, ressalta-se que a prova oral produzida (fls. 259-267) nada pode acrescentar, mormente diante das fotografias mencionadas dando conta do real estado do imóvel, sendo imprescindível para o deslinde da questão, apenas, a vistoria no local, sequer mencionada pela apelante.

Nesse passo, não se pode ignorar que a modificação do julgado não pressupõe interpretação de texto de lei federal, mas sim de matéria fática, providência defesa na via eleita.

Sobre a incidência do prefalado enunciado 7 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça, colhe-se do acervo jurisprudencial daquela Corte, mudando o que deve ser mudado:

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL (CPC/1973). AÇÃO DE COBRANÇA. REPAROS EM IMÓVEL LOCADO. DANOS MATERIAIS VERIFICADOS. DISCUSSÃO A RESPEITO DOS DANOS E O VALOR PARA O REPARO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ.

A reforma do acórdão recorrido demandaria, necessariamente, o reexame do conjunto fático-probatório dos autos, providência vedada no âmbito estreito do recurso especial, a teor do disposto na Súmula 7 do STJ.

Agravo interno não provido (STJ - Terceira Turma, AgInt no AREsp 944.036/SP, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, j. 22/08/2017, DJe 06/09/2017 – grifou-se).

O reexame de fatos e provas em recurso especial é inadmissível (STJ - Terceira Turma, AgInt no REsp 1393787/SP, Rel^a. Ministra Nancy Andrihgi, j. 25/10/2016, DJe 10/11/2016).

Inviável o recurso especial cuja análise impõe reexame do contexto fático-probatório da lide (Súmula 7 do STJ) (STJ - Quarta Turma, AgInt no AREsp 914.532/SP, Rel^a. Ministra Maria Isabel Gallotti, j. 16/03/2017, DJe 22/03/2017).

Inviável a análise do recurso especial se a matéria nele contida depende de reexame reflexo de questões fáticas da lide, vedado nos termos da Súmula 7 do STJ. Precedentes: AgRg no Ag 1238260/MT, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, DJe de 07/10/2015; AgRg no AREsp n. 240.320/SP, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, DJe de 4/3/2013; AgRg no AREsp n. 64.876/PR, Rel. Min. Raul Araújo, DJe de 5/3/2015; AgRg no Ag n. 1.283.971/MG, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, DJe de 21/11/2012 (STJ - Quarta Turma, AgInt no REsp 1043674/RS, Rel. Ministro Marco Buzzi, j. 16/03/2017, DJe 22/03/2017 – grifou-se).

Ademais, vale ressaltar que, de acordo com o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, *“ante a aplicação da Súmula 7 do STJ, resta prejudicada a eventual análise do dissídio jurisprudencial, tendo em vista que não haveria similitude fática entre o acórdão recorrido e o aresto paradigma, já que as suas conclusões díspares ocorreram em razão de fundamentações baseadas em fatos, provas e circunstâncias específicas de cada processo”*. (Quinta Turma, AgRg no AgRg nos EDcl no REsp 1.074.188/SP, Rel. Ministro Gurgel de Faria, j. 20/08/2015).

No mesmo sentido: STJ - Segunda Turma, AgRg no REsp 1423382/SC, Rel. Ministro Humberto Martins, j. 17/03/2016, DJe 22/03/2016; STJ- Terceira Turma, AgInt no AREsp 724.933/SP, Rel. Ministro Moura Ribeiro, j. 25/10/2016, DJe 04/11/2016; STJ - Quarta Turma, AgInt no AREsp 927.444/SP, Rel^a. Ministra Maria Isabel Gallotti, j. 15/12/2016, DJe 02/02/2017.

Não bastasse, em relação à alínea “c”, imperioso destacar que “*a mera afirmação da parte quanto à existência da divergência não é suficiente para comprovar o dissídio jurisprudencial, não bastando para tanto a simples transcrição de ementas dos paradigmas, deixando de proceder ao necessário cotejo analítico entre os acórdãos impugnado e paradigma e de demonstrar a similitude fática entre as decisões confrontadas*” (AgInt no AREsp 1282116/MS, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 19/11/2018, DJe 21/11/2018 – grifou-se).

Na espécie, infere-se que a parte recorrente não realizou o necessário cotejo analítico de acordo com o disposto nos arts. 255, § 1º, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, e 1.029, §1º, do Código de Processo Civil de 2015, isto é, não confrontou excertos do corpo da decisão hostilizada com trechos dos julgados paradigmas, o que inviabiliza a verificação da alegada divergência.

Nesse rumo, vertem os seguintes julgados:

No mais, a apontada divergência deve ser comprovada, cabendo a quem recorre demonstrar as circunstâncias que identificam ou assemelham os casos confrontados, com a indicação da similitude fática e jurídica entre eles. Indispensável **a transcrição de trechos do relatório e do voto dos acórdãos recorrido e paradigma, realizando-se o cotejo analítico entre ambos, com o intuito de bem caracterizar a interpretação legal divergente**. O desrespeito a esses requisitos legais e regimentais (art. 541, parágrafo único, do CPC e art. 255 do RI/STJ) impede o conhecimento do Recurso Especial com base na alínea “c”, III, do art. 105 da Constituição Federal (STJ - Segunda Turma, REsp 1793305/ES, Rel. Ministro Herman Benjamin, j. 26/02/2019, DJe 11/03/2019 – grifou-se).

A jurisprudência desta Corte possui entendimento firme segundo o qual, para a caracterização da divergência jurisprudencial, é imprescindível a colação de trechos do relatório e do voto dos acórdãos paradigma e paragonado, com a realização do devido cotejo analítico, sendo insuficiente a mera transcrição de ementas, como ocorreu no caso (STJ - Quarta Turma, AgInt no REsp 1662280/SC, Rel. Ministro Marco Buzzi, j. 27/02/2018, DJe 05/03/2018 – grifou-se).

Pelo exposto, **não admito o recurso especial. Intimem-se.**

Florianópolis, 22 de julho de 2019.

Desembargador Altamiro de Oliveira
3º VICE-PRESIDENTE

Recurso Especial n. 0601546-86.2014.8.24.0008/50001, de Blumenau

Recorrente: Suelen Gadotti

Advogados: Everton Finger (OAB: 33038/SC) e outro

Recorrido: Cassol Materiais de Construção Ltda

Advogado: Diogo Guedert (OAB: 17528/SC)

DECISÃO MONOCRÁTICA

Suelen Gadotti, com base no art. 105, inciso III, alíneas “a” e “c”, da Constituição Federal, interpôs o presente recurso especial alegando violação aos arts. 141 e 492, do Código de Processo Civil; além de divergência jurisprudencial no que diz respeito à configuração do dano moral presumido, decorrente de inscrição ou manutenção equivocada nos cadastros desabonadores.

Cumprida a fase do art. 1.030, caput, do Código de Processo Civil.

O reclamo não merece ascender pelas alíneas “a” e “c”, do permissivo constitucional, quanto à suscitada ofensa aos arts. 141 e 492, do Código de Processo Civil, e respectiva divergência, porque obstado pelos enunciados das Súmulas ns. 211, do Superior Tribunal de Justiça, 282 e 356, do Supremo Tribunal Federal, aplicáveis por analogia, uma vez que os aludidos artigos de lei federal e a matéria correlata não foram objeto de debate pelo acórdão objurgado, não obstante a oposição de embargos declaratórios, o que torna ausente, portanto, o necessário prequestionamento viabilizador do recurso especial.

Como é cediço, “o prequestionamento não emerge da comprovada manifestação dos temas de direito federal nas razões ou contrarrazões dos recursos ordinários, mas da sua efetiva apreciação pelo acórdão recorrido” (STJ, Terceira Turma, AgRg no AgRg no AREsp 623.981/SC, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, DJe de 03/02/2016).

No mesmo sentido:

“A ausência de enfrentamento da matéria objeto da controvérsia pelo Tribunal de origem impede o acesso à instância especial, porquanto não preenchido o requisito constitucional do prequestionamento, nos termos da Súmula 282 do STF, aplicável por analogia” (STJ - AgInt no AREsp 889.861/RS, Rel. Ministro Marco Buzzi, julgado em 22/05/2018, DJe 29/05/2018).

“Para que se configure o prequestionamento, há que se extrair do acórdão recorrido pronunciamento sobre as teses jurídicas em torno dos dispositivos legais tidos como violados, a fim de que se possa, na instância especial, abrir discussão sobre determinada questão de direito, definindo-se, por conseguinte, a correta interpretação da legislação federal” (STJ, Quarta Turma, AgRg no AREsp 454.427/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, DJe 19/02/2015).

“Não há que se falar no necessário prequestionamento viabilizador do recurso especial quando o conteúdo normativo do artigo tido por violado não foi objeto de debate no v.acórdão recorrido. Incidência das Súmulas 282 e 356 do Col. STF” (STJ, Terceira Turma, REsp 1493161/DF, Rel. Ministro Moura Ribeiro, DJe de 02/02/2016).

“A simples indicação dos dispositivos legais tidos por violados, sem enfrentamento do tema pelo acórdão recorrido, obsta o conhecimento do recurso especial, por falta de prequestionamento (Súmula n. 211 do STJ).” (STJ, Quarta Turma, AgInt no AREsp 518.357/SP, Rel. Ministro Antonio Carlos Ferreira, j. 06/10/2016, DJe 13/10/2016).

Ainda que superado tal óbice, o reclamo não reúne condições de ascender por qualquer das alíneas do permissivo constitucional, por óbice da Súmula 7, do Superior Tribunal de Justiça, haja vista que o Colegiado, pautou-se nas peculiaridades do caso concreto para concluir que não restou configurada a prática de ato ilícito.

É pertinente colacionar excertos do julgado recorrido:

[...] A decisão embargada está devidamente fundamentada, conforme se extrai do corpo do acórdão (fls. 353-356):

2 É pacífica a jurisprudência no sentido de que é exercício regular de direito o ato do credor que, sofrendo inadimplemento, venha a comunicar o fato a cadastro de proteção de crédito e que esse, após a notificação do devedor (CDC, art. 43), pode realizar a negativação de seu nome.

Dispõe o art. 373 do CPC/15 (CPC/73, art. 333), que incumbe ao autor o ônus de provar os fatos constitutivos do seu direito e da parte ré a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito da parte autora. Assim, tendo a parte demandada inscrito a parte demandante nos róis de inadimplentes, sob a justificativa de que são legítimas a dívida e a inscrição, compete-lhe o ônus de comprovar suas alegações.

Na inicial, a parte autora alega, em síntese, que no dia 8.10.2013 adquiriu na loja da requerida dois aparelhos de ar condicionado no valor de R\$ 2.668,00, a ser pago da seguinte forma: R\$ 668,00 de entrada e 9 parcelas de R\$ 222,22, a primeira com vencimento em 15.11.2013, e que não conseguiu pagar as 3 primeiras parcelas por problemas financeiros, porém, em 29.1.2014 pagou o débito em atraso no montante de R\$ 721,51, bem como encaminhou o comprovante de pagamento à ré, tendo esta, todavia, informado que, segundo seus controles, nenhuma das parcelas havia sido paga e por isso não poderia emitir os boletos subsequentes, impedindo, assim, o pagamento, sendo, pois, ilícita a inclusão do seu nome no rol de maus pagadores por inadimplemento da parcela vencida em 15.11.2013.

A ré, por sua vez, apresentou contestação sustentando que o contrato assinado pelas partes prevê o vencimento antecipado do débito, multa de 2% e juros de mora de 1% caso haja atraso superior a 30 (trinta) dias; que agiu em exercício regular de um direito ao inscrever o nome da autora no cadastro de inadimplentes; que, diante do inadimplemento, as partes fizeram mais três acordos que não foram cumpridos pela autora, o que foi omitido na inicial e que o valor consignado pela autora não é suficiente para a satisfação da dívida.

Pois bem. Em que pese o Magistrado de primeiro de grau tenha considerado que o “documento anexado à inicial demonstra que a ré inscreveu o nome da autora no cadastro de inadimplentes em 30.3.2014, por conta do não pagamento da primeira parcela, a qual, todavia, havia sido satisfeita em 29.1.2014, juntamente com a segunda e terceira parcela”. (fl. 275), não é possível extrair da análise da referida declaração tal certeza

a fim de justificar a determinação de exclusão do nome da parte autora dos cadastros de restrição ao crédito em relação ao débito em discussão, bem como a condenação da parte ré ao pagamento de indenização por danos morais.

Não se descuida que a parte autora quitou as parcelas com vencimento em 15.11.2013, 15.12.2013 e 15.1.2014 apenas no dia 29.1.2014, as quais, em razão do atraso, totalizaram a importância de R\$ 721,51, e que regularizou sua situação junto à empresa ré até a parcela de janeiro de 2014.

Entretanto, as parcelas do mês de fevereiro, março e abril daquele ano restaram em aberto até o dia 28 de abril de 2014, ou seja, após três meses da data do último pagamento realizado pela parte autora. Contexto fático esse que vai contra à alegação da demandante de que buscou manter em dia suas obrigações perante a demandada. Isso porque, conforme se extrai dos e-mails de fls. 202-204, apenas no dia 14 de abril de 2014 a consumidora buscou efetivamente quitar as parcelas com vencimento em fevereiro, março e abril de 2014.

Ressalte-se que, ainda que a parte ré tenha exigido a renegociação da dívida para o pagamento das parcelas vincendas, a teor do contrato de adesão de utilização do cartão cassol (fls. 245-254), a parte autora somente comprovou a sua tentativa efetiva de pagamento ao contar do dia 14.4.2014, logo permaneceu inadimplente no período de 15.2.2014 a 14.4.2014, do que se concluiu que a anotação nos cadastros dos órgãos de proteção ao crédito era devida.

Ora, a inadimplência da parte autora é anterior à aduzida exigência da parte ré, sendo assim, não há como utilizá-la para classificar a inscrição suportada pela demandante nos róis de inadimplentes, porquanto, esta ocorreu em razão da sua inércia para a realização do pagamento das parcelas do mês de fevereiro e março de 2014.

Comprovada a existência do débito, é lícita a inscrição do nome do devedor nos cadastros dos órgãos de proteção ao crédito, uma vez que a realização da anotação é exercício regular de direito do credor, a teor do artigo 188, inciso I, do Código Civil.

Ressalte-se que o documento carreado aos autos à fl. 200 ainda que parcialmente ilegível quando juntado pela parte autora e, agora, apresentado mais claramente nestes embargos de declaração (fl. 10), em nada modifica os termos da decisão embargada tampouco altera o resultado do julgamento do recurso de apelação cível interposto pela parte demandada que culminou na reforma da sentença para julgar parcialmente procedentes os pedidos formulados pela parte demandante, ora embargante.

Cabe repisar que, ausente prova de que a credora tenha ultrapassado os limites do exercício regular de seu direito ao inscrever o nome da parte autora nos cadastros dos órgãos de proteção ao crédito, não há como atribuir-lhe obrigação de indenizar a parte devedora por dano moral.

Ademais, é cediço que o dano moral é indenizável, pretensão que encontra suporte nos artigos 186 e 944 do Código Civil. Entretanto, não é qualquer ato ou situação que é capaz de causar o abalo moral. Para a sua configuração, o sofrimento de quem se diz ofendido deve ultrapassar a linha da normalidade, atingindo sobremaneira a reputação, a honra ou a integridade moral do indivíduo e o seu comportamento psicológico. Não merece indenização o simples desagrado, a irritação ou o aborrecimento diante de uma situação cotidiana, devendo-se distinguir lesão a atingir a pessoa e mero desconforto.

Como se vê, “a pretensão recursal é rever a premissa de fato fixada pelo Tribunal de origem, soberano na avaliação do conjunto fático-probatório constante dos autos, o que é vedado ao eg. Superior Tribunal de Justiça, em razão do disposto na Súmula 7” (STJ, Quarta Turma, AgInt no REsp 1652993/CE, Rel. Ministro Lázaro Guimarães, Desembargador convocado TRF 5ª Região, DJe 27/02/2018).

A seguir, julgados do Superior Tribunal de Justiça, mudando o que deve ser mudado:

- “1. A reforma do julgado que entendeu não caracterizado o dano moral demandaria o reexame do contexto fático-probatório dos autos, procedimento vedado na estreita via do recurso especial, a teor da Súmula nº 7/STJ. 2. Consoante iterativa jurisprudência desta Corte, a necessidade do reexame da matéria fática impede a admissão do recurso especial tanto pela alínea ‘a’ quanto pela alínea ‘c’ do permissivo constitucional” (STJ - Terceira Turma, AgInt no AREsp 1028217/SP, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 18/05/2017, DJe 01/06/2017).

- Como se vê, a Corte de origem concluiu pelo exercício regular do direito do recorrido em inscrever o nome do Agravante nos cadastros de proteção ao crédito diante das provas produzidas. Nesse contexto, a modificação de tais entendimentos lançados no v. acórdão recorrido demandaria o revolvimento de suporte fático-probatório dos autos, o que é inviável na sede estreita do recurso especial, a teor do que dispõe a Súmula 7 do Superior Tribunal de Justiça. (STJ, Decisão Monocrática, AREsp n. 1.073.253, rel. Ministro Raul Araújo, j. 10-8-2017, grifou-se).

1. Nos termos da jurisprudência desta Corte, quando a situação experimentada enseja mero aborrecimento ou dissabor, como no caso dos autos, não há falar em dano moral.

2. De outra parte, a desconstituição das conclusões a que soberanamente chegou o Tribunal local, quanto à não configuração do dever de indenizar, demandaria necessariamente a incursão no suporte fático-probatório da causa, o que encontra empecilho na Súmula 7 do STJ. (STJ AgRg no Ag n. 1.381.690/RS, Rel. Ministro Raúl Araújo, julgado em 19/11/2015, DJe 26/11/2015).

Por fim, destaca-se que, de acordo com a jurisprudência pacífica da Corte Superior, a incidência da Súmula n. 7, do Superior Tribunal de Justiça, impossibilita a análise da divergência pretoriana, por faltar identidade entre os casos confrontados, em virtude das peculiaridades fáticas do caso concreto.

Sobre o assunto:

“[...] Não é possível o conhecimento do recurso especial interposto com base na alínea “c” do permissivo constitucional quando o exame da divergência jurisprudencial exigir o reexame de prova para a demonstração da similitude fática entre os acórdãos confrontados, incidindo, na espécie, o óbice previsto na Súmula 7 desta Corte Superior.” (STJ, Quarta Turma, AgInt no AREsp 1105669/SE, Rel. Ministro Lázaro Guimarães, Desembargador convocado do TRF 5ª Região, DJe 14/02/2018).

Pelo exposto, **não admito o recurso especial.**

Intimem-se.

Florianópolis, 4 de fevereiro de 2019.

Desembargador Altamiro de Oliveira
3º VICE-PRESIDENTE

CÂMARA DE AGRAVOS INTERNOS EM RECURSOS CONSTITUCIONAIS E CONFLITOS DE COMPETÊNCIA

Conflito Negativo de Competência n. 0001252-34.2019.8.24.0000, de Pomerode

Relator: Desembargador Moacyr de Moraes Lima Filho

Conflito negativo de competência. Segunda Câmara de Direito CIVIL e quinta câmara de direito COMERCIAL. Apelação em embargos de terceiro. Divergência quanto ao Critério de Fixação de competência. assunto da lide originária. Irrelevância. Prevenção da quinta câmara de direito comercial pelo julgamento de recurso em incidente relacionado à ação originária. COMPETÊNCIA INTERNA. NATUREZA RELATIVA. INTELIGÊNCIA DO ART. 54, § 1º, DO REGIMENTO INTERNO DESTA CORTE DE JUSTIÇA VIGENTE À ÉPOCA. CONFLITO PROCEDENTE.

Considerando que as atribuições internas dos órgãos fracionários são desdobramentos da competência una desta Corte, a qual tem livre disposição “sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos” (art. 83, II, da Constituição do Estado de Santa Catarina), bem como a assentada jurisprudência da Corte Superior, faz-se necessário reconhecer o caráter relativo das competências internas e, por consequência, a prevalência da prevenção.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito Negativo de Competência n. 0001252-34.2019.8.24.0000, da comarca de Pomerode (1ª Vara) em que é Suscitante Egrégia Segunda Câmara de Direito Civil e Suscitado Egrégia Quinta Câmara de Direito Comercial.

A Câmara de Recursos Delegados decidiu, por votação unânime, julgar procedente o conflito, para declarar competente a Quinta Câmara de Direito Comercial, por prevenção, conforme dispõe o art. 54, § 1º, do Regimento Interno vigente à época. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Exmos. Srs. Des. Carlos Adilson Silva e Des. Altamiro de Oliveira.

Florianópolis, 26 de junho de 2019.

[assinado digitalmente]

Desembargador Moacyr de Moraes Lima Filho
Presidente e Relator

RELATÓRIO

Trata-se de conflito de competência suscitado pela Segunda Câmara de Direito Civil em face da

Quinta Câmara de Direito Comercial, a fim de definir a competência para julgamento da Apelação Cível interposta contra sentença proferida nos Embargos de Terceiro n. 0002490-84.2009.8.24.0050, opostos por Alwina Tribess nos autos do Cumprimento de Sentença n. 050.03.001034-9/001.

O feito aportou na Quinta Câmara de Direito Comercial que, em acórdão de relatoria do Exmo. Des. Jânio Machado, entendeu que *“o objeto da ação é a ineficácia da penhora sobre imóvel objeto da simulação de uma compra e venda celebrada entre particulares, sem qualquer implicação com as matérias próprias do Direito Empresarial, Bancário, Falimentar, Cambiário ou que envolvam instituição financeira”*, para remeter a uma das Câmaras de Direito Civil, com fulcro nos Atos Regimentais ns. 22/93, 41/00, 57/02 e 110/10 (fls. 306/309).

Após redistribuição, a Segunda Câmara de Direito Civil, em acórdão de relatoria do Exmo. Des. Jorge Luis Costa Beber, suscitou o presente incidente à consideração de que, *“ainda que a discussão tratada neste recurso não se encontre diretamente ligada à matéria cambiária, a competência para o seu julgamento é das Câmaras de Direito Comercial, porquanto está diretamente conexo com a ação monitória embasada em título de crédito”* (fls. 319/325).

Vieram os autos à Câmara de Recursos Delegados, nos termos do art. 75, II, do Regimento Interno do Tribunal de Justiça de Santa Catarina.

VOTO

De início, salienta-se ser desnecessária a oitiva dos órgãos julgadores em conflito, porquanto suas razões já constam nos presentes autos e possibilitam a compreensão da controvérsia (Conflito de Competência n. 0000178-76.2018.8.24.0000, da Capital, rela. Desa. Rosane Portella Wolff, Quarta Câmara de Direito Comercial, j. em 22/2/2018).

Descabida, igualmente, a intervenção do Ministério Público, uma vez que o presente caso não se enquadra em nenhuma das hipóteses previstas no art. 178 do Código de Processo Civil (art. 951, parágrafo único, do referido Código).

No que tange à competência e aos parâmetros normativos para resolução do conflito, malgrado o advento do novo Regimento Interno desta Corte, deve ser aplicada a regra transitória prevista no seu art. 372, segundo a qual *“os processos distribuídos de acordo com as normas de competência anteriores à entrada em vigor deste regimento interno não serão redistribuídos, salvo disposição contrária ou nas hipóteses do art. 43 do Código de Processo Civil”*.

Dito isso, observa-se que as Câmaras em conflito divergem quanto à competência para julgamento de Apelação Cível interposta contra decisão proferida em Embargos de Terceiro, em que se almejava obstar a penhora de imóvel cuja propriedade decorre de negócio jurídico supostamente nulo, os quais foram opostos em cumprimento de sentença de ação monitória fundada em título executivo extrajudicial (cheque).

De pronto, sobressai que a divergência recai sobre o critério de fixação de competência, uma

vez que a Quinta Câmara de Direito Comercial indica a matéria discutida nos Embargos de Terceiro para declinar da competência, enquanto a Segunda Câmara de Direito Civil, para suscitar o presente incidente, refere-se ao assunto da Ação Monitória de que decorre o Cumprimento de Sentença n. 050.03.001034-9/001.

Como se sabe, deve ser observado o teor da ação originária para definir-se a competência nesta Corte.

Nesse sentido:

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA INSTAURADO ENTRE A QUINTA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL (SUSCITANTE) E A TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO CIVIL (SUSCITADA). CUMPRIMENTO DE SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA EM AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO C/C DANOS MORAIS. DECISÃO QUE REJEITOU A IMPUGNAÇÃO APRESENTADA PELO EXECUTADO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. CAUSA DE PEDIR, NA ORIGEM, CIRCUNSCRITA À RESPONSABILIDADE DO BANCO RÉU/EXECUTADO PELA COBRANÇA INDEVIDA DE PARCELA QUITADA DE CONTRATO DE RENEGOCIAÇÃO DE DÍVIDA DE CARTÃO DE CRÉDITO E INSCRIÇÃO DO AUTOR/EXEQUENTE NOS ÓRGÃOS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO. QUESTÃO DE FUNDO QUE NÃO INCURSIONA EM MATÉRIA DE DIREITO BANCÁRIO, EMPRESARIAL, CAMBIÁRIO E TAMPOUCO FALIMENTAR, POSSUINDO CARIZ TÍPICAMENTE CÍVEL, LIMITADA À RESPONSABILIDADE DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA PELA PRÁTICA DE ATO ILÍCITO. COMPETÊNCIA DAS CÂMARAS DE DIREITO CIVIL. ADEMAIS, PREVENÇÃO DO ÓRGÃO COLEGIADO CÍVEL, DECORRENTE DO JULGAMENTO DA APELAÇÃO INTERPOSTA NA FASE DE CONHECIMENTO. CONFLITO PROCEDENTE. (TJSC, Conflito de Competência n. 0004162-68.2018.8.24.0000, de Brusque, rel. Des. Altamiro de Oliveira, Câmara de Agravos Internos em Recursos Constitucionais e Conflitos de Competência, j. em 30/1/2019)

E, deste Relator, consulte-se: Conflito de Competência n. 0000678-11.2019.8.24.0000, de São Miguel do Oeste, Câmara de Recursos Delegados, j. em 3/5/2019.

Logo, não é a matéria discutida em incidentes ou recursos supervenientes que determina a competência, mas aquela extraída da ação de origem. Desse modo, a competência de julgamento da Apelação Cível nos Embargos de Terceiro deve ser definida em atenção ao assunto discutido na Ação Monitória n. 050.03.001034-9/001, que se fundamenta em título de crédito extrajudicial.

Não obstante a celeuma acerca da competência material, salienta-se que o julgamento anterior de recursos relacionados à mencionada Ação Monitória pelas Segunda e Quinta Câmaras de Direito Comercial impõe perquirir a aplicabilidade da prevenção.

De pronto, convém anotar que não se descuida que o Órgão Especial já adotou o entendimento de que a competência interna em razão da matéria tem caráter absoluto, de sorte a vedar a aplicação da prevenção:

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL DE COMPRA E VENDA DE AUTOMÓVEL CUMULADA COM REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS E MATERIAIS. INCOMPETÊNCIA RECURSAL RECONHECIDA PELA SEXTA CÂMARA DE DIREITO CIVIL EM RAZÃO DA PREVENÇÃO DA SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL, EM DECORRÊNCIA DO JULGAMENTO ANTERIOR DE AGRAVO DE INSTRUMENTO. PREVENÇÃO DE ÓRGÃO JULGADOR AFASTADA, DIANTE DA PREVALÊNCIA DA FORÇA DA COMPETÊNCIA ABSOLUTA EM RAZÃO DA MATÉRIA. PRECEDENTES. DEMANDA ESCORADA EXCLUSIVAMENTE NO DEFEITO DO PRODUTO. CONTROVÉRSIA EMINENTEMENTE DE DIREITO OBRIGACIONAL. COMPETÊNCIA DAS CÂMARAS DE DIREITO CIVIL. CONFLITO PROCEDENTE.

“Compete à Câmara de Direito Civil, e não à Câmara de Direito Comercial, processar e julgar rescisão contratual cumulada com reparação de danos, em face da competência interna absoluta deste Tribunal, a qual se sobrepõe à prevenção (TJSC, Conflito de Competência n. 2012.057306-7, da Capital, rel. Des. José Inacio Schaefer). Conflito de Competência n. 1000413-94.2016.8.24.0000, de Itajaí, rel. Des. Rui Fortes, j. em 16/8/2017)

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. INCIDENTE ENTRE A TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO E A QUINTA CÂMARA DE DIREITO CIVIL. AUSÊNCIA DE PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO NA CONDIÇÃO DE PARTE OU DIRETAMENTE INTERESSADA NO LITÍGIO. INTELIGÊNCIA DAS DISPOSIÇÕES DO ATO REGIMENTAL N. 135/2016, DE 03.02.2016. NÃO CONFIGURAÇÃO DE PREVENÇÃO, NA HIPÓTESE. JUÍZO ABSOLUTAMENTE INCOMPETENTE. CONFLITO PROCEDENTE.

Precedentes do Órgão Especial: CC n. 1000413-94.2016.8.24.0000, rel. Des. Rui Fortes; CC n. 2015.020827-9, rel. Des. Maria do Rocio Luz Santa Ritta; CC n. 2012.069541-1, rel. Des. Salim Schead; CC n. 2012.057306-7, rel. Des. José Inácio Schaefer e CC n. 2010.058097-0, rel. Des. Ricardo Fontes. (Conflito de Competência n. 0000952-43.2017.8.24.0000, de Camboriú, rel. Des. Ronei Danielli, j. em 18/10/2017)

Por outro lado, registra-se que tal Órgão Julgador já decidiu contrariamente:

CONFLITO DE COMPETÊNCIA ENTRE DESEMBARGADORES DESTA CORTE E COM COMPETÊNCIA DIFERENTE (CIVIL X COMERCIAL). CONHECIMENTO E JULGAMENTO DE RECURSO ANTERIOR PELA QUARTA CÂMARA DE DIREITO CIVIL. PREVENÇÃO. COMPETÊNCIA DO ÓRGÃO JULGADOR ORIGINÁRIO PARA TODOS OS RECURSOS POSTERIORES. APLICAÇÃO DO 54, § 1º, DO REGIMENTO INTERNO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA. CONFLITO NEGATIVO JULGADO PROCEDENTE. (Conflito de Competência n. 2014.042914-8, de São José, rel. Des. Jânio Machado, j. em 16/7/2014)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. IMPUGNAÇÃO AO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. INCOMPETÊNCIA. PREVENÇÃO. RECURSO DE APELAÇÃO JULGADO ANTERIORMENTE POR OUTRO ÓRGÃO. PERMANÊNCIA DE UM DOS COMPONENTES DA CÂMARA À ÉPOCA. INTELIGÊNCIA DO ART. 54, §1º, DO RITJSC. RECURSO NÃO CONHECIDO. REDISTRIBUIÇÃO.

O julgamento de apelação previne a competência do relator daquele recurso para o julgamento de irrisignações posteriores, tanto do processo de conhecimento como de execução. Deixando o relator de fazer parte da Câmara, a competência para o julgamento dos recursos posteriores, por prevenção, continua com o mesmo Órgão Julgador, desde que ao menos um dos julgadores ainda faça parte de sua composição,

conforme determina o art. 54, §1º, do Regimento Interno deste Tribunal de Justiça” (AC n. 2009.020121-4, Gaspar, Terceira Câmara de Direito Civil, Rel. Des. Henry Petry Júnior, j. Em 25.08.2009).

Isto posto, pelo meu voto eu acolho o conflito negativo para o fim de fixar a competência da Primeira Câmara de Direito Público para processar e julgar o agravo de instrumento n. 2014.014005-3, interposto por Maria Odete Souza de Jesus contra Atlântico Fundo de Investimento em Direitos Creditórios Não Padronizados e Brasil Telecom S/A. (Conflito de Competência n. 2014.077751-3, de Lages, rel. Des. Eládio Torret Rocha, j. em 18/3/2015)

Além disso, observa-se que o Superior Tribunal de Justiça assentou o entendimento de que a competência interna possui natureza relativa:

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RECURSO QUE DEIXA DE IMPUGNAR ESPECIFICAMENTE OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO ORA AGRAVADA.

INCIDÊNCIA DOS ARTS. 932, III, E 1.021, § 1º, DO CPC/2015 E DA SÚMULA 182 DO STJ. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.

1. Inexistindo impugnação específica, como seria de rigor, aos fundamentos da decisão ora agravada, essa circunstância obsta, por si só, a pretensão recursal, pois, à falta de contrariedade, permanecem incólumes os motivos expendidos pela decisão recorrida.

Incide na espécie o disposto no arts. 932, III e 1.021, § 1º, do Código de Processo Civil de 2015 e a Súmula n. 182 do Superior Tribunal de Justiça.

2. **A competência interna desta Corte é de natureza relativa**, razão pela qual a prevenção ou a prorrogação apontada como indevida deve ser suscitada até o início do julgamento, sob pena de preclusão, nos termos do art. 71, § 4º, do RISTJ.

3. Agravo interno não provido. (AgInt no AREsp n. 1.311.296/SP, rel. Ministro Mauro Campbell Marques, j. em 23/8/2018 – destacou-se)

AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PRECATÓRIO COMPLEMENTAR.

COMPETÊNCIA DAS TURMAS DA PRIMEIRA SEÇÃO. MATÉRIA DE DIREITO PÚBLICO. APRESENTAÇÃO DA CONTA PELO EXEQÜENTE. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO.

Conquanto o título executivo judicial que motivou a expedição do precatório tenha se originado de demanda relativa a servidor público, não se deve olvidar que a matéria, tal como tratada no recurso especial e no agravo de instrumento interposto pela Fazenda do Estado de São Paulo é de direito administrativo, em sentido amplo, e se amolda perfeitamente à competência desta Segunda Turma.

Se nulidade houvesse, esta não seria absoluta, diante da regra pela qual aos Tribunais compete organizar a forma como se reunirão as Turmas e Seções em relação aos diversos tipos de feitos e matérias.

Uma vez distribuído o agravo a este signatário, caberia à recorrente, se assim entendesse, argüir eventual violação ao Regimento Interno deste Superior Tribunal de Justiça. Nada obstante, preferiu a Fazenda do Estado de São Paulo esperar o resultado do julgamento para, somente então, acusar a pecha.

A recorrente se limita a discorrer genericamente sobre a exigência do prequestionamento, sem procurar

demonstrar que, de fato, estava prequestionada a matéria discutida no recurso especial, razão pela qual é inviável a apreciação do presente agravo regimental no particular.

Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no Ag n. 422.905/SP, rel. Ministro Franciulli Netto, j. em 18/2/2003 – destacou-se)

No mesmo norte, consulte-se: STJ, AgRg no REsp n. 1.345.979/SP, rel. Min. Herman Benjamin, j. em 28/5/2013; e AgInt no AREsp 1.224.002/RS, rel. Min. Moura Ribeiro, j. em 29/10/2018.

Por conseguinte, considerando que as atribuições internas dos órgãos fracionários são desdobramentos da competência una deste Tribunal, a qual tem livre disposição “*sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos*” (art. 83, II, da Constituição do Estado de Santa Catarina), bem como a assentada jurisprudência da Corte Superior, faz-se necessário reconhecer o caráter relativo das competências internas e, por consequência, a prevalência da prevenção.

Dessa forma, anota-se que, no cumprimento de sentença da ação originária, houve oposição de Embargos à Arrematação, cujo apelo foi julgado pela Quinta Câmara de Direito Comercial, e de Embargos de Terceiro, no qual houve o julgamento pela Segunda Câmara de Direito Comercial de agravo de instrumento e a interposição da Apelação Cível a que versa o presente incidente.

Na Quinta Câmara de Direito Comercial, figurou como relator da Apelação Cível n. 0002682-17.2009.8.24.0050 o Exmo. Des. Jânio Machado e participaram do julgamento, realizado em 8/11/2012, os Exmos. Des. Cláudio Valdyr Helfenstein e Desa. Soraya Nunes Lins. Convém esclarecer que o recurso foi inicialmente distribuído em 12/3/2010 à Exma. Desa. Rejane Andersen, mas, em virtude da criação da Quinta Câmara de Direito Comercial pelo Ato Regimental TJ n. 110/10, foi redistribuído ao Exmo. Des. Jânio Machado (fl. 303 em par às informações colhidas perante a jurisprudência desta Corte).

Além disso, assevera-se que os Exmos. Des. Jânio Machado e Desa. Soraya Nunes Lins permanecem em tal Órgão Julgador, que hoje é integrado também pelos Exmos. Des. Cláudio Barreto Dutra e Des. Monteiro Rocha.

Por outro lado, no Agravo de Instrumento n. 2009.075710-6 figurou como relator o Exmo. Des. Gilberto Gomes de Oliveira e participaram do julgamento pela Segunda Câmara de Direito Comercial, realizado em 21/11/2013, os Exmos Des. Trindade dos Santos e Des. Monteiro Rocha (fl. 261).

Atualmente, o citado Órgão Julgador é composto pelos Exmos. Desa. Rejane Andersen, Des. Robson Luz Varella, Des. Newton Varella Jr. e Des. Dinart Francisco Machado.

Desse modo, além de antecedente, a prevenção que remanesce é da Quinta Câmara de Direito Comercial, tendo em vista o julgamento da Apelação Cível n. 0002682-17.2009.8.24.0050 e a permanência do relator em tal Órgão Fracionário, conforme dispõe o art. 54, § 1º do anterior Regimento Interno desta Corte, em vigor na data da distribuição, *in verbis*:

Art. 54 – A distribuição de mandado de segurança, de *habeas corpus*, de reexame necessário, de medidas cautelares e de recurso torna preventa a competência do relator para todos os recursos e pedidos posteriores, tanto na ação quanto na execução referentes ao mesmo processo; e a distribuição do inquérito, bem como a realizada para efeito de concessão de fiança ou decretação de prisão preventiva ou de qualquer diligência anterior à denúncia ou queixa, prevenirá a da ação penal, com a devida compensação em todos os casos.

§ 1º – Se o relator deixar o Tribunal ou transferir-se de Câmara, a prevenção será do órgão julgador.

§ 2º – Vencido o relator, a prevenção referir-se-á ao Desembargador designado para lavrar o acórdão.

§ 3º – A prevenção, se não for conhecida de ofício, poderá ser argüida por qualquer das partes ou pelo órgão do Ministério Público, até o início do julgamento.

§ 4º – Cessará a prevenção se não mais funcionarem no órgão julgador todos os juízes que participaram do julgamento anterior.

Ante o exposto, o voto é no sentido de julgar procedente o conflito, para declarar competente a Quinta Câmara de Direito Comercial, por prevenção, conforme dispõe o art. 54, § 1º, do Regimento Interno vigente à época.

Agravo Interno n. 0300548-22.2014.8.24.0032/50003, de Itaiópolis

Relator: Desembargador Altamiro de Oliveira

AGRAVO INTERNO EM RECURSO ESPECIAL. DECISÃO DA 3ª VICE-PRESIDÊNCIA QUE, AMPARADA EM PARADIGMAS ORIUNDOS DE RECURSOS REPETITIVOS [RESP 1.370.899/SP E 1.361.800/SP; EDCL NO RESP 1.370.899/SP (TEMA 685), RESP N. 1.391.198/RS (TEMAS 723 E 724) E RESP 1.392.245/DF (TEMA 887 - ITEM II)], NEGOU SEGUIMENTO A RECURSO ESPECIAL E, NO RESTANTE, NÃO O ADMITIU. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. PLEITO DE CUMPRIMENTO INDIVIDUAL DA SENTENÇA COLETIVA. PEDIDO DE SOBRESTAMENTO DO FEITO COM FULCRO NA DECISÃO PROFERIDA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 632.212/SP (TEMA 285). INAPLICABILIDADE AO CASO CONCRETO. JUROS DE MORA. MARCO INICIAL A PARTIR DA CITAÇÃO NA AÇÃO COLETIVA. LIMITAÇÃO OBJETIVA (TERRITORIAL) E LIMITAÇÃO SUBJETIVA (LEGITIMIDADE ATIVA) DOS EFEITOS DA SENTENÇA PROFERIDA NA AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PRECEDENTES ADEQUADAMENTE APLICADOS. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO. RECURSO MANIFESTAMENTE IMPROCEDENTE. APLICAÇÃO DA MULTA PREVISTA NO ART. 1.021, § 4º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.

O Superior Tribunal de Justiça, em julgamento de recurso repetitivo, decidiu que os juros de mora incidem a partir da citação do devedor na fase de conhecimento da ação civil pública, quando esta se fundar em responsabilidade contratual, sem que haja configuração da mora em momento anterior [STJ, Resp n. 1.370.899/SP, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Corte Especial, j. 21-05-2014 - **TEMA 685**].

A Corte Superior de Justiça, também em regime de recurso repetitivo, firmou as seguintes teses: (i) a sentença proferida pelo Juízo da 12ª Vara Cível da Circunscrição Especial Judiciária de Brasília/DF, na ação civil coletiva n. 1998.01.1.016798-9, que condenou o Banco do Brasil ao pagamento de diferenças decorrentes de expurgos inflacionários sobre cadernetas de poupança ocorridos em janeiro de 1989 (Plano Verão), é aplicável por força da coisa julgada, indistintamente a todos os detentores de caderneta de poupança do Banco do Brasil, independentemente de sua residência ou domicílio no Distrito Federal, reconhecendo-se ao beneficiário o direito de ajuizar o cumprimento individual da sentença coletiva no Juízo de seu domicílio ou no Distrito Federal e (ii) os poupadores ou seus sucessores detêm legitimidade ativa - também por força da coisa julgada -, independentemente de fazerem parte ou não dos quadros associativos do IDEC, de ajuizarem o cumprimento individual da sentença coletiva proferida na ação civil pública nº 1998.01.1.016798-9 pelo Juízo da 12ª Vara Cível da Circunscrição Especial Judiciária de Brasília/DF (Resp n. 1.391.198/RS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Segunda Seção, j. 13-08-2014 - **TEMAS 723 e 724**).

É manifestamente improcedente o agravo interno dirigido contra decisão que, sustentada na orientação firmada pelo Superior Tribunal de Justiça, em julgamento de recurso especial representativo de controvérsia repetitiva, nega seguimento a recurso especial, daí porque se aplica à agravante a multa prevista no § 4º do art. 1.021 do Código de Processo Civil.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno n. 0300548-22.2014.8.24.0032/50003, da comarca de Itaiópolis em que é Agravante Banco do Brasil S/A e Agravados Armando Pimentel Carlesso e outros.

A Câmara de Recursos Delegados decidiu, por votação unânime, conhecer do agravo interno e negar-lhe provimento, bem como condenar o agravante a pagar à parte agravada a multa de 1% sobre o valor atualizado da causa (art. 1.021, § 4º, do CPC). Custas na forma da lei.

O julgamento, realizado no dia 26 de junho de 2019, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Moacyr de Moraes Lima Filho, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. Carlos Adilson Silva.

Florianópolis, 4 de julho de 2019.

Desembargador Altamiro de Oliveira

Relator

RELATÓRIO

Banco do Brasil S/A, com base no art. 1.021, do Código de Processo Civil, interpôs o presente agravo interno contra a decisão da 3ª Vice-Presidência desta Corte de Justiça que, amparada em precedentes do Superior Tribunal de Justiça [**Resp n. 1.361.800 e 1.370.899/SP, Rel. Ministro Sidnei Beneti, j. 21/05/2014, e Edcl no Resp n. 1.370.899/SP, Rel. Ministro Mauro Campbell, j. em 21/06/2017 (TEMA 685); Resp n. 1.391.198/RS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, j. em 13/08/2014 (TEMAS 723 e 724); e Resp n. 1.392.245/DF, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, j. em 11/3/2015 (TEMA 887 - Item II)**], aplicou a norma do art. 1.030, inciso I, “b”, c/c 1.040, inciso I, do Código de Processo Civil e, em relação às matérias repetitivas, negou seguimento ao recurso especial interposto contra o acórdão proferido por Câmara de Direito Comercial, ao fundamento de que o entendimento nele adotado coincide com a orientação da Corte Superior e, no restante, não o admitiu (fls. 278/285).

Em suas razões, o banco agravante sustenta: **(i)** que o feito deve ser sobrestado em virtude da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no RE 632.212/SP (TEMA 285 do STF), que determinou a suspensão de todos os processos individuais ou coletivos, que versem sobre expurgos inflacionários pelo prazo de 24 meses a contar de 05/02/2018; **(ii)** que houve equívoco de enquadramento, não se subsumindo o caso dos autos ao entendimento firmado nos recursos representativos da controvérsia repetitiva; **(iii)** que os juros de mora devem ser contados a partir da citação no cumprimento de sentença, ademais, os Recursos Especiais n. 1.361.800/SP e 1.370.899/SP se encontram pendentes de julgamento dos Embargos Declaratórios (TEMA 685); **(iv)** que no julgamento do Recurso Extraordinário n. 612.043 foi adotada a tese de que a decisão proferida em ação coletiva ajuizada por associação civil na defesa de interesse dos associados, somente alcança os seus filiados residentes no âmbito da jurisdição do órgão julgador, portanto, deve ser acolhida a tese de ilegitimidade ativa, com posterior extinção do feito com fulcro no art. 485, VI, do CPC; **(v)** que os efeitos *erga omnes* da sentença proferida na ação civil coletiva não podem ultrapassar os lindes territoriais do órgão julgador que a prolatou (Tema 723).

Com base em tais argumentos, requer o sobrestamento do feito com alicerce no Recurso Extraordinário n. 632.212 (Tema 285 do STF) e, no mérito, o provimento do agravo interno para

reformando a decisão objurgada, viabilizar o processamento do recurso especial interposto (fls. 292/308).

Conquanto regularmente intimada (fl. 351), a parte agravada não apresentou contrarrazões (fl. 353).

Em sede de juízo de retratação (art. 1.021, § 2º, do CPC/2015), foi mantida a decisão agravada e determinou-se o encaminhamento do agravo interno à Secretaria da Câmara de Recursos Delegados, para oportuna inclusão em pauta, nos termos do novo Regimento Interno deste Tribunal de Justiça.

Ato contínuo, os autos vieram conclusos.

VOTO

1. Preambularmente, com base no Enunciado Administrativo n. 3 do Superior Tribunal de Justiça, considerando que a decisão recorrida foi publicada a partir do dia 18 de março de 2016, processar-se-á a apreciação do presente reclamo conforme o regramento contido no novo Código de Processo Civil.

Imperativo anotar, desde logo, que o art. 1.030, inciso I, alíneas “a” e “b”, do Código de Processo Civil de 2015, determina o seguinte:

Art. 1.030. Recebida a petição do recurso pela secretaria do tribunal, o recorrido será intimado para apresentar contrarrazões no prazo de 15 (quinze) dias, findo o qual os autos serão conclusos ao presidente ou ao vice-presidente do tribunal recorrido, que deverá:

I - negar seguimento:

a) a recurso extraordinário que discuta questão constitucional à qual o Supremo Tribunal Federal não tenha reconhecido a existência de repercussão geral ou a recurso extraordinário interposto contra acórdão que esteja em conformidade com entendimento do Supremo Tribunal Federal exarado no regime de repercussão geral;

b) a recurso extraordinário ou a recurso especial interposto contra acórdão que esteja em conformidade com entendimento do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, respectivamente, exarado no regime de julgamento de recursos repetitivos”.

O § 2º do art. 1.030 do novel diploma processual, por sua vez, estabelece que “da decisão proferida com fundamento nos incisos I e III caberá agravo interno, nos termos do art. 1.021” e, não havendo retratação, como ocorreu neste caso, o agravo será levado “a julgamento pelo órgão colegiado, com inclusão em pauta” (art. 1.021, § 2º, do CPC/2015).

2. No mérito, nega-se provimento ao recurso.

2.1. O agravante entende que o feito deve ser sobrestado em razão da decisão proferida no Recurso Extraordinário n. 632.212/SP, que determinou a suspensão de processos relativos à cobrança de expurgos inflacionários.

Contudo, o pleito não merece acolhimento.

A decisão proferida pelo Ministro Gilmar Mendes no Recurso Extraordinário n. 632.212/SP (**Tema 285 do STF**) refere-se à cobrança dos expurgos inflacionários decorrentes do **Plano Collor II**. Todavia, o presente feito versa sobre a fase de cumprimento de sentença oriunda da Ação Civil Pública n. 1998.01.1.016798-9, em que busca a cobrança de valores relacionados ao Plano Verão.

Nesse sentido, considerando que a decisão proferida no Recurso Extraordinário 632.212/SP está relacionada com o Tema 285, relativa à cobrança dos expurgos inflacionários derivados do **Plano Color II**, conclui-se que o referido decisório não tem o condão de atingir processos que tratem de Planos Econômicos diversos, como é o caso dos autos, em que se busca a cobrança de valores relacionados ao **Plano Verão**.

Gize-se, ademais, que, na decisão de reconsideração da decisão suspensiva proferida pelo Ministro Gilmar Mendes, em abril de 2019, no bojo do Recurso Extraordinário n. 632.212, esclareceu-se, num primeiro momento, que a abrangência da suspensão de processos se restringia tão somente às demandas relacionadas a expurgos inflacionários decorrentes do Plano Collor II, não compreendendo temas alheios, como os referentes a outros planos econômicos ou assuntos diversos.

Portanto, considerando que, na espécie, trata-se de cobrança de valores decorrentes do Plano Verão, não há motivos para determinar a paralisação do presente feito.

Sendo assim, afasta-se o pedido.

2.2. No tocante ao marco inicial dos juros de mora, também sem razão o agravante.

Primeiramente, é relevante consignar que o Superior Tribunal de Justiça tem orientando no sentido de “*ser desnecessário aguardar o trânsito em julgado para a aplicação do paradigma firmado em sede de Recurso Repetitivo ou de Repercussão Geral*” (STJ, Primeira Seção, AgInt nos EREsp 1.400.632/PR, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, j. 26/04/2017), sobretudo porque, nos termos do *caput* do art. 1.040 do Código de Processo Civil, é suficiente a publicação do acórdão paradigma do Superior Tribunal de Justiça para que se possa aplicar o entendimento nele adotado.

Por isso, é que a 3ª Vice-Presidência negou seguimento ao recurso especial interposto pelo Banco do Brasil S/A, no que concerne à controvérsia abrangendo o **termo inicial da contagem dos juros moratórios de sentenças proferidas em ação civil pública**, sob o fundamento de que o acórdão recorrido está em consonância com a orientação do Superior Tribunal de Justiça, firmada no julgamento de recurso repetitivo [**Resp n. 1.370.899/SP (TEMA 685)**, j. 21/05/2014, Rel. Ministro Sidnei Beneti]. Eis a ementa do aresto paradigma:

ACÇÃO CIVIL PÚBLICA - CADERNETA DE POUPANÇA - PLANOS ECONÔMICOS - EXECUÇÃO - JUROS MORATÓRIOS A PARTIR DA DATA DA CITAÇÃO PARA A ACÇÃO COLETIVA - VALIDADE - PRETENSÃO A CONTAGEM DESDE A DATA DE CADA CITAÇÃO PARA CADA EXECUÇÃO

INDIVIDUAL - RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO.

1.- Admite-se, no sistema de julgamento de Recursos Repetitivos (CPC, art. 543-C, e Resolução STJ 08/98), a definição de tese uniforme, para casos idênticos, da mesma natureza, estabelecendo as mesmas consequências jurídicas, como ocorre relativamente à data de início da fluência de juros moratórios incidentes sobre indenização por perdas em Cadernetas de Poupança, em decorrência de Planos Econômicos.

2.- A sentença de procedência da Ação Civil Pública de natureza condenatória, condenando o estabelecimento bancário depositário de Cadernetas de Poupança a indenizar perdas decorrentes de Planos Econômicos, estabelece os limites da obrigação, cujo cumprimento, relativamente a cada um dos titulares individuais das contas bancárias, visa tão-somente a adequar a condenação a idênticas situações jurídicas específicas, não interferindo, portando, na data de início da incidência de juros moratórios, que correm a partir da data da citação para a Ação Civil Pública.

3.- Dispositivos legais que visam à facilitação da defesa de direitos individuais homogêneos, propiciada pelos instrumentos de tutela coletiva, inclusive assegurando a execução individual de condenação em Ação Coletiva, não podem ser interpretados em prejuízo da realização material desses direitos e, ainda, em detrimento da própria finalidade da Ação Coletiva, que é prescindir do ajuizamento individual, e contra a confiança na efetividade da Ação Civil Pública, O que levaria ao incentivo à opção pelo ajuizamento individual e pela judicialização multitudinária, que é de rigor evitar.

3.- Para fins de julgamento de Recurso Representativo de Controvérsia (CPC, art. 543-C, com a redação dada pela Lei 11.418, de 19.12.2006), declara-se consolidada a tese seguinte: **“Os juros de mora incidem a partir da citação do devedor na fase de conhecimento da Ação Civil Pública, quando esta se fundar em responsabilidade contratual, sem que haja configuração da mora em momento anterior.”** 4.- **Recurso Especial improvido.** (Resp 1370899/SP, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, CORTE ESPECIAL, j. 21/05/2014, 21/05/2014).

Nessa senda, vislumbra-se absolutamente perfeita a adequação do referido precedente à espécie, sobretudo porque observa-se que o acórdão, contra o qual o agravante interpôs recurso especial, à luz das peculiaridades do caso concreto, assentou fundamentação em idêntico substrato jurídico, conforme se depreende do seguinte trecho do *decisum*:

[...]

O tema relacionado aos juros da mora também já não comporta mais discussão, prevalecendo a compreensão de que serão contados da citação judicial nos autos da ação civil pública, conforme a orientação que vem da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento dos recursos especiais representativos de controvérsia ns. 1.370.899/SP e 1.361.800/SP (Corte Especial, relator o ministro Sidnei Beneti, j. em 21.5.2014).

O recurso especial n. 1.370.899/SP, admitido no regime do artigo 543-C do Código de Processo Civil de 1973, já foi julgado pela Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça em sessão de 21.5.2014, quando ficou rejeitada a “questão de ordem quanto à devolução do feito para julgamento na Segunda Seção” e, no mérito, prevaleceu o voto do relator, que foi de incidência dos juros da mora “a partir da citação do devedor na fase de conhecimento da Ação Civil Pública”. Por consequência, a decisão proferida em 14.11.2013 na Medida Cautelar n. 21.845/SP, distribuída à Terceira Turma, tendo por relator o ministro Sidnei Beneti (o mesmo relator do recurso especial julgado pela Corte Especial), que havia obstado o “levantamento de

numerários sob a pendência da tese principal de execução individual de sentenças coletivas em que ‘sub judice’ a questão do termo inicial dos juros moratórios da sentença genérica proferida na ação civil pública”, não mais persiste. (fls. 29/30).

Nesse passo, como se observa, em relação ao **termo inicial da fluência dos juros moratórios de sentenças proferidas em ação civil pública**, não há equívoco nenhum no enquadramento do recurso paradigma ao caso concreto, motivo pelo qual se nega provimento ao agravo interno, neste tópico.

2.3. No que se refere aos efeitos *erga omnes* da sentença proferida na ação civil pública n. 1998.01.1.016798-9 (limitação objetiva - territorial) e quanto à ausência de comprovação do vínculo associativo (limitação subjetiva - legitimidade ativa), de igual modo, melhor sorte não assiste ao agravante .

A 3ª Vice-Presidência negou seguimento ao recurso especial interposto pelo Banco do Brasil S/A, sob o fundamento de que o acórdão recorrido está em consonância com a orientação do Superior Tribunal de Justiça firmada no julgamento do Recurso Especial Repetitivo n. 1.391.198/RS (**Temas 723 e 724**), julgado em 13/08/2014, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, o qual está assim ementado:

ACÇÃO CIVIL PÚBLICA. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC. SENTENÇA PROFERIDA PELO JUÍZO DA 12ª VARA CÍVEL DA CIRCUNSCRIÇÃO ESPECIAL JUDICIÁRIA DE BRASÍLIA/DF NA ACÇÃO CIVIL COLETIVA N. 1998.01.1.016798-9 (IDEC X BANCO DO BRASIL). EXPURGOS INFLACIONÁRIOS OCORRIDOS EM JANEIRO DE 1989 (PLANO VERÃO). EXECUÇÃO/LIQUIDAÇÃO INDIVIDUAL. FORO COMPETENTE E ALCANCE OBJETIVO E SUBJETIVO DOS EFEITOS DA SENTENÇA COLETIVA. OBSERVÂNCIA À COISA JULGADA.

1. Para fins do art. 543-C do Código de Processo Civil: a) a sentença proferida pelo Juízo da 12ª Vara Cível da Circunscrição Especial Judiciária de Brasília/DF, na ação civil coletiva n. 1998.01.1.016798-9, que condenou o Banco do Brasil ao pagamento de diferenças decorrentes de expurgos inflacionários sobre cadernetas de poupança ocorridos em janeiro de 1989 (Plano Verão), é aplicável, por força da coisa julgada, indistintamente a todos os detentores de caderneta de poupança do Banco do Brasil, independentemente de sua residência ou domicílio no Distrito Federal, reconhecendo-se ao beneficiário o direito de ajuizar o cumprimento individual da sentença coletiva no Juízo de seu domicílio ou no Distrito Federal; b) os poupadores ou seus sucessores detêm legitimidade ativa - também por força da coisa julgada -, independentemente de fazerem parte ou não dos quadros associativos do Idec, de ajuizarem o cumprimento individual da sentença coletiva proferida na Ação Civil Pública n. 1998.01.1.016798-9, pelo Juízo da 12ª Vara Cível da Circunscrição Especial Judiciária de Brasília/DF.

2. Recurso especial não provido” (STJ), Resp n. 1.391.198/RS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, julgado em 13/8/2014).

Dos fundamentos do voto, no que interessa ao deslinde da controvérsia, extrai-se o seguinte:

[...]

7. A principal questão controvertida afetada sob o rito dos recursos repetitivos consiste em saber: a) se a sentença proferida pelo Juízo da 12ª Vara Cível da Circunscrição Especial Judiciária de Brasília/DF, na ação civil coletiva n. 1998.01.1.016798-9 - e que condenou o Banco do Brasil ao pagamento de diferenças decorrentes de expurgos inflacionários sobre cadernetas de poupança ocorridos em janeiro de 1989 (Plano Verão) -, é aplicável, por força da coisa julgada, indistintamente a todos os detentores de caderneta de poupança do Banco do Brasil, independentemente de sua residência ou domicílio no Distrito Federal, e b) assim como se há legitimidade dos poupadores, independentemente de fazerem parte dos quadros associativos do Idec.

[...]

Nesse passo, consigno que a sentença prolatada na ação civil pública dispôs:

[...]

Igualmente, tenho por arredada a questão da inépcia da inicial, posto não ter sido delimitada a “abrangência” da ação. É que uma vez acolhida a tese esposada na exceção de incompetência, remetendo-se os autos para a Justiça do Distrito Federal, considerou-se o âmbito nacional da demanda, como aliás, leciona Ada Pellegrini Grinover, ao comentar o art. 93 do CDC, na obra acima destacada, fls. 551/552, verbis :

“... Mas sendo o dano de âmbito nacional, a competência territorial será sempre do Distrito Federal; isso para facilitar o acesso à Justiça e o próprio exercício do direito de defesa por parte do réu...”

Fica portanto, extirpadas de dúvidas a abrangência nacional e o efeito erga omnes.

Em face do exposto, rejeito as preliminares arguidas. Passo ao estudo do mérito, assim. Trata-se de Ação Civil Pública onde a entidade autora postula a condenação da requerida ao pagamento da correção de 48,16% (quarenta e oito inteiros e dezesseis décimos percentuais) aos consumidores que com ela mantinham [...]

[...]

A matéria posta foi objeto de várias ações movidas contra instituições financeiras por todo o Brasil, no período de 1990 a 1994, sendo que a presente tivera ajuizamento em 1993 e, devido a “deslocamentos” de competência, somente agora veio apta ao recebimento de sentença.

[...]

Nesse contexto, tenho por devida a incidência do índice expurgado dos cálculos quanto a todos os poupadores que mantinham conta poupança com a instituição ré no período em comento, ou seja, entre o dia primeiro de janeiro de publicação da medida provisória multicitada.

[...]

Pelo exposto, julgo procedente o pedido inaugural para condenar a ré, de forma genérica, observado o art. 95 do Código do Consumidor, a incluir o índice de 48,16% (quarenta e oito inteiros e dezesseis décimos percentuais) no cálculo do reajuste dos valores depositados nas contas de poupança com ela mantidas, em janeiro de 1989, até o advento da medida Provisória nº 82, tudo a ser apurado em liquidação de sentença.

[...]

7.3. Não há dúvida, pois, que a sentença prolatada na ação coletiva fixou o índice expurgado e abrangeu, indistintamente, todos aqueles que mantinham conta de poupança com o Banco recorrente, em janeiro de 1989 (Plano Verão).

Nesse sentido, menciona-se precedente da Quarta Turma contido no Resp 1.348.425/DF, relatora Ministra Isabel Gallotti, assim ementado:

PROCESSO CIVIL. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LIMITES SUBJETIVOS DA SENTENÇA. COISA JULGADA. CUMPRIMENTO INDIVIDUAL DE SENTENÇA COLETIVA.

1. A sentença genérica proferida na ação civil coletiva ajuizada pelo Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor, que condenou o Banco do Brasil ao pagamento de diferenças decorrentes de expurgos inflacionários sobre cadernetas de poupança ocorridos em janeiro de 1989, dispôs que seus efeitos teriam abrangência nacional, erga omnes. Não cabe, após o trânsito em julgado, questionar a legalidade da determinação, em face da regra do art. 16 da Lei 7.347/85 com a redação dada pela Lei 9.494/97, questão expressamente repelida pelo acórdão que julgou os embargos de declaração opostos ao acórdão na apelação. Precedente: Resp 1243887/PR, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Corte Especial, DJe 12/12/2011. 2. Recurso especial conhecido e provido. (Resp 1348425/DF, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 05/03/2013, DJe 24/05/2013)

Nesse mencionado precedente, Sua Excelência dispôs:

Os recorrentes, domiciliados no estado de São Paulo e com conta poupança na mesma unidade da federação, pretendem a liquidação e execução de sentença coletiva proferida no Distrito Federal que condenou o Banco do Brasil S/A, “de forma genérica, observado o art. 95, do Código do Consumidor, a incluir o índice de 48,16% (quarenta e oito inteiros e dezesseis décimos percentuais) no cálculo do reajuste dos valores depositados nas contas de poupança com ela mantidas em janeiro de 1989, até o advento da Medida Provisória nº 32, tudo a ser apurado em liquidação de sentença” (e-stj fl. 170), como se colhe da sentença proferida na ação civil pública ajuizada pelo IDEC - Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor.

Acontece que o referido Instituto havia demandado inicialmente no estado de São Paulo, acolhendo o Juízo exceção de incompetência, aforada pelo próprio Banco do Brasil S/A, ao fundamento de que “o objetivo do IDEC é obter uma única sentença, permitindo a todos o recebimento dos índices expurgados da poupança, sem que cada um dos poupadores tenha que promover sua demanda individualmente” (e-stj fl. 153). Assim, concluiu que, ‘por abranger toda uma coletividade no âmbito nacional, a ação deve ser proposta na sede do Banco do Brasil S/A, situado no Distrito Federal’ [destaquei].

A decisão foi alvo de recurso, confirmada pelo Tribunal estadual, nos termos do acórdão de e-stj fls. 154/156.

O Juízo da 12ª Vara Cível de Brasília, ao qual redistribuída a ação, proferiu sentença na qual rejeitou a preliminar de inépcia da inicial, argüida sob o fundamento de não ter sido delimitada a abrangência da ação. Considerando “o âmbito nacional da demanda, como aliás, leciona Ada Pellegrini Grinover, ao comentar o art. 93, do CDC” (e-stj fl. 165), concluiu ser “extreme de dúvidas a abrangência nacional e o efeito erga omnes” [destaquei] da ação, confirmando, portanto, a competência jurisdicional do Distrito Federal para o exame da questão.

A sentença de procedência foi integralmente confirmada pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal, a despeito de pedido expresso no recurso de apelação do Banco do Brasil de “restrição dos efeitos da sentença aos limites da competência territorial, conforme a interpretação do artigo 16 da Lei da Ação Civil Pública”.

Omisso o acórdão que julgou a apelação quando à questão referente à eficácia territorial da sentença, nos termos do art. 16 citado, em face de embargos de declaração o Tribunal de Justiça corroborou os termos da sentença, enfatizando: ‘no que respeita ao alcance da sentença, levou-se em conta âmbito nacional da demanda’, concluindo não ser possível rejulgar a causa em sede de embargos de declaração (e-STJ 180).

Segundo a certidão expedida pelo Diretor de Secretaria da 12ª Vara Cível de Brasília, o referido acórdão foi mantido no julgamento do recurso especial, tendo sido negado provimento ao agravo regimental no recurso extraordinário, com trânsito em julgado em 27.10.2009 (e-STJ fl. 125).

O que o Banco do Brasil não obteve por meio de apelação e embargos de declaração na ação civil pública foi conseguido na fase de execução de sentença, na medida em que o juízo de origem considerou que o título executivo beneficia apenas os residentes e domiciliados no Distrito Federal.

Assim decidiu invocando o art 16 da Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347/85 com a redação dada pela Lei 9.494/97).

Penso que a sentença é clara ao afirmar a sua abrangência nacional e o efeito erga omnes, assertiva esta que não perde a sua força dispositiva em razão de estar formalmente situada no âmbito da parte da sentença destinada à fundamentação, sem ter sido formalmente reproduzida no dispositivo.

Ademais, o dispositivo da sentença deve ser interpretado de forma coerente com a sua fundamentação.

[...]

Com isso, se na ação civil pública foi pedida eficácia nacional da sentença a ser proferida, motivo este da declinação da competência de São Paulo para o Distrito Federal; se tais razões foram expressamente acolhidas pelo juízo de primeiro grau e confirmadas pelo acórdão tomado do julgamento da apelação, rejeitando-se pleito de limitação dos efeitos da sentença ao território do Distrito Federal, deduzido precisamente com base no art. 16, não cabe restringir os efeitos subjetivos da sentença após o trânsito em julgado.

Manifesta, portanto, a ofensa à coisa julgada.

Nesse sentido, recente acórdão da Corte Especial:

[...]

No caso em análise, importa à solução da controvérsia apenas a tese resumida no item 1.2 do Resp 1243887/PR. Não se discute a competência do juízo para a liquidação e execução da sentença na ação coletiva, matéria tratada no item 1.1. Isso porque a sentença e o acórdão recorrido afirmaram a inexistência de título executivo em favor dos poupadores domiciliados fora do Distrito Federal. A execução foi extinta por falta de título. Não se cuidou de mera declinação de competência.

Não cabe, aqui, decidir acerca da correção do acórdão transitado em julgado que definiu o alcance nacional do título exequendo. Mesmo que se entenda que tal acórdão violou o art. 16 da Lei da ACP, este erro não impede o trânsito em julgado da decisão judicial, a qual somente poderia ser desconstituída por meio de ação rescisória. Até as sentenças proferidas por juízes absolutamente incompetentes, do que não se cogita, transitam em julgado (CPC, art. 485, II).

A questão está pacificada no âmbito desta Corte, com inúmeros julgados no mesmo sentido, não havendo nenhuma posição contrária entre os integrantes desta colendo Seção, em se tratando de aplicar a coisa julgada no caso em julgamento.

Apenas como exemplos no mesmo diapasão, são os seguintes precedentes das Turmas que compõem a Segunda Seção: Edcl no Resp 1338484/DF, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, Terceira Turma; AgRg nos Edcl no Resp 1322002/DF, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, Quarta Turma.

No mesmo sentido, dentre tantas outras, as seguintes decisões monocráticas: Resp 1.303.849/RS, Rel. Marco Buzzi; AREsp 485.774/RS, Rel. Ministra Nancy Andrighi; AREsp 501.116/RS, Rel. Min. Sidnei Beneti; Resp 1.344.053/SC, Rel. Min. Raul Araújo.

De todo modo, como é elementar, em linha de princípio, em havendo coisa julgada material, só mediante ações autônomas de impugnação - ação rescisória ou querela nullitatis insanabilis -, com amplo contraditório e participação como parte do substituto processual que manejou a ação coletiva, se poderia cogitar em sua desconstituição. Ou ainda, por hipótese, se a própria Suprema Corte, ao apreciar os efeitos de sua decisão vinculante, entendesse por repercutir também em casos que ostentem o trânsito em julgado.

8. Assim, as teses a serem firmadas para efeito do art. 543-C do Código de Processo Civil, são as seguintes:

a) a sentença proferida pelo Juízo da 12ª Vara Cível da Circunscrição Especial Judiciária de Brasília/DF, na ação civil coletiva n. 1998.01.1.016798-9, que condenou o Banco do Brasil ao pagamento de diferenças decorrentes de expurgos inflacionários sobre cadernetas de poupança ocorridos em janeiro de 1989 (Plano Verão), é aplicável, por força da coisa julgada, indistintamente a todos os detentores de caderneta de poupança do Banco do Brasil, independentemente de sua residência ou domicílio no Distrito Federal, reconhecendo-se ao beneficiário o direito de ajuizar o cumprimento individual da sentença coletiva no Juízo de seu domicílio ou no Distrito Federal.

b) os poupadores ou seus sucessores detêm legitimidade ativa – também por força da coisa julgada –, independentemente de fazerem parte ou não dos quadros associativos do Idec, de ajuizarem o cumprimento individual da sentença coletiva proferida na Ação Civil Pública n. 1998.01.1.016798-9, pelo Juízo da 12ª Vara Cível da Circunscrição Especial Judiciária de Brasília/DF.

9. No caso, nego provimento ao recurso especial (STJ - Resp n. 1.391.198/RS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, julgado em 13/8/2014).

Aliás, o Superior Tribunal de Justiça, decidindo recursos interpostos pelo Banco do Brasil S/A, tem orientado:

RECURSO ESPECIAL. PROCESSO CIVIL. MATÉRIA PREQUESTIONADA. EXECUÇÃO INDIVIDUAL DE SENTENÇA COLETIVA. IDEC X BANCO DO BRASIL. CONDENAÇÃO DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. PLANO VERÃO. CADERNETAS DE POUPANÇA COM VENCIMENTO EM JANEIRO DE 1989. FORO COMPETENTE. ALCANCE OBJETIVO E SUBJETIVO DOS EFEITOS DA SENTENÇA COLETIVA. EXEQUENTES NÃO DOMICILIADOS NO DISTRITO FEDERAL. ABRANGÊNCIA NACIONAL DA DEMANDA. COISA JULGADA.

[...]

2. “A liquidação e a execução individual de sentença genérica proferida em ação civil coletiva pode ser ajuizada no foro do domicílio do beneficiário, porquanto os efeitos e a eficácia da sentença não estão circunscritos a lindes geográficos, mas aos limites objetivos e subjetivos do que foi decidido, levando-se em conta, para tanto, sempre a extensão do dano e a qualidade dos interesses metaindividuais postos em juízo (arts. 468, 472 e 474, CPC e 93 e 103, CDC)” (Resp 1243887/PR, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Corte Especial, DJe 12/12/2011).

3. Assentado por ambas as Turmas de direito privado do STJ (Resp 1.321.417/DF, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma e Resp 1.348.425/DF, rel. Min. Isabel Gallotti, Quarta Turma) que a sentença proferida na ação civil pública n. 1998.01.1.016798-9 se aplica indistintamente a todos os correntistas do Banco do Brasil detentores de caderneta de poupança com vencimento em janeiro de 1989, independentemente de sua residência ou domicílio no Distrito Federal, forçoso reconhecer que o beneficiário poderá ajuizar o cumprimento individual da sentença coletiva no Juízo de seu domicílio.

4. Agravo regimental não provido” (STJ – AgRg no Resp 1372364/DF, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, DJe de 17/06/2013 – grifou-se).

[...]

4. A questão do alcance subjetivo de sentença genérica proferida na Ação Civil Pública n. 1998.01.1.016798-9

já foi decidida em sede de recurso repetitivo. Em virtude do pedido formulado na ação civil pública, julgado precedente, bem como do trânsito em julgado da referida ação, não há como se restringir o seu alcance subjetivo, que atinge todos os detentores de cadernetas de poupança na referida instituição financeira em janeiro de 1989, sem qualquer restrição quanto ao seu domicílio no território nacional.

O Superior Tribunal de Justiça entende, ainda, que os poupadores ou seus sucessores detêm legitimidade ativa - também por força da coisa julgada -, independentemente de fazerem parte ou não dos quadros associativos do Idec, de ajuizarem o cumprimento individual da sentença coletiva proferida na Ação Civil Pública n. 1998.01.1.016798-9, pelo Juízo da 12ª Vara Cível da Circunscrição Especial Judiciária de Brasília/DF” (STJ – Resp 1575244, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, DJe de 07/12/2016 – grifou-se).

Portanto, do mesmo modo, neste ponto, o aresto combatido alinhou-se à decisão paradigma, donde se extrai:

[...]

A pretensão de reconhecimento da ilegitimidade ativa e da extinção da ação em face do que teria sido decidido no recurso extraordinário n. 573.232/SC é de pronto repelida. Primeiro, porque o recurso extraordinário n. 573.232/SC já foi julgado definitivamente pelo Supremo Tribunal Federal em sessão de 14.5.2014, nada mais havendo para ser decidido. Segundo, porque o tema lá tratado - balizas subjetivas do título judicial formalizado em ação proposta por associação de classe - não tem incidência no caso aqui examinado. Terceiro, porque a ação originária do mencionado recurso extraordinário retrata pretensão relacionada a direitos coletivos strictu sensu (a ação foi proposta pela ACMP - Associação Catarinense do Ministério Público e tinha por objetivo a recomposição de percentual da remuneração dos promotores de justiça que atuaram com jurisdição eleitoral entre 1994 e 1999 no estado de Santa Catarina) e está amparada no artigo 81, parágrafo único, inciso II, do Código de Defesa do Consumidor (tutela dos direitos coletivos transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base).

Pode-se afirmar, então, que o julgamento do recurso extraordinário n. 573.232/SC não guarda relação com a situação encontrada nos presentes autos, que é de efetivação de direitos individuais homogêneos, a pretensão que está amparada no inciso III do parágrafo único do artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor.

Dito de outro modo e agora com mais ênfase: a sentença proferida na ação civil pública promovida pelo IDEC contra o Banco do Brasil S/A tem efeitos erga omnes em razão do artigo 103, inciso III, do Código de Defesa do Consumidor, e os autores das ações individuais são “abstrata e genericamente beneficiados” (DIDIER JR., Fredie; ZANETTI JR., Hermes. Curso de direito processual civil - processo coletivo. 9. ed., Salvador: Juspodivm, 2014, v. 4, p. 70-71).

Assim, inexistente a possibilidade de exigir a prévia autorização para o ingresso da ação civil pública ou a demonstração de que, ao tempo do ajuizamento da ação coletiva, era a parte associada à entidade autora, o que afasta do caso concreto a observância do recurso extraordinário n. 573.232/SC.

Não fosse suficiente, a sentença proferida na ação civil pública que condenou a instituição financeira ao pagamento das diferenças decorrentes dos expurgos inflacionários sobre cadernetas de poupança, ocorrido em janeiro de 1989 (Plano Verão), pode ser executada pelo poupador no juízo do seu domicílio ou naquele em que foi ajuizada a ação civil pública, independentemente da demonstração do vínculo associativo com a entidade autora da ação coletiva. **O tema já não mais comporta discussão em razão da decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do recurso especial representativo de controvérsia n.**

1.391.198, do Rio Grande do Sul, Segunda Seção, relator o ministro Luis Felipe Salomão, em 13.8.2014
(fls. 25/27 - grifou-se).

Destarte, ressoa incontestemente que os referidos paradigmas, ao contrário do que entende o agravante, aplicam-se ao caso debatido nestes autos.

Impende anotar que, a decisão do Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário n. 573.232 (Tema 82/STF) - referente à legitimidade de entidade associativa de promover execuções, na qualidade de substituta processual independentemente da autorização de cada um de seus filiados -, e a decisão posterior proferida no Recurso Extraordinário n. 885.658, que se remete ao RE n. 573.232, além da matéria tratada nesses recursos não guardar relação com o objeto da presente demanda, é inviável a aplicação da sistemática da repercussão geral na via do recurso especial, porque, nesse caso, caberia ao recorrente interpor, necessariamente, recurso extraordinário, ante a competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal para a análise de questão constitucional (art. 102, III, da CF/88).

A propósito, “*a via especial é inadequada para análise de arguição de contrariedade a texto constitucional, sob pena de usurpação da competência atribuída ao STF*” (STJ - AgRg no AREsp 457.846/ES, Rel^a. Ministra Maria Isabel Gallotti, julgado em 07/08/2014).

Assim, o desprovimento do presente recurso é medida que se impõe.

3. Na espécie, o agravo interno é manifestamente improcedente, porquanto dirigido contra decisão que, sustentada na orientação firmada pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento de recurso especial representativo de controvérsia repetitiva (art. 1.030, inciso I, alínea *b*; ou art. 1.040, inciso I, do CPC), negou seguimento a recurso especial, razão pela qual se comina ao agravante a multa prevista no § 4º do art. 1.021 do Código de Processo Civil, segundo o qual “quando o agravo interno for declarado manifestamente inadmissível ou improcedente em votação unânime, o órgão colegiado, em decisão fundamentada, condenará o agravante a pagar ao agravado multa fixada entre um e cinco por cento do valor atualizado da causa”.

LUIZ GUILHERME MARINONI, referindo-se ao § 4º do art. 1.021 do Código de Processo Civil, anotou:

[...] nesse caso há dever de imposição da multa, na medida em que com isso o legislador busca resguardar a seriedade na interposição do recurso, evitando a proliferação de recursos meramente protelatórios ou temerários (trata-se, portanto, de técnica voltada não só a promoção da boa fé processual, art. 5º, CPC, mas também a concretização do direito ao processo com duração razoável, arts. 5º, LXXVIII, CF, e 4º, CPC). Condenado o agravante, a interposição de qualquer outro recurso está condicionada ao depósito prévio do valor da multa prevista no § 4º, à exceção do beneficiário de gratuidade judiciária e da Fazenda Pública, que farão o pagamento ao final (art. 1.021, § 5º, CPC) (Novo Código de Processo Civil comentado/ Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart, Daniel Matidiero. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 1082) (grifou-se).

A propósito, orienta o Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. APLICABILIDADE. NÃO OBSERVÂNCIA DO ART. 37, II, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. CULPA RECÍPROCA. EQUIPARAÇÃO. DIREITO AOS DEPÓSITOS DO FGTS. ART. 19-A DA LEI N. 8.036/90. PRECEDENTES DO STJ E STF. ARGUMENTOS INSUFICIENTES PARA DESCONSTITUIR A DECISÃO ATACADA. AGRAVO INTERNO CONTRA DECISÃO FUNDAMENTADA NAS SÚMULAS 83 E 568/STJ (PRECEDENTE JULGADO SOB O REGIME DA REPERCUSSÃO GERAL, SOB O RITO DOS RECURSOS REPETITIVOS OU QUANDO HÁ JURISPRUDÊNCIA PACÍFICA SOBRE O TEMA). MANIFESTA IMPROCEDÊNCIA. APLICAÇÃO DE MULTA. ART. 1.021, § 4º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. CABIMENTO.

I - Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. In casu, aplica-se o Código de Processo Civil de 2015.

II - Esta Corte, no julgamento do Resp n. 1.110.848/RN, submetido ao rito do art. 543-C do Código de Processo Civil, firmou entendimento segundo o qual, a não observância do art. 37, II, da Constituição da República, equipara-se à culpa recíproca, ensejando, assim, a possibilidade de levantamento dos depósitos em conta vinculada do FGTS, a teor do art. 19-A, da Lei n. 8.036/90.

III - Não apresentação de argumentos suficientes para desconstituir a decisão recorrida.

IV - Em regra, descabe a imposição da multa prevista no art. 1.021, § 4º, do Código de Processo Civil de 2015 em razão do mero improvimento do Agravo Interno em votação unânime, sendo necessária a configuração da manifesta inadmissibilidade ou improcedência do recurso a autorizar sua aplicação.

V - Considera-se manifestamente improcedente e enseja a aplicação da multa prevista no art. 1.021, § 4º, do Código de Processo Civil de 2015 nos casos em que o Agravo Interno foi interposto contra decisão fundamentada em precedente julgado sob o regime da Repercussão Geral, sob o rito dos Recursos Repetitivos ou quando há jurisprudência pacífica da 1ª Seção acerca do tema (Súmulas ns. 83 e 568/STJ).

VI - Agravo Interno improvido, com aplicação de multa de 1% (um por cento) sobre o valor atualizado da causa. (AgInt no Resp n. 1.703.414/MG, Rel. Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, julgado em 08/02/2018, DJe 22/02/2018) (grifou-se).

No mesmo sentido:

AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. CONTRATO DE PARTICIPAÇÃO FINANCEIRA. DIVIDENDOS. TERMO FINAL. SÚMULA 83/STJ. RECURSO MANIFESTAMENTE IMPROCEDENTE. APLICAÇÃO DE MULTA. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.

1. A ego. Segunda Seção do STJ firmou, em sede de julgamento de recurso especial representativo de controvérsia, a tese de que, “no caso das ações convertidas em perdas e danos, é devido o pagamento de dividendos desde a data em que as ações deveriam ter sido subscritas, até a data do trânsito em julgado do processo de conhecimento, incidindo juros de mora e correção monetária” (Resp 1.301.989/RS, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, DJe de 19/3/2014).

2. O agravo interno mostra-se manifestamente improcedente, pois interposto contra decisão fundamentada em entendimento firmado em recurso especial sob o regime do art. 543-C do CPC/73 (recurso repetitivo), ensejando a aplicação da multa prevista no artigo 1.021, § 4º, do CPC/2015, no montante equivalente a 1% sobre o valor atualizado da causa, ficando a interposição de qualquer outro recurso condicionada ao depósito da respectiva quantia, nos termos do § 5º do citado artigo de lei.

3. Agravo interno a que se nega provimento, com aplicação de multa. (AgInt no Resp n. 1.360.149/RS, Rel. Ministro Lázaro Guimarães (Desembargador Convocado do TRF 5ª Região), Quarta Turma, julgado em 17/10/2017, DJe 25/10/2017) (grifou-se).

Pelo exposto, voto no sentido de conhecer do recurso e negar-lhe provimento, condenando-se o agravante a pagar à parte contrária a multa de 1% (um por cento) sobre o valor atualizado da causa (art. 1.021, § 4º, do CPC), ficando condicionada a interposição de qualquer outro recurso ao depósito prévio do respectivo valor (art. 1.021, § 5º, do CPC).

Agravo Interno n. 0127017-88.2014.8.24.0000/50007, da Capital

Relator: Desembargador Carlos Adilson Silva

AGRAVO INTERNO. DECISÃO DA 2ª VICE-PRESIDÊNCIA QUE NEGOU SEGUIMENTO A RECURSO EXTRAORDINÁRIO, NA FORMA DO ART. 1.030, INCISO I, ALÍNEA “A”, DO CPC/2015.

DECISÃO DA CÂMARA DE ORIGEM DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. ESTRITA OBSERVÂNCIA AO ART. 93, IX, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, E AO ART. 489, § 1º, DO CPC. *DECISUM* QUE, ASSIM, SE FILIA AO ENTENDIMENTO CONSOLIDADO PELA CORTE SUPREMA EM SEDE DE REPERCUSSÃO GERAL (AI N. 791.292/PE – TEMA 339). INEXISTÊNCIA DE EQUÍVOCO NO CORRESPONDENTE ENQUADRAMENTO. NEGATIVA DE SEGUIMENTO ADEQUADA.

O Supremo Tribunal Federal, em julgamento de recurso submetido à sistemática da repercussão geral, firmou orientação no sentido de que “o art. 93, IX, da Constituição Federal exige que o acórdão ou decisão sejam fundamentados, ainda que sucintamente, sem determinar, contudo, o exame pormenorizado de cada uma das alegações ou provas, nem que sejam corretos os fundamentos da decisão” (AI n. 791.292/PE, rel. Ministro Gilmar Mendes, j. 23-6-2010 - Tema 339).

AUSÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, NO JULGAMENTO DO ARE 748.371-RG/MT, PARA DISCUSSÃO DE MATÉRIA RELACIONADA À OFENSA AOS PRINCÍPIOS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO (ART. 5º, LIV E LV, DA CF), QUANDO A ANÁLISE DA ALEGAÇÃO DEPENDER DE PRÉVIO EXAME DE LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL (TEMA 660). TESE PARADIGMA ACERTADAMENTE APLICADA À HIPÓTESE.

O Pretório Excelso sedimentou inexistir repercussão geral quando alegada “suposta violação aos princípios do contraditório, da ampla defesa, dos limites da coisa julgada e do devido processo legal”, e o julgamento da causa for “dependente de prévia análise da adequada aplicação das normas infraconstitucionais” [...] (ARE 748.371 RG/MT, rel. Ministro Gilmar Mendes, julgado em 06/06/2013).

RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. AGRAVO MANIFESTAMENTE IMPROCEDENTE. COMINAÇÃO DE MULTA AO PATAMAR DE 1% DO VALOR ATUALIZADO DA CAUSA.

O manejo de agravo interno manifestamente inadmissível ou improcedente autoriza a imposição de multa, com fundamento no art. 1.021, § 4º, do CPC/2015, ficando condicionada a interposição de qualquer outro recurso ao depósito do valor arbitrado.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno n. 0127017-88.2014.8.24.0000/50007, da Capital Unidade da Fazenda Pública em que é Agravante SINJUSC Sindicato dos Servidores do Poder Judiciário do Estado de Santa Catarina e Agravado o Estado de Santa Catarina.

A Câmara de Recursos Delegados decidiu, por votação unânime, conhecer do agravo interno e negar-lhe provimento, bem como condenar o agravante a pagar à parte agravada a multa de 1% sobre o valor atualizado da causa (art. 1.021, § 4º, do CPC), ficando condicionada a interposição de qualquer outro recurso ao depósito prévio do valor arbitrado. Custas legais.

O julgamento, realizado no dia 26 de junho de 2019, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Moacyr

de Moraes Lima Filho, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. Altamiro de Oliveira. Funcionou como representante do Ministério Público o Exmo. Sr. Dr. Abel Antunes de Mello.

Florianópolis, 27 de junho de 2019.

Desembargador Carlos Adilson Silva
Relator

RELATÓRIO

SINJUSC Sindicato dos Servidores do Poder Judiciário do Estado de Santa Catarina interpôs o presente agravo interno contra decisão da 2ª Vice-Presidência desta Corte que, nos termos do art. 1.030, inciso I, alínea “a”, do CPC/2015, e amparada em precedentes do Supremo Tribunal Federal (AI n. 791.292/PE, j. 23-6-2010 – Tema 339; ARE n. 748.371 RG/MT, j. 6-6-2013 – Tema 660), negou seguimento ao recurso extraordinário interposto (fls. 1186-1.190).

De acordo com a insurgência, houve equívoco no enquadramento da matéria, não se subsumindo o caso dos autos aos entendimentos firmados nos arestos paradigmáticos.

Nesses termos, precisamente quanto ao Tema 660, salienta a parte agravante (fls. 1.196-1.200):

[...] a controvérsia do caso em exame, na contramão do paradigma, não se limita à má aplicação de legislação infraconstitucional, estando calcada, isto sim, em manifesta ofensa a dispositivos de índole constitucional, conforme infere do recurso interposto: [...].

Ademais disso, a própria violação ao art. 5º, XXXV e LV da CF, é questão que ultrapassa matéria ordinária, porque atinge o próprio direito fundamental (*due process of law*) do agravante, que se viu privado do direito de ser ouvido por este tribunal, bem como de influenciar na decisão judicial; o que justamente recai na exceção apontada pelo próprio ARE n. 748.371/MT: [...].

A mais disso, esclarece (fl. 1.201):

Sobre o último paradigma (Tema 339, AI-QO-RG 791.292), também há condicionante à sua aplicabilidade, pois tem incidência apenas nos casos em que o jurisdicionado suscita alegada ofensa (ao art. 93, IX, da CRFB) com o propósito de ver examinado cada um dos argumentos do recurso interposto.

Contudo, não é disso que trata o caso dos autos, porque no recurso extraordinário interposto, no ponto, buscou-se apreciação apenas três fundamentos recursais determinantes e com aptidão para infirmar a conclusão do acórdão, cujo enfrentamento não poderia ter se furtado o Colegiado: [...].

Pugna, em arremate, pelo total provimento do reclamo, mediante o que pretende ver reformada “[...] a decisão recorrida, para o efeito de dar seguimento ao recurso extraordinário interposto pelo agravante, determinando-se sua remessa ao E. STF, para que seja apreciado e, ao fim, provido” (fl. 1.203).

Em sede de contrarrazões, o Estado de Santa Catarina suscitou, preliminarmente, o descabimento do gênero recursal sob enfoque, ante ofensa ao princípio da unirrecorribilidade; no mérito, defendeu a inexistência de *distinguishing* na espécie, mormente porque inexistente a cogitada transgressão aos dispositivos constitucionais verberados – art. 5º, incisos XXXV, LIV, LV e art. 93, IX, da CRFB (fls. 1.242-1.247).

Mais adiante, o provimento agravado resistiu incólume ao juízo de retratação (fl. 1.263), após o que os autos foram encaminhados à Secretaria desta Câmara de Recursos Delegados para inclusão em pauta, nos termos do artigo 75 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina.

Na sequência, vieram os autos conclusos.

É a síntese do essencial.

VOTO

De início, registre-se que a publicação da decisão recorrida é posterior à vigência do Código de Processo Civil de 2015. Dessarte, o processamento do recurso deve obediência aos ditames da novel codificação, à luz do disposto no Enunciado Administrativo n. 3 do Superior Tribunal de Justiça, senão vejamos: “aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC”.

Superado esse introito, procede-se à análise das razões declinadas na presente insurgência.

Quanto ao Tema 339 do STF, sustenta a parte agravante que o recurso extraordinário por ela manejado destoa da *ratio decidendi* cristalizada no correspondente recurso representativo.

Isso porque, segundo alega, a rebeldia excepcional apresentou três fundamentos determinantes para infirmar a conclusão do acórdão outrora recorrido, o que não se confunde com a orientação consagrada no aresto paradigma em referência, cuja aplicabilidade, ainda de acordo com a irresignação, acha-se condicionada aos casos em que o jurisdicionado tenciona reexame “[...] de cada um dos argumentos do recurso interposto” (fl. 1.201).

Adiante-se, desde logo, que a tese não prospera.

Pertinente consignar que no julgamento do recurso-piloto acoimado, o Supremo Tribunal Federal ratificou jurisprudência consolidada no sentido de que “[...] o art. 93, IX, da Constituição Federal exige que o acórdão ou decisão sejam fundamentados, ainda que sucintamente, sem determinar, contudo, o exame pormenorizado de cada uma das alegações ou provas”.

Nesse sentido, transcrevo a ementa do aresto utilizado como referência (AI n. 791.292 - Tema 339/STF):

Questão de ordem. Agravo de Instrumento. Conversão em recurso extraordinário (CPC, art. 544, §§ 3º e 4º). 2. Alegação de ofensa aos incisos XXXV e LX do art. 5º e ao inciso IX do art. 93 da Constituição Federal. Inocorrência. 3. **O art. 93, IX, da Constituição Federal exige que o acórdão ou decisão sejam fundamentados, ainda que sucintamente, sem determinar, contudo, o exame pormenorizado de cada uma das alegações ou provas, nem que sejam corretos os fundamentos da decisão.** 4. Questão de ordem acolhida para reconhecer a repercussão geral, reafirmar a jurisprudência do Tribunal, negar provimento ao recurso e autorizar a adoção dos procedimentos relacionados à repercussão geral (STF, AI n. 791.292/PE, rel. Ministro Gilmar Mendes, j. 23-06-2010 - Tema 339, grifou-se).

Por oportuno, dos fundamentos do voto, calha destacar:

[...] A matéria trazida nestes autos se refere à alegação de negativa de prestação jurisdicional por ausência de fundamentação, em ofensa aos arts. 5º, XXXV e LV, e 93, IX, da Constituição Federal.

Antiga é a jurisprudência desta Corte segundo a qual o art. 93, IX, da Constituição Federal exige que o acórdão ou decisão sejam fundamentados, ainda que sucintamente, sem determinar, contudo, o exame pormenorizado de cada uma das alegações ou provas, nem que sejam corretos os fundamentos da decisão.

Nesse sentido há reiterados julgados do Tribunal Pleno, entre os quais o MS 26.163, Rel. Min. Cármen Lúcia DJe 5.9.2008; e o RE 418.416, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 19.12.2006, cito a ementa deste último julgado, na parte que interessa:

“Decisão judicial: fundamentação: alegação de omissão de análise de teses relevantes da Defesa: recurso extraordinário: descabimento. Além da falta do indispensável prequestionamento (Súmulas 282 e 356), não há violação dos arts. 5º, LIV e LV, nem do art. 93, IX, da Constituição, que não exige o exame pormenorizado de cada uma das alegações ou provas apresentadas pelas partes, nem que sejam corretos os fundamentos da decisão; exige, apenas, que a decisão esteja motivada, e a sentença e o acórdão recorrido não descumpriram esse requisito (v.g., RE 140.370, 1ª T., 20.4.93, Pertence, DJ 21.5.93; AI 242.237 – AgR, 1ª T., 27.6.00, Pertence, DJ 22.9.00).”

[...]

No que concerne ao procedimento aplicado aos casos em que já existe jurisprudência pacificada, o Plenário desta Corte, no julgamento do RE-QO 580.108, Rel. Ellen Gracie, sessão de 11.6.2008, entendeu que as matérias já sucessivamente enfrentadas por este Tribunal podem ser trazidas, em questões de ordem, a fim de que se afirme, de forma objetiva, e para cada uma, a aplicabilidade do regime de repercussão geral, sempre que presente a relevância sob os aspectos legais.

Dessa forma, o Tribunal definiu mecanismo próprio, que permite aos Tribunais, Turmas Recursais e de Uniformização a adotar os procedimentos relacionados à repercussão geral, como a retratação das decisões em contrariedade à jurisprudência desta Corte e a declaração de prejuízo dos recursos que atacam decisões conformes (§ 3º do art. 543-B, do Código de Processo Civil).

Assim, a presente questão de ordem visa a reafirmar a jurisprudência pacificada neste Tribunal segundo a qual o art. 93, IX, da Constituição Federal exige que o acórdão ou decisão sejam fundamentados, ainda que

sucintamente, sem determinar, contudo, o exame pormenorizado de cada uma das alegações ou provas, nem que sejam corretos os fundamentos da decisão. [...]

Compreendidas essas premissas, já se antevê o fracasso dos argumentos agitados pelo agravante quanto ao prefalado Tema 339 do STF.

Isso porque o acórdão proferido pelo Grupo de Câmaras de Direito Público, por ocasião do julgamento da ação rescisória subjacente, dota-se de circunstanciado detalhamento fático e de fundamentação jurídica suficiente, realçados pela aguda incursão nas questões que, na ótica dos membros julgadores, afiguraram-se essenciais à deslindação da hipótese controvertida.

É o que se deduz a partir dos trechos abaixo reproduzidos (fls. 1.055-1.064):

Convém principiar destacando que a decisão rescindenda foi proferida na vigência do Código de Processo Civil de 1973, sob cuja égide, também, veio a ser proposta a ação rescisória sob exame. Portanto, é esta mesma Codificação que deve parametrizar o deslinde da *actio*, consoante recolhe-se do seguinte aresto do Superior Tribunal de Justiça:

“[...] Ainda que o julgamento ocorra quando já em vigor o Código de Processo Civil de 2015, como a decisão recorrida foi publicada sob a égide da legislação processual civil anterior, quanto ao cabimento, aos demais pressupostos de admissibilidade e ao processamento do recurso, aplicam-se as regras do Código de Processo Civil de 1973, diante do fenômeno da ultratividade e do enunciado administrativo n. 2 do Superior Tribunal de Justiça. [...] (AgInt no Resp 1.482.669/SP, rel. Min. Francisco Falcão, j. 7.12.2017)”

In casu, a pretensão rescisória está alicerçada no art. 485, inc. V, do Código de Processo Civil/1973, vazado assim:

“Art. 485. A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:

[...]

V - violar literal disposição de lei”;

A matéria de fundo diz com alegado direito dos assistidos pelo Sindicato demandante de receberem o pagamento e de verem incorporado reajuste remuneratório fixado pela Lei n. 6.740/1985. Da fundamentação do *decisum*, desfavorável ao ente sindical autor, recolhe-se:

“O tema ora discutido nestes autos, inicialmente gerou certa polêmica. Existiram decisões deste Tribunal reconhecendo o direito à incorporação da terceira parcela, independentemente do reajuste de 44,5% posteriormente concedido, a saber: Apelação cível n.º 37.229, da Capital, Rel. Des. Cláudio Marques, voto vencido do eminente Desembargador Francisco de Oliveira Filho na apelação cível n.º 2005.012684-2 e apelação cível n.º 2006. 029996-6, de Tubarão, Rel. Des. Cid Goulart, sendo que esta última foi escorada em decisão administrativa.

O entendimento mais recente, no entanto, pondera que “os efeitos da Lei 6.745/85 cessaram com a edição da LC 90/93 que, instituindo o plano de cargos e salários para os servidores do Poder Judiciário, estabeleceu novos padrões para os seus vencimentos”. Assim, “ao estabelecer novo critério para a conversão em cruzados novos dos vencimentos, soldos, salários, pensões e outras remunerações dos servidores estaduais, a Lei 6.747/86 absorveu a terceira parcela da antecipação salarial de que trata a Lei 6.740/ 85” (Apelação cível n.º 2005.012684-2, da Capital, Rel. Des. Newton Trisotto).

Na mesma toada: Apelação cível n.º 2005.034475-6, da Capital, Rel. Des. Nicanor da Silveira, apelação cível n.º 2005.000557-9, da Capital, Rel. Des. Jaime Ramos, entre outros.

Com efeito, examinando a matéria colocada em debate, denoto que a Lei n.º 6.140/82, estabeleceu um reajuste semestral dos vencimentos dos servidores públicos estaduais, a serem implementados em 1º de abril e 1º de outubro de cada ano (art. 3º). Mais tarde, o Estado de Santa Catarina resolveu antecipar, por meio da Lei n.º 6.740/85, para implementar em três parcelas, no patamar de 10% (dez por cento) cada uma, o reajuste que seria dado em 1º de abril de 1986, sobre os vencimentos anteriormente fixados em 1º de outubro de 1985. O artigo 1º da Lei n.º 6.740/85 apregoou:

“Art. 1º. Fica autorizada antecipação de parte do reajuste de vencimento, salários, soldos, gratificações, pensões e proventos do Pessoal Civil e Militar, Ativo e Inativo, dos Quadros dos Três Poderes do Estado, da Magistratura e dos Corpos Deliberativo e Especial do Tribunal de Contas previsto para o dia 1º de abril de 1986, nos termos do artigo 3º da Lei nº 6.140, de 20 de setembro de 1982.

Parágrafo único. O reajuste de que trata este artigo será de 30% (trinta por cento), a contar de 1º de janeiro de 1986;

I - 10% (dez por cento), a contar de 1º de janeiro de 1986;

II - 10% (dez por cento), a contar de 1º de fevereiro de 1986;

III - 10% (dez por cento), a contar de 1º de março de 1986”.

Baseados nesta lei, os servidores receberam a primeira e a segunda parcelas do reajuste, que efetivamente se incorporaram à sua remuneração.

A terceira parcela não foi adimplida, em razão da entrada em vigor da Lei Estadual n.º 6.747/86, que estabeleceu novo critério para a conversão em cruzados novos dos vencimentos, soldos, salários, pensões e outras remunerações dos servidores estaduais. Por conta desta norma, com vigência retroativa à 1º de março de 1986 (art. 10), o reajuste salarial de 44,5% (quarenta e quatro vírgula cinco por cento) englobou os 10% (dez por cento) concedidos pela Lei n.º 6.740/85.

Perfilho deste entendimento, até mesmo pela própria dinâmica cronológica dos fatos, tendo em vista, principalmente, a determinação constante do artigo 10 da Lei n.º 6.747/86, no sentido de que esta norma produziria efeitos a partir do dia 1º de março de 1986. Dessa forma, o reajuste salarial, no patamar de 44,5% (Lei n.º 6.747/86), justamente por incidir a partir do mesmo mês em que estava previsto o pagamento da terceira parcela (não implementada), englobou esta última, no patamar de 10% (Lei n.º 6.740/85). Não há, portanto, quaisquer resíduos a pagar.

O caso dos presentes autos tem certa peculiaridade.

O autor/apelante, tentando desviar-se do cerne do embate, que facilmente seria resolvido na forma do entendimento jurisprudencial remansoso deste Tribunal, no sentido de que o reajuste da Lei n.º 6.747/86 absorveu a terceira parcela da antecipação salarial de que trata a Lei n.º 6.740/85, afirma que teve seu direito à incorporação, além dos 44,5%, dos 10% previsto na norma de 1985, em procedimento administrativo, cuja decisão foi prolatada em 2000, da lavra do então Desembargador Presidente desta Corte.

Aludida decisão administrativa, proferida no processo administrativo nº 72448-95.3, interposto pela Associação dos Servidores do Tribunal de Justiça – ASTJ, determinou a implementação da 3ª parcela devida aos servidores (equivalente a 10% da antecipação salarial) por entender que a não incorporação do aludido percentual equivale a descumprimento de lei. Tal decisão fundamentou-se no fato de que “*quisesse a Lei n. 6.747/86, dada a sua especificidade, querer complementar a anterior (Lei n. 6.740/85), em razão do seu hipotético não cumprimento (o não pagamento da última parcela de 10% (dez por cento), prevista no inciso III,*

do seu parágrafo único), faria menção expressa, a fim de evitar perplexidade e caos legislativo, o que não era e nem foi a intenção do legislador.” (TJSC - Apelação Cível n. 1988.046922-7, da Capital. Relator: Des. Cláudio Marques, j em 23.04.1992)

Logo, segundo argumenta o Sindicato apelante, a partir do momento que esta Corte reconheceu o direito pleiteado, concedeu o direito aos servidores de perceber tal incorporação retroativamente, até porque a referida lei disciplina que a terceira parcela deveria contar a partir de março de 1986.

Contudo, ao contrário do que aduz o recorrente, a decisão administrativa não tem o condão de transmutar o deslinde da presente demanda, haja vista não vincular a decisão do Poder Judiciário. Isso porque, não houve, por conta da decisão administrativa, em que pesem os esforços do apelante neste sentido, prejuízo a nenhum dos pedidos ventilados na inicial.

Dessa forma, para existir o sucesso do pedido acessório (cobrança dos valores atrasados), necessariamente deve haver a procedência do pedido principal, que seria justamente o reconhecimento judicial de que a incorporação da última parcela prevista na Lei n.º 6.740/85 seria devida, independentemente do reajuste oferecido pela Lei n.º 6.747/86.

Ocorre que, conforme os fundamentos supramencionados, o reajuste salarial de 44,5% (Lei n.º 6.747/86) absorveu sim a terceira parcela, não implementada, de 10% (Lei n.º 6.740/85), não havendo, destarte, quaisquer resíduos a pagar.

Como dito, ao revés do que pretende o Sinjusc às fls. 193/194, não houve perda parcial do objeto da ação pelo reconhecimento do direito pleiteado. (fls. 513 a 516)”

O Sindicato autor aduz que a nova norma (Lei n. 6.747/1986) não englobou a terceira parcela do aludido reajuste estipendiário, daí, pelo seu raciocínio, a Lei anterior (n. 6.740/1985) permaneceu vigendo, tipificando-se, então, malferimento ao disposto no *caput* do art. 2º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-lei n. 4.657/1942). *In verbis*:

“Art. 2º Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue”.

Invoca, ainda, o demandante, violação ao art. 6º, *caput*, e § 2º da mesma norma (Decreto-lei n. 4.657/1942), por desconsiderar direito adquirido. O preceptivo em foco estatui que:

“Art. 6º A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.

[...]

§ 2º Consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo pré-fixo, ou condição pré-estabelecida inalterável, a arbítrio de outrem”.

Entendo, no entanto, que, antes de tudo, está-se diante de divergência jurisprudencial, circunstância servente para desautorizar o pleito rescisório, não sobejando espaço para cogitar-se validamente de violação literal de lei.

Da vertente doutrinária, a propósito, invoco:

“Obviamente, não se admite a utilização da ação rescisória nos casos em que exista divergência sobre a interpretação estabelecida na sentença, sob pena de desestabilizar-se toda a ordem e segurança jurídicas. A ação rescisória constitui remédio extremo, e assim não pode ser confundida com mero recurso. Em outras palavras: a sentença que possui interpretação divergente daquela que é estabelecida pela doutrina e pelos tribunais, exatamente pelo fato de que interpretação diversas são plenamente viáveis e lícitas, não

abre ensejo para ação rescisória (Súmula 343 do STF). A ação rescisória somente é cabível nos casos de ofensa indiscutível a disposição de lei. (Marinoni, Luiz Guilherme e Arenhart, Sérgio Cruz. Processo de Conhecimento. 6ª Edição, Editora RT, p. 654 e 655)”.

No mesmo sentido, do Superior Tribunal de Justiça, colaciono duas decisões:

“1. [...] após o trânsito em julgado, a lei beneficia a segurança jurídica em lugar da justiça. Sendo assim, o fato de a matéria ter entendimento pacificado, à época, afasta a possibilidade de violação de “literal disposição de lei” (art. 485, V, do Código de Processo Civil), ainda que a jurisprudência posteriormente tenha-se firmado consoante a pretensão da parte. (Resp n. 1.240.901/PR, rel. Min. Humberto Martins, j. 31.3.11)

2. [...] Não se pode erigir em violação à literalidade da lei uma certa interpretação que eventualmente possa se encontrar em divergência com entendimentos jurisprudenciais contemporâneos. Nesse sentido, aliás, a Súmula 343 do Supremo Tribunal Federal, segundo a 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. A propósito: AR 4.839/AL, rel. Ministro Mauro Campbell Marques, 1ª Seção, julgado em 10/06/2015, DJe 01/07/2015. [...] (AgInt na AR 5053/RS, rel. Min. Francisco Falcão, j. 9.5.2018)”.

No caso concreto, a decisão impugnada expressamente ressaltou que já houve, nesta Corte, interpretação favorável ao interesse dos servidores filiados ao Sindicato autor, mas igualmente consignou ter havido mudança intelectual, a exemplo dos seguintes precedentes:

“ADMINISTRATIVO - SERVIDOR PÚBLICO - LEI 6.740/85 - ANTECIPAÇÃO SALARIAL. 1. Os efeitos da Lei 6.745/85 cessaram com a edição da LC 90/93 que, instituindo o plano de cargos e salários para os servidores do Poder Judiciário, estabeleceu novos padrões para os seus vencimentos. 2. Ao estabelecer novo critério para a conversão em cruzados novos dos vencimentos, soldos, salários, pensões e outras remunerações dos servidores estaduais, a Lei 6.747/86 absorveu a terceira parcela da antecipação salarial de que trata a Lei 6.740/85. 3. Prescreve em cinco anos a pretensão de o Estado reaver quantia indevidamente paga a servidor público (Decreto 20.910/32, art. 1º). (AC n. 2005.012684-2, rel. Des. Newton Trisotto, j. 9.8.2005).

ADMINISTRATIVO - SERVIDORES PÚBLICOS DO PODER JUDICIÁRIO ESTADUAL - ANTECIPAÇÃO SALARIAL PARCELADA - AUSÊNCIA DE IMPLEMENTO DA ÚLTIMA PARCELA - REAJUSTE POR LEI POSTERIOR QUE ENGLOBA TAL PARCELA - INEXISTÊNCIA DE RESÍDUO A PAGAR - RECONVENÇÃO PARA REPETIÇÃO DE VALORES ADMINISTRATIVAMENTE PAGOS - LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO - CITAÇÃO DE TODOS OS DEMAIS SERVIDORES DO PODER JUDICIÁRIO - IMPOSSIBILIDADE NESTE FEITO - EXTINÇÃO SEM O JULGAMENTO DO MÉRITO - RECURSOS NÃO PROVIDOS.

A Lei Estadual n. 6.747/86 pela qual foram reajustados os vencimentos de todos os servidores públicos estaduais englobou a terceira parcela, que não havia sido implementada, de 10% da antecipação do reajuste prevista pela Lei Estadual n. 6.740/85, de modo que inexistia qualquer resíduo a pagar.

Não cabe reconvenção para buscar repetição de valores administrativamente pagos a todos os servidores públicos do Poder Judiciário Estadual, em ação promovida somente por alguns deles, uma vez que é necessária a formação do litisconsórcio passivo necessário e a citação de todos para integrarem o processo, já que a decisão haverá de ser tomada de forma unitária para todos. (AC 2005.000557-9, rel. Des. Jaime Ramos, j. 20.9.2005).

APELAÇÃO CÍVEL - SERVIDORES PÚBLICOS - ANTECIPAÇÃO SALARIAL - ÚLTIMA PARCELA DE 10% (DEZ POR CENTO) CONFERIDA PELA LEI N.º 6.740/85 - PRESCRIÇÃO APENAS DAS PRESTAÇÕES VENCIDAS - INTELIGÊNCIA DO DECRETO N. 20.910/32, ARTS. 1º E 3º E DA SÚMULA 85 DO STJ - MÉRITO - REVOGAÇÃO TÁCITA DA LEI ESTADUAL N. 6.740/85 PELA LEI N. 6.747/86

QUE ENGLOBOU A DITA ANTECIPAÇÃO. 1. Em caso de prestações sucessivas, a prescrição atinge somente as parcelas vencidas antes do quinquênio anterior ao ajuizamento da ação (art. 3º do Decreto n. 20.919/32 e Súmula 85 do STJ). 2. A Lei 6.747/86, ao conceder um aumento na razão de 44,5% sobre a remuneração do mês de outubro de 1995, englobou o pagamento de 10% a título de antecipação salarial concedida pela Lei 6.740/85, motivo pelo não existe qualquer resíduo a pagar. (AC n. 2005.034475-6, rel. Des. Nicanor da Silveira, j. 25.5.2006)”.

Pelo que se observa, a solução dada pelo acórdão rescindendo encontra eco em outros julgados deste Sodalício, afastando a hipótese de violação a literal disposição dos invocados preceptivos da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (art. 2º e art. 6º, § 2º, do Decreto-lei n. 4.657/1942).

Dito resumidamente: cabível a interpretação, inviável remanesce a rescisão.

Por igual, emerge também improcedente o argumento rescisório por afronta ao princípio da isonomia, ainda que outros servidores tenham logrado êxito em ações judiciais da mesma natureza, pois, itere-se, a teor da Súmula 343 do Supremo Tribunal Federal, que *‘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’*.

De outro viso, a interpretação que ressei do *decisum* questionado substancia-se na perda da eficácia da Lei anterior pela superveniência de outra, pelo que igualmente descabe acolher a pretensão rescisória por alegada mácula ao princípio do direito adquirido e da irredutibilidade vencimental.

Portanto, o pedido exordial deve ser julgado improcedente, condenando-se a parte autora, nos lindes do art. 85, §§ 2º e 8º, do Código de Processo Civil (art. 20, §§ 3º e 4º, do CPC/1973), ao pagamento de honorários advocatícios de sucumbência da ordem de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais).

A mais disso, o valor do depósito objeto do art. 488, inc. II, do Código de Processo Civil/1973 deve ser revertido em favor do réu (fl. 640), na forma do art. 494 do mesmo Códice.

Ao largo, porém, da robustez decisória carreada ao feito, a parte ora agravante reitera e insiste na ocorrência de suposta negligência na prestação jurisdicional, com alegada omissão de julgamento acerca dos seguintes pontos (fl. 1.201):

a) art. 5º, caput e inciso XXXVI, da CF/88, na medida em que desconsidera o direito adquirido dos servidores ao reajuste da Lei n. 6.740/85, que aderiu ao patrimônio jurídico dos mesmos, não podendo ser, ao depois, desconsiderado; e

b) art. 37, incisos XII e XV, da CF/88, na medida em que a não concessão da 3ª parcela do reajuste da Lei n. 6.740/1985 apenas a certa parcela de servidores do Judiciário Estadual Catarinense viola as garantias de isonomia e irredutibilidade de vencimentos, sendo que é sabido que certa parcela de servidores do Judiciário teve reconhecidas e pagas as diferenças aqui pleiteadas, assim como os servidores do Legislativo.

Não obstante, como dito, os argumentos não prosperam. Os itens acima relacionados constituem, fundamentalmente, tese já encartada nos embargos declaratórios de fls. 1.066-1.068, a respeito da qual o Grupo de Câmaras de Direito Público já se manifestou, oportunidade em que prolatou o *decisum* assim ementado:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. INEXISTÊNCIA DA APONTADA EIVA DE OMISSÃO NO ACÓRDÃO EMBARGADO (ART. 1.022 DO CPC). DESCABIMENTO. REJEIÇÃO.

Ausente a apontada mácula de omissão que autoriza, além de outras, à luz do art. 1.022 do Código de Processo Civil, o manejo dos embargos de declaração, devem ser eles rejeitados, ademais do que não se prestam, *in casu*, para a emissão de juízo acerca de preceptivos legais com fim prequestionatório.

No voto condutor dos aclaratórios, bem a propósito, consta expressamente o enfrentamento das questões em relação às quais o agravante reclama omissão. Veja-se (fls. 1.073-1.077):

Os embargos de declaração estão circunscritos às hipóteses engastadas no art. 1.022 do Código de Processo Civil, isto é, à presença, na decisão recorrida, das eivas de obscuridade, contradição e omissão, além de servirem para a correção de erro material.

In casu, todavia, inexistente mácula alguma a ser sanada, já que a decisão recorrida veio à baila de modo fundamentado, com esteio nos preceptivos legais regentes e na jurisprudência dominante.

Conforme extrata-se do fragmento retro transcrito das razões recursais, o embargante sustenta que houve decisão administrativa reconhecedora do direito vindicado pelos servidores por ele representados, direito este que, conseqüentemente, incorporou-se ao patrimônio jurídico dos beneficiários (com base nos arts. 2º e 6º da LINDB).

Essa questão, diferentemente do asserido pelo embargante, foi, sim, arrostada pelo acórdão recorrido; logo, de omissão não há como validamente cogitar-se.

Confira-se, bem a propósito, o seguinte excerto da decisão embargada:

“Invoca, ainda, o demandante, violação ao art. 6º, caput, e § 2º da mesma norma (LINDB - Decreto-lei n. 4.657/1942), por desconsiderar direito adquirido. O preceptivo em foco estatui que:

Art. 6º A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.

[...]

§ 2º Consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo pré-fixo, ou condição pré-estabelecida inalterável, a arbítrio de outrem.

Entendo, no entanto, que, antes de tudo, está-se diante de divergência jurisprudencial, circunstância serviente para desautorizar o pleito rescisório, não sobejando espaço para cogitar-se validamente de violação literal de lei.

Da vertente doutrinária, a propósito, invoco:

Obviamente, não se admite a utilização da ação rescisória nos casos em que exista divergência sobre a interpretação estabelecida na sentença, sob pena de desestabilizar-se toda a ordem e segurança jurídicas. A ação rescisória constitui remédio extremo, e assim não pode ser confundida com mero recurso. Em outras palavras: a sentença que possui interpretação divergente daquela que é estabelecida pela doutrina e pelos tribunais, exatamente pelo fato de que interpretação diversas são plenamente viáveis e lícitas, não abre ensejo para ação rescisória (Súmula 343 do STF). A ação rescisória somente é cabível nos casos de ofensa indiscutível a disposição de lei. (Marinoni, Luiz Guilherme e Arenhart, Sérgio Cruz. Processo de Conhecimento. 6ª Edição, Editora RT, p. 654 e 655)

No mesmo sentido, do Superior Tribunal de Justiça, colaciono duas decisões:

1. [...] após o trânsito em julgado, a lei beneficia a segurança jurídica em lugar da justiça. Sendo assim, o fato de a matéria ter entendimento pacificado, à época, afasta a possibilidade de violação de “literal disposição de lei” (art. 485, V, do Código de Processo Civil), ainda que a jurisprudência posterior-mente tenha-se firmado consoante a pretensão da parte. (Resp n. 1.240.901/PR, rel. Min. Humberto Martins, j. 31.3.11)

2. [...] Não se pode erigir em violação à literalidade da lei uma certa inter-pretação que eventualmente possa se encontrar em divergência com entendimentos jurisprudenciais contemporâneos. Nesse sentido, aliás, a Súmula 343 do Supremo Tribunal Federal, segundo a 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. A propósito: AR 4.839/AL, rel. Ministro Mauro Campbell Marques, 1ª Seção, julgado em 10/06/2015, DJe 01/07/2015. [...] (AgInt na AR 5053/RS, rel. Min. Francisco Falcão, j. 9.5.2018).

No caso concreto, a decisão impugnada expressamente ressaltou que já houve, nesta Corte, interpretação favorável ao interesse dos servidores filiados ao Sindicato autor, mas igualmente consignou ter havido mudança intelectual, a exemplo dos seguintes precedentes:

[...]

Pelo que se observa, a solução dada pelo acórdão rescindendo encontra eco em outros julgados deste Sodalício, afastando a hipótese de violação a literal disposição dos invocados preceptivos da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (art. 2º e art. 6º, § 2º, do Decreto-lei n. 4.657/1942).

Dito resumidamente: cabível a interpretação, inviável remanesce a rescisão. (fls. 1.062 a 1.064 - destaquei)”.

Ao que se vê, a questão da alegada incorporação do direito ao patrimônio jurídico dos interessados foi examinada e, como consectário, de omissão não se trata.

Inexistindo, in casu, qualquer das máculas elencadas no art. 1.022 do Código de Processo Civil, impende a rejeição dos aclaratórios, tal como assentado no precedente desta Corte abaixo reproduzido por sua ementa:

“EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. EM MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. PAGAMENTO DE GRATIFICAÇÃO PELO EXERCÍCIO DA FUNÇÃO DE CHEFIA DE CARTÓRIO POR EQUÍVOCO DA PRÓPRIA ADMINISTRAÇÃO. RESTITUIÇÃO DOS VALORES. IMPOSSIBILIDADE. MÁ-FÉ DA SERVIDORA NÃO EVIDENCIADA, NÃO PODENDO SER PRESUMIDA. NATUREZA ALIMENTAR. PRECEDENTES DO STJ E DO TJSC. INEXISTÊNCIA DE QUALQUER OMISSÃO, OBSCURIDADE OU CONTRADIÇÃO. PRETENSÃO DE REDISCUSSÃO. IMPOSSIBILIDADE. REQUISITOS PREVISTOS NO ART. 1.022 DO NCPC INATENDIDOS. EMBARGOS REJEITADOS.

“Os Embargos de Declaração constituem recurso de contornos rígidos, destinado a promover a integração do decisum omisso, obscuro ou contraditório. Não se prestam a rediscutir o mérito” (Edcl no AgRg no Resp 1.379.900/RS, rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, j. em 25/02/2014, DJe 19/03/2014). Inexistindo qualquer contradição, omissão ou obscuridade a ser sanada e evidenciado o interesse do embargante em rediscutir matéria julgada para adequá-la ao seu entendimento e pretensão, em afronta aos requisitos estampados no art. 1.022 do NCPC (art. 535 do CPC/1973), devem ser rejeitados os embargos declaratórios, inclusive para fins de prequestionamento. Além do que, a tese do prequestionamento ficto foi expressamente consagrada no art. 1.025, segundo o qual, “(...) ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o Tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade, consideram-se incluídos no acórdão os elementos que o embargante suscitou, para fins de prequestionamento” (IMHOF, Cristiano Imhof; REZENDE, Bertha Steckert. Novo Código de Processo Civil Comentado. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2015, p. 993). (EDcl n. 4012125-30.2016.8.24.0000, da Capital, rel. Des. Carlos Adilson Silva, j. 8.2.2017 - negritei)”.

O Superior Tribunal de Justiça deixou, no mesmo diapasão, e já sob a regência do novo Código de Processo Civil, anotado que:

“[...] 2. O julgador não está obrigado a responder a todas as questões suscitadas pelas partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para proferir a decisão. A prescrição trazida pelo art. 489 do CPC/2015 veio confirmar a jurisprudência já sedimentada pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, sendo dever do julgador apenas enfrentar as questões capazes de infirmar a conclusão adotada na decisão recorrida.

[...]

4. Percebe-se, pois, que o embargante maneja os presentes aclaratórios em virtude, tão somente, de seu inconformismo com a decisão ora atacada, não se divisando, na hipótese, quaisquer dos vícios previstos no art. 1.022 do Código de Processo Civil, a inquirar tal decism.

5. Embargos de declaração rejeitados. (EDcl no MS n. 21.315/DF, rel^a. Min^a. Diva Malerbi, j. 8.6.2016 - destaqui)”.

Em face do exposto voto pela rejeição dos embargos declaratórios.

Como se vê, portanto, houve circunstanciada e cuidadosa apreciação judicial das questões aventadas pela parte agravante, inclusive revisitadas por ocasião do julgamento dos aclaratórios, motivo pelo qual não se pode conjecturar, no presente caso, qualquer risco de afronta ao disposto no art. 93, inciso IX, da Constituição, a respeito do qual a Tese n. 399 do STF é clarividente em seu objetivo: reprimir a negativa de prestação jurisdicional, o que, evidentemente, não ocorreu – e nem ocorre – na espécie.

Anote-se, em tempo, que ao contrário do que pretende fazer crer o agravante, a decisão atacada por meio do apelo extremo, tal qual a que resolveu os aclaratórios subsequentes, cumpriu a contento as disposições previstas no 489, § 1º, do CPC/2015, que guarda a seguinte redação:

Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

Acerca do tema, Eduardo José da Fonseca Costa leciona:

[...]

É preciso deixar claro que o juiz não está obrigado a enfrentar *todos* os argumentos trazidos pelas partes, mas apenas aqueles capazes de, em tese, infirmar a conclusão por ele adotada. [...] É importante lembrar a diferença entre *fundamento* e *argumento*. Fundamento é razão de decidir; argumento é raciocínio por força do qual, partindo-se de fundamentos fáticos e jurídicos articulados entre si, se extrai uma conclusão decisória. O primeiro é ponto de partida; o segundo, o caminho para o ponto de chegada (Comentários ao código de processo civil. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 594-595; grifo no original).

No mesmo horizonte, destaca Leonard Ziesemer Schimitz:

[...]

A decisão judicial, que visa exclusivamente a solução de um conflito, deve ser racional, objetiva e direta. Deve se ocupar somente do que é necessário a motivar a solução que se deu ao litígio, fazendo as partes compreender o que levou o Juiz ou Tribunal àquela solução. É o que basta para que se faça a seu respeito o controle de legalidade, revelando às partes o que é necessário para recorrer. Não tem lugar na decisão judicial o exame de argumentos, hipóteses e teses irrelevantes. A decisão judicial não é trabalho acadêmico. É ato de Estado dirigido à pacificação social, mediante a declaração dos fundamentos e razões que levaram o julgador a decidir naquele sentido. “A decisão do juiz se restringe ao objeto do processo. A necessidade de fundamentação (em atenção à congruência) faz com que ele seja obrigado a rebater os argumentos e as questões que sejam necessárias, para poder apreciar este objeto, que é delimitado pelos pedidos do autor. [...] **Resumidamente, o juiz está, sim, obrigado pelo art. 93, IX, da CF/1988, a manifestar-se sobre todos os fundamentos levados a julgamento pelas partes. Não está, contudo, obrigado a discorrer a respeito de toda a argumentação utilizada pelas partes para levar a juízo o conhecimento destes pontos e questões.** Nas palavras de Cândido Rangel Dinamarco, o essencial é motivar no tocante aos pontos relevantes e essenciais, de modo que a motivação lançada em sentença mostre que o juiz tomou determinada decisão porque assumiu determinados fundamentos com que guarda coerência” (Fundamentação das decisões judiciais: a crise na construção de respostas no processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 286 e 291, grifou-se).

Portanto, expendidos nas razões de decidir fundamentos suficientes a sustentar o *decisum*, descabe à parte requerer o esgotamento de toda a matéria pertinente ao tema, ou mesmo expressa menção a determinados dispositivos legais.

A respeito, é como tem decidido o Supremo Tribunal Federal, inclusive sob a égide do CPC/2015:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DECLARATÓRIOS NO AGRAVO REGIMENTAL NO MANDADO DE SEGURANÇA. INEXISTÊNCIA DE VÍCIOS DE FUNDAMENTAÇÃO NO ACÓRDÃO EMBARGADO. DESNECESSIDADE DE ENFRENTAR TODOS OS ARGUMENTOS DEDUZIDOS, MAS SOMENTE AQUELES CAPAZES DE INFIRMAR, CONCRETAMENTE, A CONCLUSÃO ADOTADA PELO JULGADOR. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS (STF, MS 29230 AgR-ED, Rel. Ministro Alexandre de Moraes, Primeira Turma, j. 20-10-2017 - grifou-se).

No mesmo sentido, veja-se:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. **ACÓRDÃO EMBARGADO COM MOTIVAÇÃO SUCINTA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. INOCORRÊNCIA.** REPERCUSSÃO GERAL. PEDIDO SUBSIDIÁRIO NÃO APRECIADO. EMBARGOS PARCIALMENTE ACOLHIDOS.

I – O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o AI791.292 QO-RG/PE (Tema 339) concluiu que há fundamentação no acórdão, ainda que seja sucinta, não havendo necessidade de se fazer exame pormenorizado de cada uma das alegações da parte recorrente, nem que sejam corretas as razões de decidir.

II - A reforma da decisão recorrida é resultado do provimento de recurso extraordinário.

III – Embargos de declaração parcialmente acolhidos, sem modificação do acórdão embargado (STF, ARE 957116 AgR-ED, Rel. Ministro Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, j. 09-12-2016 - grifou-se).

Logo, havendo coincidência entre a jurisprudência consolidada pelo Pretório Excelso e a decisão adotada por este Tribunal, não havia outro comportamento a ser adotado senão o de negar seguimento ao reclamo extraordinário interposto pelo ora recorrente.

Por conseguinte, não houve equívoco algum no enquadramento do paradigma do Supremo Tribunal Federal à hipótese discutida nestes autos, de modo que, no tocante ao Tema 339 do STF, o desprovimento do agravo interno é medida que se impõe.

No que se refere ao Tema 660 do STF, a 2ª Vice-Presidência desta Corte negou seguimento ao recurso extraordinário interposto por SINJUSC Sindicato dos Servidores do Poder Judiciário do Estado de Santa Catarina, à consideração de que a suposta violação aos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, estaria abarcada pela decisão do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Agravo em Recurso Extraordinário n. 748.371-RG/MT, relatado pelo Ministro Gilmar Mendes, que negou a existência de repercussão geral, nos seguintes termos:

Alegação de cerceamento do direito de defesa. Tema relativo à suposta violação aos princípios do contraditório, da ampla defesa, dos limites da coisa julgada e do devido processo legal. Julgamento da causa dependente de prévia análise da adequada aplicação das normas infraconstitucionais. Rejeição da repercussão geral (ARE 748.371 RG/MT, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 06/06/2013, DJe 01/08/2013).

O agravante, entretanto, argumenta que o caso não se enquadra ao que foi decidido pelo Supremo Tribunal Federal, no Agravo em Recurso Extraordinário n. 748.371-RG/MT, uma vez que a ofensa aos indigitados princípios constitucionais teria sido direta, e não reflexa, tal qual examinada no caso-modelo.

Nesse ponto, igualmente, a razão não está com o agravante.

Isso porque, na espécie, para que seja analisada a tese invocada, faz-se necessária a verificação prévia da adequada aplicação de panorama legislativo infraconstitucional, mormente os dispositivos

da Lei Estadual n. 6.740/1985, afora outras fontes subalternas ao texto magno, mencionadas no bojo do recurso extraordinário patrocinado pelo agravante (fls. 1.116-1.145).

Logo, também nesse ponto se acha absolutamente correto o juízo de adequação realizado pela 2ª Vice-Presidência, haja vista inexistir divergência entre a compreensão firmada no paradigma do Pretório Excelso (Tema 660) e o que foi decidido por este Tribunal de Justiça.

Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. OFENSA AO ART. 5º, LV. TEMA 660. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 282/STF. HONORÁRIOS INCABÍVEIS EM MANDADO DE SEGURANÇA. MAJORAÇÃO DESCABIDA. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO, COM APLICAÇÃO DE MULTA.

I - O Supremo Tribunal Federal já definiu que a violação dos princípios do contraditório, da ampla defesa, dos limites da coisa julgada e do devido processo legal, quando implicarem em exame de legislação infraconstitucional, é matéria sem repercussão geral (Tema 660 - ARE 748.371 RG).

II - Recurso extraordinário com alegação que esbarra no óbice previsto na Súmula 282/STF, por ausência de prequestionamento.

III - Incabível a majoração dos honorários por tratar-se, na origem, de ação de mandado de segurança.

IV - Agravo regimental a que se nega provimento, com aplicação da multa prevista no art. 1.021, § 4º do CPC. (STF - ARE n. 983.036 AgR/SP, Rel. Ministro Ricardo Lewandowski, DJe de 08/05/2017 - grifei).

E mais:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. PRELIMINAR DE REPERCUSSÃO GERAL. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. ÔNUS DO RECORRENTE. VIOLAÇÃO AO DIREITO ADQUIRIDO, AO ATO JURÍDICO PERFEITO, À COISA JULGADA OU AOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE, DO CONTRADITÓRIO, DA AMPLA DEFESA, DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E DA INAFASTABILIDADE DE JURISDIÇÃO. QUESTÃO INFRACONSTITUCIONAL. REPERCUSSÃO GERAL NEGADA (ARE 748.371, REL. MIN. GILMAR MENDES, TEMA 660). ANÁLISE DA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL PERTINENTE. LEI DE FALÊNCIA E RECUPERAÇÃO JUDICIAL (LEI 11.101/2005). OFENSA INDIRETA OU REFLEXA À CONSTITUIÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. (STF - ARE n. 915.149 AgR/DF, Rel. Ministro Teori Zavascki, DJe de 24/11/2015 - grifo apostro).

E dentre os julgados deste Órgão Fracionário, colhe-se:

AGRAVO INTERNO. DECISÃO DA 2ª VICE-PRESIDÊNCIA QUE NEGOU SEGUIMENTO AO RECURSO EXTRAORDINÁRIO, NA FORMA DO ART. 1.030, INCISO I, ALÍNEA A, DO CPC/2015.

AUSÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, NO JULGAMENTO DO ARE 748.371-RG/MT, PARA DISCUTIR MATÉRIA RELACIONADA À OFENSA AOS PRINCÍPIOS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO (ART. 5º, LIV E LV, DA CF) QUANDO A ANÁLISE DA ALEGAÇÃO DEPENDER DO PRÉVIO EXAME DE LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL (TEMA 660). TESE PARADIGMA ADEQUADAMENTE APLICADA AO CASO CONCRETO. RECURSO DESPROVIDO. “O Supremo Tribunal Federal sedimentou inexistir repercussão geral quando alegada “suposta violação aos princípios do contraditório, da ampla defesa, dos limites da coisa julgada e do devido processo legal” e o julgamento da causa for “dependente de prévia análise da adequada aplicação das normas infraconstitucionais” [...] (STF, ARE 748.371 RG/MT, rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 06/06/2013). (Agravado Interno n. 0005788-24.2016.8.24.0023, da Capital, rel. Des. 2º Vice-Presidente, Câmara de Agravos Internos em Recursos Constitucionais e Conflitos de Competência, j. 07-12-2018).

Também:

AGRAVO INTERNO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DECISÃO DA 3ª VICE-PRESIDÊNCIA QUE, EM VIRTUDE DO RECONHECIMENTO, PELO STF, DA INEXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL (ARE N. 748.371 RG/MT - TEMA 660), NEGOU SEGUIMENTO AO RECURSO EXTRAORDINÁRIO INTERPOSTO. ACÓRDÃO QUE NÃO CONHECEU, EM PARTE, DO RECURSO DE APELAÇÃO CÍVEL, POR OFENSA AO PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE, JUSTIFICANDO ESTAR AUSENTE IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA ÀS RAZÕES DE DECIDIR DA SENTENÇA DE 1º GRAU. ALEGADA OFENSA AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO, AMPLA DEFESA, E DEVIDO PROCESSO LEGAL. NECESSIDADE DE ANÁLISE DA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL (CÓDIGOS DE PROCESSO CIVIL DE 1973 E DE 2015). IMPOSSIBILIDADE DE ASCENSÃO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. PRECEDENTE ADEQUADAMENTE APLICADO. AGRAVO INTERNO MANIFESTAMENTE IMPROCEDENTE. APLICAÇÃO DA MULTA DO ART. 1.021, § 4º, DO CPC/2015. O Supremo Tribunal Federal, no regime de repercussão geral, firmou orientação no sentido de que, em se tratando de “tema relativo à suposta violação aos princípios do contraditório, da ampla defesa, dos limites da coisa julgada e do devido processo legal”, quando o “julgamento da causa depende de prévia análise da adequada aplicação das normas infraconstitucionais”, ausente está a repercussão geral. (STF - ARE n. 748.371 RG/MT, Rel. Ministro Gilmar Mendes). É manifestamente improcedente o agravo interno dirigido contra decisão que, sustentada em orientação do Supremo Tribunal Federal, firmada no regime de repercussão geral, nega seguimento a recurso extraordinário, daí porque se aplica ao agravante a multa prevista no § 4º do art. 1.021 do Código de Processo Civil de 2015. (Agravado Interno n. 0005959-12.2012.8.24.0058, de São Bento do Sul, rel. Des. 3º Vice-Presidente, Câmara de Agravos Internos em Recursos Constitucionais e Conflitos de Competência, j. 07-12-2018).

Por derradeiro, vislumbra-se que o presente reclamo é manifestamente improcedente, porquanto encerra impugnação contra decisão que aplica de maneira eskorreita os precedentes obrigatórios firmados no âmbito daquela Corte Suprema, visando apenas à rediscussão do mérito julgado em Órgão Fracionário deste Egrégio Sodalício, em incontestante utilização abusiva do direito de recorrer.

Dessa feita, por autorização do disposto no art. 1.021, § 4º, do Código de Processo Civil, há

que incidir, na espécie, a cominação de multa em 1% (um por cento) do valor atualizado da causa, de modo a desestimular a insurgência recursal desarrazoada, sobretudo em face de decisão que se coaduna ao entendimento cristalizado em precedente submetido à sistemática do art. 543-B do CPC/1973 (art. 1.030 do CPC/2015).

A propósito do tema, colhe-se da jurisprudência do Pretório Excelso:

Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Administrativo. Concurso público. Candidato aprovado fora do número de vagas. Preterição. Não comprovação. Cláusulas do edital. Fatos e provas. Reexame. Impossibilidade. Precedentes.

Não se presta o recurso extraordinário para a análise de cláusulas de edital de concurso, tampouco para o reexame do conjunto fático-probatório da causa. Incidência das Súmulas nºs 454 e 279/STF.

Agravo regimental não provido, com imposição de multa de 1% do valor atualizado da causa (art. 1.021, § 4º, do CPC).

3. Havendo prévia fixação de honorários advocatícios pelas instâncias de origem, seu valor monetário será majorado em 10% (dez por cento) em desfavor da parte recorrente, nos termos do art. 85, § 11, do Código de Processo Civil, observados os limites dos §§ 2º e 3º do referido artigo e a eventual concessão de justiça gratuita (STF, (ARE 1149267 AgR, Rel. Ministro Dias Toffoli, Tribunal Pleno, j. 19-11-2018).

No mesmo horizonte, veja-se:

AGRAVO INTERNO NA RECLAMAÇÃO. ALEGAÇÃO DE AFRONTA AO DECIDIDO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO JULGAMENTO DA RCL 22.012. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTE CUJA RELAÇÃO SUBJETIVA A RECLAMANTE NÃO INTEGROU. AGRAVO MANIFESTAMENTE IMPROCEDENTE. MULTA PREVISTA PELO ARTIGO 1.021, § 4º, DO CPC/2015. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.

A reclamação revela-se incabível quando invocado, como paradigma, julgamento do Supremo Tribunal Federal proferido em processo de índole subjetiva cuja relação processual o reclamante não integrou. Precedentes: Rcl 20.956-AgR, rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJe de 16/9/2015; Rcl 3.138/CE, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Plenário, DJe 23/10/2009.

A interposição de agravo manifestamente improcedente autoriza a imposição de multa, com fundamento no art. 1.021, § 4º, do CPC/2015.

Agravo interno desprovido (STF, Rcl 24910 AgR, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, j. 07-04-2017).

Alinhando-se ao entendimento acima esposado, desta Câmara de Recursos Delegados, quando ainda era denominada “Câmara de Agravos Internos em Recursos Constitucionais e Conflitos de Competência”, destaca-se o julgado abaixo ementado:

AGRAVO INTERNO. DECISÃO DA 2ª VICE-PRESIDÊNCIA QUE NEGOU SEGUIMENTO A RECURSO

EXTRAORDINÁRIO. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATOS APROVADOS PARA CADASTRO DE RESERVA. ALEGADA PRETERIÇÃO IMOTIVADA POR PARTE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EM RAZÃO DO SUPOSTO SURGIMENTO DE VAGAS DENTRO DO PRAZO DE VALIDADE DO CERTAME. MERA EXPECTATIVA DE DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO INEQUÍVOCA DA NECESSIDADE DE PROVIMENTO IMEDIATO DOS CARGOS. DECISÃO CÔNSONA À POSIÇÃO CRISTALIZADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM SEDE DE REPERCUSSÃO GERAL (TEMA 784). APLICAÇÃO ESCORREITA DA TESE PARADIGMA AO CASO CONCRETO. AGRAVO MANIFESTAMENTE IMPROCEDENTE. COMINAÇÃO DE MULTA AO PATAMAR DE 1% DO VALOR ATUALIZADO DA CAUSA. DECISUM MANTIDO INCÓLUME. RECURSO DESPROVIDO.

O Supremo Tribunal Federal firmou posição no sentido de que “o surgimento de novas vagas ou a abertura de novo concurso para o mesmo cargo, durante o prazo de validade do certame anterior, não gera automaticamente o direito à nomeação dos candidatos aprovados fora das vagas previstas no edital, ressalvadas as hipóteses de preterição arbitrária e imotivada por parte da administração, caracterizada por comportamento tácito ou expresso do Poder Público capaz de revelar a inequívoca necessidade de nomeação do aprovado durante o período de validade do certame, a ser demonstrada de forma cabal pelo candidato” (STF, RE 837.311/PI, Rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, j. 09-12-2015).

O manejo de recurso manifestamente improcedente autoriza a imposição de multa, com fundamento no art. 1.021, § 4º, do CPC/2015, ficando condicionada a interposição de qualquer outro recurso ao depósito do valor arbitrado. (TJSC, Agravo n. 0302055-64.2016.8.24.0091, da Capital, rel. Des. 2º Vice-Presidente, Câmara de Agravos Internos em Recursos Constitucionais e Conflitos de Competência, j. 25-04-2018, grifo aposto).

Ante o exposto, vota-se no sentido de conhecer do agravo interno e negar-lhe provimento, bem como de condenar o agravante a pagar à parte agravada a multa de 1% sobre o valor atualizado da causa (art. 1.021, § 4º, do CPC/2015), ficando condicionada a interposição de qualquer outro recurso ao depósito prévio do valor arbitrado.

Este é o voto.

CONSELHO DA MAGISTRATURA

Recurso Administrativo n. 0018528-82.2019.8.24.0710, de Guaramirim

Relator: Des. Moacyr de Moraes Lima Filho

RECURSO ADMINISTRATIVO. SUSCITAÇÃO DE DÚVIDA. PARCELAMENTO DO SOLO. RECUSA DO PEDIDO DE REGISTRO DE DESMEMBRAMENTO DE IMÓVEL PELO OFICIAL DO REGISTRO DE IMÓVEIS DE GUARAMIRIM, EM RAZÃO DE MANIFESTAÇÃO NEGATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. SENTENÇA PELA PROCEDÊNCIA DA DÚVIDA. RECURSO DEFENSIVO.

SENTENÇA QUE DETERMINA A NECESSIDADE DE LOTEAMENTO DIANTE DA OCORRÊNCIA DE DESMEMBRAMENTOS ANTERIORES COM BURLA À LEI N. 6.766/79. GLEBA DE 1.008,41M². SISTEMA VIÁRIO PREEXISTENTE. PROLONGAMENTO ANTERIOR MÍNIMO DA VIA. SITUAÇÃO CONSOLIDADA. APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. DESNECESSIDADE, ADEMAIS, DE ABERTURA DE NOVAS VIAS DE CIRCULAÇÃO OU DE AMPLIAÇÕES OU MODIFICAÇÕES NA INFRAESTRUTURA URBANA. CONCORDÂNCIA DO MUNICÍPIO. POSSIBILIDADE, NO ENTANTO, DO DESDOBRO. PREVISÃO NA LEI MUNICIPAL E REQUISITOS PREENCHIDOS. DECISÃO REFORMADA.

RECURSO PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso Administrativo n. 0018528-82.2019.8.24.0710, da comarca de Guaramirim, em que é recorrente Marcos Junckes e Ivanir Sidoski Junckes e recorrido Ministério Público do Estado de Santa Catarina.

O Conselho da Magistratura decidiu, por unanimidade, dar provimento ao recurso.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Excelentíssimo Senhor Desembargador Rodrigo Collaço e dele participaram os Excelentíssimos Senhores Desembargadores Henry Petry Júnior, Carlos Adilson da Silva, Altamiro de Oliveira, Júlio César Knoll, Denise de Souza Luiz Francoski, Artur Jenichen Filho, Luiz Neri Oliveira de Souza e Antônio Zoldan da Veiga.

Florianópolis, 12 de agosto de 2019.

Moacyr de Moraes Lima Filho
Relator

RELATÓRIO

Na comarca de Guaramirim, Marcos Junckes e Ivanir Sidoski Junckes protocolizaram pedido de desmembramento do imóvel matriculado no Registro de Imóveis sob o n. 27.901.

Depois de apresentada a documentação para o registro especial prevista no art. 18 da Lei n.

6.766/79, o Oficial Registrador encaminhou o pedido ao Ministério Público, que se manifestou contrário à pretensão, por entender que o caso trata de loteamento e não de desmembramento da área em questão (fls. 119/121).

Em virtude da manifestação do *Parquet* e consequente negativa do registro do título, a parte interessada requereu a suscitação de dúvida à autoridade competente (fls. 1/7).

Conclusos os autos, o magistrado *a quo* proferiu sentença, julgando procedente a dúvida para reconhecer a impossibilidade de registro do desmembramento do imóvel (fls. 179/182).

Irresignados, Marcos Junckes e Ivanir Sidoski Junckes interpuseram recurso de apelação. Em suas razões recursais, requereram a reforma da decisão, alegando, em síntese, ser possível o parcelamento do solo, na modalidade de “desdobro”, haja vista que é permitido pelo Poder Público Municipal, em consonância com a CF/88, além de “*ser o primeiro e único desdobre realizado desde a matrícula mãe do imóvel em questão*” (fl. 193) e por se tratar de área diminuta. Pretendem, ainda, que seu pleito seja analisado à luz dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade (fls. 189/196).

Após a apresentação das contrarrazões (fl. 215), a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Exmo. Sr. Dr. Alexandre Herculano Abreu, manifestou-se pelo não provimento do recurso (fls. 222/229).

Os requerentes ingressaram com petições anexando documentos e elascendo suas razões recursais (fls. 231/238).

Os autos foram distribuídos à Quinta Câmara de Direito Público em 14/12/2017 (fl. 247) e, em 10/7/2019, por decisão monocrática, o Des. Relator Wilson Fontana não conheceu do recurso e determinou a remessa dos autos a este Conselho da Magistratura (fls. 248/250).

VOTO

Cuida-se de Recurso Administrativo interposto por Marcos Junckes e Ivanir Sidoski Junckes contra a decisão que julgou procedente a suscitação de dúvida e não autorizou o desmembramento do imóvel de sua propriedade.

Inicialmente, não se conhece da emenda apresentada às fls. 349/351, uma vez que operada a preclusão.

Colhe-se do magistério de Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery:

O momento adequado para apresentar-se a fundamentação do recurso de apelação é o de sua interposição. **Ultrapassada esta fase, a faculdade processual de fundamentar o apelo já terá ocorrido, sendo vedado ao apelante “completar” ou “alterar” suas razões de recurso.** A interposição do recurso acompanhado das razões, boas ou más, bem ou mal deduzidas, consoma a faculdade de apelar: o apelante não pode completá-las em face do óbice da preclusão consumativa (*Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 13. ed. rev., ampl. e atual., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 1021, grifou-se).

No mais, observa-se que o recurso preenche os pressupostos de admissibilidade, comportando conhecimento.

Os apelantes alegaram o atendimento aos requisitos legais para o “desdobro”, enquanto que a decisão acolheu os fundamentos do órgão ministerial no sentido da impossibilidade do desmembramento, exigindo-se a satisfação dos pressupostos do loteamento.

Acerca do parcelamento do solo, dispõe o art. 2º, §§ 1º e 2º, da Lei n. 6.766/79:

Art. 2º. O parcelamento do solo urbano poderá ser feito mediante loteamento ou desmembramento, observadas as disposições desta Lei e as das legislações estaduais e municipais pertinentes.

§ 1º - Considera-se loteamento a subdivisão de gleba em lotes destinados a edificação, com abertura de novas vias de circulação, de logradouros públicos ou prolongamento, modificação ou ampliação das vias existentes.

§ 2º - Considera-se desmembramento a subdivisão de gleba em lotes destinados a edificação, com aproveitamento do sistema viário existente, desde que não implique na abertura de novas vias e logradouros públicos, nem no prolongamento, modificação ou ampliação dos já existentes.

Rui Geraldo Camargo Viana, discorrendo sobre a distinção entre loteamento e desmembramento, afirma que *“ao lado do loteamento, caracterizado pelo desenvolvimento ou ampliação de bairros, aumentando o espaço urbano, aparece o conceito de desmembramento. Configura desmembramento o mesmo fenômeno de repartição de terra, desde que operado dentro do sistema urbanístico existente, influenciando, apenas, na densidade de ocupação dos espaços já urbanizados, não afetando, principalmente, o perfil das vias e logradouros preexistentes”* (O Parcelamento do solo urbano. Rio de Janeiro: Forense, 1985. p. 51).

Ainda, sobre a diferença entre loteamento e desmembramento, Rodrigo Bernardes Braga leciona:

Difere significativamente o “loteamento” do “desmembramento”, porquanto no primeiro há abertura de novas vias de circulação, de logradouros públicos ou prolongamento, modificação ou ampliação das vias existentes, enquanto que no segundo ocorre um aproveitamento do sistema viário oficial, sem se cogitar de prolongamento, modificação ou ampliação de ruas ou avenidas. Esta distinção decorre de texto expresso de lei (art. 2º, §§ 1º e 2º, da Lei 6.766).

Para ambas as modalidades de parcelamento do solo, entretanto, a lei previu a indispensabilidade da aprovação do projeto pelo Município e semelhantes disposições para o registro, embora se diga que o loteamento deve ser registrado, ao passo que o desmembramento é simplesmente averbado (art. 157, II, n.º 4, da Lei de Registros Públicos) (*Parcelamento do solo urbano: doutrina, legislação e jurisprudência de acordo com o novo código civil*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004. p. 14/15).

Dessarte, tem-se que, enquanto no loteamento há a criação, a ampliação, o prolongamento ou a modificação de vias de circulação ou de logradouros públicos, no desmembramento é aproveitado o sistema viário do município já existente.

Nesse sentido, extrai-se da jurisprudência deste Tribunal:

APELAÇÃO CÍVEL. SUSCITAÇÃO DE DÚVIDA. DESMEMBRAMENTO DE GLEBA DE TERRA. APROVEITAMENTO DO SISTEMA VIÁRIO EXISTENTE. DESNECESSIDADE DE SE CRIAR SISTEMA DE INFRAESTRUTURA BÁSICA. PARECER MINISTERIAL EQUIVOCADO. PRETENSÃO REPELIDA. DECISUM MANTIDO. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. (Apelação Cível n. 2011.046378-7, de Joaçaba, rel. Des. Saul Steil, Terceira Câmara de Direito Civil, j. em 18/10/2011)

O desmembramento, a seu turno, diferencia-se da figura do desdobro (ou fracionamento), na medida em que este último, espécie de parcelamento não contemplado na Lei n. 6.766/79, é aceito pela doutrina e deve ter previsão na lei municipal.

Acerca da matéria, transcreve-se o ensinamento de Arnaldo Rizzardo:

A Lei 6.766 trata unicamente do loteamento e do desmembramento – ou do aproveitamento do solo urbano para exploração habitacional. Isto leva a entrever que se destinam áreas para o aproveitamento habitacional, numa atividade comercial de exploração do solo pela venda, o que importa em uma extensão da própria cidade.

Pelo loteamento, há a subdivisão de gleba, com a abertura de novas vias e instalação de equipamentos urbanos; pelo desmembramento, opera-se a subdivisão da gleba em lotes, sem haver a abertura de novas vias e a instalação de equipamentos. Ambas as formas constituem o parcelamento – tudo de conformidade com o art. 2º e seus §§ 1º e 2º.

Mas, pode acontecer que não pretenda o proprietário subdividir em lotes uma extensão de terras. Deseja apenas vender um terreno ou alguns, sem o caráter de implantar um aglomerado de novas habitações no local.

Tem-se aí o desdobre, ou destaque, ou o fracionamento de um terreno em dois ou mais, com o que se criam novas individualidades. É a repartição de um lote existente, sem preocupações de urbanização ou venda por oferta pública. Desde o momento em que o proprietário simplesmente pretende vender parte de um terreno urbano, dentro dos parâmetros municipais previstos para a extensão, caracteriza-se o destaque de parte da área urbana – isto se, no entanto, não se desatenda o preceito do art. 2º, § 2º, da Lei 6.766, ou seja, não implique na abertura de novas vias e logradouros públicos, nem no prolongamento, modificação ou ampliação do sistema viário da cidade. (*Promessa de compra e venda e parcelamento do solo urbano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 68, grifou-se)

Dito isso, tem-se que o imóvel em questão era parte de um terreno de 59.826m² (matrícula n. 1.257, fls. 81/84), que foi dividido amigavelmente em 21/3/78 (R-1-1.257 (fl. 81) e, em 21/7/1998, foram realizadas averbações acerca do estado civil dos proprietários, dentre eles, os recorrentes

(AV-11-1.257). Na mesma data, a gleba foi dividida parcialmente, ou seja, foi desmembrada nas áreas de 870m²; 994,25m²; 918,47m²; 610,80m²; 552,30m² e 1.099,10m², recebendo as matrículas ns. 14.464 a 14469 (fl. 84).

Em 3/3/2015 houve retificação da área, inserção de medidas e confrontações na matrícula 14.466 (AV-6-14.466), recebendo o imóvel outra matrícula, a de n. 27.901 (fls. 65/66), que ora se discute.

Tem-se, ainda, que havia uma servidão, denominada de “caminho particular” na matrícula n. 1.257, que media 190 metros, a partir da Estrada Bananal, enquanto a matrícula n. 14.466 descreve que o imóvel dista da referida rua 208 metros.

Dessa forma, então, verifica-se que houve parcelamento de solo já na vigência da Lei 6.766/79 e que houve prolongamento da rua, ainda que mínimo.

Na hipótese, embora os apelantes aleguem que seria a primeira vez a realização do desdobro, certo é que houve desmembramentos anteriores, porquanto o terreno original, com 59.826m², foi dividido em vários outros para membros da família do recorrente e, inicialmente, existia apenas uma servidão, que foi transformada na Rua 215 – Olanda Petri Satler, que sofreu prolongamento de 18 metros.

Ocorre que, no caso presente, a parte que coube aos requerentes, após os desmembramentos registrados em 21/7/1998 – o que pode ser conferido também nos autos n. 026.13.001238-1, em que Osvaldo Paulo Junckes e Helena Junckes pretendiam, desmembrar uma área de 2.081,25m² em cinco glebas, que foi obstado pela Magistrada da 2ª Vara de Guaramirim (consulta efetuada no SAJ5/PG) –, cuida-se de área de 1.008,41m², que está consolidada desde o ano de 1998 e, segundo o próprio Oficial Registrador “o registro do desmembramento sem o integral cumprimento dos requisitos legais, depende de autorização do juiz dos registros públicos [...], especialmente neste caso concreto, haja vista que o parcelamento em tela visa dividir a área de 1.008,41m² em apenas duas parcelas, de 429,46m² e de 578,95m², portanto, não se destinando a especulação imobiliária, não seria razoável impor a modalidade de loteamento” (fl. 6)”.

Como se vê, trata-se de área mínima, que sofreu desmembramento apenas uma vez e, aqui, não seria o caso de loteamento clandestino por via transversa e, muito menos de especulação imobiliária.

Em caso análogo, *mutatis mutandi*, a Procuradora de Justiça Dra. Mônica Pabst manifestou-se:

Em que pese a argumentação despendida pelo apelante, quanto aos sucessivos desmembramentos pelos quais a área objeto do presente teria sido objeto, a análise do contexto não conduz à conclusão de que o caso se trataria de efetivação de loteamentos clandestinos por via transversa.

E isso porque, analisando-se o teor do levantamento topográfico (fl. 188), do memorial descritivo (fls. 169/86), e ainda, a conformação urbana existente na localidade, denota-se a prescindibilidade da efetivação do parcelamento do solo pela modalidade de loteamento.

Da documentação colacionada aos autos, não verifica-se a necessidade de abertura de novas vias de circulação ou de ampliações ou modificações na infraestrutura urbana, restando evidenciado que, embora a área em questão tenha sido objeto de sucessivos desmembramentos, o local atualmente é servido com diversas vias de circulação, não sendo possível visualizar danos concretos ao urbanismo.

Se, eventualmente a constituição de tais vias públicas, atualmente inseridas nos limites destes imóveis, tenha se dado de forma irregular pelo município, em benefício do empreendedor, a apreciação a ser realizada deve ser quanto à moralidade administrativa, não impedindo a efetivação do desmembramento em comento.

Aliás, esta foi a conclusão do magistrado sentenciante acerca da matéria, senão vejamos:

Seria preferencial à coletividade, não há dúvida, a imposição dos requisitos do loteamento em lugar do mero desmembramento. Mas essa preferência, aferida a partir da subjetividade do intérprete judicial ou do fiscal da ordem jurídica, não pode se sobrepor às previsões legais e à cláusula da proporcionalidade/razoabilidade (art. 5.º, LIV, da CF), que deve ser interpretada de acordo com a lei e não confere um livro (sic) espaço para a aplicação de preferências subjetivas. As exigências mais gravosas do loteamento somente seriam exigíveis, impondo-se uma espécie de analogia *in malan partem*, caso apresentados indícios concretos de lesão à ordem ou ao planejamento urbanos, o que no caso não se verifica.

Desse modo, inviável exigir-se dos apelados, proprietários do imóvel objeto da presente somente a partir do ano de 2016, o preenchimento dos requisitos necessários para a aprovação de loteamentos, seja pelo fato de não terem participado dos parcelamentos do solo anteriormente realizados – não recaindo sobre si o ônus de eventuais omissões pretéritas –, seja por não restar demonstrada situação que demonstre a necessidade da adoção de tais requisitos (extraído do Recurso Administrativo n. 2018.900029-0 de Barra Velha, j. em 12/11/2018).

Ademais, não seria razoável exigir-se dos apelantes a reserva da área de 35% (trinta e cinco por cento) de sua gleba “*para áreas destinadas a sistema de circulação, bem como para a implantação de equipamento urbano e comunitário e espaços livres de uso público*”(BERTO, Evânio. Parte geral & registro de imóveis: perguntas e respostas. Florianópolis: Lagoa, 2008. p. 43), a fim de cumprir um dos requisitos exigidos pelo loteamento.

Logo, deve-se aplicar ao caso os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, além da função social da propriedade, consoante iterativo entendimento jurisprudencial:

SUSCITAÇÃO DE DÚVIDA. PARCELAMENTO DO SOLO. PLEITO REGISTRAL DE DESMEMBRAMENTO DE IMÓVEL IMPUGNADO PELO ÓRGÃO MINISTERIAL. EXIGÊNCIA DE QUE SEJA IMPLANTADO LOTEAMENTO NO LOCAL. PECULIARIDADES DO CASO, NO ENTANTO, QUE DEMONSTRAM A VIABILIDADE DA PRETENSÃO PARTICULAR. SERVIDÃO DE PASSAGEM CONSOLIDADA. SOLUÇÃO QUE ATENDE AO PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE, PROPORCIONALIDADE E DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE, PROPORCIONANDO A PLENA UTILIZAÇÃO DO SOLO URBANO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. (TJSC, Apelação Cível n. 2013.007996-4, de Presidente Getúlio, rel. Des. Ronei Danielli, Sexta Câmara de Direito Civil, j. em 6/6/2013)

APELAÇÃO CÍVEL. SUSCITAÇÃO DE DÚVIDA. PARCELAMENTO DO SOLO. IMPUGNAÇÃO MINISTERIAL NO SENTIDO DA NECESSIDADE DE LOTEAMENTO. PROJETO PARTICULAR QUE

CONTEMPLA APENAS DESMEMBRAMENTO. PECULIARIDADES DO CASO CONCRETO. SISTEMA VIÁRIO EXISTENTE QUE ATENDE SUFICIENTEMENTE AS NECESSIDADES DA LOCALIDADE. LOTEAMENTO PRESCINDÍVEL, SOB PENA DE INVIABILIZAÇÃO DO PARCELAMENTO DO SOLO. APLICAÇÃO DOS PRIMADOS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE. PARECER MINISTERIAL EQUIVOCADO. PRETENSÃO REPELIDA. DECISÃO MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO.

À vista dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, verificada a impossibilidade fática em se implementar um loteamento com todas as condições e acréscimos estruturais exigidos pela legislação, a manutenção da sentença que assegurou o aproveitamento racional da propriedade urbana é medida de justiça que vem ao encontro da função social da propriedade e resguarda o direito social à moradia. Demais disso, não se verifica no caso em apreço, o intuito do proprietário de driblar a necessidade de dedicação de áreas para equipamentos urbanos, contando, inclusive com a anuência do ente municipal. (TJSC, Apelação Cível n. 2011.057136-9, de Presidente Getúlio, rel. Des. Carlos Adilson Silva, Terceira Câmara de Direito Público, j. em 3/4/2012)

Demais disso, consoante se infere dos autos, o Município autorizou o desmembramento pretendido pelos recorrentes e atesta que *“a subdivisão da gleba em lotes destinada à edificação aproveita o sistema viário existente, sem abertura de novas vias e logradouros públicos, e utiliza as ruas oficiais e incorporadas ao uso comum do povo, não implicando no prolongamento, modificação ou ampliação dos já existentes”* (fl. 12).

De outro lado, segundo as modalidades colacionadas, o pleito amolda-se ao desdobro e não ao desmembramento.

Explica-se.

In casu, não se observa a pretensão de abertura de novas vias ou logradouros públicos nem prolongamento, modificação ou ampliação dos que já existem. Ainda assim, não se tem caracterizado, por si só, o parcelamento na modalidade desmembramento.

Depreende-se que a pretensão é a simples divisão de um lote anteriormente desmembrado, em dois novos lotes com matrículas distintas, sem objetivo de urbanização, tipificando exatamente o conceito do termo desdobro.

A título de complementação, de acordo com o Guia de Atuação no Ordenamento Territorial e Meio Ambiente de autoria do Ministério Público do Estado de Santa Catarina, edição 2015 (in: <<https://documentos.mpsc.mp.br/portal/manager/resourcesDB.aspx?path=599>> Acesso em 17/7/2019), reprisa-se que desmembramento e desdobro não são sinônimos e consistem, respectivamente, em:

Segundo a redação do § 2º do art. 2º da Lei n. 6.766/76 é “a subdivisão de gleba em lotes destinados à edificação, com aproveitamento do sistema viário existente, desde que não implique a abertura de novas vias e logradouros públicos nem prolongamento, modificação ou ampliação dos já existentes (p. 32).

Divisão de um lote sem o objetivo de urbanização, constituindo novos lotes, com matrículas distintas. [...] Por se tratar de procedimentos administrativos sem interferência na ordem urbanística municipal, o desdobro e o remembramento não se submetem às exigências do registro especial do art. 18, sendo regulados pela legislação dos Municípios (p. 43).

A propósito:

CONSULTA. IMÓVEL. DESMEMBRAMENTO. ART. 18 DA LEI N. 6.766/1979. DISPENSABILIDADE. GLEBA. INEXISTÊNCIA. COISA DESMEMBRADA. NÃO URBANIZAÇÃO. DESDOBRE.

Imóvel anteriormente desmembrado e devidamente registrado não caracteriza gleba, mas, sim, coisa desmembrada.

Porquanto não se objetiva a urbanização e, aliado a isso, não há a necessidade de modificação no sistema viário existente; configurando-se, sim, a simples pretensão de fracionamento de um lote em três lotes diversos, com matrículas distintas, criando novas individualidades; há, de fato, a figura do desdobro e não de um desmembramento. (Consulta n. 2015.900091-7, de Porto Belo, rel. Des. Ricardo Fontes, Conselho da Magistratura, j. em 15/12/2015)

Derradeiramente, verifica-se que há previsão do desdobro na lei municipal de Guaramirim (art. 3º da LC n. 16/2011) e estão cumpridos os seus requisitos (fl. 6).

Dessa forma, deve ser reformada a decisão que julgou procedente a dúvida suscitada pelo Oficial do Registro de Imóveis da comarca de Guaramirim, a fim de permitir que os apelantes procedam ao desdobro do terreno registrado na matrícula n. 27.901, com área de 1.008,41m², em duas parcelas, de 429,46m² e de 578,95m².

À vista do exposto, vota-se pelo provimento do recurso, para reformar a sentença e julgar improcedente a dúvida, nos termos do art. 203, II, da Lei n. 6.015/73, permitindo-se o registro do desdobro do imóvel dos autores.

Recurso Administrativo n. 2019.900015-2, de Palhoça

Relator: Des. Antônio Zoldan da Veiga

RECURSO ADMINISTRATIVO. RECLAMAÇÃO. DIVERGÊNCIA QUANTO À COBRANÇA DE EMOLUMENTOS. RECURSO DO OFICIAL DE REGISTRO DE IMÓVEIS. ALEGAÇÃO DE QUE A BASE DE CÁLCULO, PARA A REDUÇÃO DE 50% DOS EMOLUMENTOS, PREVISTA NO ART. 290 DA LEI N. 6.015/1973, É EXCLUSIVAMENTE O VALOR FINANCIADO PELO SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO (SFH). TESE ACOLHIDA. INTENÇÃO DA NORMA DE GARANTIR A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE. REDAÇÃO DO NORMATIVO, QUE CONJUGADA COM O SEU FIM COLIMADO, IMPORTAM NA INTERPRETAÇÃO DE QUE A REDUÇÃO DOS EMOLUMENTOS INCIDE SOMENTE SOBRE A QUANTIA FINANCIADA PELO SFH E NÃO SOBRE A INTEGRALIDADE DO VALOR DO IMÓVEL. ORIENTAÇÃO NO MESMO SENTIDO EXPEDIDA PELA CORREGEDORIA-GERAL DA JUSTIÇA DESTA CORTE (CIRCULAR N. 62/2014) E PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso Administrativo n. 2019.900015-2, em que é recorrente Sebastião David Correa Tourinho – Oficial do Registro de Imóveis da Palhoça e recorrido Cassiano Wotroba.

O Conselho da Magistratura decidiu, por unanimidade de votos, conhecer do recurso e dar-lhe provimento para julgar improcedente a reclamação autuada sob n. 0006575-16.2018.8.24.0045. Encaminhe-se cópia do presente acórdão ao Juízo da Vara da Fazenda Pública, Acidentes do Trabalho e Registros Públicos da comarca da Palhoça para juntada naqueles autos.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Excelentíssimo Senhor Desembargador Rodrigo Collaço e dele participaram os Excelentíssimos Senhores Desembargadores Moacyr de Moraes Lima Filho, Henry Petry Junior, Carlos Adilson Silva, Júlio César Knoll, Gerson Cherem II, Denise de Souza Luiz Francoski e Luiz Neri Oliveira de Souza.

Funcionou como representante do Ministério Público o Excelentíssimo Senhor Procurador de Justiça Mário Luiz de Melo.

Florianópolis, 10 de junho de 2019.

Antônio Zoldan da Veiga
Relator

RELATÓRIO

Cassiano Wotroba propôs, perante a Corregedoria-Geral da Justiça desta Corte, reclamação contra o Oficial do Registro de Imóveis da Palhoça que, em tese, não aplicou a redução de 50%

(cinquenta por cento) nos emolumentos sobre a integralidade do valor do imóvel, relacionados à primeira aquisição imobiliária para fins residenciais financiada pelo Sistema Financeiro da Habitação (fls. 3-4).

Alegou, em síntese, que solicitou o desconto de 50% no registro de imóveis, mas que apenas os atos do gravame da alienação sofreram o desconto e os outros não. Afirmou que acreditava ter sido irregularmente cobrado e que entendia que ao caso se aplicava a resolução de São Paulo, motivo pelo qual solicitou providências.

A Corregedoria-Geral da Justiça remeteu a reclamação ao Juiz Diretor do Foro da comarca da Palhoça, que redistribuiu o pleito à Vara da Fazenda Pública, Acidentes do Trabalho e Registros Públicos daquela comarca (fl. 3).

A reclamação foi autuada sob n. 0006575-16.2018.8.24.0045, na qual sobreveio sentença, cuja parte dispositiva segue transcrita (fls. 22-24):

Por esses motivos, **JULGO PROCEDENTE a RECLAMAÇÃO apresentada por CASSIANO WOTROBA em face de SEBASTIÃO DAVID CORRÊA TOURINHO** para:

(A) **DECLARAR** indevida a exclusão do valor referente a parcela não financiada, aqui compreendida como aquela trazida pelo mutuário com recursos próprios (inclusive FGTS), da base de cálculo do desconto sobre os emolumentos referente aos atos relacionados à aquisição de primeiro imóvel residencial com recursos do SFH, **DEVENDO** o Oficial conferir a redução prevista no art. 290 da Lei 6.015/73 sobre a totalidade dos emolumentos devidos por todos os atos relacionados com a primeira aquisição, inclusive os atos de averbações, utilizando como base de cálculo o valor integral do imóvel e não somente sobre a parte financiada.

(B) **CONDENAR** o requerido a restituir para o requerente os valores de emolumentos pagos por ele indevidamente referente ao registro do contrato de compra e venda com garantia fiduciária dos imóveis matriculados sob ns. 63.079, 63.135 e 63.182, corrigido monetariamente pelo INPC desde o desembolso e com o acréscimo de juros de mora de 1% ao mês desde a notificação do reclamado.

Sem custas, na forma do art. 35, 'm', da LC 156/1997.

Sem honorários.

P.R.I.

Sem remessa necessária.

Eventual recurso, depois de ofertada as contrarrazões, deverá ser remetido ao Conselho da Magistratura para apreciação (art. 42, §2º, do Regimento de Custas e Emolumentos).

Requeru, ao final, a reforma da sentença, a suspensão dos seus efeitos, a anulação das penalidades, da correção monetária e dos juros condenatórios (fls. 26-28).

O recorrido não apresentou contrarrazões, conforme certificado à fl. 38.

Este é o relatório.

VOTO

Presentes os pressupostos legais, o recurso deve ser conhecido e provido, senão vejamos.

O recorrente sustenta que a redução de 50% nos emolumentos, prevista no art. 290 da Lei n. 6.015/1973, incide tão somente sobre o valor efetivamente financiado pelo Sistema Financeiro da Habitação e não sobre a integralidade do valor do imóvel.

Dispõe o aludido normativo, com redação dada pela Lei n. 6.941/1981:

Art. 290. Os emolumentos devidos pelos atos relacionados com a primeira aquisição imobiliária para fins residenciais, **financiada pelo Sistema Financeiro da Habitação**, serão reduzidos em 50% (cinquenta por cento). (grifou-se)

É pacífico na doutrina que a intenção da norma é garantir a aplicação do princípio da função social da propriedade, previsto constitucionalmente no art. 5º, XXIII, haja vista conceder redução do pagamento de emolumentos àqueles que forem adquirir seu primeiro imóvel residencial e que para tal fim necessitem financiar valores pelo Sistema Financeiro da Habitação.

Nesse sentido, colhe-se da doutrina:

Da leitura do presente artigo fica explicitado que o legislador não descuidou da função social da habitação. Ao que nos apresenta, o intuito de reduzir custas e emolumentos dirige-se a atender a uma política habitacional que norteia as ações governamentais e portanto também legislativas. Ainda que se diga que o conceito legal de função social, destaque-se indeterminado, seja de difícil delineamento, a função criadora do juízo e a interpretação extensiva do doutrinador, nos conduzirão a um alargamento na dimensão deste princípio para que um outro princípio, o da dignidade da pessoa humana seja mais facilmente concretizado. (TOMASZEWSKI, Adauto de Almeida, Comentários à Lei dos Registros Públicos. 2 ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2013, p. 800).

Assim, considerando o caráter social da norma, que concede a redução de emolumentos aos menos favorecidos que necessitam de financiamento para a aquisição da sua habitação, bem como a redação do normativo, que exige que seja imóvel financiado pelo Sistema Financeiro da Habitação, verifica-se que a base de cálculo para a redução deve consistir tão somente na quantia financiada.

Nada obstante entendimento em sentido contrário, a redução dos emolumentos calculadas sobre quantia não financiada, não encontra supedâneo no fim colimado pela norma, uma vez que concederia desconto idêntico àqueles que não necessitam financiar grande valor para adquirir sua primeira residência.

Comungando do mesmo entendimento, Walter Ceneviva dispõe que:

A regra geral sobre custas está no art. 14: elas são devidas aos oficiais do registro, a título de remuneração pelos atos que praticarem. O não pagamento é exceção minorada pela finalidade social do dispositivo, voltado para a aquisição da casa própria. Conjugados os dois aspectos, **tem-se que a redução dos emolumentos devidos dirá respeito apenas ao valor financiado**. O excedente, suportado com recursos próprios do comprador, não será beneficiado pela redução nas custas. (CENEVIVA, Walter. Lei dos Registros Públicos comentada. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 739, grifou-se).

Na mesma linha, a Corregedoria-Geral da Justiça deste Poder Judiciário lançou orientação, a fim de pacificar a controvérsia, e editou a Circular n. 62/2014:

Assim, de acordo com a disciplina legal da matéria, os emolumentos devidos pelos atos relacionados com a primeira aquisição imobiliária para fins residenciais, financiada pelo Sistema Financeiro da Habitação, devem ter redução de 50% sobre o valor do financiamento.

Observe-se que a redução de 50% incide sobre todos os atos relacionados com a primeira aquisição imobiliária financiada pelo SFH, incluindo, tanto o registro da compra e venda do imóvel quanto o registro da alienação fiduciária do bem em garantia do pagamento do débito contraído.

Porém, impende ressaltar que a redução de 50% cabe **“exclusivamente sobre o financiamento”**. Logo, sobre o valor advindo de recursos próprios, o desconto não incide.

Desta forma, os emolumentos devem ser calculados proporcionalmente, considerando que o preço foi apenas parcialmente financiado (o restante foi pago com outros recursos).

[...]

Como se pode perceber, o parâmetro para cálculo dos emolumentos, no caso da primeira aquisição de imóvel residencial, tratando-se de SFH, deve seguir as seguintes regras:

Registro da compra e venda:

a) Cobra-se emolumentos integrais sobre os recursos próprios (incluídos os do FGTS) e 50% dos emolumentos sobre os recursos advindos do SFH, conforme valor do imóvel que consta no instrumento contratual.

No mesmo norte, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo editou nota explicativa à Tabela II de Custas, que trata do Registro de Imóveis, segundo a qual:

1.8. Sistema financeiro da habitação:

1.8.1. Salvo o registro dos contratos de aquisição imobiliária financiada previstos no item 1.1 da tabela, os demais serão cobrados de conformidade com o item 1, **com redução de 50% (cinquenta por cento), exclusivamente sobre o financiamento, nos termos do artigo 290 da Lei federal 6.015/73**.

1.8.2 Caberá ao notificado o pagamento dos emolumentos previstos no item 3, alínea “b” da Tabela, por ocasião da purgação da mora, para reembolso do notificante. (grifou-se). (Disponível em: <https://www.registradores.org.br/Servicos/frmTabelaCustas.aspx>)

Dessa feita, não se trata de ressaltar o que a Lei não o fez, mas tão somente de conferir interpretação a sua redação conjugada com o fim colimado pela norma, motivo pelo qual a redução de 50% (cinquenta por cento) dos emolumentos, prevista no art. 290 da Lei n. 6.015/1973, deverá incidir exclusivamente sobre a quantia financiada pelo Sistema Financeiro da Habitação.

Diante do exposto, vota-se no sentido de conhecer do recurso e dar-lhe provimento para julgar improcedente a reclamação autuada sob n. 0006575-16.2018.8.24.0045. Encaminhe-se cópia do presente acórdão ao Juízo da Vara da Fazenda Pública, Acidentes do Trabalho e Registros Públicos da comarca da Palhoça para juntada naqueles autos.

Este é o voto.

Recurso Administrativo n. 2018.900009-5, de São Francisco do Sul

Relator: Des. Roberto Lucas Pacheco

RECURSO ADMINISTRATIVO. SUSCITAÇÃO DE DÚVIDA. INSATISFAÇÃO MANIFESTADA EM FACE DAS EXIGÊNCIAS DO OFICIAL DO 1º OFÍCIO DE REGISTRO DE IMÓVEIS DA COMARCA DE SÃO FRANCISCO DO SUL. SENTENÇA RECONHECENDO A IMPOSSIBILIDADE DO REGISTRO. RECURSO DOS SUSCITADOS.

PRELIMINAR DE JULGAMENTO *CITRA PETITA* AFASTADA.

A decisão recorrida, tal como fora proferida, mesmo que de forma concisa, examinou as matérias suscitadas e possibilitou o conhecimento aos recorrentes das razões de convencimento do juízo. Outrossim, é certo que o princípio da motivação das decisões presente no art. 93, IX, da Constituição Federal não exige do magistrado longa ou prolixa fundamentação, mas que as razões de seu convencimento sejam expostas de forma clara e suficiente no *decisum*.

REGISTRO DE IMÓVEIS. NECESSIDADE DA PRÉVIA APRESENTAÇÃO DE TODOS OS DOCUMENTOS QUE INTEGRAM O TÍTULO. FORMALIDADE A SER CUMPRIDA NO MOMENTO DA PROTOCOLIZAÇÃO. ÁREA OBJETO DE REGISTRO QUE SOFREU INÚMERAS MODIFICAÇÕES E INTERVENÇÕES, DESTOANDO O QUE SE PRETENDE REGISTRAR DA SITUAÇÃO REAL. VIA ESTREITA DO PROCEDIMENTO DE SUSCITAÇÃO DE DÚVIDA QUE NÃO COMPORTA A RETIFICAÇÃO DO REGISTRO.

Incabível o procedimento de dúvida para substituir procedimento retificatório de registro. Conforme o art. 198 da Lei n. 6.015/73, a suscitação de dúvida é o procedimento cabível apenas nas hipóteses em que não houver concordância com as exigências feitas pelo registrador para a lavratura do registro.

OBSERVÂNCIA DA PRENOTAÇÃO ANTERIOR. PREFERÊNCIA QUE DEVE SER OBSERVADA. ACERTO DO PROCEDIMENTO DO REGISTRADOR.

Irrepreensível a conduta do oficial do cartório de registro de imóveis que, ao exarar nota devolutiva, entendeu que a análise dos demais requisitos de admissibilidade ou de acesso ao registro de imóveis concernente ao título relacionado operar-se-ia em momento oportuno e somente após o deslinde do protocolo anterior, o que ainda não havia ocorrido no momento em que a nota de exame/exigência foi expedida pelo registrador.

AVERBAÇÃO DE ÁREA DE RESERVA LEGAL NO CARTÓRIO DE REGISTRO DE IMÓVEL. EXIGÊNCIA ABOLIDA PELO NOVO CÓDIGO FLORESTAL (ART. 18, *CAPUT* E § 4º), CONDICIONADA, NO ENTANTO, AO REGISTRO NO CADASTRO AMBIENTAL RURAL – CAR. IMPLEMENTAÇÃO DO CAR NO ESTADO DE SANTA CATARINA PELO DECRETO N. 2.219, PUBLICADO EM 4.6.2014. MANUTENÇÃO DA EXIGÊNCIA.

Em 4.6.2014, foi publicado o Decreto estadual n. 2.219, regulamentando o Cadastro Ambiental Rural (CAR) dentro do território catarinense, com a posterior edição da Instrução Normativa n. 1, de 1º.7.2014, pela Secretaria de Estado de Desenvolvimento Econômico Sustentável e Secretaria de Estado da Agricultura e da Pesca, a qual aprovou o manual operativo do CAR, de forma que não mais subsiste a obrigatoriedade da averbação da reserva legal na matrícula do imóvel perante o Cartório de Registro de Imóveis, sendo suficiente a inscrição no Cadastro Ambiental Rural.

RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso Administrativo n. 2018.900009-5, da comarca de São Francisco do Sul (2ª Vara), em que são Recorrentes Margareth Daberkow de Souza e Paulo Cesar Ávila de Souza e Recorrido o Oficial Registrador do 1º Ofício de Registro de Imóveis da comarca.

O Conselho da Magistratura decidiu, por votação unânime, conhecer do recurso e negar provimento.

O julgamento, realizado em 11 de fevereiro de 2019, foi presidido pelo Excelentíssimo Senhor Desembargador Rodrigo Collaço e dele participaram os Excelentíssimos Senhores Desembargadores Carlos Adilson Silva, Altamiro de Oliveira, Gerson Cherem II, Denise de Souza Luiz Francoski, Artur Jenichen Filho, Luiz Néri Oliveira de Souza, Hélio David Vieira Figueira dos Santos, Antônio Zoldan da Veiga, Moacyr de Moraes Lima Filho e Henry Petry Júnior.

Florianópolis, 25 de junho de 2019.

Roberto Lucas Pacheco
Relator

RELATÓRIO

Na comarca de São Francisco do Sul, Margareth Daberkow de Souza e Paulo Cesar Ávila de Souza requereram ao 1º Ofício do Registro de Imóveis, o registro da escritura de compra e venda do imóvel transcrito sob n. 4.778, à fl. 009 do Livro 3-K (Transcrição de Transmissões) daquela serventia (fls. 19 a 33). O pedido foi protocolizado sob n. 82.097 em 19.8.2016.

O delegatário encaminhou nota de exigências aos interessados, especificando todos os pontos que deveriam ser atendidos para possibilitar o registro, destacando, entre eles, a existência de prenotação anterior (n. 81.068), oriunda de averbação de ação cautelar de protesto movida por Jamal Majid Ahmad Alghurair em face de Fundo de Investimentos em Participações e Infraestrutura – ANESSA e outros, em trâmite na 2ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais do Foro Central Cível da comarca de São Paulo – SP. (fls. 40 a 48).

Manifestando-se a respeito da nota de exigência, os requerentes disseram concordar com parte delas e apresentaram os documentos necessários a satisfazê-las. No entanto, por discordarem das demais ou por não terem condições de atendê-las, requereram ao registrador a suscitação de dúvida nos termos do art. 198 da Lei de Registros Públicos (fls. 77 a 158).

Assim, o oficial registrador suscitou dúvida ao juiz da 2ª Vara Cível da comarca de São Francisco do Sul, encaminhando-lhe cópia dos documentos apresentados pelos interessados e da nota de exigências.

Os requerentes, por sua vez, apresentaram impugnação à suscitação de dúvida, aduzindo, em síntese que as exigências feitas pelo registrador são descabidas, seja porque contrariam o direito

aplicável, seja porque são impossíveis de serem satisfeitas. Destacam, outrossim, que a existência de prenotação antecedente não impede o registro da escritura pública de compra e venda, principalmente porque, no caso em tela, a ação que deu azo à prenotação foi extinta, acarretando a caducidade da anotação a ela vinculada (fls. 172 a 207).

Com vista dos autos, o representante do Ministério Público opinou pela procedência parcial da suscitação de dúvida, considerando incabidas ou supridas as exigências feitas nos itens a, b, c, d, e, f, h, j, k, l da Nota de Exigências. Alvitrou, contudo, o acerto do registrador em relação às exigências relacionadas à inscrição do imóvel junto ao CAR, à necessidade de apresentação de Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas e à necessidade de retificação da descrição do imóvel, dado que não corresponde àquela constante do título (fls. 219 a 224).

Às fls. 237 a 246 os interessados manifestaram-se sobre o parecer ministerial.

Na sentença de fls. 248 a 250, o juiz *a quo* julgou parcialmente procedente a suscitação de dúvida para: a) reconhecer a validade da prenotação anterior (n. 81.068), ante a inexistência de decisão judicial determinando o seu cancelamento; b) reconhecer a necessidade de retificação da área do imóvel; c) nos termos do parecer do Ministério Público, ter por indevidas as exigências feitas nos itens a, b, c, d, e, f, h, j, k, l, da Nota de Exigências, ratificando, por fim, a impossibilidade de registro do título pretendido pelos interessados.

Não resignados, os suscitados interpuseram o presente recurso administrativo, alegando, em preliminar que a sentença é *citra petita*, pois não enfrentou todos os fundamentos da impugnação, padecendo de nulidade, por ausência de fundamentação, nos termos do art. 489, § 1.º, IV, Código de Processo Civil.

No mérito, aduziram em síntese que: a) não há incongruência entre o título e a escritura pública, dado que esta traz em seu bojo a transcrição daquele, complementando as informações necessárias para o registro; b) as informações constantes do título transcrito são suficientes para permitir o registro, dado que os arts. 196, 228 e 229 da Lei de Registros Públicos permitem que, em se tratando de primeira matrícula, o registro poderá levar em conta os elementos constantes do título apresentado e do registro anterior nele mencionado, de sorte que não se há falar em dúvida sobre a área do imóvel; c) não havendo óbice legal, deve-se proceder o registro sem prévia retificação, postergando para momento posterior o aperfeiçoamento da matrícula imobiliária; d) os efeitos da prenotação n. 81.068 já estão expirados, uma vez que a medida cautelar que a ela deu origem foi extinta; além disso, o prazo a que alude o art. 205 da Lei de Registros Públicos foi superado, acarretando a caducidade da prenotação; e) ainda que se considere pendente a prenotação n. 81.068, é possível o trâmite conjunto de ambos os títulos e a própria efetivação do ato registral pertinente à escritura pública de compra e venda, antes ou depois da averbação do protesto, por não haver exclusão ou contradição entre ambos os títulos; f) quanto à comprovação de inscrição da reserva legal ativa no Cadastro Ambiental Rural – CAR, o registrador não disse que era condição imprescindível ao registro; ademais, o imóvel não está registrado no CAR e não tem a sua reserva legal especializada, porque ainda não venceu o prazo concedido pela lei para a abertura desse

assento administrativo, não podendo, por isso, permanecer tal exigência; g) i) a obtenção de CND trabalhista, em nome do vendedor foi carreada aos autos pelos recorrentes; h) ao tempo da lavratura do ato (1979) não se cogitava a possibilidade de expedição de CND trabalhista, não se podendo, portanto, exigir que o título seja agora submetido à incidência de normas editadas muito tempo depois da sua perfectibilização; i) é impossível promover qualquer retificação do título apresentado a registro, já que os seus intervenientes (vendedor e comprador) já faleceram e, portanto, não podem promover qualquer alteração naquele ato; j) a recomendação de cientificação das partes quanto à possibilidade de obtenção da CND não é voltada aos Registros de Imóveis, mas unicamente aos Tabelionatos, tal como previsto no Enunciado n. 01/2016 do Colégio Notarial do Brasil – Seção de Santa Catarina; e k) a Recomendação n. 03/2012/CNJ, na qual se baseia a Resolução n. 03/2012/CGJSC, é uma simples recomendação de cautela a ser adotada pelo tabelião e não pelo registrador de imóveis.

Por todos esses fundamentos, requerem a reforma da sentença a fim de determinar que o Oficial do 1º Registro de Imóveis de São Francisco do Sul proceda o registro da escritura pública de compra e venda do imóvel individualizado sob n. 4.778, à fl. 009 do Livro 3-K (Transcrição de Transmissões (fls. 254 a 279).

Não foram apresentadas contrarrazões.

Lavrou parecer pela douta Procuradoria-Geral de Justiça a Exma. Dra. Gladys Afonso, que opinou pelo não provimento do recurso (fls. 298 a 303).

Os autos foram distribuídos aos Des. Cesar Abreu que, por decisão monocrática, determinou a redistribuição do feito a este Conselho da Magistratura (fls. 305 e 306).

É o relatório.

VOTO

Da preliminar de julgamento *citra petita*

Os recorrentes sustentam a nulidade da sentença em virtude de julgamento *citra petita*, eis que não teria enfrentado todos os fundamentos apresentados na impugnação.

Todavia, razão não lhes assiste.

Isso porque o julgador não está obrigado a responder a todos os questionamentos formulados pelas partes, competindo-lhe apenas indicar a fundamentação adequada à solução da lide.

No presente caso, o juiz singular entendeu que “não obstante uma série de exigências desnecessárias para fins de registro, algumas questões impedem o pleito do particular na forma postulada”, destacando cada uma delas, enfatizando a existência de prenotação realizada por ordem judicial. O magistrado acolheu o parecer ministerial como razão de decidir para rejeitar a dúvida quanto aos itens não compatíveis com o deliberado no julgado (fls. 248 e 249).

Nesse passo, tem-se que a decisão recorrida, tal como fora proferida, mesmo que de forma concisa, adentrou no exame das matérias suscitadas e possibilitou o conhecimento aos recorrentes das razões de convencimento do juízo.

Outrossim, é certo que o princípio da motivação das decisões presente no art. 93, IX, da Constituição Federal não exige do magistrado longa ou prolixa fundamentação, mas sim que as razões de seu convencimento sejam expostas de forma clara e suficiente no decisum. É o que se colhe da Constituição Federal:

Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

[...].

IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

O Supremo Tribunal Federal, ao apreciar a questão, “reafirmou a jurisprudência segundo o qual o art. 93 IX, da Constituição Federal exige que o acórdão ou decisão sejam fundamentados, ainda que sucintamente, sem determinar, contudo, o exame pormenorizado de cada uma das alegações ou provas, nem que sejam corretos os fundamentos da decisão” (ARE 1129433/RS, Rel. Min. Edson Fachin, j. em 21.6.2018).

Portanto, por se tratar de mero inconformismo com a forma pela qual o magistrado a quo analisou a matéria em litígio, não há se falar em nulidade da sentença por julgamento *citra petita*.

Do mérito

Como mencionado no relatório, além das questões relacionadas à existência de prenotação anterior e à prévia necessidade de retificação do imóvel, entendeu o magistrado *a quo* que apenas as exigências descritas nos itens “g” e “i”, da nota de fls. 40 a 48, eram corretas e impediam o registro da forma pretendida. Retira-se daquele documento:

g) Demais disso, e segundo a orientação contida na Circular 248/2014, da Corregedoria-Geral da Justiça do Estado de Santa Catarina, a parte interessada poderá apresentar a inscrição da reserva legal ativa no CAR – CADASTRO AMBIENTAL RURAL;

i) Igualmente, em face ao disposto na Recomendação nº 03/2012 (Ofício-Circular nº 101/2012), da Corregedoria-Geral da Justiça do Estado de Santa Catarina, deverá constar no corpo da escritura pública a cientificação das partes contratantes, pelo tabelionato respectivo, da possibilidade de obtenção prévia da Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas – CNDT, nos termos do art. 642-A da CLT (com redação dada pela Lei n.º 12.440/2011);

Pois bem.

Com relação à comprovação da inscrição junto ao CAR – Cadastro Ambiental Rural, a Circular-CGJ n. 248/14, tendo em vista as alterações legislativas advindas com a vigência do Código Florestal (Lei n. 12.651/12), ocupou-se em sedimentar o entendimento da Corregedoria-Geral da Justiça sobre a desnecessidade de registro da reserva legal junto à matrícula dos imóveis rurais, desde que comprovado o registro da reserva perante o CAR.

Daquele ato normativo se destaca:

Como panorama geral da situação, é possível esclarecer de antemão que: a) o Decreto Federal n. 8.235, de 5-5-2014, preceitua que a inscrição no CAR (Cadastro Ambiental Rural) será realizada por meio do Sistema de Cadastro Ambiental Rural – Sicar, que emitirá recibo (art. 3º, § 1º); b) a Instrução Normativa n. 2, de 6-5-2014, do Ministério do Meio Ambiente, dispõe no mesmo sentido: “a inscrição no CAR será realizada por meio do SICAR, que emitirá recibo de inscrição do CAR [...]” (art. 41); c) a Instrução Normativa Conjunta n. 1, de 1º-7-2014, da Secretaria de Estado do Desenvolvimento Econômico e Sustentável e da Agricultura e da Pesca, outrossim, estabelece no seu art. 14 que “a inscrição no CAR será realizada por meio do SICAR, que emitirá recibo de inscrição do imóvel, valendo como comprovante da inscrição” (art. 14); d) o art. 24 desta norma, por seu turno, prescreve que “com a inscrição no CAR, o proprietário ou possuidor rural fica desobrigado de fazer a averbação da Reserva Legal em cartório, pois esta ficará automaticamente registrada no CAR, após aprovação da localização da Reserva Legal pela FATMA”.

Dessarte, de maneira genérica, os atos normativos preceituam que a inscrição no Cadastro Ambiental Rural (CAR) ensejará a emissão de recibo e desobrigará a averbação no fôlio imobiliário, desde que demonstrado o registro da reserva legal perante o CAR.

Logo, ainda que não se exija a averbação no registro de imóveis, o registro da reserva legal deverá ser feito no CAR, devendo tal providência ser comprovada por ocasião do pedido de registro do imóvel.

Dessarte, tem-se por correta a exigência apresentada pelo Oficial do Registro de Imóveis.

Sorte diversa alcança os recorrentes no que se refere à exigência de retificação da escritura pública de compra e venda para fazer constar que as partes contratantes foram cientificadas, pelo tabelionato respectivo, da possibilidade de obtenção prévia da Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas – CNDT da possibilidade de obter previamente a Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas.

Isso porque ao tempo da lavratura daquela escritura, não se exigia a apresentação de certidões negativas de tributos federais, não havendo razão para que agora, decorrido tanto tempo desde a prática daquele ato, se imponha aos herdeiros do contratante tal obrigação.

Além disso, consta dos autos que o vendedor faleceu em 1978 e, segundo os interessados, seu CPF está cancelado, de sorte que não poderá ser expedida qualquer CNDT em seu nome, sendo totalmente inócua a medida alvitada pelo registrador.

Da necessidade de averbação da retificação do imóvel

Os recorrentes sustentaram que, caso seja promovida uma prévia retificação de área na tentativa de compatibilizar as descrições, a descrição do imóvel não será idêntica àquela constante do título – e criar-se-á, na prática, empecilho intransponível ao registro, em solução extremamente formalista e que praticamente relega àquele que possui um título regular, formal, registrável, a necessidade de buscar a propriedade por meio de usucapião (meio originário de aquisição, diferente da escritura de compra e venda, que configura meio derivado de aquisição).

Da análise da Nota de Exigência, verifica-se que o Oficial da 1ª Circunscrição do Registro de Imóveis da comarca de São Francisco do Sul indicou no item “k” (fls. 45) que “a nova descrição do imóvel mencionada na escritura pública ora em análise não coincide com aquela contida no registro supracitado, hipótese que requer a prévia averbação da retificação do imóvel respectivo, nos termos da Lei n. 6.015/1973, com as alterações introduzidas pela Lei n. 10.931/2014.

O magistrado singular reputou que “o contrato é antigo e que a área objeto de registro já sofreu inúmeras modificações, não havendo mais correlação entre o contrato, o registro e a situação atual. Não se trata de mero ajuste de limites pois atualmente a área mais configura um desmembramento com ruas e servidões com novos limites e confrontantes que não compunham o registro original” (fl. 248).

É cediço que o registro de um imóvel deve espelhar a realidade fática, seja em relação ao imóvel e suas características, seja em relação aos seus proprietários.

Por isso mesmo, permite a Lei de Registros Públicos seja feita a retificação do registro quando constatados erros ou omissões, disciplinando o procedimento para tal correção em seus arts. 212 a 216.

Walter Cruz Swenson, discorrendo sobre a possibilidade de retificação do registro, pontua:

A Lei de Registros Públicos disciplina, de forma minuciosa, a lavratura da matrícula, que deve corresponder aos dados constantes de transcrição ou registro anterior, bem como dos constantes do título levado a registro.

Na legislação registraria é regulamentado o processo de registro de títulos ou atos constitutivos, declaratórios e translativos de direitos reais imobiliários.

Estabelece, também, a lei, normas a serem obedecidas para a efetivação de averbações.

Com isso, visa-se não só o obstar o ingresso, nos Registros Públicos, de títulos e instrumentos irregulares, bem como a lavratura de averbações vedadas em lei, mas, também, que matrículas, registros e averbações correspondam às informações e dados contidos em transcrições ou registros anteriores e em tais instrumentos ou títulos (Walter Cruz Swenson, *Retificação de Registro*, Editora Revista dos Tribunais, 1992, p.13).

Existe igualmente a possibilidade de não corresponder a matrícula, registro ou averbação a realidade dos fatos, seja contendo informações errôneas a respeito das características e área do imóvel, seja quanto aos dados de identificação, a qualificação de seus proprietários. **Assim, seja numa hipótese, seja em outra, urge seja a matrícula, registro ou averbação retificado. E isso que passe tal registro (em sentido amplo) a corresponder a um retrato o mais que possível fiel à realidade, seja no que tange ao imóvel, seja quanto aos proprietários.** (*apud* Lei de Registros Públicos Anotada. Ed. Juarez de Oliveira, 2003, p. 395, sem grifos no original).

E a retificação serve bem aos casos em que, em razão da antiguidade do título anterior, as transcrições não apresentem todos os dados imprescindíveis para a perfeita identificação dos imóveis nelas mencionados, tais como área, confrontações, metragens laterais, seja porque o contrato levado a registro é muito antigo, seja porque as constantes alterações na área não foram averbadas junto ao registro originário.

Havendo necessidade de novo registro, não há como mitigar a regra do art. 677 do Código de Normas da Corregedoria-Geral da Justiça, que assim dispõe: “Nas escrituras e atos relativos a imóveis, os interessados serão identificados pelos seus nomes, e não serão admitidas referências dúbias ou não coincidentes com as que constem dos registros anteriores”.

E, no caso dos autos, conquanto os registrantes afirmem ser possível o registro valendo-se dos dados insertos na escritura pública de compra e venda, a análise dos documentos constantes dos autos não permite um juízo de certeza, como bem destacado pelo juiz *a quo*:

Destaco que o contrato é antigo e que a área do objeto de registro já sofreu inúmeras modificações, não havendo mais correlação entre o contrato, o registro e a situação atual. Não se trata de mero ajuste de limites, pois atualmente a área mais configura um desmembramento com ruas e servidões com novos limites e confrontantes que não compunham o registro original.

Ademais, incabível o procedimento de dúvida para substituir procedimento retificatório de registro, já que essa não é a finalidade do instituto previsto no art. 198 da Lei n. 6.015/73. A esse respeito, colhe-se excerto do parecer elaborado pela Procuradoria de Justiça (fl. 301):

Embora a parte insista pela conformidade da área posta na escritura com a real, em dado momento, invoca a possibilidade de ser valer do instituído no artigo 213 da Lei de Registros Públicos, o que entretences, não pode ser acolhido nesta via.

O mero ajuste do registro pode ser levado a efeito, se for o caso, porém, não é passível de solução, na via estreita da suscitação de dúvida.

Destarte, as divergências apresentadas, são obstáculos que não podem ser vencidos neste procedimento.

Sendo assim, a exigência deve ser mantida.

Da existência de prenotação anterior

Afirmam os recorrentes que os efeitos da prenotação n. 81.068 já estão expirados, conforme o disposto no art. 205 da Lei de Registros Públicos, que está de acordo com o art. 188 da mesma Lei, segundo o qual, “protocolizado o título, proceder-se-á ao registro, dentro do prazo de 30 (trinta) dias, salvo nos casos previstos nos artigos seguintes”. Sustentam, ainda, que mesmo que se considere pendente a prenotação n. 81.068, relativa ao ofício judicial de averbação de protesto

contra a alienação de bens, perfeitamente possível o trâmite conjunto de ambos os títulos e a própria efetivação do ato registral pertinente à escritura pública de compra e venda, antes ou depois da averbação do protesto, por não haver exclusão ou contradição entre ambos os títulos;

Razão não assiste aos recorrentes.

É sabido que o número de ordem, que retrata o lançamento do título no livro de protocolo, determina a sua prioridade e a preferência dos direitos reais (art. 186 da Lei de Registros Públicos). Assim, no apontamento assinalador da entrada do documento em cartório – prenotação – nasce o começo da oponibilidade aos terceiros e a publicidade; e assegura-se a predominância de um direito real sobre o outro, no caso de eventual contrariedade.

Portanto, frise-se, é a prenotação que efetivamente marca a prevalência do direito, fazendo, nos casos de registro posterior, retroagir os efeitos desde a data da protocolização; vale dizer: o registro produz efeito partir da prenotação. Isso é comum nos casos de suscitação de dúvida, dada a pendência do julgamento.

Da lição de Walter Ceneviva:

O número de ordem e a prenotação são indicados pela lei em separado. Dizem respeito, porém, ao mesmo objetivo, de fazer prevalecer a prioridade do direito real. Prenotação é assentamento prévio, no protocolo. Assegura precedência do direito real ao qual o título se refere. Seus efeitos destinam-se a vida efêmera; cessam em trinta dias se o interessado se omitir no atendimento de exigências legais opostas pelo oficial. Se, entretanto, o registro for cumprido, a precedência do direito real começa com a prenotação. Prioridade e precedência, como qualidades do número de ordem e da prenotação, provocam um resultado final: asseguram a predominância de um direito real sobre outro, em decorrência da anterioridade de seu lançamento no registro imobiliário, momento em que a realidade passa a ser oponível a todos os terceiros. Preferência advém da prioridade. Se o registro for cancelado e, mesmo assim, subsistirem o título e os direitos dele decorrentes, o novo assentamento possível terá vigor a partir da prenotação do instrumento que configura direito pessoal; o lançamento imobiliário lhe confere toda a força do direito real” (Lei dos Registros Públicos Comentada – 20. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2010).

Na espécie, os requerentes compareceram à escritania imobiliária (1.º Ofício de Registro de Imóveis da comarca de São Francisco do Sul/SC) a fim de proceder ao registro da escritura pública de compra e venda. O oficial fez a devida prenotação (protocolizada sob o n. 82.097 em 19.8.2016), não operando, contudo, o imediato registro, já que, após exame formal constatou a existência de prenotação anterior (n. 81.068, de 10.3.2016), correspondente ao título consistente no ofício n. 357/2016-MMF, expedido pela 2.ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais do Foro Central Civil da comarca de São Paulo/SP, em 03.03.2016, extraído do processo digital n. 1012062-90.2016.8.26.0100, da Ação de Medida Cautelar de Protesto requerida por Jamal Majid Ahma Alghurair em face de Fundo de Investimentos em Participações em Infraestrutura – Anessa e outros, com ordem de averbação da referida ação, cujo título foi objeto de consulta formulada por meio do ofício n. 01-P-81068, de 15 de março de 2016.

Negar a prioridade que favorece a prenotação anterior implica séria quebra do sistema registrário brasileiro, pois a própria Lei n. 6.015/73, em seu art. 182, confere àquele que primeiro apresentar o título para averbação a prioridade e preferência na efetivação do registro: “Todos os títulos tomarão, no protocolo, o número de ordem que lhes competir em razão da sequência rigorosa de sua apresentação”.

Irrepreensível, portanto, a conduta do oficial do cartório de registro de imóveis que, ao exarar nota devolutiva, entendeu que a análise dos demais requisitos de admissibilidade ou de acesso ao registro de imóveis concernente ao título relacionado (sob protocolo n. 82.097), operar-se-ia em momento oportuno e somente após o deslinde do protocolo anterior acima referido, o que ainda não havia ocorrido no momento em que a nota de exame/exigência foi expedida pelo registrador.

Por fim, verifica-se os documentos apresentados pelos requerentes no curso do procedimento da dúvida (fls. 318 a 321) não podem ser apreciados por este órgão julgador, eis que a qualificação do título é feita, integralmente, no momento em que é apresentado para registro.

Dessarte, não subsistem os argumentos dos recorrentes porque, segundo apurado, a Escritura Particular de Compra e Venda não pode ser registrada.

Ante o exposto, o recurso deve ser conhecido, mas não deve ser provido.

É como voto.

ÓRGÃO ESPECIAL

Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4034353-28.2018.8.24.0000, do Tribunal de Justiça

Relator: Desembargador Sérgio Roberto Baasch Luz

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI MUNICIPAL N. 10.372/2018 DE FLORIANÓPOLIS. PERMITE A PARTICIPAÇÃO DAS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS E PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PRIVADO SEM FINS LUCRATIVOS NO “PROGRAMA CRECHE E SAÚDE JÁ”. ILEGITIMIDADE ATIVA DO SINDICATO DOS TRABALHADORES EM ESTABELECIMENTOS DE SERVIÇOS DE SAÚDE DE FLORIANÓPOLIS. ART. 85, VII, DA CESC. AUSÊNCIA DE PERTINÊNCIA TEMÁTICA. NORMA QUE OBJETIVA FOMENTAR E DESCENTRALIZAR ATIVIDADES, DE FORMA QUE NÃO TEM RELAÇÃO DIRETA COM OS INTERESSES DO SINDICATO. EXTINÇÃO DA AÇÃO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Direta de Inconstitucionalidade n. 4034353-28.2018.8.24.0000, da comarca de Tribunal de Justiça (Órgão Especial) em que é/são Requerente(s) Sindicato dos Trabalhadores Em Estabelecimento de Serviços de Saúde de Florianópolis e Requerido(s) Prefeito Municipal de Florianópolis e outro.

O Órgão Especial decidiu, por votação unânime, julgar extinto o processo sem resolução do mérito por ilegitimidade ativa. Custas na forma da lei.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Excelentíssimo Senhor Desembargador Rodrigo Collaço, com voto, e dele participaram os Excelentíssimos Senhores Desembargador Monteiro Rocha, Desembargador Ricardo Fontes, Desembargador Salim Schead dos Santos, Desembargador Jaime Ramos, Desembargador Alexandre d Ivanenko, Desembargador Moacyr de Moraes Lima Filho, Desembargador Sérgio Izidoro Heil, Desembargador José Carlos Carstens Köhler, Desembargador João Henrique Blasi, Desembargador Henry Petry Junior, Desembargador Roberto Lucas Pacheco, Desembargador Stanley Braga, Desembargador Francisco Oliveira Neto, Desembargador Hélio do Valle Pereira, Desembargador Júlio César M. Ferreira de Melo, Desembargador Osmar Nunes Júnior, Desembargador Pedro Manoel Abreu, Desembargador Cláudio Barreto Dutra e Desembargador Luiz César Medeiros. Funcionou como Representante do Ministério Público o Excelentíssimo Senhor Procurador de Justiça Paulo de Tarso Brandão.

Florianópolis, 17 de julho de 2019.

Desembargador Sérgio Roberto Baasch Luz
Relator

RELATÓRIO

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Sindicato dos Trabalhadores Em Estabelecimento de Serviços de Saúde de Florianópolis em face da Câmara de Vereadores do Município de Florianópolis e do Prefeito Municipal de Florianópolis, visando a desconstituir a Lei Municipal n. 10.372/2018 e por arrastamento o Decreto n. 18.710/2018, do Município de Florianópolis, que trataram sobre a qualificação de entidades como organizações sociais e pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos cujas atividades sejam dirigidas ao ensino, ao esporte, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura, à saúde e à assistência social, que dessa maneira institui o programa creche e saúde no município de Florianópolis.

De início, o autor esclarece que é sindicato, regularmente registrado no CNPJ sob o n. 83.932.020/0001-28, e representa os trabalhadores da saúde privados no âmbito do Município de Florianópolis/SC. Assim, entende que detém expressa legitimidade para a fiscalização e defesa da correta execução da respectiva política de saúde, zelando pelos legítimos interesses da categoria, quando vêm exigir o cumprimento da Constituição, das Leis, tanto federais e estaduais, ainda seus correspondentes decretos e regulamentos.

Na matéria de mérito, o requerente destaca que o direito consagrado constitucionalmente da participação da comunidade, regulado infraconstitucionalmente, sofre retrocesso em matéria de direitos fundamentais, através da edição da indigitada norma de âmbito municipal.

Afirma que, especialmente com relação ao Sistema Único de Saúde (SUS), a Constituição do Estado de Santa Catarina, no art. 155, IV, e a Constituição da República Federativa Brasileira de 1988, no art. 198, III, preveem a participação da comunidade da sua organização, o que é estipulado também na Lei Federal n. 8.080/1990.

Sustenta que há competência concorrente na matéria, pois diferentes entes políticos legislam sobre o Conselho de Saúde, com predominância da União, que legisla sobre normas gerais (CF, art. 24, § 1º), e aos Estados estabelece-se a possibilidade, em virtude do poder suplementar, de legislar sobre assuntos referentes aos seus interesses locais (CF, art. 24, § 2º). Frisa que apenas na ausência da norma geral da União, poderão os Estados exercer a competência plena ou supletiva (CF, art. 24, § 3º e CE, art. 10, § 1º), sendo certo que a superveniência de lei federal sobre normas gerais suspenderá a eficácia da norma estadual, naquilo que lhe for contrário (CF, art. 24, § 4º e CE, art. 10, §3º). Observa que há impossibilidade da competência legislativa municipal em caráter suplementar, ou para tratar de interesse local suplementar ou alterar as normas expedidas pela União, especialmente as disposições das leis federais n. 8.080/1990 e nº 8.142/1990, que regulam a participação da comunidade face o orçamento do Sistema Único de Saúde (SUS).

Diz que a Lei Municipal n. 10.167/2016 criou o Conselho Municipal de Saúde do Município de Florianópolis, com caráter permanente e deliberativo, cujas decisões devem ser homologadas pelo Chefe do Poder Executivo Municipal. Assere, também, que o Conselho Municipal de Saúde de Florianópolis manifestou-se contrário às Organizações Sociais, em especial, ao projeto da Lei

atacada, que versa sobre Creche e Saúde, tanto que se resolveu por meio da Resolução n. 004/CMS/2018, revogar a Lei Municipal n. 10.372/2018. Nesse enfoque, entende ser cristalina a veemência do Poder Executivo Municipal em transpor etapas vitais à aprovação da lei guerreada, momento que evidencia-se um interesse incomum por parte da Administração Pública na sanção desta em sua forma integral.

No caso trazido à baila, defende que reside o vício de iniciativa ou de competência, derivado do poder decisório do Conselho Municipal de Saúde sobre o orçamento do Sistema Único de Saúde (SUS). Para tanto, destaca que o Município deve observar como estatuído no artigo 9º da própria Lei Orgânica local, através dos princípios estabelecidos na Carta estadual, bem como na Lei Maior Federal. Dessa forma, ao legislador municipal não é concedida liberdade absoluta ou plenitude legislativa, devendo acatar às limitações impostas pela Ordem Constitucional já citada.

Dessa forma, ressalta a flagrante inconstitucionalidade formal da Lei Municipal n. 10.372/2018, pois além da exclusiva competência do Poder Executivo do Município, o Conselho Municipal de Saúde detém competência fiscalizatória sobre o orçamento do Sistema Único de Saúde (SUS) no âmbito do município de Florianópolis, cuja iniciativa do projeto de lei referente à matéria tratada, deu-se a inversão da norma constitucional que determina a participação da comunidade nesta matéria.

Por fim, pugna pela procedência do pedido, a fim de se declarar a inconstitucionalidade do art. 1º da Lei Municipal n. 10.372/2018, e sua ementa, por violação ao disposto nos arts. 155, IV, da Constituição do Estado de Santa Catarina, que guardam consonância com o art. 198, III da Constituição da República, afastando-se os efeitos repristinatórios do Decreto n. 18.710/2018, do Município de Florianópolis.

Adotado o rito previsto nos arts. 6º e 8º da Lei Estadual n. 12.069/2001 (fl. 404).

O Presidente da Câmara Municipal de Vereadores de Florianópolis, nas suas informações, afirmou que a defesa da norma cabe precipuamente ao Poder Executivo, e que o projeto de lei tramitou regularmente na Casa Legislativa (fls. 409-410).

O Procurador-Geral do Município de Florianópolis, na defesa da norma, afirma que a lei permite contrato de gestão, o que é o caso das Organizações Sociais objeto da Lei e Decreto Regulamentar em apreço nestes autos, e em momento algum exclui a participação social. Além disso, afirma que não existe na Constituição Federal, na Constituição Estadual de Santa Catarina, tampouco na Lei Orgânica do Município de Florianópolis, pré-requisito de aprovação da sociedade civil em projeto de lei. Destaca que a prerrogativa do Projeto de Lei é privativo do Poder Executivo municipal, e, tem-se que o processo legislativo do referido Projeto de Lei seguiu tramite regular e primoroso junto a Câmara Municipal de Florianópolis, sendo posteriormente sancionada. Por derradeiro, observa que a matéria foi enfrentada pelo Supremo Tribunal Federal, por meio da ADI n. 1923, oriunda do Distrito Federal, julgada em 16/04/2015, onde foi questionado a constitucionalidade da sistemática de colaboração público-privada, através da qualificação de pessoas jurídicas de direito privado como Organizações Sociais, firmada pela Lei federal n. 9.637/1998, sistemática reproduzida na Lei Ordinária Municipal n. 10.372/2018 (fls. 411-420).

O Prefeito Municipal de Florianópolis não apresentou informações (fl. 421).

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer exarado pelo Exmo. Sr. Dr. Durval da Silva Amorim, manifestou-se pela falta de legitimidade ativa e, subsidiariamente, improcedência do pedido (fls. 424-434).

Intimado o requerente acerca da arguição de ilegitimidade ativa, este reafirmou a pertinência temática da norma com seus objetivos sindicais (fls. 475-478).

Este é o relatório.

VOTO

O Sindicato dos Trabalhadores em Estabelecimentos de Serviços de Saúde de Florianópolis pretende a declaração de inconstitucionalidade da Lei Municipal n. 10.372/2018, que permite a participação das organizações sociais e pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos no “Programa Creche e Saúde Já” no município de Florianópolis.

Para tanto sustenta que a norma violou o disposto nos arts. 155, IV, da Constituição do Estado de Santa Catarina, que guarda consonância com o art. 198, III da Constituição da República, os quais exigem a participação da comunidade na organização do Sistema Único de Saúde, e no caso, o Conselho Municipal de Saúde de Florianópolis, manifestou-se contrário às Organizações Sociais, em especial, ao projeto da Lei atacada.

Prefacialmente, de rigor a análise da legitimidade ativa do sindicato requerente para propor a presente ação direta de inconstitucionalidade.

Pois bem, a Constituição do Estado de Santa Catarina, acerca dos legitimados para propor ação direta de inconstitucionalidade perante o Tribunal de Justiça, de forma expressa prevê dentre eles os sindicatos, quando se tratar de norma municipal:

Art. 85 - São partes legítimas para propor a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estadual ou municipal contestado em face desta Constituição:

I - o Governador do Estado;

II - a Mesa da Assembleia Legislativa ou um quarto dos Deputados Estaduais;

III - o Procurador-Geral de Justiça;

IV - o Conselho Secional da Ordem dos Advogados do Brasil;

V - os partidos políticos com representação na Assembleia Legislativa;

VI - as federações sindicais e as entidades de classe de âmbito estadual;

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

Sobre o dispositivo em enfoque, entende-se que “a legitimidade ativa do sindicato para a propositura de ação direta de inconstitucionalidade de lei municipal em face da CESC, prevista no art. 85, VII, deste último diploma, apenas se perfaz com a caracterização da pertinência temática, a qual, por sua vez, consiste na demonstração da repercussão da norma questionada em seus objetivos sociais e econômicos [...]” (ADI n. 2008.037567-1, de Joinville, Rel. Des. Ricardo Fontes, j. 25/2/2009).

Em igual rumo:

Com a nova redação introduzida pela Emenda Constitucional n. 45/2006, os sindicatos de classe, quando guardam estrita pertinência temática com as atividades a serem defendidas, são legitimados para interpor ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo municipal frente à Constituição Estadual (art. 85, VII, da CE)” (ADI n. 2010.024696-8, da Capital, Rel. Des. Fernando Carioni, j. 1º/9/2010).

Como visto, a legitimação dos sindicatos para ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade limita-se ao questionamento de normas municipais que guardem relação com os objetivos institucionais do postulante no ajuizamento do feito.

Diz-se que sindicatos são legitimados não universais, ou especiais, pois devem demonstrar a pertinência temática.

No caso sob análise, o requerente afirma que “detém expressa legitimidade para a fiscalização e defesa da correta execução da respectiva política de saúde, zelando pelos legítimos interesses da categoria” (fls. 3-4). Além disso, frisa que “ao alterar o regime da classe dos trabalhadores de área de saúde da Florianópolis, alternando a alteração do regime estatutário por Contrato de Gestão sem qualquer critério, sem participação dos interessados em norma altamente genérica, ao abranger creches e saúde, descumprindo o espectro normativo e de participação social dos representados pelo Sindicato autor, jaz pertinência temática necessária a provocar intervenção do Poder Judiciário para fazer cumprir a Constituição do Estado e da República Federativa do Brasil” (fl. 477).

Não obstante, a norma questionada trata da instituição do “Programa Creche e Saúde Já”, “[...] com o objetivo de fomentar a descentralização de atividades e serviços desempenhados por órgãos ou entidades públicas municipais, mediante a participação de pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos [...]”, de forma que não tem relação direta com interesses específicos da classe dos trabalhadores de área de saúde da Grande Florianópolis.

O eminente Procurador de Justiça Durval da Silva Amorim bem observou que “a normativa questionada não altera aspectos relacionados a cargos, benefícios, deveres, regime ou condições de atuação dos trabalhadores da saúde, sejam vinculados ao Poder Público ou à iniciativa privada” (fls. 428-429).

O STF também entende ser exigível o requisito da pertinência temática, exigindo estreita relação entre o objeto do controle e a defesa dos direitos da classe representada pela entidade:

Agravo regimental em ação direta de inconstitucionalidade. Artigo 103, IX, CF. Controle concentrado. Entidade de classe de âmbito nacional. Ilegitimidade. Pertinência temática. Processo objetivo. Ausência de estreita relação entre o objeto do controle e a defesa dos direitos da classe representada pela entidade. 1. A jurisprudência firme da Corte é no sentido de que, dentre as entidades sindicais, apenas as confederações sindicais possuem legitimidade para propor ação direta, conforme o disposto no art. 103, IX, da Constituição Federal. Precedentes. 2. As entidades de classe e as confederações sindicais somente poderão lançar mão das ações de controle concentrado quando tiverem em mira normas jurídicas que digam respeito aos interesses típicos da classe representada. Precedentes. 3. A pertinência temática é verdadeira projeção do interesse de agir no processo objetivo, que se traduz na necessidade de que exista uma estreita relação entre o objeto do controle e a defesa dos direitos da classe representada pela entidade requerente. 4. Não verificada correlação entre os objetivos institucionais perseguidos pela entidade e as normas impugnadas, as quais dizem respeito à majoração das alíquotas da contribuição ao PIS e da Cofins relativas à venda de combustíveis. 5. Nego provimento ao agravo regimental (ADI 5837 AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, j. 31/08/2018).

Pelo exposto, julgo extinto o processo sem resolução do mérito em razão da ilegitimidade ativa.

Este é o voto.

Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 8000149-21.2017.8.24.0000, do Tribunal de Justiça

Relator: Desembargador Cláudio Barreto Dutra

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGO 6º DA LEI N. 1.316/2005 DO MUNICÍPIO DE SÃO CARLOS. NORMA QUE CONCEDE INCENTIVOS FISCAIS E ECONÔMICOS PARA A EXPANSÃO DE EMPREENDIMENTOS E GERAÇÃO DE EMPREGO E RENDA NA LOCALIDADE. DISPOSITIVO IMPUGNADO QUE PREVÊ A POSSIBILIDADE DE QUE AS EMPRESAS BENEFICIADAS COM CONCESSÃO DE USO ADQUIRAM O BEM PÚBLICO, MEDIANTE SIMPLES INDENIZAÇÃO. OFENSA ÀS NORMAS GERAIS DE LICITAÇÃO. COMPETÊNCIA LEGISLATIVA PRIVATIVA DA UNIÃO. ATUAÇÃO SUPLEMENTAR DO MUNICÍPIO. EXTRAPOLAÇÃO DO PODER SUPLEMENTAR AO AMPLIAR AS HIPÓTESES DE DISPENSA DE LICITAÇÃO. INCONSTITUCIONALIDADE MANIFESTA. PROCEDÊNCIA.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Direta de Inconstitucionalidade n. 8000149-21.2017.8.24.0000, do Tribunal de Justiça em que é Autor Ministério Público do Estado de Santa Catarina e Requerido Prefeito do Município de São Carlos e outro.

O Órgão Especial decidiu, por votação unânime, julgar procedente o pedido para declarar a inconstitucionalidade do artigo 6º da Lei n. 1.316/2006 do município de São Carlos. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado no dia 17 de julho de 2019, os Excelentíssimos Desembargadores Cláudio Barreto Dutra, Luiz César Medeiros, Sérgio Roberto Baasch Luz, Monteiro Rocha, Ricardo Fontes, Salim Schead dos Santos, Jaime Ramos, Alexandre d'Ivanenko, Moacyr de Moraes Lima Filho, Sérgio Izidoro Heil, José Carlos Carstens Köhler, João Henrique Blasi, Henry Petry Junior, Roberto Lucas Pacheco, Rodrigo Collaço, Stanley Braga, Francisco Oliveira Neto, Hélio do Valle Pereira, Júlio César M. Ferreira de Melo, Osmar Nunes Júnior e Pedro Manoel Abreu.

Presidiu a sessão o Excelentíssimo Desembargador Rodrigo Collaço.

Funcionou como representante do Ministério Público o Excelentíssimo Procurador de Justiça Paulo de Tarso Brandão.

Florianópolis, 19 de julho de 2019.

Desembargador Cláudio Barreto Dutra
RELATOR

RELATÓRIO

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA propôs ação direta de inconstitucionalidade em face do artigo 6º da Lei n. 1.316/2005 do município de São Carlos, por violação ao artigo 112, inciso II, da Constituição do Estado de Santa Catarina, que guarda consonância com o artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal.

Informou que a lei instituiu normas para concessão de incentivos fiscais e econômicos para a expansão de empreendimentos instalados na localidade e geração de empregos e renda.

Especificamente sobre o artigo impugnado, disse que previu a possibilidade de que as empresas beneficiadas com concessões de direito real de uso adquiram o bem público, pelo pagamento do valor de mercado, sem a realização de qualquer modalidade de concorrência, em manifesta contrariedade às normas constitucionais.

Sustentou que qualquer exceção à regra da licitação deve estar disposta em lei federal somente, não detendo competência para tanto o município (fls. 1-8).

Notificados, a Câmara de Vereadores, o Prefeito Municipal e o Procurador-Geral do Município deixaram de apresentar manifestação (certidões de fls. 23 e 33).

A Procuradoria-Geral de Justiça opinou pela procedência do pedido (fls. 36-41).

É o relatório.

VOTO

Inicialmente, como bem pontuou a Procuradoria-Geral de Justiça, consigna-se que a ausência de manifestação do Presidente da Câmara de Vereadores, do Prefeito e do Procurador-Geral do Município de São Carlos não obsta o julgamento definitivo da ação. Colhe-se do parecer:

Primeiramente é de se destacar a natureza objetiva da ação direta de inconstitucionalidade. Nesse panorama, o controle abstrato de constitucionalidade é um processo sem sujeitos, tendente apenas à defesa da Constituição. Na mesma linha o Supremo Tribunal Federal pronuncia o caráter objetivo desse processo, com o pertinente consectário de que nele não se vislumbram partes. [...]

Assim, como a atuação dos legitimados não se fundamenta na defesa de interesses próprios, mas sim em guardar a Constituição, o constituinte conferiu no plano federal ao Advogado-Geral da União atribuição específica das funções inerentes à consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo visando à defesa da norma questionada, nos termos do art. 103, §3º, da Constituição da República: [...]

A Constituição do Estado de Santa Catarina, em necessária simetria com a Constituição da República, prevê idêntico encargo ao Procurador-Geral do Estado ou à Procuradoria da Assembleia Legislativa ou ao Procurador-Geral do Município, a depender do caso, conforme prescreve seu art. 85, §4º: [...]

Observa-se que tais previsões, no entanto, não ensejam a obrigatoriedade de que as autoridades notificadas ou intimadas promovam defesas flagrantemente incompatíveis com a ordem constitucional vigente (fls. 37-38).

No mesmo sentido já decidiu o Órgão Especial:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. AUSÊNCIA DE INFORMAÇÕES DO PREFEITO E DA CÂMARA DE VEREADORES. AUSÊNCIA DE DEFESA DA LEI PELO PROCURADOR-GERAL DO MUNICÍPIO. IRRELEVÂNCIA. INTIMAÇÕES E CITAÇÃO REALIZADAS. VIABILIDADE DO JULGAMENTO. [...] (TJSC, Direta de Inconstitucionalidade n. 8000232-37.2017.8.24.0000, da Capital, rel. Des. Salim Schead dos Santos, Órgão Especial, j. 18-07-2018).

Passa-se à análise do mérito.

A ação direta de inconstitucionalidade diz respeito à suposta afronta do artigo 6º da Lei n. 1316/2005 do município de São Carlos ao artigo 112, inciso II, da Constituição do Estado de Santa Catarina.

Referida lei municipal dispõe sobre normas referentes à política de desenvolvimento econômico, concessão de incentivos fiscais e econômicos para a expansão de empreendimentos e geração de empregos e renda; o artigo impugnado prevê:

Art. 6º Às empresas beneficiadas com concessões de direito real de uso ou concessão de uso, é facultada a aquisição do bem respectivo e acessões, se houver, mediante indenização.

§ 1º O valor da indenização, que terá por base o preço de mercado, será fixado a partir de avaliação efetuada pelo Conselho Municipal de Desenvolvimento Econômico - CMDE.

§ 2º A indenização poderá ser feita em até 60 (sessenta) parcelas mensais e sucessivas, atualizadas monetariamente, com base em índice oficial.

§ 3º No procedimento administrativo de concessão, poderá ser prevista a aquisição pelo concessionário, caso em que constará do Edital o valor do bem e sua forma de indenização.

O Ministério Público sustentou que, ao prever a possibilidade de alienação de bem público sem o devido respeito às diretrizes da licitação, o dispositivo incide em inconstitucionalidade.

Sabe-se que a iniciativa para deflagrar o processo legislativo é, em regra, concorrente, salvo nas hipóteses taxativas de iniciativa reservada constitucionalmente.

A Constituição Federal, no artigo 22, inciso XXVII, restringiu à União a competência para legislar sobre normas gerais de licitação e contratação, matéria disciplinada na Lei n. 8.666/1993, que regulamentou o artigo 37, inciso XXI, da CF.

Aos municípios, por sua vez, compete “suplementar a legislação federal e a estadual, no que couber”, de acordo com o prevê a Constituição Federal (artigo 30, inciso II), e simetricamente a Constituição Estadual (artigo 112, inciso II).

A propósito do tema, Alexandre de Moraes leciona que cabe ao município “suprir as omissões e lacunas da legislação federal e estadual, embora não podendo contraditá-las”. E prossegue:

Assim, a Constituição Federal prevê a chamada competência suplementar dos municípios, consistente na autorização de regulamentar as normas legislativas federais ou estaduais, para ajustar sua execução a peculiaridades locais, sempre em concordância com aquelas e desde que presente o requisito primordial de fixação de competência desse ente federativo: interesse local (MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 19 ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 338).

Sobre os requisitos para que haja a suplementação, ensina Uadi Lamego Bulos:

Dois são os requisitos para o exercício dessa especial tarefa de índole federativa: (i) acatamento aos modelos federal (Constituição da República) e estadual (textos constitucionais dos Estados-membros); (ii) rigorosa obediência ao princípio da predominância do interesse local. Deveras, apenas as necessidades imediatas do Município (interesses locais) sujeitam-se ao crivo da competência suplementar, ainda que a satisfação delas se projete nos planos dos Estados-membros (interesse regional) e até da União (interesse federal). Ora, o poder supletivo, conferido pela Carta de 1988 às municipalidades, não serve de reduto para desvios de competência ou invasões inconstitucionais de atribuições (BULOS, Uadi Lamego. *Curso de Direito Constitucional*. 11 ed. São Paulo: Saraiva, p. 1013).

No caso, como visto, o artigo impugnado versa sobre a possibilidade de as empresas beneficiadas com concessões de direito real de uso adquirirem o bem respectivo, mediante simples indenização, que terá por base o preço de mercado.

Sobre a alienação de bens imóveis pertencentes à Administração Pública e a dispensa de licitação, dispõe a Lei de Licitações:

Art. 17. A alienação de bens da Administração Pública, subordinada à existência de interesse público devidamente justificado, será precedida de avaliação e obedecerá às seguintes normas:

I - quando imóveis, dependerá de autorização legislativa para órgãos da administração direta e entidades autárquicas e fundacionais, e, para todos, inclusive as entidades paraestatais, dependerá de avaliação prévia e de licitação na modalidade de concorrência, dispensada esta nos seguintes casos:

- a) dação em pagamento;
- b) doação, permitida exclusivamente para outro órgão ou entidade da administração pública, de qualquer esfera de governo, ressalvado o disposto nas alíneas *f*, *h* e *i*;
- c) permuta, por outro imóvel que atenda aos requisitos constantes do inciso X do art. 24 desta Lei;
- d) investidura;
- e) venda a outro órgão ou entidade da administração pública, de qualquer esfera de governo;

- f) alienação gratuita ou onerosa, aforamento, concessão de direito real de uso, locação ou permissão de uso de bens imóveis residenciais construídos, destinados ou efetivamente utilizados no âmbito de programas habitacionais ou de regularização fundiária de interesse social desenvolvidos por órgãos ou entidades da administração pública;
- g) procedimentos de legitimação de posse de que trata o art. 29 da Lei nº 6.383, de 7 de dezembro de 1976, mediante iniciativa e deliberação dos órgãos da Administração Pública em cuja competência legal inclua-se tal atribuição;
- h) alienação gratuita ou onerosa, aforamento, concessão de direito real de uso, locação ou permissão de uso de bens imóveis de uso comercial de âmbito local com área de até 250 m² (duzentos e cinquenta metros quadrados) e inseridos no âmbito de programas de regularização fundiária de interesse social desenvolvidos por órgãos ou entidades da administração pública;
- i) alienação e concessão de direito real de uso, gratuita ou onerosa, de terras públicas rurais da União e do Incra, onde incidam ocupações até o limite de que trata o § 1º do art. 6º da Lei nº 11.952, de 25 de junho de 2009, para fins de regularização fundiária, atendidos os requisitos legais;

Da legislação infere-se a obrigatoriedade da licitação, sendo excepcionais os casos de dispensa.

Evidentemente que ao ampliar o rol de dispensa de licitação, autorizando que empresas que já tenham sido beneficiadas com concessões de uso comprem o respectivo bem público, o município de São Carlos extrapolou a competência legislativa suplementar.

O Supremo Tribunal Federal inclusive já declarou a inconstitucionalidade de lei estadual que disciplinou a venda de imóveis públicos sem a realização de licitação. Confira-se:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N.º 147/90, DO ESTADO DO TOCANTINS. VENDA DE IMÓVEIS PÚBLICOS SEM A REALIZAÇÃO DA NECESSÁRIA LICITAÇÃO. CONTRARIEDADE AO INCISO XXI DO ART. 37 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

O ato normativo impugnado, ao possibilitar a venda direta de lotes e moradias em áreas públicas no perímetro urbano de Palmas-TO, viola a exigência de realização de prévia licitação para a alienação de bens públicos, na forma do mencionado dispositivo constitucional.

Ação julgada procedente (STF, ADI n. 651-7/TO, rel. Min. Ilmar Gavão, Tribunal Pleno, julgada em 8-8-2002).

Este Tribunal também já teve oportunidade de enfrentar matéria semelhante por ocasião do julgamento das ADIs ns. 9147201-72.2015.8.24.000 e n. 8000006-32.2017.8.24.0000. Mais recentemente, ao analisar a ADI n. 8000216-65.2018.8.24.0900, consignou:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 168, § 1º, DA LEI ORGÂNICA DO MUNICÍPIO DE RIO NEGRINHO. DISPENSA DE LICITAÇÃO PARA A CONCESSÃO ADMINISTRATIVA DE BENS PÚBLICOS A ENTIDADES ASSISTENCIAIS. NORMAS GERAIS SOBRE PROCEDIMENTOS

LICITATÓRIOS. COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA UNIÃO. PODER PÚBLICO MUNICIPAL. COMPETÊNCIA SUPLEMENTAR (ART. 112, INCISO II, DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL). EXTRAPOLAÇÃO CONFIGURADA. PRAZO DE 120 (CENTO E VINTE) DIAS A PARTIR DA PUBLICAÇÃO DO ACÓRDÃO PARA QUE A DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE TENHA EFEITOS. PEDIDO JULGADO PROCEDENTE. As normas gerais sobre licitações e contratos administrativos são trazidas pela Lei 8.666/1993. O referido diploma legal tem caráter nacional, de observância obrigatória para todos os entes da Federação (TJSC, Direta de Inconstitucionalidade n. 8000216-65.2018.8.24.0900, da Capital, rel. Des. Marcus Tulio Sartorato, Órgão Especial, j. 15-05-2019).

Nesse cenário, percebe-se que o artigo 6º da Lei n. 1.316/2005 do município de São Carlos inovou na ordem jurídica ao ampliar as hipóteses de dispensa de licitação, invadindo competência privativa da União, em flagrante violação ao disposto no artigo 30, inciso II, da Constituição Federal e artigo 112, inciso II, da Constituição Estadual.

Ante o exposto, julga-se procedente o pedido para declarar inconstitucional o artigo 6º da Lei n. 1.316/2005 do município de São Carlos.

É o voto

Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4011543-25.2019.8.24.0000, do Tribunal de Justiça

Relator: Desembargador Jaime Ramos

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. INCISO II DO ART. 2º, E ART. 3º, DA LEI N. 7.371/2018, DO MUNICÍPIO DE CRICIÚMA, DE INICIATIVA PARLAMENTAR. INSTITUIÇÃO DO “PROGRAMA DE SAÚDE BUCAL PARA PESSOAS COM DEFICIÊNCIA”, ATRIBUINDO AO PODER EXECUTIVO MUNICIPAL A RESPONSABILIDADE DE “OFERECER ÀS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA, TODO E QUALQUER TRATAMENTO DE SAÚDE BUCAL ADEQUADO ÀS SUAS NECESSIDADES”. INCONSTITUCIONALIDADE POR USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA DA UNIÃO E DO ESTADO DE LEGISLAR CONCORRENTEMENTE SOBRE A MATÉRIA. INEXISTÊNCIA. INVASÃO DA COMPETÊNCIA PRIVATIVA DO CHEFE DO PODER EXECUTIVO. INDEVIDA INTERFERÊNCIA NA ORGANIZAÇÃO E FUNCIONAMENTO DE ÓRGÃOS DA ADMINISTRAÇÃO MUNICIPAL. AUMENTO DE DESPESAS PÚBLICAS. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL POR OFENSA AOS ARTS. 32; 50, § 2º, INCISOS II E VI; 71, INCISOS I E IV, ALÍNEA “A”, DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL. EFEITOS “EX TUNC”.

“As leis que interferem diretamente nas atribuições das secretarias e dos órgãos administrativos estaduais [ou municipais], 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).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Direta de Inconstitucionalidade n. 4011543-25.2019.8.24.0000, do Tribunal de Justiça, em que é Requerente o Prefeito Municipal de Criciúma e Requerida a Câmara de Vereadores.

O Órgão Especial decidiu, por votação unânime, julgar procedente o pedido para declarar, com efeitos “ex tunc”, a inconstitucionalidade do art. 2º, inciso II, e do art. 3º, da Lei n. 7.371/2018, do Município de Criciúma, por ofensa aos arts. 32, 50, § 2º, incisos II e VI, e 71, incisos I e IV, da Constituição Estadual. Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, realizado no dia 17 de julho de 2019, presidido pelo Exmo. Sr. Des. Rodrigo Collaço, os Exmos. Srs. Des. Jaime Ramos (Relator), Alexandre d Ivanenko, Moacyr de Moraes Lima Filho, Sérgio Izidoro Heil, José Carlos Cartens Köhler, João Henrique Blasi, Henry Petry Junior, Roberto Lucas Pacheco, Rodrigo Collaço, Stanley Braga, Francisco Oliveira Neto, Hélio do Valle Pereira, Júlio M. Ferreira de Melo, Osmar Nunes Júnior, Pedro Manoel Abreu, Cláudio Barreto Dutra, Luiz César Medeiros, Sérgio Roberto Baasch Luz, Monteiro Rocha, Ricardo Fontes e Salim Schead dos Santos.

Florianópolis, 18 de julho de 2019.

Desembargador Jaime Ramos
Relator

RELATÓRIO

O Prefeito do Município de Criciúma, com base no art. 85, inciso VII, da Constituição do Estado de Santa Catarina, propôs a presente ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, com o intuito de suspender a eficácia e, ao final, declarar a inconstitucionalidade do inciso II do art. 2º, e do art. 3º, da Lei n. 7.371, de 05/12/2018, daquele Município, de origem parlamentar, que instituiu o “*Programa de Saúde Bucal para Pessoas com Deficiência*”, por suposta ofensa aos arts. 10, incisos XII e XIV, e 50, § 2º, inciso II, da Constituição do Estado de Santa Catarina.

Alega que a lei municipal questionada, de origem parlamentar, “*ao prever a obrigatoriedade de oferecer às pessoas com deficiência **todo e qualquer tratamento de saúde bucal adequado às suas necessidades** (inciso II do art. 2º da Lei n. 7.371/2018)*”, contém “*vício formal insanável de inconstitucionalidade [...] em razão de indevida invasão da competência legislativa concorrente da União e do Estado, considerando que [...] desrespeita as normas gerais editadas pela União [Lei Federal n. 8.080/1990] e as normas de suplementação editada pelo Estado de Santa Catarina (Lei Estadual n. 17.292/17)*”, contrariando, assim, o disposto no art. 10, incisos XII e XIV, da Constituição Estadual (art. 24, incisos XII e XIV, da CF).

Disse que, ainda que se afaste a inconstitucionalidade por ofensa ao art. 10, incisos XII e XIV, da Constituição do Estado de Santa Catarina, a lei municipal questionada é inconstitucional por ofensa ao art. 50, § 2º, inciso II, da Carta Política Estadual, porque a Câmara de Vereadores legislou sobre matéria relativa à organização e funcionamento da administração pública municipal, de competência privativa do Chefe do Executivo e, além disso, criou despesas e impôs obrigações a órgão do Poder Executivo (Secretaria Municipal da Saúde), violando o princípio constitucional da independência e harmonia entre os Poderes.

Alega que o art. 3º, da Lei n. 7.371/2018, é inconstitucional porque impõe ao Chefe do Poder Executivo a obrigação de regulamentar a lei no prazo de noventa (90) dias, ofendendo, assim, a independência e harmonia entre os Poderes, de que trata o art. 32, da Constituição Estadual (art. 2º, da CF).

Requeru o deferimento da medida cautelar para suspender a eficácia dos dispositivos legais questionados e, ao final, a procedência do pedido a fim de que se declare a “*inconstitucionalidade formal e material do inciso II do art. 2º da Lei Municipal n. 7371/2018 e a inconstitucionalidade formal do art. 3º da mesma lei*”.

No dia 26/04/2019, a fim de se imprimir o rito sumário da parte final do art. 12, da Lei Estadual n. 12.069/2001, determinou-se que o Presidente da Câmara de Vereadores e o Procurador-Geral do Município de Criciúma fossem notificados para prestar informações.

O Presidente da Câmara de Vereadores prestou informações defendendo a constitucionalidade dos dispositivos legais questionados, dizendo que “*a matéria não é de iniciativa reservada ao Chefe do Executivo*”, mormente porque a saúde é um direito social previsto nos arts. 6º e 7º, da

Constituição Federal; que a lei questionada não “*cria novo ônus e obrigação a órgãos do Poder Executivo*” e “*não representa qualquer intromissão em ato de gestão do Município*”; que o art. 196, da Constituição Federal, diz que “*é dever do Estado garantir o acesso universal e igualitário das pessoas à saúde*”, o que também está previsto no art. 109, da Lei Orgânica Municipal; que as matérias de competência privativa do Chefe do Executivo estão bem definidas na Constituição Federal (art. 61), na Constituição Estadual (art. 71) e na Lei Orgânica do Município de Criciúma (art. 50); que o art. 177, § 1º, incisos II e X, da Lei Orgânica Municipal, determinam que compete ao Município garantir aos portador de deficiência acesso à saúde.

Por esses motivos, requereu a improcedência do pedido deduzido nesta ação direta de inconstitucionalidade.

O Procurador-Geral do Município disse que firmou, juntamente com o Prefeito, a presente ação direta de inconstitucionalidade, daí por que entende, com base em precedente desta Corte de Justiça, que deve ser dispensado de apresentar informações.

Com vista dos autos, opinou a douta Procuradoria-Geral de Justiça, com base em parecer do Exmo. Sr. Dr. Davi do Espírito Santo, opinou pela “***procedência do pedido, para que seja declarado inconstitucional o art. 2º, inciso II e art. 3º da Lei n. 7.371, do Município de Criciúma, por violação aos arts. 32 e 50, § 2º, incisos II e IV, da Constituição Catarinense***”.

VOTO

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

O art. 2º, inciso II, e o art. 3º, da Lei n. 7.371, de 05/12/2018, do Município de Criciúma, que institui o “*Programa de Saúde Bucal para Pessoas com Deficiência*”, questionados nesta ação direta, têm a seguinte redação:

“Art. 2º - As ações de saúde destinadas a viabilizar o Programa de Saúde Bucal para Pessoa com Deficiência serão desenvolvidas pelo Sistema Único de Saúde - SUS, com o apoio de especialistas e terá como objetivos:

“[...]

“II - oferecer às pessoas com deficiência, todo e qualquer tratamento de saúde bucal adequado às suas necessidades;

“[...]

“Art. 3º - O Chefe do Poder Executivo Municipal regulamentará esta Lei, no que couber, no prazo de 90 (noventa) dias a partir da data de sua publicação”.

O Prefeito, autor da ação, alega que o art. 2º, inciso II, da Lei Municipal n. 7.371/2018, de origem parlamentar, “***ao prever a obrigatoriedade de oferecer às pessoas com deficiência todo e qualquer tratamento de saúde bucal adequado às suas necessidades***”, invadiu, de forma indevida,

a competência legislativa concorrente da União e dos Estados, malferindo a norma do art. 10, incisos XII e XIV, da Constituição Estadual (art. 24, incisos XII e XIV, da CF) e, além disso, violou os arts. 32, *caput*, e 50, § 2º, inciso II, da Carta Política Estadual, porque interfere na organização e funcionamento da administração pública municipal, criando despesas e impondo obrigações a órgão do Poder Executivo (Secretaria Municipal da Saúde), matérias de competência privativa do Chefe do Poder Executivo.

Em relação ao art. 3º, da Lei n. 7.371/2018, de acordo com o autor da ação, a inconstitucionalidade reside no fato de impor ao Chefe do Poder Executivo a obrigação de regulamentar a lei no prazo de noventa (90) dias, circunstância que viola a independência e harmonia entre os Poderes (art. 32, da CE; art. 2º, da CF).

Os dispositivos da Constituição Estadual que, segundo entendimento do Prefeito de Criciúma, teriam sido contrariados pela norma municipal, estão assim redigidos:

“Art. 10 – Compete ao Estado legislar, concorrentemente com a União, sobre:

“[...]”

“XII - previdência social, proteção e defesa da saúde;

“[...]”

“XIV - proteção e integração social das pessoas portadoras de deficiência.

“[...]”

“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:

“[...]”

“II - a criação de cargos e funções públicas na administração direta, autárquica e fundacional ou aumento de sua remuneração”

Imperativo dizer, ainda, que o § 1º do art. 10 da Constituição do Estado de Santa Catarina (art. 24, §§ 1º e 2º, da CF), determina que, *“no âmbito da legislação concorrente, a competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar do Estado”*.

Pois bem.

Não subsiste a alegada inconstitucionalidade por ofensa ao art. 10, incisos XII e XI, da Constituição Estadual, porque não houve usurpação da competência concorrente da União e dos Estados de legislar sobre matéria relativa à proteção e defesa da saúde das pessoas portadoras de deficiência.

Com efeito, o digno Procurador de Justiça, Dr. Davi do Espírito Santo, examinou a questão com muita percuciência, valendo a pena transcrever, no particular, para que integre os fundamentos deste acórdão, os seguintes trechos:

“Competência legislativa concorrente enfeixa a ideia de produção de normas por mais de uma entidade estatal a respeito do mesmo assunto que se justifica em razão da necessidade de conferir tratamento homogêneo a questões de interesse geral e regional, de modo a coordenar a atuação dos entes federativos, evitando-se, assim, a adoção de regramentos e ações divergentes.

“É por isso que, quando se trata de competência legislativa concorrente, cabe à União editar normas gerais e aos Estados e ao Distrito Federal suplementá-las nos pontos omissos ou que precisem de adequação às peculiaridades locais, atendendo aos comandos gerais.

“[...]

“As normas gerais expedidas pela União são o ponto de partida para que Estados e Municípios possam legislar complementarmente, no pressuposto de que a regulação emanada da União não é exaustiva. Atuando a partir das normas gerais fixadas pela União, Estados e Municípios, no exercício da atividade legiferante, podem expedir normas suplementares destinadas a complementar a legislação federal.

“Nas matérias voltadas à proteção da saúde as normas suplementares editadas nos âmbitos estaduais e municipais não podem reduzir ou dificultar o acesso ao Sistema Único de Saúde (SUS) em relação às normas gerais editadas pela União. No mesmo sentido, também não podem contrariar os comandos legais emanados da União que se referem a proteção das pessoas portadoras de deficiência. Ou seja, a legislação suplementar não pode descaracterizar as normas federais limitando o número de atendimentos ou terapias do SUS, inclusive para àqueles que são portadores de deficiência.

“Feitos estes esclarecimentos, não se pode perder de vista que as ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um Sistema Único, organizado de forma descentralizada com direção única em cada esfera do governo, cujo atendimento deve ser universal, integral e igualitário, de acordo com o art. 198, incisos I e II, da Constituição Federal, e art. 155, incisos I, II e III, da Constituição Estadual.

“O SUS é financiado com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes de recursos, devendo os entes federativos aplicar, anualmente, em ações e serviços de saúde, recursos mínimos vinculados para essa finalidade, a teor do que estabelecem os §§ 1º e 2º do art. 198 da Constituição Federal⁹ e o § 2º do art. 155 da Constituição Estadual.

“Portanto, o Poder Público tem o dever de assegurar o direito à saúde, e o faz por meio do Sistema Único de Saúde, o qual é integrado por uma rede regionalizada e hierarquizada de ações e serviços, executados diretamente pela Administração Pública - ou seja, Ministério da Saúde, no âmbito federal, e Secretarias de Saúde, nos âmbitos estadual e municipal -, através de terceiros, que são as entidades da Administração Indireta e outros serviços autônomos que recebem delegação, e, ainda, por pessoas físicas e jurídicas de direito privado, sendo a assistência à saúde, também, livre à iniciativa privada.

“[...]

“O Sistema Único de Saúde, por assegurar atendimento universal, igualitário e integral, é acessível a todas as pessoas que dele necessitem, independentemente das suas condições financeiras, não se admitindo embaraços que reduzam ou dificultem o acesso a ele, como, por exemplo, a imposição de um limite de valor de cobertura dos serviços e ações de saúde, ou o pagamento de diferenças em razão do tipo de procedimento.

“Por outro lado, **não se desconhece que a rede pública não pode financiar toda e qualquer ação e prestação de saúde existente**, seja em razão de vedação legal a sua dispensação, devido a omissão legislativa ou administrativa, ou, ainda, **por conta de decisão administrativa de não fornecê-la**, que pode ser motivada pela inexistência de evidências científicas suficientes para autorizar a sua inclusão nos procedimentos do SUS, ou devido ao alto custo do procedimento, cujo oferecimento geraria grave lesão à ordem administrativa e levaria ao comprometimento do Sistema Único de Saúde, de modo a agravar o atendimento médico da população mais necessitada.

“Essa conclusão, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal, não afasta a possibilidade de a Administração Pública ou o Poder Judiciário, ainda que de forma excepcional, decidir que medida não custeada pelo Sistema Único de Saúde deve ser fornecida a determinada pessoa que, por razões específicas do seu organismo, comprove que tratamento existente é necessário e eficaz para o seu caso.

“É possível, assim, em face das peculiaridades do caso concreto, que a Administração Pública, por decisão própria ou por determinação do Poder Judiciário, adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais, como é o caso da saúde, dever do Estado, sem a qual não se garante o princípio da dignidade da pessoa humana.

“De acordo com as ponderações feitas, e retornando ao caso em apreço, nota-se que a Lei n. 7.371/2018, de Criciúma, estabelece que o Município, no âmbito do Programa de Saúde Bucal para Pessoa com Deficiência a ser desenvolvido pelo SUS, determina a oferta de todo e qualquer tratamento de saúde bucal adequado às necessidades de pessoas com deficiência, ampliando assim os procedimentos previstos pelo SUS.

“A norma em apreço não está dispondo sobre o regime geral do Sistema Único do Saúde ou contrariando normas gerais da União para a saúde ou aos portadores de deficiência, ao instituir o ‘Programa de Saúde Bucal para pessoas com Deficiência’, tratando-se apenas de norma suplementar para atender assuntos de interesse local. Ademais, não há qualquer vedação constitucional para que Estados e Municípios ofertem tratamentos ou procedimentos não previstos pelo SUS, nos termos anteriormente expostos.

“[...]

“Portanto para que fosse configurada a usurpação de competência concorrente entre a União e os Estados pelo Município de Criciúma em matéria afeta à saúde ou à proteção dos portadores de deficiência, deveria ‘[...] adentrar a competência da União e disciplinar a matéria de forma contrária à norma geral federal, desvirtuando o mínimo de unidade normativa almejado pela Constituição Federal’, o que não foi evidenciado no presente caso, sendo afastado o vício de inconstitucionalidade por afronta ao art. 10, inciso VI e § 1º da Constituição Estadual” (fls. 84/89).

É relevante registrar, desde logo, que o fato de se adotar os argumentos expendidos pelo insigne Procurador de Justiça, Dr. Davi do Espírito Santo, incorporando-os aos fundamentos deste acórdão para afastar a alegação de que o art. 2º, inciso II, da Lei n. 7.371/2018, do Município de Criciúma, malferiu o art. 10, incisos XII e XIV, da Constituição Estadual, não viola o disposto no art. 489, § 1º, inciso I, do Código de Processo Civil.

Isso porque **“a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, bem assim a do Supremo Tribunal Federal, admitem a motivação ‘per relationem’, pela qual se utiliza a transcrição de trechos dos fundamentos já utilizados no âmbito do processo. Assim, descaracterizada a alegada omissão e/ou ausência de fundamentação, tem-se de rigor o afastamento da suposta violação do art. 489 do CPC/2015, conforme pacífica jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: AgInt no AREsp n. 1.330.111/SP, Rel. Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julgado em 7/2/2019, DJe 14/2/2019 e AgInt nos EDcl no AREsp n. 1.157.783/SE, Rel. Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 4/12/2018, DJe 10/12/2018 AgInt no REsp n. 1.739.534/PR, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, julgado em 25/9/2018, DJe 1º/10/2018”** (STJ – AgInt no AREsp n. 1.440.047/SP, Rel. Ministro Francisco Falcão, DJe de 14/06/2019 – grifou-se).

No mesmo sentido:

“[...] 2. Quanto à alegada violação do artigo 489 do Código de Processo Civil de 2015, tal não ocorreu, pois a Corte de origem decidiu motivadamente a controvérsia posta nos autos. A motivação contrária ao interesse da parte, ou mesmo omissa em relação a pontos considerados irrelevantes pelo acórdão, não se traduz em maltrato à norma apontada como violada.

“3. A jurisprudência do STJ, bem como a do STF, entende ser válida a motivação per relationem, na qual o julgador adota como razões decisórias manifestações processuais anteriores” (STJ – REsp n. 1.806.880/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, DJe de 14/06/2019).

“O Supremo Tribunal Federal chancelou a técnica da motivação per relationem, por entender que se reveste de plena legitimidade jurídico-constitucional e se mostra compatível com o que dispõe o artigo 93, IX, da Constituição Federal. A remissão feita pelo magistrado - referindo-se, expressamente, aos fundamentos (de fato e/ou de direito) que deram suporte à anterior decisão (ou, então, a pareceres do Ministério Público ou, ainda, a informações prestadas por órgão apontado como coator) - constitui meio apto a promover a formal incorporação, ao ato decisório, da motivação a que o juiz se reportou como razão de decidir” (STJ – AgInt no REsp n. 1.747.869/SC, Relatora Ministra Regina Helena Costa, DJe de 02/05/2019 – destaque apostado).

Assim, com base nos fundamentos acima transcritos, da lavra do digno Procurador de Justiça, Dr. Davi do Espírito Santo, não se pode falar em inconstitucionalidade do art. 2º, inciso II, da Lei n. 7.371/2018, do Município de Criciúma, por ofensa ao art. 10, incisos XII e XIV, da Constituição do Estado de Santa Catarina, haja vista que a norma municipal questionada, de origem parlamentar, não usurpou a competência da União e do Estado de legislar concorrentemente sobre proteção e defesa da saúde das pessoas portadoras de necessidades especiais.

De outro lado, não se discute, como sustentado pelo Presidente da Câmara de Vereadores, que o direito à saúde está previsto nos arts. 6º e 196, da Constituição Federal (arts. 153, da CE), bem como no art. 109, da Lei Orgânica do Município de Criciúma.

É verdade também que o art. 106, incisos I e IV, da Lei Orgânica Municipal, dispõem sobre a proteção e a integração social das pessoas portadoras de necessidades especiais, e que o art.

177, *caput*, determina que “o Município garante todos os direitos fundamentais a uma vida digna e humana à pessoa portadora de deficiência nos termos da constituição da República e da constituição do Estado de Santa Catarina [...]”, assegurando “ao portador de deficiência, o acesso à saúde, educação, treinamento profissional e lazer” (art. 177, § 1º, inciso II); bem como “a formulação e implantação da polícia de atendimento a saúde das pessoas portadoras de deficiência de modo a garantir a preservação de doença, assim como as condições que impeçam o seu surgimento, assegurado aos deficientes o direito à habilitação e reabilitação, mediante a contratação de equipe de profissionais multidisciplinada, do oferecimento de infra-estrutura e de equipamentos adequados” (art. 177, § 1º, inciso X).

Todavia, o fato de a Lei Orgânica do Município de Criciúma, em diversos dispositivos, assegurar proteção e defesa da saúde das pessoas portadores de necessidades especiais, não implica dizer que o Poder Legislativo Municipal possa invadir a competência privativa do Chefe do Poder Executivo, criando leis que, gerando ou não aumento de despesa pública, interferem diretamente, como se demonstrará, na organização, funcionamento e atribuições de órgãos administrativos do executivo e de secretaria municipal.

Por isso, embora louvável intenção do Parlamento Municipal de Criciúma, no sentido de que “as ações de saúde destinadas a viabilizar o Programa de Saúde Bucal para Pessoa com Deficiência serão desenvolvidas pelo Sistema Único de Saúde - SUS, com o apoio de especialistas e terá como objetivos: [...] II - oferecer às pessoas com deficiência, todo e qualquer tratamento de saúde bucal adequado às suas necessidades” (art. 2º, inciso II, da Lei n. 7.371/2018), impondo ao Chefe do Poder Executivo a obrigação de regulamentar a citada lei no prazo de noventa (90) dias a partir da sua publicação (art. 3º, da Lei n. 7.371/2018), é evidente a inconstitucionalidade dos citados dispositivos legais, de iniciativa da Câmara de Vereadores, por ofensa ao art. 32; aos incisos II e VI do § 2º do art. 50; e ao art. 71, incisos I e IV, alínea “a”, da Constituição Estadual de 1989, assim redigidos:

“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 Assembléia 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.

“[...]

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

“I - exercer, com o auxílio dos Secretários de Estado, a direção superior da administração estadual;

“[...]

“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”.

ALEXANDRE DE MORAES, referindo-se à iniciativa privativa do Presidente da República, prevista no art. 61, § 1º, da Constituição Federal, ensina:

“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, sob pena de nulidade da lei”. (Direito Constitucional. 34. ed., São Paulo: Atlas, 2018, p. 699).

HELY LOPES MEIRELLES, referindo-se às funções da Câmara de Vereadores, 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. 18. ed., São Paulo: Malheiros, 2017, p. 617/618 – grifou-se).

Note-se, então, que a Lei n. 7.371, de 05/12/2018, do Município de Criciúma, promulgada pelo Presidente da Câmara de Vereadores, ao instituir o “*Programa de Saúde Bucal para Pessoas com Deficiência*”, atribuiu ao Chefe do Poder Executivo Municipal e, por via de consequência, à Secretaria Municipal de Saúde, a responsabilidade/obrigação de “*oferecer às pessoas com deficiência, todo e qualquer tratamento de saúde bucal adequado às suas necessidades*” (inciso II do art. 2º, da referida Lei), impondo ao Prefeito, ainda, a obrigação de regulamentar a citada lei no prazo de noventa dias, contados da publicação (art. 3º), violou o princípio constitucional da Separação dos Poderes previsto no art. 32, da Constituição Estadual (art. 2º, da CF), e também a norma do art. 50, § 2º, incisos II e VI, e do art. 71, incisos I e IV, alínea “a”, da Constituição Estadual.

Portanto, é evidente a interferência do Poder Legislativo Municipal sobre o Poder Executivo, mormente porque a obrigação de “*oferecer às pessoas com deficiência, todo e qualquer tratamento de saúde bucal adequado às suas necessidades*”, tem repercussão direta na organização, estruturação ou reestruturação da Secretaria Municipal de Saúde para cumprir tais obrigações, circunstância que ofende o art. 32; o art. 50, § 2º, incisos II e VI; e o art. 71, incisos I e IV, alínea “a”, da Constituição Estadual, haja vista que, “*à luz do princípio da simetria, são de iniciativa do Chefe do Poder Executivo estadual [Municipal] as leis que versem sobre a organização administrativa do Estado [Município], podendo a questão referente à organização e funcionamento da Administração Estadual [Municipal], 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).

Logo, essa interferência ilegítima de um do Poder sobre o outro, decorrente da Lei n. 7.371/2018, do Município de Criciúma, promulgada pelo Presidente da Câmara de Vereadores, 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:

“Direito Constitucional. Agravo interno em recurso extraordinário com agravo. Controle de constitucionalidade. Vício de iniciativa. Instituição de programa de saúde pública. Iniciativa privativa

do poder executivo. Acórdão do tribunal de origem que se alinha à jurisprudência do STF. Precedentes.

“1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de ser inconstitucional lei de iniciativa do Poder Legislativo que desencadeia aumento de despesas públicas em matéria de iniciativa do chefe do Poder Executivo, bem como assentou ser de competência do Poder Executivo leis que estruturam ou alterem órgãos ou secretarias da administração pública.

“2. Agravo interno provido, a fim de negar provimento ao recurso extraordinário” (STF – ARE n. 784.594 AgR/SP, Rel. Ministro Marco Aurélio, DJe de 06/10/2017 – destaque aposto).

“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 aposto).

“CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. LEI QUE ATRIBUI TAREFAS AO DETRAN/ES DE INICIATIVA PARLAMENTAR: INCONSTITUCIONALIDADE. COMPETÊNCIA DO CHEFE DO PODER EXECUTIVO. C.F., art. 61, § 1º, II, e, art. 84, II e VI. Lei 7.157, de 2002, do Espírito Santo.

“I. - É de iniciativa do Chefe do Poder Executivo a proposta de lei que vise a criação, estruturação e atribuição de órgãos da administração pública: C.F., art. 61, § 1º, II, e, art. 84, II e VI.

“II. - As regras do processo legislativo federal, especialmente as que dizem respeito à iniciativa reservada, são normas de observância obrigatória pelos Estados-membros.

“III. - Precedentes do STF.

“IV. - Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente” (STF – ADI n. 2.719/ES, Rel. Ministro Carlos Velloso, DJ de 25/04/2003, p. 32 – grifou-se).

Desta Corte de Justiça:

“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).

“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 DIRETA NA 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).

“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).

“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 – destacou-se).

É verdade que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do ARE 878.911-RG, submetido à sistemática de repercussão geral, reafirmou a jurisprudência daquela Suprema Corte no sentido de que *“não usurpa a competência privativa do chefe do Poder Executivo lei que, embora crie despesa para a Administração Pública, não trata da sua estrutura ou da atribuição de seus órgãos nem do regime jurídico de servidores públicos”* (STF – ARE n. 878.911-RG/RJ, Rel. Ministro Gilmar Mendes, DJe de 11/10/2016).

Contudo, como se disse alhures, a norma municipal questionada, criando ou não despesa pública, interfere diretamente na organização e funcionamento de órgãos do Poder Executivo Municipal, principalmente nas atribuições da Secretaria Municipal de Saúde, que foi incumbida, pela lei questionada, de oferecer todo e qualquer tratamento bucal às pessoas portadoras de deficiência.

Aliás, a respeito dessa indevida ingerência do Poder Legislativo sobre o Poder Executivo do Município de Criciúma, o digno Procurador de Justiça, Dr. Davi do Espírito Santo, anotou, em trecho que passa a integrar este voto:

“Feito esse panorama normativo, percebe-se que há violação ao princípio da separação dos poderes e interferência do Poder Legislativo nas atividades tipicamente administrativas no presente caso.

“Isso se dá em razão do art. 2º, inciso II e art. 3º a Lei n. 7.371/2018 determinarem, como objetivo do Programa de Saúde Bucal para Pessoa com Deficiência, o oferecimento às pessoas com deficiência de todo e qualquer tratamento de saúde bucal adequado as suas necessidades, bem como obrigarem o município regulamentar a norma em comento em prazo determinado.

“A Lei de **origem parlamentar**, portanto, invadiu a competência privativa do Chefe do Poder Executivo local **para organizar a administração e as medidas de otimização da atuação municipal**.

“Afinal, o tema da norma objurgada, muito embora circunde o interesse público, impõe a necessidade de o Administrador Público disponibilizar todo e qualquer tratamento odontológico, além daqueles já previstos pelo Ministério da Saúde. Isto é, o Poder Legislativo tolheu a decisão acerca da forma a se ampliar o acesso à saúde no Município e, ainda, estabeleceu prazo par que sejam regulamentadas pelo Poder Executivo.

“Note-se que o parlamento, independentemente de provocação do Chefe do Poder Executivo Municipal para iniciar o respectivo processo legislativo, elegeu, aleatoriamente, tratamento de saúde bucal à pessoas com deficiência a ser promovido pela Administração Pública Municipal, outorgando obrigação que interfere de forma direta na organização e funcionamento da atividade administrativa desempenhada pelo Executivo local e, inclusive, indicou o prazo de 90 (noventa) dias para a edição de norma regulamentadora.

“Não se desconsidera que, de acordo com o art. 196 da Constituição Federal, reproduzido pelo art. 153 da Constituição Catarinense, a promoção da saúde, seja incumbência do Município, em solidariedade com os outros entes federados.

“Isso, contudo, não autoriza o Poder Legislativo a propor e aprovar norma que, conquanto se possa revestir do escopo de garantir o direito à saúde, defina a forma e os meios de implementação dos objetivos de programas e políticas públicas nessa área. Como se sabe, sendo a prestação de assistência à saúde uma das funções precípua do Executivo, há indevida interferência em sua estrutura administrativa quando o Poder Legislativo utiliza a sua atribuição legislativa para organizar a execução da atividade administrativa, função a ser desempenhada pelo Poder Executivo. Constata-se, desse modo, que a atuação do legislativo do Município de Criciúma, no caso sob análise deu-se em desconformidade com os preceitos constitucionais que orientam o processo legislativo e conseqüentemente, com o princípio da separação e harmonia entre os Poderes, previsto no artigo 2º da Constituição Federal, reprisado pelo artigo 32 da Constituição Catarinense.

“[...]

“Assim, tem-se que o Poder Legislativo tratou de matéria que se volta apenas ao aspecto administrativo de gerenciamento do município, atuação esta discricionária do Poder Executivo.

“[...]

“Destarte, tem-se que a invasão do Poder Legislativo à competência exclusiva do Chefe do Poder Executivo, de modo a dificultar a administração e organização municipal resulta em ofensa ao princípio constitucional da reserva de administração, ou seja, significa violação ao princípio da separação dos Poderes a caracterizar a inconstitucionalidade do ato normativo emanado.

“[...]

“Embora o cerne aqui não se refira diretamente a um possível aumento de despesa causado pela execução da Lei objeto, mas sim ao fato deste ato normativo regular/criar atribuição a órgão da Administração Pública, imiscuindo-se em competência alheia e violando o princípio da separação dos Poderes, vale grifar que o entendimento atual do Supremo Tribunal Federal, em repercussão geral [ARE n. 878.911-RG/RJ] , é no

sentido de que: 'Não usurpa a competência privativa do chefe do Poder Executivo lei que, embora crie despesa para a Administração Pública, não trata da sua estrutura ou da atribuição de seus órgãos nem do regime jurídico de servidores públicos.'

"[...]

"Dessa maneira, não se descurando que se denota boa intenção do Poder Legislativo local, os artigos 2º, inciso II e 3º, da Lei n. 7.371/2018, do Município de Criciúma, claramente trata de atribuições de órgão da Administração, matéria inserta na competência privativa do Chefe do Poder Executivo. Destarte, por esse viés, resta configurado o vício de iniciativa" (fls. 92/95).

Nesse passo, diante dos fundamentos acima alinhados, vale dizer, em virtude da indevida interferência do Poder Legislativo em matéria de competência privativa do Poder Executivo, há que se declarar a inconstitucionalidade do art. 2º, inciso II, e do art. 3º, da Lei n. 7.371, de 05/12/2018, do Município de Criciúma, de iniciativa parlamentar, por ofensa aos arts. 32; 50, § 2º, incisos II e VI; 71, incisos I e IV, alínea "a", da Constituição do Estado de Santa Catarina.

Da modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade

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 ao 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.

"[...]

"Em relação à *amplitude dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade*, excepcionalmente, o Supremo Tribunal Federal poderá afastar a regra geral no sentido dos efeitos gerais (*erga omnes*), para afastar a incidência de sua decisão em relação a algumas situações já consolidadas (garantia da segurança jurídica), ou ainda para limitar, total ou parcialmente, os efeitos temporais da declaração (*ex tunc*) ou os *efeitos repristinatórios* da decisão, declarando a validade de alguns atos praticados na vigência da norma ('modulação dos efeitos').

"[...]

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

“REGRA: efeitos *ex tunc*, ou seja, retroativos. Não há necessidade de manifestação expressa sobre esses efeitos, pois a retroatividade é a regra em nosso direito constitucional;

“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 que deverão ser expressamente previstos pelo Tribunal, afastando os tradicionais efeitos retroativos (*ex tunc*) da declaração de inconstitucionalidade” (Direito Constitucional. 34. ed., São Paulo: Atlas, 2018, p. 812/814).

Assim, considerando que a execução da lei impugnada depende de regulamentação a ser expedida pelo Chefe do Poder Executivo Municipal, como prevê o próprio art. 3º, da lei questionada, e não havendo notícia nos autos de que ela tenha sido regulamentada, os efeitos da declaração de inconstitucionalidade da Lei n. 7.371, de 05/12/2018, do Município de Criciúma, devem ser “*ex tunc*”.

Pelo exposto, julga-se procedente o pedido inicial para declarar, com efeitos “*ex tunc*”, a inconstitucionalidade do art. 2º, inciso II, e do art. 3º, da Lei n. 7.371, de 05/12/2018, do Município de Criciúma, por ofensa aos arts. 32; 50, § 2º, incisos II e VI; 71, incisos I e IV, alínea “a”, da Constituição do Estado de Santa Catarina.

PRIMEIRA CÂMARA DE ENFRENTAMENTO DE ACERVOS

Apelação Cível n. 0021915-04.2006.8.24.0018, de Chapecó

Relator: Des. Subst. Luiz Felipe Schuch

APELAÇÕES CÍVEIS. DIREITO CIVIL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEFICÁCIA DE ATO JURÍDICO FALIMENTAR. CONTRATO PARTICULAR DE COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA COM ARRENDAMENTO DE UNIDADE INDUSTRIAL DE ABATE DE AVES. NEGÓCIO CELEBRADO DENTRO DO TERMO LEGAL DA FALÊNCIA. *ACTIO* AJUIZADA PELA MASSA FALIDA ALIENANTE EM FACE DA AGROAVÍCOLA ADQUIRENTE DO IMÓVEL E CONTRA A EMPRESA CESSIONÁRIA QUE, *A POSTERIORI*, ADQUIRIU OS DIREITOS SOBRE O ESTABELECIMENTO COMERCIAL. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA DOS PEDIDOS PRINCIPAIS E RECONVENCIONAIS. INSURGÊNCIA DE AMBAS AS PARTES.

DIREITO INTERTEMPORAL. FALÊNCIA DECRETADA SOB A ÉGIDE DA REVOGADA LEI DE FALÊNCIAS (DL. 7.661/45). INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO *TEMPUS REGIT ACTUM*. ANÁLISE DO CONFLITO SOB A ÓTICA DA LEGISLAÇÃO VIGENTE AO TEMPO DA QUEBRA.

INTERVENÇÃO DE TERCEIRO. PEDIDO DE HABILITAÇÃO ASSISTENCIAL FORMULADO PELO SINDICATO DOS TRABALHADORES DAS INDÚSTRIAS COOPERATIVAS DE CARNES E DERIVADOS E DA ALIMENTAÇÃO DE XAXIM (SINTRAC). ALEGADO INTERESSE JURÍDICO NA DEMANDA DIANTE DA EXISTÊNCIA DE ACORDO TRABALHISTA ENTABULADO COM A REQUERIDA “DIPLOMATA S/A COMERCIAL E INDUSTRIAL”, COM OBJETO DE CESSÃO DE EVENTUAIS CRÉDITOS A SEREM RECEBIDOS PELA REQUERIDA NO JULGAMENTO DESTA LIDE. INVIABILIDADE. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO JURÍDICA. PLEITO AMPARADO EM MERO INTERESSE ECONÔMICO DO SINDICATO. INAPLICABILIDADE DO ART. 119 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL AO CASO CONCRETO (CORRESPONDENTE AO ART. 50, DO CPC/1973). PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. CRÉDITOS QUE, ADEMAIS, PODERÃO SER EXIGIDOS NO JUÍZO FALIMENTAR DA REQUERIDA, A QUAL, NO TRANSCURSO DA PRESENTE REVOCATÓRIA, TEVE SUA FALÊNCIA DECRETADA. PLEITO REJEITADO.

RECURSO DA MASSA FALIDA AUTORA. DEFENDIDO O NÃO CABIMENTO DA RECONVENÇÃO EM AÇÃO REVOCATÓRIA. TESE ACOLHIDA. AUSÊNCIA DE COMPATIBILIDADE ENTRE OS PEDIDOS PRINCIPAIS E RECONVENCIONAIS. EXPRESSA PREVISÃO DE VEDAÇÃO À RECONVENÇÃO NA ANTIGA LEI DE FALÊNCIAS (DECRETO LEI N. 5.746/1929). OMISSÃO DA POSTERIOR LEI DE QUEBRAS (DECRETO LEI 7.661/1946) SUPRIDA PELA NECESSIDADE DE MORALIZAÇÃO DOS PROCESSOS FALENCIAIS E DE PUNIÇÃO DA FRAUDE CONTRA CREDORES. IMPOSSIBILIDADE DE O TERCEIRO, CREDOR DA MASSA FALIDA, VALER-SE EM DEFESA DIRETA DE COMPENSAÇÃO PECUNIÁRIA NA AÇÃO REVOCATÓRIA AJUIZADA PELO SÍNDICO. FACULTADA HABILITAÇÃO DA RECONVINTE NO PROCESSO DE FALÊNCIA PARA PERSEGUIR EVENTUAIS CRÉDITOS. RECONHECIMENTO DA AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR DA RECONVINTE QUE SE IMPÕE, NA MODALIDADE ADEQUAÇÃO. CASSAÇÃO PARCIAL DA SENTENÇA DE PRIMEIRO GRAU E EXTINÇÃO DA RECONVENÇÃO, NOS TERMOS DO ART. 485, VI, DO ATUAL DIPLOMA INSTRUMENTAL CIVIL.

PLEITO DE AFASTAMENTO DA CONDENAÇÃO À RESTITUIÇÃO DOS VALORES DESPENDIDOS PELAS REQUERIDAS COM DÉBITOS TRABALHISTAS E INDENIZAÇÃO PELAS BENFEITORIAS

NECESSÁRIAS, DIANTE DA MÁ-FÉ NA CELEBRAÇÃO DO NEGÓCIO JURÍDICO. TESE RECHAÇADA. CONSEQUÊNCIA LÓGICA DA DECLARAÇÃO DE INEFICÁCIA DO ATO, COM RETORNO DAS PARTES AO ESTADO ANTERIOR, INDEPENDENTEMENTE DA CONDIÇÃO DAS CONTRAENTES (BOA-FÉ OU MÁ-FÉ). INTELIGÊNCIA DO ART. 54, § 1º, DO DECRETO LEI N. 7.661/1945 E ARTS. 1.219 E 1.220 DO ESTATUTO CIVILISTA. SENTENÇA MANTIDA NO TÓPICO.

SUSCITADA A DISPENSABILIDADE DA LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA PARA AFERIÇÃO DOS VALORES DEVIDOS A TÍTULO DE BENFEITORIAS NECESSÁRIAS. ALEGAÇÃO DESACOLHIDA. SUPOSTA AVALIAÇÃO DOS ATIVOS DA MASSA FALIDA REALIZADA NA AÇÃO FALIMENTAR NÃO COLACIONADA A ESTES AUTOS. NECESSIDADE DE APURAÇÃO DA QUANTIA DEVIDA, NA FORMA DETERMINADA EM PRIMEIRO GRAU. APELO DESPROVIDO NO PONTO.

ADUZIDA IMPOSSIBILIDADE DE INCIDÊNCIA DE JUROS DE MORA SOBRE A CONDENAÇÃO AO PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO PELAS BENFEITORIAS NECESSÁRIAS. PLEITO ADMITIDO. FLUÊNCIA DOS ENCARGOS RELATIVOS AO PERÍODO POSTERIOR À DECRETAÇÃO DA FALÊNCIA TÃO SOMENTE SE A APURAÇÃO DO ATIVO DA MASSA FOR SUFICIENTE AO PAGAMENTO DO DÉBITO PRINCIPAL. INTELECÇÃO DO ART. 26 DO DECRETO-LEI N. 7.661/45. *DECISUM* REFORMADO NESTA PARTE.

RECURSO DAS DEMANDADAS. PLEITEADA ATRIBUIÇÃO DE EFEITO SUSPENSIVO AO RECLAMO, A FIM DE EVITAR PREJUÍZO IRREPARÁVEL OU DE DIFÍCIL REPARAÇÃO. INSUBSISTÊNCIA. PEDIDO JÁ APRECIADO PELO JUÍZO A QUO POR MEIO DE DECISÃO INTERLOCUTÓRIA AGRAVADA. DESPROVIMENTO DO AGRAVO DE INSTRUMENTO POR ESTA CORTE DE JUSTIÇA. PETIÇÃO AVULSA PROTOCOLADA PELAS RECORRENTES PARA RECONSIDERAÇÃO DA DECISÃO. INADMISSIBILIDADE DE REABERTURA DA DISCUSSÃO SOBRE A QUESTÃO DECIDIDA. PRECLUSÃO OPERADA. JULGAMENTO DAS APELAÇÕES POR ESTE ÓRGÃO JULGADOR QUE, DE TODA FORMA, REVELARIA A INOCUIDADE DA MEDIDA PRETENDIDA.

PRELIMINARES. 1. CERCEAMENTO DE DEFESA. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. DESNECESSIDADE DE OITIVA DE TESTEMUNHAS E PRODUÇÃO DE PROVA PERICIAL. INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO (CPC/1973, ARTS. 130 E 131; CPC/2015, ARTS. 370 E 371), DERIVADO DO SISTEMA DA PERSUASÃO RACIONAL. INEXISTÊNCIA DO VÍCIO. INCONFORMISMO DESPROVIDO. 2. NULIDADE DA SENTENÇA POR ALTERAÇÃO DA CAUSA DE PEDIR. SUPOSTO RECONHECIMENTO DA FRAUDE CONTRA CREDORES DE OFÍCIO PELO MAGISTRADO SINGULAR. VÍCIO INEXISTENTE. APELANTES QUE, EM SEDE DE CONTESTAÇÃO, TROUXERAM À TONA A DISCUSSÃO DA FRAUDE NO NEGÓCIO JURÍDICO. INCIDÊNCIA DOS AFORISMOS *JURA NOVIT CURIA* E *DA MIHI FACTUM DABO TIBI JUS*. POSSIBILIDADE DE O JULGADOR APLICAR NORMA JURÍDICA DIVERSA PARA JULGAMENTO DA CAUSA. TEORIA DA SUBSTANCIAÇÃO. ORIENTAÇÃO DA CORTE CIDADÃ. PREFACIAL RECHAÇADA. 3. OCORRÊNCIA DE JULGAMENTO *EXTRA PETITA*. CONDENAÇÃO AO PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO PELO USO DO IMÓVEL. PLEITO NÃO FORMULADO PELA AUTORA NA EXORDIAL REVOCATÓRIA. PRESCINDIBILIDADE. DECORRÊNCIA LÓGICA DA DECLARAÇÃO DE INEFICÁCIA DO ATO JURÍDICO E DA DETERMINAÇÃO DE RETORNO DAS PARTES AO ESTADO ANTERIOR. APLICAÇÃO DO ART. 884 DO CÓDIGO CIVIL, SOB PENA DE FOMENTAR O ENRIQUECIMENTO ILÍCITO DAS REQUERIDAS. PRELIMINAR DENEGADA. 4. AVENTADA FALTA DE INTERESSE PROCESSUAL DA MASSA FALIDA AUTORA, POR NÃO TER TRANSITADO EM JULGADO A SENTENÇA DECLARATÓRIA DA SUA FALÊNCIA. ALEGAÇÃO INSUSTENTÁVEL. POSSIBILIDADE DE ANÁLISE DO PLEITO COM FUNDAMENTO EM VÍCIO SOCIAL DE FRAUDE CONTRA CREDORES. INTERESSE PROCESSUAL DA MASSA FALIDA EXTERIORIZADO NO MOMENTO DA DECRETAÇÃO DA FALÊNCIA, REVELANDO-SE

DISPENSÁVEL O TRÂNSITO EM JULGADO DO *DECISUM*. JURISPRUDÊNCIA ITERATIVA NO SENTIDO DE ADMITIR A FUNGIBILIDADE ENTRE AS AÇÕES REVOCATÓRIA E PAULIANA. COINCIDÊNCIA DOS PRESSUPOSTOS FÁTICOS DAS AÇÕES. INDEMONSTRADA, ADEMAIS, A EXISTÊNCIA DE AGRAVOS DE INSTRUMENTO PENDENTES DE JULGAMENTO PERANTE AS CORTES SUPERIORES. ÔNUS QUE INCUMBIA ÀS REQUERIDAS, A TEOR DO ART. 333, II, DO CPC/73. REBELDIA DESACOLHIDA.

MÉRITO. DISCUSSÃO ADSTRITA À (IR)REGULARIDADE DA APLICAÇÃO DO ART. 52, VIII, DO DECRETO LEI N. 7.661/1945 AO CASO EM TELA. ALEGAÇÃO DE INEXISTÊNCIA DE ALIENAÇÃO DE ESTABELECIMENTO COMERCIAL, MAS SIM DE MERA TRANSFERÊNCIA DE ATIVO PERMANENTE. TESE REFUTADA. UNIDADE INDUSTRIAL COMPOSTA DE DIVERSOS BENS INDISPENSÁVEIS AO OBJETIVO ECONÔMICO PRETENDIDO PELA SOCIEDADE EMPRESÁRIA ADQUIRENTE. ESTRUTURA DESTINADA AO DESENVOLVIMENTO, CRIAÇÃO, ABATE E ARMAZENAMENTO DE AVES. SOMA DE ELEMENTOS MATERIAIS E IMATERIAIS QUE FORMAM O FUNDO DE COMÉRCIO (ART. 1.142 DO ESTATUTO CIVILISTA), DESTINADO AO EXERCÍCIO DE EMPRESA. LAUDO PERICIAL ACOSTADO NO PROCESSO FALIMENTAR INDICANDO A SINGULARIDADE DE CADA UNIDADE DE PRODUÇÃO, CONSUBSTANCIADAS EM “ATIVO ÚNICO DE OBTENÇÃO DE RENDA OPERACIONAL”. INAPLICABILIDADE DOS ARTS. 53 E 44, VI, DA ANTIGA LEI FALIMENTAR. TRANSAÇÃO SEM CONSENTIMENTO EXPRESSO DOS CREDORES QUE ATRAI A INCIDÊNCIA DO ART. 52, VIII, DO DECRETO LEI N. 7.661/1945 E IMPLICA NA DECLARAÇÃO DE INEFICÁCIA DO ATO JURÍDICO. SENTENÇA MANTIDA.

DEFENDIDA AUSÊNCIA DE PROVAS ACERCA DO *CONSILIUM FRAUDIS*. TESE DESACOLHIDA. INCONTROVERSA TRANSFERÊNCIA DO ESTABELECIMENTO COMERCIAL DENTRO DO PRAZO LEGAL DA FALÊNCIA (ART. 334, II E III DO CPC/73). ANULABILIDADE DE CONTRATOS ONEROSOS DO DEVEDOR QUANDO A FALTA DE SOLVÊNCIA FOR NOTÓRIA OU HOUVER MOTIVO PARA SER CONHECIDA DO OUTRO CONTRATANTE. INTELIGÊNCIA DO ART. 159 DO *CODEX CIVIL*. CONTRATO PARTICULAR DE COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA QUE APONTA A CIÊNCIA DAS RÉS ACERCA DA INADIMPLÊNCIA DA ORA FALIDA. OBSERVAÇÕES CONSIGNADAS NAS CLÁUSULAS CONTRATUAIS EVIDENCIANDO O ENFRENTAMENTO DE CRISE FINANCEIRA PELA AUTORA, CAPAZ DE PRECIPITAR SUA FALÊNCIA, ALÉM DA PARALISAÇÃO DA SUA PRODUÇÃO PELA FALTA DE RECURSOS. NEGOCIAÇÃO FIRMADA NO “APAGAR DAS LUZES”. INEQUÍVOCA TENTATIVA DOS ADMINISTRADORES DA “CHAPECÓ COMPANHIA INDUSTRIAL DE ALIMENTOS” EM LIVRAR PARTE DO SEU ATIVO DO CONCURSO UNIVERSAL DE CREDORES. ALIENAÇÃO DA UNIDADE PRODUTIVA POR VALOR IRRISÓRIO SE COMPARADO À ESTIMATIVA DO PASSIVO DA AUTORA À ÉPOCA. AUSÊNCIA DE TERMO DE ANUÊNCIA DOS CREDORES. AFRONTA AO PRINCÍPIO DA PARIDADE OU *PAR CONDUCTIO CREDITORUM*. REQUISITOS DO *CONSILIUM FRAUDIS* E *EVENTUS DAMNI* COMPROVADOS. CONDUTA DAS RÉS/APELANTES CONTRÁRIA ÀS CLÁUSULAS GERAIS DOS CONTRATOS (BOA-FÉ OBJETIVA, FUNÇÃO SOCIAL, EQUILÍBRIO CONTRATUAL). DECISÃO DE PRIMEIRO GRAU ESCORREITA.

NOTÍCIA DE FALÊNCIA DA REQUERIDA “DIPLOMATA S/A INDUSTRIAL E COMERCIAL” NO TRANSCURSO DA AÇÃO REVOCATÓRIA. 1. SUSCITADA NECESSIDADE DE SUSPENSÃO DAS AÇÕES E EXECUÇÕES MOVIDAS EM SEU DESFAVOR PELO PRAZO DE 180 (CENTO E OITENTA) DIAS. MEDIDA QUE, EMBORA DETERMINADA EM DECISÃO EMANADA DO JUÍZO FALIMENTAR DA DEMANDADA E APLICÁVEL AO CASO, NÃO FOI COMUNICADA AO JUÍZO DESTA LIDE A TEMPO E MODO. EXEGESE DO ART. 52, § 3º, DA LEI N. 11.101/2005. EXISTÊNCIA DA ORDEM DE SUSPENSÃO COMUNICADA APENAS QUANDO DA INTERPOSIÇÃO DO PRESENTE RECURSO. DESCABIMENTO DA ALEGAÇÃO DE NULIDADE POR QUEM DEU CAUSA AO VÍCIO. INCIDÊNCIA DA MÁXIMA *DORMIENTIBUS NON SUCURRIT IUS*. SÚPLICA INDEFERIDA. 2. AVENTADA

INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO DA AÇÃO REVOCATÓRIA. INSUBSISTÊNCIA. SUPERVENIÊNCIA DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL DE UMA DAS REQUERIDAS QUE, *DE PER SI*, NÃO IMPLICA NA ALTERAÇÃO DA COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DA AÇÃO DECLARATÓRIA. AUSÊNCIA DE CONEXÃO OU CONTINÊNCIA DAS DEMANDAS E/OU DE RISCO DE SEREM PROFERIDAS DECISÕES CONTRADITÓRIAS. INCONFORMISMO DESPROVIDO.

ARROGADA CONDENAÇÃO DA AUTORA À RESTITUIÇÃO DAS BENFEITORIAS ÚTEIS E NECESSÁRIAS REALIZADAS NA UNIDADE INDUSTRIAL. FALTA DE INTERESSE RECURSAL COM RELAÇÃO ÀS OBRAS NECESSÁRIAS. TEMA DECIDIDO NA SENTENÇA NOS EXATOS TERMOS PLEITEADOS PELAS RECORRENTES. APELO NÃO CONHECIDO NO TÓPICO. BENFEITORIAS ÚTEIS INDEVIDAS NO CASO EM APREÇO, DIANTE DA CONJUNTURA FRAUDULENTA EM QUE REALIZADO O NEGÓCIO JURÍDICO DECLARADO INEFICAZ. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.220 DO CÓDIGO CIVIL. SENTENÇA IRRETOCÁVEL NESTE TOCANTE.

SOLICITADA DECLARAÇÃO DE PREFERÊNCIA SOBRE OS CRÉDITOS (ART. 54, § 1º, C/C ART. 124, § 2º, III, AMBOS DA ANTIGA LEI DE QUEBRAS). ACOLHIMENTO. PAGAMENTO QUE DEVERÁ OCORRER COM PRIORIDADE, SOB PENA DE ENRIQUECIMENTO ILÍCITO DA MASSA FALIDA. APELO PROVIDO NO TÓPICO.

PLEITO DE COMPENSAÇÃO DE CRÉDITOS E DÉBITOS RECÍPROCOS. IMPOSSIBILIDADE. CRÉDITO *CONCURSUALE*. NECESSIDADE DE HABILITAÇÃO, EM OBEDIÊNCIA AO PRINCÍPIO DA *PAR CONDITIO CREDITORUM*. INSURGÊNCIA REPELIDA.

INVERSÃO DOS ENCARGOS SUCUMBENCIAIS EXCLUSIVAMENTE NA RECONVENÇÃO. CONDENAÇÃO DA RECONVINTE AO PAGAMENTO INTEGRAL DAS CUSTAS PROCESSUAIS E HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS, DIANTE DA ALTERAÇÃO DO PANORAMA INICIAL DA DEMANDA RECONVENCIONAL. VERBA DE SUCUMBÊNCIA DA AÇÃO PRINCIPAL INALTERADA, PORQUE MINIMAMENTE REFORMADA A SENTENÇA DE PRIMEIRO GRAU. DECISÃO HOSTILIZADA QUE OBSERVOU A QUANTIDADE E EXPRESSÃO DOS PEDIDOS.

RECURSO DA MASSA FALIDA AUTORA CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. RECURSO DAS DEMANDADAS CONHECIDO EM PARTE E, NESTA, PARCIALMENTE PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0021915-04.2006.8.24.0018, da comarca de Chapecó 3ª Vara Cível em que são apelantes/apelados Massa Falida de Chapecó Companhia Industrial de Alimentos e Diplomata SA Industrial e Comercial Ltda e outro.

A 1ª Câmara de Enfrentamento de Acervos decidiu, por unanimidade, a) conhecer do recurso da autora “Massa Falida de Chapecó Companhia Industrial de Alimentos Ltda.” e dar-lhe parcial provimento para a.1) cassar parcialmente a sentença de primeiro grau e extinguir, sem resolução de mérito, os pedidos reconvencionais formulados pela ré “Diplomata S/A Industrial e Comercial”, diante do reconhecimento da falta do interesse de agir da reconvinte, na modalidade adequação, com fulcro no art. 485, inciso VI, do atual Diploma Instrumental (correspondente ao art. 267, VI, do CPC/1973) e a.2) afastar a incidência de juros de mora de 1% (um por cento) ao mês da condenação da massa falida ao pagamento de indenização pelas benfeitorias necessárias, devendo a incidência dos encargos moratórios ficar condicionada à existência de passivo suficiente para pagamento da dívida principal, nos termos do art. 26 do Decreto Lei n. 7.661/1945; b) conhecer em parte do recurso das demandadas “Diplomata S/A Industrial e Comercial” e “Globoaves Agroavícola Ltda.” e

dar-lhe parcial provimento para declarar como dívida da massa os créditos existentes em benefício da primeira recorrente, os quais deverão ser pagos com preferência sobre os créditos admitidos na falência, com supedâneo nos arts. 54, § 1º e 124, § 2º, III, do Decreto Lei n. 7.661/1945; e c) redistribuir os encargos sucumbenciais, condenando a reconvincente ao pagamento integral das custas processuais e honorários advocatícios na demanda reconvenicional. Custas legais.

O julgamento, realizado em 27 de março de 2018, foi presidido pelo Desembargador Guilherme Nunes Born, com voto, e dele participou o Desembargador Substituto José Maurício Lisboa.

Funcionou como representante do Ministério Público o Procurador de Justiça Onofre José Carvalho Agostini.

Florianópolis, 29 de março de 2018.

Luiz Felipe Schuch
RELATOR

RELATÓRIO

Acolho o relatório da sentença de fls. 1135-1166, de lavra do Juiz de Direito Marcelo Volpato de Souza, por contemplar precisamente o conteúdo dos presentes autos, *ipsis litteris*:

MASSA FALIDA DE CHAPECÓ COMPANHIA INDUSTRIAL DE ALIMENTOS, qualificada, ajuizou ação revocatória em face de **GLOBOAVES AGROAVÍCOLA LTDA** e **DIPLOMATA INDUSTRIAL E COMERCIAL LTDA**, qualificadas. Discorreu acerca dos fatos que ensejaram a decretação da falência de Chapecó Companhia Industrial de Alimentos, doravante denominada apenas de CCIA. Alegou que CCIA celebrou com a ré Globoaves contrato particular de compromisso de compra e venda com prévio arrendamento de uma de suas unidades produtivas, qual seja, a chamada “Indústria de Abate Xaxim”. Disse que o negócio foi celebrado aos 17/12/2003 pelo preço de R\$ 52.118.000,00. Asseverou que no dia 22/12/2003, no entanto, a ré Globoaves cedeu para a ré Diplomata seus direitos sobre a unidade produtiva em questão. Aduziu que esse negócio foi levado a efeito dentro do termo legal da falência da CCIA, isto é, nos 60 dias anteriores à decretação de sua quebra, ocorrida em 12/01/2004. Sustentou que, em razão disso, o negócio celebrado entre a CCIA e as rés lhe é presumida e objetivamente ineficaz, porquanto lesivo a seus interesses e de seus credores. Sustentou também que, por esses motivos, o compromisso de compra e venda celebrado não pode ser concluído, não sendo lícito exigir-se a outorga da escritura definitiva de compra e venda. Dissertou acerca da possibilidade de convalidação do negócio que reputa ineficaz como contrato de locação. Ao final, pugnou pela procedência dos pedidos para que seja declarada a ineficácia do compromisso de compra e venda celebrado com a ré Globoaves e cedido à ré Diplomata, bem assim para que seja esse compromisso de compra e venda convertido em contrato de locação. Valorou a causa. Acostou documentos.

Citada, a ré Diplomata contestou e reconveio.

Na primeira (contestação), arguiu as preliminares de falta de interesse processual por ter sido a presente ação proposto antes do trânsito em julgado da sentença que decretou a falência de CCIA, inépcia da petição inicial por ser confuso o pedido de conversão do compromisso de compra e venda em contrato de locação

e de ilegitimidade ativa *ad causam* da massa falida para requerer a responsabilização da ré pelas dívidas do estabelecimento. No mérito, alegou que o contrato celebrado com a CCIA observa a função social e não trouxe nenhum prejuízo à massa falida. Disse também que a negociação levada a efeito com a CCIA não caracterizou o trespasse, uma vez que esta já havia paralisado suas atividades. Ressaltou ainda que o compromisso de compra e venda celebrado com a CCIA, por ser válido e eficaz, deve ser cumprido pela autora. Observou que a decretação da ineficácia do negócio jurídico em questão pressupõe prova de fraude, a qual reputa inexistente. Aduziu não ser cabível a conversão substancial do negócio jurídico tal como pleiteada pela autora, uma vez que não tem nenhum interesse na locação do imóvel objeto da lide. Ressaltou não ter responsabilidade pelo passivo da CCIA. Ao final, pugnou pela extinção do processo sem resolução do mérito ou pela improcedência dos pedidos formulados na petição inicial. Acostou documentos.

Já na segunda (reconvenção), aduziu que a reconvinde tem a obrigação de outorgar-lhe a escritura definitiva do imóvel compromissado à compra e venda. Disse também que, na hipótese de o negócio vir a ser desfeito, a reconvinde deverá lhe ressarcir os valores pagos. Asseverou ainda o direito de indenização pelas benfeitorias necessárias e úteis realizadas. Ao final, pugnou pela procedência dos pedidos reconventionais para que a reconvinde lhe outorgue a escritura pública de compra e venda do imóvel objeto da lide, ou seja condenada a restituir-lhe o valor pago no negócio e as benfeitorias necessárias e úteis levadas a efeito no imóvel, ou ainda condenada a restituir-lhe a diferença entre o preço pago e o valor devido pela utilização do imóvel objeto da lide, bem assim sejam declarados extraconcursais seus créditos decorrentes do desfazimento do negócio.

Citada, a ré Globoaves contestou. Preliminarmente, arguiu sua ilegitimidade passiva *ad causam*, uma vez que cedeu seus direitos sobre o compromisso de compra e venda em questão à corré Diplomata. No mérito, endossou a os fundamentos jurídicos da corré Diplomata. Ao final, pugnou pela extinção do processo sem resolução do mérito ou pela improcedência dos pedidos. Acostou documentos.

Instada a se manifestar acerca das respostas apresentadas pelas rés, a autora contestou a reconvenção e impugnou as contestações.

O Ministério Público teve vista dos autos.

O Magistrado de primeiro grau julgou parcialmente procedentes os pedidos principais e reconventionais, nos seguintes termos:

Ante o exposto,

1. **JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTES** os pedidos formulados na ação principal por **MASSA FALIDA DE CHAPECÓ COMPANHIA INDUSTRIAL DE ALIMENTOS** em face de **GLOBOAVES AGROAVÍCOLA LTDA** e **DIPLOMATA INDUSTRIAL E COMERCIAL LTDA**, com resolução do mérito (art. 269, I, do CPC), e:

a) **DECLARO** a ineficácia do compromisso de compra e venda (fls. 39/53) e do termo de cessão de direitos e aditivos (fls. 54/61) firmados entre as partes, tendo em vista a violação ao termo legal da falência (art. 52, VIII, do Decreto-Lei nº 7.661/45), e o retorno das partes ao *status quo ante*.

b) **CONDENO** as rés a restituir à autora o estabelecimento industrial objeto do compromisso de compra e venda e do termo de cessão e aditivos declarados ineficazes por este juízo (fls. 39/53 e 54/61).

c) **CONDENO** as rés a pagar à autora indenização pelo uso do imóvel desde 17/11/2003, no valor mensal de R\$ 66.000,00 nos primeiros 50 meses e a partir daí R\$ 0,037 por ave abatida ou R\$ 200.000,00 como mínimo, até a efetiva saída.

Esse valor sofre reajuste anual pelo IGP-M e sobre as parcelas em atraso deverá incidir correção monetária pelo índice oficial da Corregedoria-Geral da Justiça (INPC-IBGE) a contar do dia 10 de cada mês em que vencida a obrigação e juros de mora de 1% ao mês (art. 406 do CC c/c art. 161, § 1º, do CTN) desde a citação (ou do vencimento caso ocorrido após a citação). Ambos os fatores terão como termo final de incidência a data do efetivo pagamento.

Por ter a autora decaído de parcela mínima de seus pedidos, arcarão as rés com custas e despesas processuais, bem assim com honorários advocatícios, estes arbitrados em R\$ 25.000,00 (art. 20, § 4º, do CPC).

2. JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTES os pedidos formulados na reconvenção por **DIPLOMATA COMERCIAL E INDUSTRIAL LTDA** em face de **MASSA FALIDA DE CHAPECÓ COMPANHIA INDUSTRIAL DE ALIMENTOS**, com resolução do mérito (art. 269, I, do CPC), e:

a) **CONDENO** a reconvinde a restituir à reconvinde os valores que assumiram de débitos trabalhistas e com pequenos fornecedores (cláusulas décima e décima primeira), desde que comprovadamente quitados, acrescidos de correção monetária pelo INPC-IBGE desde a data do pagamento e juros de mora de 1% ao mês do trânsito em julgado, observada a restrição do art. 26 do Decreto-Lei 7.661/45.

b) **CONDENO** a reconvinde a indenizar a reconvinde pelas benfeitorias necessárias levadas a efeito, acrescidos os valores respectivos de correção monetária pelo INPC-IBGE desde a data do desembolso (se optar a reconvinde pelo valor de custo) ou da avaliação (se optar a reconvinde pelo valor atual), e juros de mora de 1% ao mês desde a citação.

Os valores das benfeitorias serão apurado em liquidação de sentença por arbitramento.

Por ter a reconvinde decaído de parcela mínima de seus pedidos, arcará a reconvinde com custas e despesas processuais, bem assim com honorários advocatícios, estes arbitrados em R\$ 25.000,00 (art. 20, § 4º, do CPC).

3. DETERMINO o cumprimento de plano do julgado para que a autora arrecade e tome posse da Unidade Industrial de Xaxim, nela compreendidos todos os bens móveis e imóveis constantes da promessa de compra e venda declarada ineficaz.

Expeça-se carta precatória para a imissão da autora na posse do estabelecimento industrial em questão e todos os bens que o compõe (móveis e imóveis), garantindo-lhe a imediata remoção de toda a unidade em questão pela autora. Autorizo o uso da força policial, caso necessário.

Transitado em julgado e pagas as custas, arquivem-se os autos, com baixa na estatística.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Irresignada com a prestação jurisdicional entregue, a autora interpôs apelação (fls. 1181-1201), defendendo, preliminarmente, o descabimento da propositura de reconvenção em ação revocatória, em razão (i) da ausência de pressupostos legais, (ii) da contraditoriedade entre a procedência dos pedidos principais e dos pedidos reconventionais e (iii) da necessidade de medida falimentar específica para constituição de crédito em desfavor da massa falida, com participação de todos os interessados. No mérito, sustenta a ausência de pressuposto essencial para restituição dos valores pleiteados pelas rés, qual seja, a boa-fé, ao argumento de que “o direito falimentar não reconhece o direito de indenização na hipótese de revogação de ato por má-fé” (fl. 1198). Defende, ainda, a prescindibilidade de liquidação de sentença, porque “no processo de falência já houve a realização de ampla avaliação dos ativos da massa, inclusive das unidades arrendadas e, mais

especificamente, já foram avaliadas, mediante criterioso trabalho, todas as benfeitorias e melhorias realizadas pelas arrendatárias” (fl. 1199). Também se insurge com relação a sua condenação ao pagamento de juros sobre a indenização pelas benfeitorias necessárias, pleiteando aplicação do art. 26 do Decreto Lei n. 7.661/1945 no caso concreto para afastamento dos encargos legais. Por fim, requer a inversão do ônus sucumbencial, com a condenação da parte adversa ao pagamento integral das custas processuais e honorários advocatícios.

Igualmente inconformadas, as rés interpuseram recurso de apelação (fls. 1217-1271), sustentando, preliminarmente, (i) a ocorrência de cerceamento de defesa, diante do julgamento antecipado da lide, que impossibilitou a produção de prova pericial e testemunhal; (ii) a nulidade da sentença de primeiro grau por alteração da causa de pedir no ponto em que o Magistrado singular fundamentou a ineficácia do negócio jurídico por fraude contra credores, pois a exordial apenas indicava a ineficácia por ter sido o negócio entabulado dentro do termo legal da falência; (iii) o julgamento *extra petita* diante da condenação das apelantes ao pagamento de indenização pelo uso do imóvel, sendo que tal pleito não foi formulado na inicial; (iv) a ausência de interesse processual da autora, porquanto ainda não havia transitado em julgado a decisão que declarou a sua falência no momento da prolação do *decisum* ora guerreado, pendendo de julgamento recursos de agravo de instrumento perante o Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal. No mérito, alegaram a inaplicabilidade do art. 52, VIII, do Decreto Lei n. 7.661/1945 no caso concreto, pois, na sua concepção, seria o caso de aplicação do art. 53 do mesmo código. Nesse contexto, destacam que “não houve transferência de estabelecimento comercial, mas sim, conforme se vê claramente o contrato, a contratação de compromisso de compra e venda irrevogável, que deve ser cumprido pelo síndico, na forma do art. 44, VI, do Decreto-Lei n. 7.661/45” (fl. 1235). Argumentam, ainda, a ausência de provas acerca da fraude (*consilium fraudis*) para fins de declaração de ineficácia da venda. Afirmam que os interesses sociais foram preservados (função social do contrato), pois “no ano de 2003, uma série de fatos fizeram que a falida demitisse todo o seu quadro de funcionário, bem como caísse em inadimplência em relação a todos os chamados pequenos fornecedores, e isso somente foi sanado com a realização dos contratos de compromisso de compra e venda que ora se hostiliza” (fl. 1252), inexistindo prejuízo para massa. Ao final, apontam a existência de recuperação judicial da requerida Diplomata S/A Industrial e Comercial, o que revelaria “irregularidade na prolação da sentença no processo originário em face da apelante e pleno prazo legal e determinação judicial de suspensão de todas as ações e execuções em face da empresa (art. 6º, § 4º da Lei 11.101/2005)” (fl. 1254), além do desrespeito à condição especial e peculiar da empresa em recuperação judicial, uma vez que a sentença foi prolata por “juiz e comarca diferente que não acompanha as agruras da apelante recuperanda e não é guardião tampouco comprometido com os interesses de toda a coletividade do processo (mais de 4.000 credores e inúmeros empregados e interessados), fato pelo qual já traz prejuízos demasiados e insegurança no próprio processo de recuperação judicial [...] portanto, cabe sempre ao d. Juízo Recuperacional praticar todos os atos necessários e pertinentes quando se tratarem de bens que se encontre em posse da recuperanda” (fl. 1260 e 1264). Subsidiariamente, reclamam a limitação da indenização pelo uso do imóvel ao período que se sucedeu após a propositura da ação ou da decretação da falência. Postulam, também, a condenação da parte adversa ao ressarcimento das benfeitorias úteis e necessárias realizadas no imóvel. Requerem a aplicação do art. 54, § 1º e

art. 124, § 2º, III, da Lei de Quebras, para fins de preferência sobre os créditos, devendo os valores serem pagos antes de qualquer outra dívida, bem como seja permitida a compensação de créditos e débitos recíprocos.

Contrarrazões às fls. 1351-1373 (rés) e fls. 1375-1411 (autora).

O Ministério Público, em parecer de lavra do Procurador de Justiça Sandro José Neis, opinou pelo (i) conhecimento e parcial provimento do recurso de apelação interposto pela Massa Falida de Chapecó Companhia Industrial de Alimentos; (ii) acolhimento da preliminar ventilada pelo *Parquet*, manifestando-se pela intimação da empresa Globoaves Agroavícola Ltda. para regularizar sua representação judicial e, em caso de descumprimento, pelo não conhecimento do recurso interposto por esta; e (iii) conhecimento e parcial provimento do recurso interposto pelas rés Diplomata S/A Industrial e Comercial e Globoaves Agroavícola Ltda. apenas para declarar os créditos da ré Diplomata como dívida da massa, a serem pagos como preferência sobre os créditos admitidos na falência (fls. 1421-1447).

Na sequência, após a ciência do julgado que negou seguimento ao agravo de instrumento interposto às fls. 1595-1609 para fins de reformar a decisão que não recebeu o recurso no efeito suspensivo (fls. 1611-1616) a requerida Diplomata S/A Industrial e Comercial, protocolou petição interlocutória pleiteando a atribuição de efeito suspensivo ao recurso de apelação (fls. 1451-1518).

Intimado o Ministério Público, este se manifestou pelo indeferimento do pedido, considerando que o imóvel objeto do negócio jurídico declarado ineficaz “já foi restituído à apelada e que os argumentos ora levantados não têm o condão de modificar o efeito atribuído às apelações cíveis, especialmente a aplicação do art. 56, § 2º, do Decreto-Lei 7.661/45” (fls. 1638-1641).

Ato contínuo, o Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias Cooperativas de Carnes e Derivados e da Alimentação de Xaxim – SINTRAC peticionou nos autos (fls. 1647-1649), informando a celebração de acordo com a requerida Diplomata S/A Industrial e Comercial para quitação de verbas trabalhistas devidas por esta aos seus empregados, ora representados pelo Sindicato. Informa que o acordo foi homologado no sentido de que a empresa Diplomata S/A “*daria em pagamento ao SINDICATO SINTRAC, através de uma cessão de crédito, o importe de R\$ 3.500.000,00 (três milhões e quinhentos mil reais), incluídos os honorários devidos ao procurador da entidade sindical, através de crédito que a empresa Diplomata possui junto à Massa Falida de Chapecó Companhia Industrial de Alimentos Ltda. decorrentes dos presentes autos*” (fls. 1647-1648). Requereu, portanto, sua inclusão no feito como assistente da ré Diplomata e a salvaguarda dos valores devidos. Colacionou cópia do acordo (fls. 1650-1656)

Em seguida, aportou aos autos petição da autora Massa Falida de Chapecó Companhia Industrial de Alimentos Ltda. informando a sobrevinda da decretação da falência da requerida Diplomata S/A Industrial e Comercial, e pleiteando o indeferimento do pedido de atribuição de efeito suspensivo ao recurso formulado pela ré (fls. 1658-1663). Colacionou documentos às fls. 1665-1834, dentre eles a cópia da sentença de convalidação de recuperação judicial em falência da requerida supracitada.

Após, intimados para se manifestar sobre o pedido de habilitação formulado pelo SINTRAC, (a) a massa falida autora não se opôs, informando, contudo, que “não há crédito líquido, certo e exigível no valor de R\$ 3.500.000,00 em favor da Diplomata (fls. 1837-1840), ao passo que (b) o *Parquet*, por meio de seu Procurador de Justiça, “por entender que os efeitos da sentença a ser prolatada nestes autos não atinge em hipótese alguma o direito efetivamente declarado nos autos daquela ação trabalhista”, opinou pelo indeferimento do pedido” (fls. 1852-1856).

Depois disso e, diante da notícia de decretação da falência da ré Diplomata S/A Industrial e Comercial, determinou-se a intimação do administrador da massa falida para acompanhar o feito (fl. 1860), o qual apresentou manifestação às fls. 1870-1873.

Da análise da preliminar suscitada no parecer ministerial de fls. 1421-1447, verificou-se, de fato, existir irregularidade na representação judicial da demandada/apelante Globoaves Agroavícola Ltda., razão pela qual se determinou a intimação da insurgente para regularizar a situação, sob pena de não conhecimento do apelo (fls. 1895-1896), o que restou devidamente cumprido às fls. 1903-1904.

É o relatório.

Apelação Cível n. 0003898-78.2013.8.24.0080, de Xanxerê

Relator: Des. Subst. Luiz Felipe Schuch

DIREITO CIVIL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. AÇÃO PROPOSTA POR OFENDIDO-DEMANDANTE, MEMBRO DO MINISTÉRIO PÚBLICO, EM FACE DE SOCIEDADES EMPRESÁRIAS E DE JORNALISTA QUE ATUAM NO ÂMBITO LOCAL. ATAQUES SISTEMÁTICOS PERPETRADOS PELOS DEMANDADOS POR MEIO DE MATÉRIAS JORNALÍSTICAS, COLUNA EM MEIO TRADICIONAL E VIA BLOG PELA INTERNET. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA PROLATADA NA ORIGEM.

APELAÇÕES CÍVEIS. IRRESIGNAÇÕES DOS DEMANDADOS. PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA PELO JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. PROEMIAL RECHAÇADA. DESNECESSIDADE DE OITIVA DE TESTEMUNHAS. FATOS PROBANDOS ALEGADOS PELO AUTOR QUE SE ENCONTRAM AMPLAMENTE DEMONSTRADOS POR MEIO DE PROVA DOCUMENTAL. ELEMENTOS DE CONVICÇÃO SUFICIENTES PARA FORMAÇÃO DO CONVENCIMENTO DO JULGADOR. AUTORIA E VEICULAÇÃO DAS MATÉRIAS, COLUNAS E BLOG INCONTROVERSAS. PROCRASTINAÇÃO INDEVIDA DA SOLUÇÃO DA LIDE. INCIDÊNCIA, ADEMAIS, DO PRINCÍPIO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO (CPC/73, ARTS. 130 E 131), DERIVADO DO SISTEMA DA PERSUASÃO RACIONAL. INEXISTÊNCIA DO VÍCIO ALEGADO. ILEGITIMIDADE PASSIVA. TEMÁTICA QUE SE RELACIONA COM O MÉRITO DA DEMANDA. ANÁLISE QUE DEVE SER PROCEDIDA À LUZ DOS FUNDAMENTOS DE FATO E DE DIREITO DESCRITOS NA PEÇA EXORDIAL (CPC, ART. 330, II). IMPOSSIBILIDADE DE VERIFICAÇÃO, DE PLANO, SEM ANÁLISE DA PROVA PRODUZIDA, DA LEGITIMAÇÃO DOS ACIONADOS PARA ESTAREM NO POLO PASSIVO. INVIABILIDADE DE PROSPECÇÃO NO MATERIAL PROBATÓRIO. ADOÇÃO DA TEORIA DA ASSERÇÃO OU PROSPETTAZIONE. PRESTIGIAMENTO AO PRINCÍPIO DA PRIMAZIA DA RESOLUÇÃO DO MÉRITO (LEI N. 13.105/15, ARTS. 4º, 6º, 317, 488 E 1.029, § 3º). PRELIMINAR ARREDADA. PREFACIAL DE INÉPCIA DA INICIAL. AUSÊNCIA DE DOCUMENTO INDISPENSÁVEL. IMPOSIÇÃO DO ART. 57 DA LEI N. 5.250/67 (“LEI DE IMPRENSA”). NORMA DE REGÊNCIA NÃO RECEPCIONADA PELA ORDEM CONSTITUCIONAL IMPLEMENTADA EM 1988. “JUNTADA DO INTEIRO TEOR DO JORNAL ONDE PUBLICADA A NOTÍCIA” QUE, ADEMAIS, SOMENTE SE REVELA IMPRESCINDÍVEL QUANDO HOVER EXPRESSA IMPUGNAÇÃO DO CONTEÚDO CITADO NA EXORDIAL. AUTENTICIDADE NÃO IMPUGNADA, NO CASO. PRECEDENTES. EXTINÇÃO DO FEITO INVIÁVEL. PREJUDICIAL DE MÉRITO. DECADÊNCIA. PRAZO DE TRÊS MESES. INVOCAÇÃO DO DISPOSTO NO ART. 56 DA LEI DE IMPRENSA. NORMA, EM SUA INTEGRALIDADE, ASSIM COMPREENDIDA COMO UM TODO *PRO INDIVISO*, QUE NÃO SE COADUNA COM A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. INTERPRETAÇÃO DO GUARDIÃO DA CARTA POLÍTICA EXPRESSA NO JULGAMENTO DA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF) N. 130. PERECIMENTO DO DIREITO NÃO PRONUNCIADO.

MÉRITO. ATAQUES A PESSOA DE PROMOTOR DE JUSTIÇA EM VEÍCULOS DE COMUNICAÇÃO ESCRITA E PORTAL NA INTERNET. CONDUTAS QUE EXCEDERAM O DIREITO DE INFORMAR. INEXISTÊNCIA DE CENSURA PRÉVIA. LIBERDADE DE IMPRENSA QUE NÃO PODE SERVIR DE ESCUDO PARA AS SUCESSIVAS AGRESSÕES À HONRA (CRFB, ART. 5º, X) E A BOA IMAGEM (CRFB, ART. 5º, XXVII) DO REPRESENTANTE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. PREVISÃO CONSTITUCIONAL DE REPARAÇÃO EM CASO DE EXCESSO. LINHA EDITORIAL JOCOSA QUE NÃO SE PRESTA A

DESCARACTERIZAR OS ILÍCITOS PERPETRADOS. ESCRITOS CLARAMENTE OFENSIVOS À REPUTAÇÃO DO ATACADO E QUE VISAM À DESESTIMULAÇÃO DE SUA ATUAÇÃO EM ÁREAS ELENCADAS ENTRE SUAS ATRIBUIÇÕES. INSINUAÇÕES ACERCA DE HIPOTÉTICO DESEMPENHO DE SEUS MISTÉRIOS À MARGEM DA LEI E COM ABUSO DE AUTORIDADE. ILAÇÕES, ADEMAIS, QUANTO A SUPOSTA PROTEÇÃO DE FAMILIARES MAGISTRADOS. PROCEDER REITERADO INDUBITAVELMENTE CAPAZ DE CAUSAR ABALO ANÍMICO. EVIDENTE INTENTO DIFAMATÓRIO A MACULAR A IMAGEM E BOA FAMA DO AUTOR. DESNECESSIDADE DE IDENTIFICAÇÃO DA CONDUTA TÍPICA NO ÂMBITO CRIMINAL. INDEPENDÊNCIA E AUTONOMIA DAS RESPONSABILIDADES CIVIL E PENAL (CC, ART. 935). PROVA SUBSTANCIOSA PRODUZIDA POR MEIO DA JUNTADA DOS ESCRITOS ATRIBUÍDOS A UM DOS RÉUS E PUBLICADOS PELAS SOCIEDADES EMPRESÁRIAS DEMANDADAS (CPC/73, ART. 333, I). DEVER DE INDENIZAR OS DANOS MORAIS PRODUZIDOS E PERFEITAMENTE DELINEADOS NA DECISÃO PROFERIDA NA INSTÂNCIA ORIGINÁRIA. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 186, 187 E 927, CAPUT, TODOS DO CÓDIGO CIVIL.

ARBITRAMENTO DO *QUANTUM* INDENIZATÓRIO. INSURGÊNCIAS DE TODAS AS PARTES. INEXISTÊNCIA DE REGRAMENTO LEGAL PARA ESTABELECIMENTO DO PATAMAR DA REPARAÇÃO. NECESSÁRIA OBSERVÂNCIA DOS CRITÉRIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE, EM CONSONÂNCIA COM AS PECULIARIDADES DO CASO CONCRETO. ATAQUES REITERADOS À HONRA DO OFENDIDO, COM A EXPOSIÇÃO INCLUSIVE DE FAMILIARES, POR LARGO LAPSO TEMPORAL (UM ANO) E MEDIANTE DIVERSAS MATÉRIAS DISTINTAS COM AMPLO ALCANCE NO MEIO LOCAL E VIRTUAL, NO MÍNIMO ESTADUAL. TEMA CONTROVERSO NO ÂMBITO JURISPRUDENCIAL. VALOR FIXADO NA ORIGEM DECOTADO EM JULGAMENTO ESTENDIDO (ART. 942, CPC).

PREQUESTIONAMENTO. DESNECESSIDADE DE O JULGADOR SE MANIFESTAR SOBRE TODOS OS DISPOSITIVOS APONTADOS PELAS PARTES QUANDO NÃO SE MOSTRAREM RELEVANTES PARA O DESLINDE DA CONTROVÉRSIA. RECURSOS DOS DEMANDADOS CONHECIDOS E DESPROVIDOS. RECURSO DO AUTOR PROVIDO.

A Constituição da República de 1988 consagrou, entre suas cláusulas pétreas (art. 60, § 4º), a liberdade de manifestação do pensamento, vedado o anonimato (art. 5º, IV), da qual decorre a liberdade de imprensa (art. 220), atividade de extrema relevância social para a saúde de qualquer democracia.

Por certo, os direitos de informar, de buscar a informação e de formular opinião ou crítica, se constituem em ferramentas essenciais para o exercício da liberdade de imprensa, que repele a censura prévia, sob pena de violação à livre comunicação e manifestação do pensamento (STF-AI 705.630-AgR, Rel. Min. Celso de Mello).

Essa mesma Constituição Republicana (art. 5º, V, e art. 220, § 1º), entretanto, impõe à imprensa em geral, e aos seus editores e jornalistas, a obrigação de responderem pelos excessos, assegurando aos atingidos, ainda que *a posteriori*, o direito de resposta proporcional ao agravo, além de indenização por danos materiais, morais ou à imagem, nos termos da legislação civil, conforme já assentou o Supremo Tribunal Federal (ADPF 130, Rel. Min. Carlos Ayres Britto).

As publicações ou divulgações de matérias em *blogs* ou outras plataformas na internet, bem como em jornais e periódicos, em mídias escritas, faladas ou televisivas, de forma isolada ou reiterada, cujo conteúdo albergue ofensas que desbordem do direito de crítica ou de informação, a revelar nítido propósito de ataque às pessoas referenciadas, ocupantes de cargos públicos ou não, sujeitam seus responsáveis às sanções civis, penais e administrativas previstas no ordenamento jurídico, por expressa autorização constitucional.

Na moderna sociedade de informação em tempo real, oportuno destacar que, ao se lançar na difícil tarefa

de investigar e julgar previamente os fatos, em substituição às instâncias estatais ordinárias detentoras de tais competências, corre a imprensa sempre o sério risco de ultrapassar os limites da informação e da crítica sobre os acontecimentos da vida, e adentrar em perigoso terreno movediço das acusações infundadas, incomprovadas e com alta carga de violação à honra, imagem e intimidade dos envolvidos.

A Corte Suprema, ao declarar a não recepção da antiga Lei de Imprensa pela Carta Constitucional de 1988, reconheceu que “[...] toda limitação, prévia e abstrata, ao valor de indenização por dano moral, objeto de juízo de equidade, é incompatível com o alcance da indenizabilidade irrestrita assegurada pela atual CR.[...]” (RE 447.584, Rel. Min. Cezar Peluso).

O Superior Tribunal de Justiça tem reafirmado que “[...] o direito à informação não elimina as garantias individuais, porém encontra nelas os seus limites, devendo atentar ao dever de veracidade, ao qual estão vinculados os órgãos de imprensa, pois a falsidade dos dados divulgados manipula em vez de formar a opinião pública, bem como ao interesse público, pois nem toda informação verdadeira é relevante para o convívio em sociedade. [...] Na atividade da imprensa é possível vislumbrar a existência de três deveres que, se observados, afastam a possibilidade de ofensa à honra. São eles: o dever geral de cuidado, o dever de pertinência e o dever de veracidade. [...] Se a publicação, em virtude de seu teor pejorativo e da inobservância desses deveres, extrapola o exercício regular do direito de informar, fica caracterizada a abusividade. [...] (REsp 1676393/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi; julg. Em 07/11/2017).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0003898-78.2013.8.24.0080, da comarca de Xanxerê 1ª Vara Cível em que são apelantes/apelados Folha Regional Comércio de Jornais Ltda ME e outros e Eduardo Sens dos Santos.

A 1ª Câmara de Enfrentamento de Acervos decidiu, por unanimidade, conhecer das apelações apresentadas e, por maioria de votos, em julgamento estendido (art. 942, CPC), a) dar parcial provimento ao recurso dos demandados e reduzir o montante indenizatório para R\$ 39.300,00 (trinta e nove mil e trezentos reais), atualizado monetariamente a partir deste arbitramento e acrescido de juros de mora nos termos da sentença; b) negar provimento ao recurso do autor. Vencidos o Relator e o Desembargador José Maurício Lisboa, apenas no que tange à quantificação do valor compensatório, os quais entenderam pela necessidade de majoração, mantido o Relator originário para lavrar o acórdão, porquanto a divergência instaurada se limitou ao *quantum* indenizatório. Custas legais.

O julgamento, realizado em 24 de abril de 2019, foi presidido pelo Desembargador Guilherme Nunes Born, com voto, e dele participaram os Desembargadores José Maurício Lisboa, Carlos Roberto da Silva e Bettina Maria Maresch de Moura.

Florianópolis, 26 de abril de 2019.

Luiz Felipe Schuch
RELATOR

RELATÓRIO

Acolho o relatório da sentença de fls. 1.038-1.049, de lavra do Juiz Substituto José Antônio Varaschin Chedid, por contemplar precisamente o conteúdo dos presentes autos, *ipsis litteris*:

“[...] EDUARDO SENS DOS SANTOS, qualificado nos autos, ajuizou ação de indenização por danos morais em face de ROMEU SCIREA FILHO, FOLHA REGIONAL COMÉRCIO DE JORNAIS LTDA e ‘WHATS UP’ COMUNICAÇÃO LTDA ME TUDO SOBRE XANXERÊ aduzindo, em síntese, que: a) as pessoas jurídicas são legitimadas para figurar no polo passivo da demanda; b) por meio de publicações lançadas na coluna ‘Cobras e Lagartos’, os réus lhe atribuíram alcunhas e apelidos maldosos (‘o todo poderoso’, ‘príncipe regente’, ‘hiperpromotor’, ‘Promotor da Lei’, ‘Sua Majestade o promotor’, ‘Sua Excelência, o Imperador do prédio sem rampas’, ‘Promotor Imperador Sem Senso I’), dentre outros, que serão exaustivamente citados na fundamentação, atingindo sua honra e credibilidade perante a comunidade reiteradamente, com ofensas pessoais e relativas ao exercício do cargo de Promotor de Justiça; c) os réus insinuaram que nenhuma consequência lhe adviria em virtude de suas ações no exercício do cargo, pelo simples fato de ser filho de Desembargador e cônjuge de Juíza de Direito; d) os requeridos afirmaram imprudentemente e sem nenhum lastro probatório que ele interditou um pequeno laticínio caseiro, apreendendo os queijos que seriam produzidos no local; e) publicaram ainda que em uma festa religiosa ocorrida na comarca, determinou que os doces (pudins) servidos como sobremesa fossem dispensados e jogados no lixo, por não estarem de acordo com normas da vigilância sanitária; f) os réus publicaram também diversas outras insinuações no sentido de que seria o ‘poderoso’ da cidade e de que todos os munícipes estariam sujeitos às suas ‘determinações’, as quais serão mencionadas integralmente por ocasião da fundamentação.

Ao final, pleiteou, em caráter liminar, a retirada das publicações desonrosas do sítio ‘Tudo sobre Xanxerê’ e a condenação dos réus ao pagamento da quantia equivalente a 300 (trezentos salários mínimos), a título de danos morais, valorando a causa e juntando documentos (fls. 02/280).

A antecipação de tutela pleiteada pelo autor (retirada dos artigos publicados no sítio ‘Tudo sobre Xanxerê’) foi indeferida, entendendo o juízo, naquele momento, que não se encontrava presente o requisito do periculum in mora (fls. 289/290 vº).

Citados (fl. 294 FOLHA REGIONAL COMÉRCIO DE JORNAIS LTDA, fl. 462 ‘WHATS UP’ COMUNICAÇÃO LTDA ME - TUDO SOBRE XANXERÊ e fl. 309 ROMEU SCIREA FILHO), os réus contestaram (respectivamente: fls. 314/341, juntando os documentos de fls. 342/427; fls. 465/493, anexando os documentos de fls. 494/999 e fls. 1001/1017, sem acostar documentos).

A ré FOLHA REGIONAL COMÉRCIO DE JORNAIS LTDA, em sede de contestação, arguiu as seguintes preliminares: a) inépcia da petição inicial, por ausência de documento indispensável; b) decadência, com fulcro na Lei de Imprensa; c) ilegitimidade para figurar no polo passivo da demanda. No mérito, postulou a improcedência da pretensão deduzida pelo autor com base nos seguintes fundamentos: 1) errônea tipificação penal dos fatos, os quais não constituem calúnia, difamação e injúria; 2) exercício do dever de informar, não havendo nenhuma responsabilidade civil, por se tratar de conduta praticada no âmbito da liberdade de imprensa; 3) inexistência de dolo ou culpa ensejadores do dever de indenizar; 4) ausência de prova que demonstre ofensa a direito subjetivo do autor.

Subsidiariamente, em caso de condenação, requereu a fixação do quantum indenizatório em patamar módico (fls. 314/341).

Por sua vez, a ré ‘WHATS UP’ COMUNICAÇÃO LTDA ME - TUDO SOBRE XANXERÊ alegou, preliminarmente, a ilegitimidade passiva. No mérito, sustentou que: 1) não é parcial, porquanto publicou

inúmeras matérias elogiando a atuação funcional do autor, inexistindo ofensa pessoal; 2) o corréu ROMEU SCIREA FILHO não agiu com intenção de ofender, havendo apenas animus jocandi em sua conduta, consistente em seu estilo debochado de escrever, cujo escopo era trazer ‘divertimento’ aos leitores; 3) inexistência de prova de que o sítio ‘Tudo sobre Xanxerê’ praticou censura em relação a eventuais comentários em favor do autor; 4) ausência de elementos de prova no sentido de que há interesse dos réus em promover campanha difamatória contra o autor, em virtude de Leonir Baggio figurar como um dos sócios do jornal FOLHA REGIONAL; 5) as publicações são realizadas de forma independente, pelo ‘blogueiro’ responsável, sem nenhuma alteração de conteúdo, não havendo como ROMEU SCIREA FILHO ter aderido à suposta campanha difamatória; 6) as notícias envolvendo o autor correspondem a 3,63% do total das publicações envolvendo o autor; logo, diante do pequeno volume publicado, não teria como existir eventual campanha difamatória; 7) ausência de provas acerca da intenção de denegrir a imagem do autor e de que as publicações constituem vingança pelo fato de o requerente promover medidas contrárias aos interesses de ‘apadrinhados’ políticos de ROMEU SCIREA FILHO; 8) o autor é agente público e exerce cargo de destaque, sendo comum publicações e comentários acerca de sua atuação, bem como a utilização de linguagem ácida, astuta, crítica, satírica e divertida, utilizando-se de apelidos e codinomes de personagens folclóricos da região e do mundo, tudo com o objetivo de relatar os problemas enfrentados pela sociedade xanxerense; 9) as edições da coluna ‘Cobras e Lagartos’ não traziam em seu bojo a intenção de caluniar, haja vista que em outras ocasiões elogiou a atuação funcional do autor; ademais, as críticas sempre foram direcionadas a diversas outras autoridades, utilizando-se da mesma linguagem jocosa; 10) inexistência do dever de indenizar, tendo em vista que não se aplica o sistema da responsabilidade objetiva; 11) ausência dos requisitos ensejadores do dever de indenizar; 12) ausência de dano e de conduta lesiva; 13) subsidiariamente, fixação do quantum indenizatório em valor módico (fls. 465/493).

O réu ROMEU SCIREA FILHO, preliminarmente, alegou decadência, com base na Lei de Imprensa. No mérito, aduziu que: 1) não possui nenhuma ‘rixa’, ‘birra’ ou desavença pessoal com o autor, asseverando que possui opiniões diferentes daquelas esposadas pelo Ministério Público e não pela pessoa de seu membro; 2) o autor é membro do Ministério Público, sendo figura pública e que deve se acostumar a conviver com a crítica; 3) as publicações não eram dirigidas à pessoa do autor, o qual as levou ao nível pessoal; 4) as divergências de opiniões decorreram das atribuições do cargo exercido pelo autor; 5) as publicações ditas ofensivas derivaram do exercício da liberdade de manifestação de pensamento, não se tratando de acusações caluniosas ou difamatórias, sendo uma interpretação de princípios constitucionais; 6) não existe dano a ser indenizado, haja vista que a imagem de profissional sério, probo e dedicado do autor permanece intacta; 7) diversos colunistas e humoristas de renome nacional tecem críticas consistentes aos administradores e governantes, sendo que estariam pobres se fossem condenados por todos os comentários esposados; 8) as publicações refletem divergência de opinião sobre a atuação funcional do autor, sendo as críticas legítimas e decorrentes do exercício do jornalismo; 9) em caso de condenação, pleiteou que o valor da indenização seja arbitrado em patamar módico (fls. 1001/1017).

Houve impugnação às contestações, ocasião em que o autor requereu o afastamento das preliminares e ratificou a procedência do pedido inicial (fls. 1023/1036) [...]”.

Ressalto que o magistrado de primeiro grau julgou procedentes os pedidos deduzidos na exordial, nos seguintes termos:

“[...] Ante o exposto, resolvendo o mérito, JULGO PROCEDENTES os pedidos formulados na petição inicial por EDUARDO SENS DOS SANTOS para:

A) antecipar a tutela requerida e determinar ao réu 'WHATS UP' COMUNICAÇÃO LTDA ME - TUDO SOBRE XANXERÊ a exclusão dos links referentes às notícias ofensivas reconhecidas no item 2.1 desta sentença, bem como eventuais conteúdos ainda existentes no sítio 'Tudo Sobre Xanxerê', devendo abster-se de reativar as reportagens e os próprios links, mesmo que estejam desacompanhados das publicações, sob pena de multa diária de R\$ 2.000,00 (dois mil reais), limitado ao valor da condenação, a contar do prazo de 2 (dois) dias a partir da intimação pessoal desta decisão, diante da inexistência de efeito suspensivo, nos termos do artigo 520, VII, do Código de Processo Civil, em caso de eventual recurso de apelação;

B) condenar os réus ROMEU SCIREA FILHO, FOLHA REGIONAL COMÉRCIO DE JORNAIS LTDA e 'WHATS UP' COMUNICAÇÃO LTDA ME - TUDO SOBRE XANXERÊ ao pagamento da importância de R\$ 90.000,00 (noventa mil reais) a título de danos morais, sobre a qual deverá incidir correção monetária pelo índice oficial da Corregedoria-Geral da Justiça (INPC-IBGE) a partir da prolação desta sentença (arbitramento), nos termos da Súmula nº 362 do Superior Tribunal de Justiça. Incidirão também juros de mora de 1% ao mês (art. 406 do CC c/c art. 161, § 1º, do CTN), a partir da data da última publicação ofensiva (09/04/2013), nos termos da Súmula nº 54 do Superior Tribunal de Justiça. Anoto ainda que a responsabilidade dos réus é solidária, nos termos da Súmula nº 221 do Superior Tribunal de Justiça.

Em razão da sucumbência, arcarão os réus com as custas e despesas processuais, bem assim com honorários advocatícios, estes arbitrados em 20% sobre o valor atualizado da condenação, considerando a natureza e importância da causa, bem como o tempo exigido para seu serviço (art. 20, § 3º, do Código de Processo Civil) [...].”

Irresignada com a prestação jurisdicional entregue, a demandada Folha Regional Comércio de Jornais Ltda. interpôs recurso de apelação aduzindo e requerendo, em suma, que *“preliminarmente seja acolhida a tese de cerceamento de defesa, ultrapassada a improcedência dos pedidos é medida imperativa seja com fundamento nas teses preliminares ou no mérito não sendo o entendimento de Vossas Excelências seja readequado o valor da condenação por danos morais eis que extremamente elevada ao contexto fático, bem como a distribuição da sucumbência ante os fundamentos elencados”* (fls. 1.063-1.105).

Por sua vez, a demandada What's Up Comunicação Ltda. ME., igualmente inconformados, aviou apelação sustentando e pleiteando, em resumo, *“A) seja o presente recurso de apelação conhecido, porque adequado, preparado e tempestivo e, no mérito, requer a REFORMA da r. sentença recorrida, dando provimento ao aqui guerreado a fim de que: a1) a1.1 – Seja cassada a r. sentença prolatada pelo juízo a quo em virtude do cerceamento de defesa, e ofensa ao princípio da igualdade de partes (art. 5º caput da CF/88); a1.2 – Caso não seja o entendimento pela cassação da sentença, de forma alternativa, a fim de sanar o cerceamento de defesa, pugna-se pela oitiva das testemunhas arroladas na contestação diretamente no tribunal, tudo em homenagem à economia processual e à celeridade; a2) Alternativamente, no tocante à Apelante, seja reformada a r. sentença a fim de determinar a sua ilegitimidade passiva extinguindo-se o feito com fulcro no art. 267, VI, do Código de Processo Civil; a3) Ainda, no mérito, seja reformada a r. decisão a fim de que seja considerado totalmente improcedente o pedido de indenização por danos morais em virtude de inexistência do dano, já que, inexistem provas da suposta ofensa sofrida nos autos, resolvendo a lide com fulcro no art. 269, I, do Código de Processo Civil; a4) De forma alternativa, que seja julgado improcedente a demanda somente no tocante à Apelante, tendo em vista que foi condenada ao pagamento solidário de indenização por danos morais, sem que sequer tenha sido notificada das supostas ofensas publicadas no*

blog, desrespeitando a moderna jurisprudência sobre o tema, afastando a possibilidade de aplicação da responsabilidade civil objetiva, bem como a teoria do risco; a5) Caso não entenda pela improcedência total do pedido, merece reforma a sentença no tocante ao quantum indenizatório, que se mostra desarrazoado jurisprudência e os preceitos de nossa Corte Constitucional; a6) Sucessivamente, no mérito, seja determinada a sucumbência do Apelado, seja exclusiva pela improcedência do pedido, seja recíproca nos termos desta apelação; B) Que sejam declaradas prequestionadas todas as matérias descritas no tópico 'IV' desta apelação” (fls. 1.107-1.126).

Igualmente irredimido, o demandado Romeu Scirea Filho também apelou argumentando e propugnando “*seja conhecido e provido o presente recurso de apelação para acatar a preliminar de cerceamento de defesa aventada, anulando a sentença e determinando a remessa ao primeiro grau para que seja realizada a instrução oral nos autos, ou então reformar integralmente a sentença recorrida e consequentemente julgar totalmente improcedentes os pedidos da presente ação, rejeitando por completo das pretensões da parte autora/recorrida em relação ao réu/recorrente. Sucessivamente, em caso de manutenção da condenação, requer seja dado provimento à apelação para que o quantum condenatório seja revisto e reduzido para valores mínimos e módicos, adequados às circunstâncias do caso concreto e à capacidade econômica do jornalista recorrente, conforme tópico específico acima. Requer, igualmente, seja afastada a condenação solidária, fixando individualmente o valor indenizatório imposto ao ora recorrente, em valor adequado à sua menor capacidade econômica. Em caso de manutenção da condenação, requer seja provido o recurso para que os juros e a correção monetária sejam estabelecidos a partir da data da condenação, e não dos alegados fatos, por se tratar de dano moral puro (REsp 903258/RS, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, STJ). Requer a condenação da parte contrária nos ônus de sucumbência, ou, caso mantida a sentença, seja provido o recurso para minorar e readequar os honorários advocatícios de sucumbência devidos aos ilustres procuradores do autor a percentual ou valor adequado à causa em julgamento. A parte apelante desde já prequestiona os artigos 186 e 927 do Código Civil bem como os arts. 5º, IV, e 220 da Constituição Federal da República Federativa do Brasil, requerendo, desde já, que esse Egrégio Tribunal de Justiça enfrente os dispositivos legais prequestionados de maneira expressa” (fls. 1.136-1.158).*

Por seu turno, o demandante Eduardo Sens dos Santos, igualmente inconformado, apelou, de forma adesiva, pugnando “*pela majoração da condenação da condenação em Danos Morais em quantia equivalente a 300 (trezentos) salários mínimos, com correção monetária e juros de mora de 1%, mantendo os mesmos índices lançados na brilhante decisão*”. Alicerçou seu pleito recursal, em síntese, discorrendo que “*a majoração solicitada, por sua vez, se justifica pela gravidade dos fatos (reiteradas ofensas públicas à pessoa de conduta ilibada), pelo fato de ser o Apelante EDUARDO SENS DOS SANTOS agente público, pela grandiosa repercussão (o periódico FOLHA REGIONAL COMÉRCIO DE JORNAIS LTDA é distribuído em diversos municípios da região oeste – v. Anexo I – Documentos dos Réus, e a coluna Cobras e Lagartos possui em média 200 visualizações por publicação), por suas consequências, pelo número e condições econômicas dos Apelados, bem como pelo caráter educador da indenização (desestímulo ao jornalismo parcial e ofensivo). Finalmente, forçoso recordar que na presente demandasse encontram todos os artigos supracitados e outros, a corroborar a habitualidade no fazer menção ao Apelante EDUARDO SENS DOS SANTOS, o desvirtuamento quanto às suas*

ações enquanto Promotor de Justiça intentando sua desmoralização, e o desrespeito e sarcasmo no se referir à sua pessoa e família” (fls. 1.159-1.176).

Contrarrrazões dos demandados Folha Regional Comércio de Jornais Ltda., What's Up Comunicação Ltda. ME. e Romeu Scirea Filho, e do demandante Eduardo Sens dos Santos, respectivamente, às fls. 1.181-1.184, 1.185-1.189, 1.199-1.202, e 1.191-1.198v.

É o relatório.

VOTO

Todos os recursos interpostos preenchem os requisitos de admissibilidade, motivo pelo qual devem ser conhecidos.

1. Preliminar de nulidade por cerceamento de defesa - tópico objeto das apelações dos demandados:

Primeiramente, sustentam e postulam os apelantes o reconhecimento da nulidade da sentença, argumentando acerca de cerceamento de defesa derivado do julgamento antecipado da lide, especialmente pela não oportunização da realização de prova oral.

Razão, contudo, não lhes assiste.

A sentença objurgada julgou antecipadamente a lide, consignando que a matéria discutida no presente litígio dispensa a produção de outras provas (fl. 1.039v).

De pronto, impende ressaltar que o julgador monocrático da origem é o destinatário das provas, em face das circunstâncias de cada caso, nos termos dos arts. 130 e 131 do Código de Processo Civil de 1973 - correspondentes aos arts. 370 e 371 do Diploma Processual Civil de 2015 -, *in verbis*:

“Art. 130. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias”.

“Art. 131. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento”.

De fato, é consabido que para o reconhecimento do cerceamento de defesa, em decorrência do indeferimento de pedido de produção de prova, *“faz-se necessário que, confrontada a prova requerida com os demais elementos de convicção carreados aos autos, essa não só apresente capacidade potencial de demonstrar o fato alegado, como também o conhecimento desse fato se mostre indispensável à solução da controvérsia, sem o que fica legitimado o julgamento antecipado da lide, nos termos do artigo 330, I, do Código de Processo Civil”* (STJ, EDcl no AgRg no REsp 251.038/SP, rel. Min. Castro Filho, j. 18.2.2003).

Nesse andar, irretocável a decisão singular, até porque o revogado Código de Processo Civil previa, em seu art. 330, I, que “o Juiz conhecerá diretamente do pedido, proferindo sentença: quando a questão de mérito for unicamente de direito, ou, sendo de direito e de fato, não houver necessidade de produzir prova em audiência”, não havendo que se falar em afronta ao princípio da igualdade, até porque a prova oral não teria o condão de desconstituir a farta prova documental amealhada ao processado.

Nessa senda, considerando a documentação acostada aos autos – matérias e comentários de autoria e publicadas nos veículos de comunicação e de divulgação (fls. 116-278) –, tem-se que as matérias relacionadas aos fatos estão satisfatoriamente instruídas, cabendo ao sentenciante avaliar se bastam para a prolação de um decreto indenizatório ou não. A par disso, as demais questões são exclusivamente de direito, a resultar despicienda, de fato, a instrução do feito, com deferimento de provas desnecessárias ao convencimento do julgador.

Enfim, o julgamento antecipado da lide não é capaz de, por si só, violar o princípio constitucional da ampla defesa, conforme julgado desta Corte citado na obra de Hélio do Valle Pereira:

“[...] Incorre cerceamento de defesa se não atendido pedido expresso de produção de prova. A admitir-se que simples requerimento nesse sentido não pode ser desatendido, com apoio no art. 5º, LV, da Constituição Federal, nenhuma ação, nenhum processo, teria o seu desfecho sem dilação probatória, mesmo que inútil ou vazia de significado, já que é praxe, rotina ou vezo generalizado no labor diário do bacharel em ciências formular pretensão de tal teor, ao termo da inicial ou da contestação (TJSC, AC 98.104774-3, rel. Des. Napoleão Amarante) [...]” (*Manual de direito processual civil*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008. p. 459-460).

Este Tribunal de Justiça também expressou, em outro contexto, que “*havendo prova documental suficiente para a formação de convicção do julgador não implica em cerceamento de defesa o julgamento antecipado da lide à luz do conjunto probatório apresentados pelas partes*” (Apelação Cível n. 2010.070519b-4, de Joinville, rel. Des. Substituto Stanley da Silva Braga, j. 1º.11.2012).

Ademais, de conhecimento geral que “*não incide o juiz no pecado de afronta à Constituição Federal, nem ao Código de Processo Civil, por cerceio de defesa da parte, ao antecipar o julgamento da lide sem ouvir testemunhas, se os litigantes deixaram à sua vista farta documentação com que inspirar sua convicção*” (Apelação Cível n. 2002.005382-7, de Blumenau, rel. Des. Luiz Carlos Freyesleben, da Segunda Câmara de Direito Civil, j. 27.11.2003).

Mudando o que deve ser mudado, esta Corte de Justiça decidiu:

“APELAÇÕES CÍVEIS [...] CERCEAMENTO DE DEFESA. PRODUÇÃO DE PROVA PERICIAL. POSSIBILIDADE DE PRONUNCIAMENTO JUDICIAL COM BASE NA ANÁLISE DO PACTO ACOSTADO AOS AUTOS. MAGISTRADO QUE JULGOU SUFICIENTE OS ELEMENTOS CONSTANTES NOS AUTOS PARA FUNDAMENTAR A DECISÃO. LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO (CPC, ART. 131) [...]” (Apelação Cível n. 2015.034006-5, de Tubarão, rel. Des. Soraya Nunes Lins, j. 2.7.2015).

E mais:

“DIREITO DO CONSUMIDOR. COBRANÇA. CONTRATO DE SEGURO DE VIDA EM GRUPO E ACIDENTES PESSOAIS. AGRAVO RETIDO. SUSCITADO CERCEAMENTO DE DEFESA ANTE O INDEFERIMENTO DA PRODUÇÃO DE PROVA PERICIAL. INSUBSISTÊNCIA. EXISTÊNCIA NOS AUTOS DE ELEMENTOS DE PROVA, ESPECIALMENTE DOCUMENTAL, SUFICIENTES AO PLENO CONVENCIMENTO DO JULGADOR. ENTENDIMENTO CONSOLIDADO NESTA CORTE DE JUSTIÇA. AGRAVO RETIDO DESPROVIDO [...]. Por se revestir de juridicidade e legalidade, não merece censura o julgamento antecipado da lide quando o Magistrado, ao verificar que existem provas suficientes nos autos para o seu convencimento, desatende pleito de produção de provas (pericial, testemunhal), quando a parte não apresenta a mais tênue justificativa, e sobretudo, quando não se verifica a sua conveniência e a sua imprescindibilidade. Sua Excelência, na verdade, prestigia os princípios da persuasão racional, da economia, da instrumentalidade e da celeridade processual [...]” (Apelação Cível n. 2014.057476-6, de Capinzal, rel. Des. Marcus Tulio Sartorato, j. 21.10.2014).

Nessas condições, não representado o julgamento antecipado da lide qualquer cerceamento à defesa dos demandados-recorrentes, deve a prefacial ser rejeitada.

2. Preliminar de ausência de condição da ação/ilegitimidade passiva - Folha Regional Comércio de Jornais Ltda e What's Up Comunicação Ltda. ME.:

Em primeiro plano, requereram as demandadas Folha Regional Comércio de Jornais Ltda e What's Up Comunicação Ltda. ME. a extinção do feito sem resolução do mérito porque seriam partes passivas ilegítimas, acrescentando não ser aplicável a Súmula 221 do Superior Tribunal de Justiça.

A temática deduzida relaciona-se com o mérito da demanda, inclusive no tocante à suposta não incidência do comando inserto no referido verbete sumular.

Nesse passo, a legislação processual aplicável à espécie preconiza que para “*propor ou contestar ação é necessário ter interesse e legitimidade*” (CPC, art. 3º). Nessa esteira, consabido que o “*art. 3º, deve, pois, ser interpretado como significando que o autor só tem direito de ação se for legitimado ativamente e se a propuser contra um réu que tenha legitimação passiva, isto é, que seja o outro sujeito da relação jurídica, objeto da demanda*” (BARBI, Celso Agrícola. Comentários ao código de processo civil. 14. ed. Forense: Rio de Janeiro, 2010, v. 1. p. 31).

É que “*parte, em sentido processual, é um dos sujeitos da relação processual contrapostos diante do órgão judicial, isto é, aquele que pede a tutela jurisdicional (autor) e aquele em face de quem se pretende fazer atuar dita tutela (réu). Mas, para que o provimento de mérito seja alcançado, para que a lide seja efetivamente solucionada, não basta existir um sujeito ativo e um sujeito passivo. É preciso que os sujeitos sejam, de acordo com a lei, partes legítimas, pois se tal não ocorrer o processo se extinguirá sem julgamento do mérito (art. 267, VI)*” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 37. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, v. 1. p. 53).

Ainda, ao discorrer sobre legitimidade processual, Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery afirmam que: “tanto o que propõe quanto aquele em face de quem se propõe a ação devem ser partes legítimas para a causa. Somente é parte legítima aquele que é autorizado pela ordem jurídica a postular em juízo” (Código de Processo Civil Comentado, 14. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 215), de sorte que, a *contrario sensu*, se incorrente tal pressuposto, redundaria na extinção do processo pelo Estado-Juiz sem a resolução do mérito por carência de ação (CPC/73, art. 301, X), como pretendem as demandadas.

Tal disciplina, como se pode conferir, encontra expressa previsão no Código Processual Civil revogado, de onde se extrai que a legitimidade *ad causam* foi alçada à posição de uma das condições da ação (art. 267, VI).

Todavia, no caso vertente, observando-se que a matéria prefacial não se desvincula do próprio *meritum causae*, de se aplicar a teoria da asserção ou da *prospettazione*, diante da necessidade de o julgador analisar a prova amealhada aos autos para concluir sobre a legitimidade das partes, de forma a estabilizar os polos processuais e resolver definitivamente a *quaestio*, prestigiando a solução definitiva da demanda – princípio da primazia da resolução do mérito –, nos termos da novel legislação processual (Lei n. 13.105/15, arts. 4º, 6º, 317, 488 e 1.029, § 3º).

Nesse sentido a lição de Fredie Didier Jr:

“[...] Sem olvidar o direito positivo, e considerando a circunstância de que, para o legislador, carência de ação é diferente de improcedência do pedido, propõe-se que a análise das condições da ação, como questões estranhas ao mérito da causa, fique restrita ao momento de prolação do juízo de admissibilidade inicial do procedimento. Essa análise, então, seria feita à luz das afirmações do demandante contidas em sua petição inicial (*in statu assertionis*). ‘Deve o juiz raciocinar admitindo, provisoriamente, e por hipótese, que todas as afirmações do autor são verdadeiras, para que se possa verificar se estão presentes as condições da ação’. ‘O que importa é a afirmação do autor, e não a correspondência entre a afirmação e a realidade, que já seria problema de mérito’ [...]” (*Curso de direito processual civil: Introdução ao Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento*. 14. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Podivm, 2012, vol. I. p. 213).

No mesmo diapasão, preleciona o renomado jurista Alexandre Freitas Câmara (*Lições de Direito Processual Civil*. 18. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, vol. I.).

Nessa linha de pensamento, o Superior Tribunal de Justiça, em casos tais, vem reafirmando que tem “prevalcido na jurisprudência desta Corte o entendimento de que as condições da ação, aí incluída a legitimidade para a causa, devem ser aferidas com base na teoria da asserção, isto é, à luz das afirmações deduzidas na petição inicial” (AgRg nos EDcl no REsp n. 1035860/MS, rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, j. 25.11.2014, DJe 2.12.2014).

Esta Corte de Justiça estadual não destoa dessa compreensão da problemática do momento processual correto para a verificação das condições da ação, em especial, da ilegitimidade de parte:

“APELAÇÃO CÍVEL. NEGÓCIO JURÍDICO DE COMPRA E VENDA À VISTA. INADIMPLEMENTO DO COMPRADOR. PRELIMINAR. ILEGITIMIDADE PASSIVA. TEORIA DA ASSERTÃO. Se o réu da relação jurídica processual está no polo passivo da relação jurídica de direito material descrita na inicial, ele é parte legítima. Se a prova dos autos evidencia situação diversa da narrada, isso é questão de mérito e poderá importar julgamento de improcedência. Condições da ação, portanto, decorrem do exame de compatibilidade entre o descrito pelo autor e a relação processual formada em juízo; mérito, por seu turno, atine à existência de elementos de convicção demonstrativos de que os fatos se passaram conforme descrito pelo autor na sua inicial [...]” (Apelação Cível n. 2014.052751-6, de Joaçaba, rel. Desa. Substituta Janice Goulart Garcia Ubialli, j. 5.3.2015).

Ademais, em casos desta natureza, sabe-se que, em tese, “a teor do enunciado da Súmula 221 do Superior Tribunal de Justiça, o proprietário da empresa que explora o meio de informação e o responsável pela publicação são os legitimados para integrar o pólo passivo das ações indenizatórias por danos materiais e morais decorrentes da veiculação de informações ou fotografias” (TJSC, Apelação Cível n. 2003.013491-3, de Concórdia, rel. Des. Luiz Carlos Freyesleben, da Segunda Câmara de Direito Civil, j. 19.8.2004), tudo a indicar a correção da permanência das referidas sociedades empresárias como demandadas, como no caso em tela.

Desse modo, não havendo demonstração de plano da ilegitimidade passiva ad causam, não há que se falar em extinção do processo sem resolução do mérito.

3. Inépcia da inicial pela ausência de documento indispensável - Folha Regional Comércio de Jornais Ltda.:

Alega, ainda, a demandada Folha Regional Comércio de Jornais Ltda. a ausência de documento indispensável que redundaria na extinção do feito sem resolução do mérito pela inépcia da inicial.

Protesta a demandada, em resumo, não ter o demandante, nos termos do art. 57 da Lei n. 5.250/67, acostado à petição inicial um “exemplar do jornal ou periódico que tiver publicado o escrito ou notícia”.

Igualmente sem razão, no ponto, a demandada-apelante.

De início, cumpre lembrar que a norma de regência invocada pela parte recorrente não foi recepcionada pela ordem constitucional vigente, à luz do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF n. 130, rel. Min. Carlos Britto, julgada pelo Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal em 30 de abril de 2009.

Ademais, nos tempos atuais não se mostra razoável exigir a juntada, a fim de comprovar o dano alegado, de um exemplar do jornal impresso como outrora, até porque, conforme já expressou o Superior Tribunal de Justiça, “*não é causa de nulidade do processo a falta da juntada do inteiro teor do jornal onde publicada a notícia, bastando a juntada da folha impressa, se não houver dúvida razoável sobre a sua existência*” (REsp 194.679/RO, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, da Quarta Turma, j. 4.2.1999, DJ 29.3.1999, p. 187).

Desse modo, não cabe sustentar a inépcia da inicial, especialmente quando sequer há dúvida acerca da existência das matérias e comentários imputados aos demandados, pouco importando o meio pelo qual a prova foi produzida.

Nesse sentido, esta Corte de Justiça vem pronunciando a inexistência de prejuízo se não houver impugnação da autenticidade dos documentos trazidos ao processado:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. PUBLICAÇÃO DE REPORTAGEM E COMUNICADO EM JORNAL. I - ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM. TEMÁTICA RECHAÇADA. RESPONSABILIDADE, EM TESE, ATRIBUÍVEL À RÉ. MATÉRIA, ADEMAIS, QUE SE CONFUNDE COM O MÉRITO, NO CASO. II - DECADÊNCIA. PRAZO DE 3 MESES. ART. 56, DA LEI N. 5.250/67 (LEI DE IMPRENSA). CONTEÚDO NÃO-RECEPCIONADO PELA CRFB/1988. ALÉM DISSO, VIGÊNCIA DA NORMA SUSPensa. **III - INÉPCIA DA INICIAL. ART. 57, DA LEI DE IMPRENSA. NÃO CONFIGURAÇÃO. JUNTADA PARCIAL DE EXEMPLAR DO JORNAL COM A MATÉRIA OFENSIVA. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO. FINALIDADE DA NORMA ATINGIDA.** IV - DECISÃO INTERLOCUTÓRIA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO. I - É parte passiva legítima a empresa que supostamente teria solicitado a publicação da matéria ofensiva, ainda que a reportagem não seja de sua autoria e tal ato necessite de instrução probatória, mormente quando a causa de pedir abrange também a veiculação de comunicado, este atribuído expressamente à ré, e o registro de boletim de ocorrência de fatos tidos por falsos e com intuito de prejudicar. II - Impossível o reconhecimento da alegada decadência, nos termos do art. 56 da Lei n. 5.250/67, eis que, além de suspensa a vigência do dispositivo por decisão do Supremo Tribunal Federal, é firme o entendimento no sentido de que a Constituição Federal de 1988 não recepcionou o prazo decadencial de três meses para o ajuizamento de ação indenizatória de danos morais. **III - ‘Se a inicial foi instruída com a parte do jornal (ou revista) em que se publicou a aleivosa, dispensa-se a juntada integral do periódico. Este, o alcance dos artigos 57 da Lei de Imprensa e 283 do CPC.’ (STJ. AReg nos EDecl no AI n. 494123/RJ, rel. Min. HUMBERTO GOMES DE BARROS, j. em 12.4.2005)”** (Agravo de Instrumento n. 2008.029791-3, de Sombrio, rel. Des. Henry Petry Junior, da Terceira Câmara de Direito Civil, j. 2.9.2008).

“RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. AGRAVO RETIDO. AVENTADA DECADÊNCIA DO DIREITO DO AUTOR FULCRADA NA LEI DE IMPRENSA. PRAZO REGULADO PELO CÓDIGO CIVIL. SUSCITADA PRECLUSÃO DO DEPÓSITO DO ROL DE TESTEMUNHAS PELO AUTOR. INOCORRÊNCIA. TESTIGOS DEVIDAMENTE ARROLADOS NA PEÇA INICIAL. ALEGADA AFRONTA AO ART. 57 DA LEI N. 5.250/67 ANTE A FALTA DE REQUISITO ESSENCIAL À PROPOSITURA DA DEMANDA (EXEMPLAR DO PERIÓDICO). INOCORRÊNCIA. EXORDIAL INSTRUÍDA COM CÓPIAS DAS MATÉRIAS JORNALÍSTICAS, CUJA AUTENTICIDADE NÃO FOI IMPUGNADA PELA RÉ. NULIDADE INEXISTENTE. EXEGESE DO ART. 244 DO CPC. PRELIMINARES AFASTADAS. AGRAVO RETIDO DESPROVIDO. PUBLICAÇÃO EM JORNAL DE AMPLA CIRCULAÇÃO. REFERÊNCIA A MEMBRO DO CONSELHO ESTADUAL DE CONTRIBUINTES COMO PESSOA CORRUPTA. EXPOSIÇÃO DA PESSOA DO AUTOR DESNECESSÁRIA, DENEGRINDO SUA IMAGEM COMO PROFISSIONAL. EMPRESA JORNALÍSTICA QUE DEVERIA TER RESPEITADO OS LIMITES SOCIAIS E MORAIS. LESÃO À HONRA E À RESPEITABILIDADE EVIDENCIADOS. DEVER DE INDENIZAR CONFIGURADO. PARÂMETROS PARA FIXAÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO NÃO OBSERVADOS NO CASO CONCRETO (R\$ 250.000,00). MINORAÇÃO QUE SE FAZ NECESSÁRIA. ARBITRAMENTO EM R\$ 15.000,00 ATUAIS. INTELIGÊNCIA DO ART. 5º, X, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E ART. 186 DO CÓDIGO CIVIL/2002. SENTENÇA REFORMADA EM PARTE. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. 1. Não se aplica o

prazo decadencial previsto na Lei de Imprensa depois da vigência da Constituição Federal de 1988' (REsp n.º 244.642, Min. Ruy Rosado de Aguiar). 2. Toda conduta que interfere nos direitos fundamentais da pessoa humana a ponto de causar prejuízos de ordem material e moral deve não só ser prontamente repelida, mas impor ao responsável a obrigação de reparar pecuniariamente os malefícios resultantes, independentemente de comprovação, porque presumíveis. 3. Para a fixação do quantum indenizatório, devem ser observados alguns critérios, tais como a situação econômico-financeira e social das partes litigantes, a intensidade do sofrimento impingido ao ofendido, o dolo ou grau da culpa do responsável, tudo para não ensejar um enriquecimento sem causa ou insatisfação de um, nem a impunidade ou a ruína do outro" (Apelação Cível n. 2005.012712-9, da Capital - Continente, rel. Des. Marcus Tulio Sartorato, da Terceira Câmara de Direito Civil, j. 11.12.2007).

Sobre o tema, aliás, o destinatário das provas produzidas pelas partes, nesse contexto também o documento suscitado, destacou que os autos se encontram "*exaustivamente instruídos com os documentos referentes às publicações em que se discutirá a existência de responsabilidade civil*" (fls. 1.014-1.041v).

Portanto, deve ser rejeitada também esta prefacial.

4. Prejudicial de mérito da decadência - Folha Regional Comércio de Jornais Ltda.:

Em prejudicial à análise do mérito, a Folha Regional Comércio de Jornais Ltda. sustentou, com base no art. 56 da Lei n. 5.250/67 (Lei de Imprensa) que o direito do autor teria sido fulminado pela decadência, por ter decorrido prazo superior a três meses das datas das publicações.

Novamente sem razão o recorrente.

É que, conforme mencionado no tópico anterior, a chamada "Lei de Imprensa" não foi recepcionada pela Constituição da República Federativa do Brasil promulgada em 1988, segundo interpretação sufragada Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, em julgamento realizado no dia 30 de abril de 2009, nos autos da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF n. 130, rel. Min. Carlos Ayres Britto, assim ementada:

“ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). LEI DE IMPRENSA. ADEQUAÇÃO DA AÇÃO. REGIME CONSTITUCIONAL DA ‘LIBERDADE DE INFORMAÇÃO JORNALÍSTICA’, EXPRESSÃO SINÔNIMA DE LIBERDADE DE IMPRENSA. A ‘PLENA’ LIBERDADE DE IMPRENSA COMO CATEGORIA JURÍDICA PROIBITIVA DE QUALQUER TIPO DE CENSURA PRÉVIA. A PLENITUDE DA LIBERDADE DE IMPRENSA COMO REFORÇO OU SOBRETUTELA DAS LIBERDADES DE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO, DE INFORMAÇÃO E DE EXPRESSÃO ARTÍSTICA, CIENTÍFICA, INTELLECTUAL E COMUNICACIONAL. LIBERDADES QUE DÃO CONTEÚDO ÀS RELAÇÕES DE IMPRENSA E QUE SE PÕEM COMO SUPERIORES BENS DE PERSONALIDADE E MAIS DIRETA EMANAÇÃO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. O CAPÍTULO CONSTITUCIONAL DA COMUNICAÇÃO SOCIAL COMO SEGMENTO PROLONGADOR DAS LIBERDADES DE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO, DE INFORMAÇÃO E DE EXPRESSÃO ARTÍSTICA, CIENTÍFICA, INTELLECTUAL E COMUNICACIONAL. TRANSPASSE DA FUNDAMENTALIDADE DOS DIREITOS PROLONGADOS AO CAPÍTULO PROLONGADOR.

PONDERAÇÃO DIRETAMENTE CONSTITUCIONAL ENTRE BLOCOS DE BENS DE PERSONALIDADE: O BLOCO DOS DIREITOS QUE DÃO CONTEÚDO À LIBERDADE DE IMPRENSA E O BLOCO DOS DIREITOS À IMAGEM, HONRA, INTIMIDADE E VIDA PRIVADA. PRECEDÊNCIA DO PRIMEIRO BLOCO. INCIDÊNCIA A POSTERIORI DO SEGUNDO BLOCO DE DIREITOS, PARA O EFEITO DE ASSEGURAR O DIREITO DE RESPOSTA E ASSENTAR RESPONSABILIDADES PENAL, CIVIL E ADMINISTRATIVA, ENTRE OUTRAS CONSEQUÊNCIAS DO PLENO GOZO DA LIBERDADE DE IMPRENSA. PECULIAR FÓRMULA CONSTITUCIONAL DE PROTEÇÃO A INTERESSES PRIVADOS QUE, MESMO INCIDINDO A POSTERIORI, ATUA SOBRE AS CAUSAS PARA INIBIR ABUSOS POR PARTE DA IMPRENSA. PROPORCIONALIDADE ENTRE LIBERDADE DE IMPRENSA E RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANOS MORAIS E MATERIAIS A TERCEIROS. RELAÇÃO DE MÚTUA CAUSALIDADE ENTRE LIBERDADE DE IMPRENSA E DEMOCRACIA. RELAÇÃO DE INERÊNCIA ENTRE PENSAMENTO CRÍTICO E IMPRENSA LIVRE. A IMPRENSA COMO INSTÂNCIA NATURAL DE FORMAÇÃO DA OPINIÃO PÚBLICA E COMO ALTERNATIVA À VERSÃO OFICIAL DOS FATOS. PROIBIÇÃO DE MONOPOLIZAR OU OLIGOPOLIZAR ÓRGÃOS DE IMPRENSA COMO NOVO E AUTÔNOMO FATOR DE INIBIÇÃO DE ABUSOS. NÚCLEO DA LIBERDADE DE IMPRENSA E MATÉRIAS APENAS PERIFERICAMENTE DE IMPRENSA. AUTORREGULAÇÃO E REGULAÇÃO SOCIAL DA ATIVIDADE DE IMPRENSA. NÃO RECEPÇÃO EM BLOCO DA LEI Nº 5.250/1967 PELA NOVA ORDEM CONSTITUCIONAL. EFEITOS JURÍDICOS DA DECISÃO. PROCEDÊNCIA DA AÇÃO. 1. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). LEI DE IMPRENSA. ADEQUAÇÃO DA AÇÃO. A ADPF, fórmula processual subsidiária do controle concentrado de constitucionalidade, é via adequada à impugnação de norma pré-constitucional. Situação de concreta ambiência jurisdicional timbrada por decisões conflitantes. Atendimento das condições da ação. 2. REGIME CONSTITUCIONAL DA LIBERDADE DE IMPRENSA COMO REFORÇO DAS LIBERDADES DE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO, DE INFORMAÇÃO E DE EXPRESSÃO EM SENTIDO GENÉRICO, DE MODO A ABARCAR OS DIREITOS À PRODUÇÃO INTELECTUAL, ARTÍSTICA, CIENTÍFICA E COMUNICACIONAL. A Constituição reservou à imprensa todo um bloco normativo, com o apropriado nome 'Da Comunicação Social' (capítulo V do título VIII). A imprensa como plexo ou conjunto de 'atividades' ganha a dimensão de instituição-ideia, de modo a poder influenciar cada pessoa de per se e até mesmo formar o que se convencionou chamar de opinião pública. Pelo que ela, Constituição, destinou à imprensa o direito de controlar e revelar as coisas respeitantes à vida do Estado e da própria sociedade. A imprensa como alternativa à explicação ou versão estatal de tudo que possa repercutir no seio da sociedade e como garantido espaço de irrupção do pensamento crítico em qualquer situação ou contingência. Entendendo-se por pensamento crítico o que, plenamente comprometido com a verdade ou essência das coisas, se dota de potencial emancipatório de mentes e espíritos. O corpo normativo da Constituição brasileira sinonimiza liberdade de informação jornalística e liberdade de imprensa, rechaçante de qualquer censura prévia a um direito que é signo e penhor da mais encarecida dignidade da pessoa humana, assim como do mais evoluído estado de civilização. 3. O CAPÍTULO CONSTITUCIONAL DA COMUNICAÇÃO SOCIAL COMO SEGMENTO PROLONGADOR DE SUPERIORES BENS DE PERSONALIDADE QUE SÃO A MAIS DIRETA EMANAÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: A LIVRE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO E O DIREITO À INFORMAÇÃO E À EXPRESSÃO ARTÍSTICA, CIENTÍFICA, INTELECTUAL E COMUNICACIONAL. TRANSPASSE DA NATUREZA JURÍDICA DOS DIREITOS PROLONGADOS AO CAPÍTULO CONSTITUCIONAL SOBRE A COMUNICAÇÃO SOCIAL. O art. 220 da Constituição radicaliza e alarga o regime de plena liberdade de atuação da imprensa, porquanto fala: a) que os mencionados direitos de personalidade (liberdade de pensamento, criação, expressão e informação) estão a salvo de qualquer restrição em seu exercício, seja qual for o suporte físico ou tecnológico de sua veiculação; b) que tal exercício não se sujeita a outras disposições que não sejam as figurantes dela própria, Constituição. A liberdade de informação jornalística é versada pela Constituição Federal como expressão sinônima de liberdade de imprensa. Os direitos que dão conteúdo

à liberdade de imprensa são bens de personalidade que se qualificam como sobredireitos. Daí que, no limite, as relações de imprensa e as relações de intimidade, vida privada, imagem e honra são de mútua excludência, no sentido de que as primeiras se antecipam, no tempo, às segundas; ou seja, antes de tudo prevalecem as relações de imprensa como superiores bens jurídicos e natural forma de controle social sobre o poder do Estado, sobrevivendo as demais relações como eventual responsabilização ou consequência do pleno gozo das primeiras. A expressão constitucional 'observado o disposto nesta Constituição' (parte final do art. 220) traduz a incidência dos dispositivos tutelares de outros bens de personalidade, é certo, mas como consequência ou responsabilização pelo desfrute da 'plena liberdade de informação jornalística' (§ 1º do mesmo art. 220 da Constituição Federal). Não há liberdade de imprensa pela metade ou sob as tenazes da censura prévia, inclusive a procedente do Poder Judiciário, pena de se resvalar para o espaço inconstitucional da prestidigitação jurídica. Silenciando a Constituição quanto ao regime da internet (rede mundial de computadores), não há como se lhe recusar a qualificação de território virtual livremente veiculador de ideias e opiniões, debates, notícias e tudo o mais que signifique plenitude de comunicação.

4. MECANISMO CONSTITUCIONAL DE CALIBRAÇÃO DE PRINCÍPIOS. O art. 220 é de instantânea observância quanto ao desfrute das liberdades de pensamento, criação, expressão e informação que, de alguma forma, se veiculem pelos órgãos de comunicação social. Isto sem prejuízo da aplicabilidade dos seguintes incisos do art. 5º da mesma Constituição Federal: vedação do anonimato (parte final do inciso IV); do direito de resposta (inciso V); direito a indenização por dano material ou moral à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas (inciso X); livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer (inciso XIII); direito ao resguardo do sigilo da fonte de informação, quando necessário ao exercício profissional (inciso XIV). Lógica diretamente constitucional de calibração temporal ou cronológica na empírica incidência desses dois blocos de dispositivos constitucionais (o art. 220 e os mencionados incisos do art. 5º). Noutros termos, primeiramente, assegura-se o gozo dos sobredireitos de personalidade em que se traduz a 'livre' e 'plena' manifestação do pensamento, da criação e da informação. Somente depois é que se passa a cobrar do titular de tais situações jurídicas ativas um eventual desrespeito a direitos constitucionais alheios, ainda que também densificadores da personalidade humana. Determinação constitucional de momentânea paralisação à inviolabilidade de certas categorias de direitos subjetivos fundamentais, porquanto a cabeça do art. 220 da Constituição veda qualquer cerceio ou restrição à concreta manifestação do pensamento (vedado o anonimato), bem assim todo cerceio ou restrição que tenha por objeto a criação, a expressão e a informação, seja qual for a forma, o processo, ou o veículo de comunicação social. Com o que a Lei Fundamental do Brasil veicula o mais democrático e civilizado regime da livre e plena circulação das ideias e opiniões, assim como das notícias e informações, mas sem deixar de prescrever o direito de resposta e todo um regime de responsabilidades civis, penais e administrativas. Direito de resposta e responsabilidades que, mesmo atuando a posteriori, infletem sobre as causas para inibir abusos no desfrute da plenitude de liberdade de imprensa.

5. PROPORCIONALIDADE ENTRE LIBERDADE DE IMPRENSA E RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. Sem embargo, a excessividade indenizatória é, em si mesma, poderoso fator de inibição da liberdade de imprensa, em violação ao princípio constitucional da proporcionalidade. A relação de proporcionalidade entre o dano moral ou material sofrido por alguém e a indenização que lhe caiba receber (quanto maior o dano maior a indenização) opera é no âmbito interno da potencialidade da ofensa e da concreta situação do ofendido. Nada tendo a ver com essa equação a circunstância em si da veiculação do agravo por órgão de imprensa, porque, senão, a liberdade de informação jornalística deixaria de ser um elemento de expansão e de robustez da liberdade de pensamento e de expressão lato sensu para se tornar um fator de contração e de esqualidez dessa liberdade. Em se tratando de agente público, ainda que injustamente ofendido em sua honra e imagem, subjaz à indenização uma imperiosa cláusula de modicidade. Isto porque todo agente público está sob permanente vigília da cidadania. E quando o agente estatal não prima por todas as aparências de legalidade e legitimidade no seu atuar oficial, atrai contra si mais fortes suspeitas de um comportamento antijurídico francamente sindicável pelos cidadãos.

6. RELAÇÃO DE MÚTUA

CAUSALIDADE ENTRE LIBERDADE DE IMPRENSA E DEMOCRACIA. A plena liberdade de imprensa é um patrimônio imaterial que corresponde ao mais eloquente atestado de evolução político-cultural de todo um povo. Pelo seu reconhecido condão de vitalizar por muitos modos a Constituição, tirando-a mais vezes do papel, a Imprensa passa a manter com a democracia a mais entranhada relação de mútua dependência ou retroalimentação. Assim visualizada como verdadeira irmã siamesa da democracia, a imprensa passa a desfrutar de uma liberdade de atuação ainda maior que a liberdade de pensamento, de informação e de expressão dos indivíduos em si mesmos considerados. O § 5º do art. 220 apresenta-se como norma constitucional de concretização de um pluralismo finalmente compreendido como fundamento das sociedades autenticamente democráticas; isto é, o pluralismo como a virtude democrática da respeitosa convivência dos contrários. A imprensa livre é, ela mesma, plural, devido a que são constitucionalmente proibidas a oligopolização e a monopolização do setor (§ 5º do art. 220 da CF). A proibição do monopólio e do oligopólio como novo e autônomo fator de contenção de abusos do chamado 'poder social da imprensa'.

7. RELAÇÃO DE INERÊNCIA ENTRE PENSAMENTO CRÍTICO E IMPRENSA LIVRE. A IMPRENSA COMO INSTÂNCIA NATURAL DE FORMAÇÃO DA OPINIÃO PÚBLICA E COMO ALTERNATIVA À VERSÃO OFICIAL DOS FATOS. O pensamento crítico é parte integrante da informação plena e fidedigna. O possível conteúdo socialmente útil da obra compensa eventuais excessos de estilo e da própria verve do autor. O exercício concreto da liberdade de imprensa assegura ao jornalista o direito de expender críticas a qualquer pessoa, ainda que em tom áspero ou contundente, especialmente contra as autoridades e os agentes do Estado. A crítica jornalística, pela sua relação de inerência com o interesse público, não é aprioristicamente suscetível de censura, mesmo que legislativa ou judicialmente tentada. O próprio das atividades de imprensa é operar como formadora de opinião pública, espaço natural do pensamento crítico e 'real alternativa à versão oficial dos fatos' (Deputado Federal Miro Teixeira).

8. NÚCLEO DURO DA LIBERDADE DE IMPRENSA E A INTERDIÇÃO PARCIAL DE LEGISLAR. A uma atividade que já era 'livre' (incisos IV e IX do art. 5º), a Constituição Federal acrescentou o qualificativo de 'plena' (§ 1º do art. 220). Liberdade plena que, repelente de qualquer censura prévia, diz respeito à essência mesma do jornalismo (o chamado 'núcleo duro' da atividade). Assim entendidas as coordenadas de tempo e de conteúdo da manifestação do pensamento, da informação e da criação lato sensu, sem o que não se tem o desembaraçado trânsito das ideias e opiniões, tanto quanto da informação e da criação. Interdição à lei quanto às matérias nuclearmente de imprensa, retratadas no tempo de início e de duração do concreto exercício da liberdade, assim como de sua extensão ou tamanho do seu conteúdo. Tirante, unicamente, as restrições que a Lei Fundamental de 1988 prevê para o 'estado de sítio' (art. 139), o Poder Público somente pode dispor sobre matérias lateral ou reflexamente de imprensa, respeitada sempre a ideia-força de que quem quer que seja tem o direito de dizer o que quer que seja. Logo, não cabe ao Estado, por qualquer dos seus órgãos, definir previamente o que pode ou o que não pode ser dito por indivíduos e jornalistas. As matérias reflexamente de imprensa, suscetíveis, portanto, de conformação legislativa, são as indicadas pela própria Constituição, tais como: direitos de resposta e de indenização, proporcionais ao agravo; proteção do sigilo da fonte ('quando necessário ao exercício profissional'); responsabilidade penal por calúnia, injúria e difamação; diversões e espetáculos públicos; estabelecimento dos 'meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente' (inciso II do § 3º do art. 220 da CF); independência e proteção remuneratória dos profissionais de imprensa como elementos de sua própria qualificação técnica (inciso XIII do art. 5º); participação do capital estrangeiro nas empresas de comunicação social (§ 4º do art. 222 da CF); composição e funcionamento do Conselho de Comunicação Social (art. 224 da Constituição). Regulações estatais que, sobretudo incidindo no plano das consequências ou responsabilizações, repercutem sobre as causas de ofensas pessoais para inibir o cometimento dos abusos de imprensa. Peculiar fórmula constitucional de proteção de interesses privados em face de eventuais descomedimentos da imprensa (justa preocupação do Ministro Gilmar Mendes), mas sem prejuízo da ordem de precedência a esta conferida, segundo a lógica elementar de que

não é pelo temor do abuso que se vai coibir o uso. Ou, nas palavras do Ministro Celso de Mello, ‘a censura governamental, emanada de qualquer um dos três Poderes, é a expressão odiosa da face autoritária do poder público.’ 9. **AUTORREGULAÇÃO E REGULAÇÃO SOCIAL DA ATIVIDADE DE IMPRENSA.** É da lógica encampada pela nossa Constituição de 1988 a autorregulação da imprensa como mecanismo de permanente ajuste de limites da sua liberdade ao sentir-pensar da sociedade civil. Os padrões de seletividade do próprio corpo social operam como antídoto que o tempo não cessa de aprimorar contra os abusos e desvios jornalísticos. Do dever de irrestrito apego à completude e fidedignidade das informações comunicadas ao público decorre a permanente conciliação entre liberdade e responsabilidade da imprensa. Repita-se: não é jamais pelo temor do abuso que se vai proibir o uso de uma liberdade de informação a que o próprio Texto Magno do País apôs o rótulo de ‘plena’ (§ 1 do art. 220). 10. **NÃO RECEPÇÃO EM BLOCO DA LEI 5.250 PELA NOVA ORDEM CONSTITUCIONAL.** 10.1. **Óbice lógico à confecção de uma lei de imprensa que se orne de compleição estatutária ou orgânica.** A própria Constituição, quando o quis, convocou o legislador de segundo escalão para o aporte regratório da parte restante de seus dispositivos (art. 29, art. 93 e § 5º do art. 128). São irregulamentáveis os bens de personalidade que se põem como o próprio conteúdo ou substrato da liberdade de informação jornalística, por se tratar de bens jurídicos que têm na própria interdição da prévia interferência do Estado o seu modo natural, cabal e ininterrupto de incidir. Vontade normativa que, em tema elementarmente de imprensa, surge e se exaure no próprio texto da Lei Suprema. 10.2. **Incompatibilidade material insuperável entre a Lei nº 5.250/67 e a Constituição de 1988. Impossibilidade de conciliação que, sobre ser do tipo material ou de substância (vertical), contamina toda a Lei de Imprensa:** a) quanto ao seu entrelace de comandos, a serviço da prestidigitadora lógica de que para cada regra geral afirmativa da liberdade é aberto um leque de exceções que praticamente tudo desfaz; b) quanto ao seu inescandível efeito prático de ir além de um simples projeto de governo para alcançar a realização de um projeto de poder, este a se eternizar no tempo e a sufocar todo pensamento crítico no País. 10.3 São de todo imprestáveis as tentativas de conciliação hermenêutica da Lei 5.250/67 com a Constituição, seja mediante expurgo puro e simples de destacados dispositivos da lei, seja mediante o emprego dessa refinada técnica de controle de constitucionalidade que atende pelo nome de ‘interpretação conforme a Constituição’. A técnica da interpretação conforme não pode artificializar ou forçar a descontaminação da parte restante do diploma legal interpretado, pena de descabido incursionamento do intérprete em legiferação por conta própria. Inapartabilidade de conteúdo, de fins e de viés semântico (linhas e entrelinhas) do texto interpretado. Caso-limite de interpretação necessariamente conglobante ou por arrastamento teleológico, a pré-excluir do intérprete/aplicador do Direito qualquer possibilidade da declaração de inconstitucionalidade apenas de determinados dispositivos da lei sindicada, mas permanecendo incólume uma parte sobejante que já não tem significado autônomo. Não se muda, a golpes de interpretação, nem a inextrincabilidade de comandos nem as finalidades da norma interpretada. Impossibilidade de se preservar, após artificiosa hermenêutica de depuração, a coerência ou o equilíbrio interno de uma lei (a Lei federal nº 5.250/67) que foi ideologicamente concebida e normativamente apetrechada para operar em bloco ou como um todo pro indiviso. 11. **EFEITOS JURÍDICOS DA DECISÃO.** Aplicam-se as normas da legislação comum, notadamente o Código Civil, o Código Penal, o Código de Processo Civil e o Código de Processo Penal às causas decorrentes das relações de imprensa. O direito de resposta, que se manifesta como ação de replicar ou de retificar matéria publicada é exercitável por parte daquele que se vê ofendido em sua honra objetiva, ou então subjetiva, conforme estampado no inciso V do art. 5º da Constituição Federal. Norma, essa, ‘de eficácia plena e de aplicabilidade imediata’, conforme classificação de José Afonso da Silva. ‘Norma de pronta aplicação’, na linguagem de Celso Ribeiro Bastos e Carlos Ayres Britto, em obra doutrinária conjunta. 12. PROCEDÊNCIA DA AÇÃO. Total procedência da ADPF, para o efeito de declarar como não recepcionado pela Constituição de 1988 todo o conjunto de dispositivos da Lei federal nº 5.250, de 9 de fevereiro de 1967” (ADPF n. 130, rel. Min. Carlos Britto, Tribunal Pleno, j. 30.4.2009).

Assim, desaparecendo por completo do mundo jurídico a norma de regência invocada compreendida como “*um todo pro indiviso*”, revela-se correta a decisão prolatada na Primeira Instância ao rejeitar a alegação de decadência com base no seu art. 56, em atenção à interpretação da Corte Guardiã da Constituição da República veiculada pela decisão proferida naquela refalada arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Os precedentes deste Tribunal Estadual, citados no tópico anterior, estão em harmonia com aquela compreensão da temática e também se prestam a emoldurar a rejeição também desta prejudicial de mérito, desta feita com específico enfoque, repisando-se:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. PUBLICAÇÃO DE REPORTAGEM E COMUNICADO EM JORNAL. [...] II - DECADÊNCIA. PRAZO DE 3 MESES. ART. 56, DA LEI N. 5.250/67 (LEI DE IMPRENSA). CONTEÚDO NÃO-RECEPCIONADO PELA CRFB/1988. ALÉM DISSO, VIGÊNCIA DA NORMA SUSPENSA [...] II - Impossível o reconhecimento da alegada decadência, nos termos do art. 56 da Lei n. 5.250/67, eis que, além de suspensa a vigência do dispositivo por decisão do Supremo Tribunal Federal, é firme o entendimento no sentido de que a Constituição Federal de 1988 não recepcionou o prazo decadencial de três meses para o ajuizamento de ação indenizatória de danos morais [...]” (Agravado de Instrumento n. 2008.029791-3, de Sombrio, rel. Des. Henry Petry Junior, da Terceira Câmara de Direito Civil, j. 2.9.2008).

“RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. AGRAVO RETIDO. AVENTADA DECADÊNCIA DO DIREITO DO AUTOR FULCRADA NA LEI DE IMPRENSA. PRAZO REGULADO PELO CÓDIGO CIVIL [...]” (Apelação Cível n. 2005.012712-9, da Capital - Continente, rel. Des. Marcus Tulio Sartorato, da Terceira Câmara de Direito Civil, j. 11.12.2007).

Inviável, pois, também a extinção do feito pela alegada decadência do direito do autor, porque inócua no caso.

5. Mérito:

5.1. Responsabilidade civil por ato ilícito e o dever de indenizar - análise conglobada dos recursos dos demandados:

Trata-se de apelação cível na qual os demandados pretendem a reforma da sentença guerreada, a fim de obter, em suma, a reversão de suas condenações ao pagamento, de forma solidária, de indenização por danos morais fixados em favor do demandante no patamar “*de R\$ 90.000,00 (noventa mil reais) a título de danos morais, sobre a qual deverá incidir correção monetária pelo índice oficial da Corregedoria-Geral da Justiça (INPC-IBGE) a partir da prolação desta sentença (arbitramento), nos termos da Súmula nº 362 do Superior Tribunal de Justiça. Incidirão também juros de mora de 1% ao mês (art. 406 do CC c/c art. 161, § 1º, do CTN), a partir da data da última publicação ofensiva (09/04/2013), nos termos da Súmula nº 54 do Superior Tribunal de Justiça*” (fl. 1.048).

Razão não assiste aos demandados-recorrentes.

De plano, sabe-se que o dano moral tem assento constitucional, nos termos do art. 5º, V e X, da Carta da República, do qual derivam as previsões infraconstitucionais delineadas nos arts. 186, 953 e 954, todos do Código Civil brasileiro.

Como corolário, a respeito da responsabilidade civil, destaca-se que *“aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”* (CC, art. 927, *caput*), conceituando a lei o ato ilícito como a violação de direito e a causação de dano a alguém por *“ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência”* (Lei n. 10.406/02, art. 186).

No âmbito doutrinário, diz-se que *“a ofensa moral se traduz em dano efetivo, embora não patrimonial, atingindo valores internos e anímicos da pessoa, ou haveremos de concluir que a indenização tem mero caráter de pena, como punição ao ofensor e não como reparação ou compensação ao ofendido”* (Rui Stoco. *Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 458).

Nesse diapasão, o Superior Tribunal de Justiça tem expressado que *“sobrevindo, em razão de ato ilícito, perturbação nas relações psíquicas, na tranquilidade, nos entendimentos e nos afetos de uma pessoa, configura-se o dano moral, passível de indenização”* (REsp 8.768/SP, rel. Min. Barros Monteiro, Quarta Turma, j. 18.2.1992).

Nesse compasso, nos termos anteriormente alinhavados, dizendo de outro modo, conclui-se que para a caracterização do dever indenizatório, em casos tais, faz-se imprescindível a presença da ação/omissão do agente, o dano patrimonial e/ou extrapatrimonial devidamente comprovado e o nexo de causalidade entre a conduta do agente e o prejuízo experimentado pelo ofendido.

De outro lado, em aparente contraposição de princípios, todos de índole constitucional, com relação à atividade jornalística, a Carta da República de 1988 estipulou, dentre os Direitos e Garantias Fundamentais, a livre manifestação do pensamento, vedado o anonimato, bem como a liberdade de comunicação independentemente de censura ou licença, nos termos dos seus incisos IV e IX do art. 5º.

Nesses termos, o próprio texto constitucional elucida:

“Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

§ 1º Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.

§ 2º É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística”.

Sobre o tema, Daniel Sarmiento leciona:

“[...] Como os demais direitos fundamentais, a liberdade e expressão reveste-se de uma dupla dimensão. Na sua dimensão subjetiva, ela é, antes de tudo, um direito negativo, que protege os seus titulares das ações do Estado e de terceiros que visem a impedir ou a prejudicar o exercício da faculdade de externar e divulgar ideias, opiniões e informações. Tal direito opera em dois momentos distintos: antes da ocorrência das manifestações, para protegê-las de todas as formas de censura prévia, e depois delas, para afastar a imposição de medidas repressivas de qualquer natureza, em casos de exercício regular da liberdade de expressão [...].

A liberdade de expressão exige que se reconheça uma ampla margem para manifestações e para circulação de informações, sobretudo quando estiverem envolvidos temas de interesse social. Ocorre que as opiniões e fatos divulgados podem prejudicar a honra e reputação das pessoas envolvidas. Diante da proteção constitucional do direito à honra, há que se traçar critérios mínimos para solução dessas colisões.

Em primeiro lugar, deve-se considerar que a tutela da honra de pessoas públicas - ou seja, daquelas que pelas suas atividades têm uma presença mais marcante no espaço público - é menos intensa no confronto com a liberdade de expressão do que a de cidadãos comuns, uma vez que o debate sobre as atividades das primeiras envolve, em regra, questões de maior interesse social. Ademais, parte-se da premissa que, por desfrutarem de notoriedade, é razoável submetê-las a um regime em que a sua reputação não é, *a priori*, tão protegida como a dos demais cidadãos. O critério da verdade é relevante quando se tratar de informações a respeito de fatos, mas não quando estivermos diante da manifestação de opiniões e de ideias - já que estas não podem ser qualificadas objetivamente como certas ou erradas. **Finalmente, o tom empregado na manifestação também é relevante. Embora manifestações agressivas ou irônicas estejam compreendidas no âmbito da proteção da liberdade de expressão, estas costumam impor um dano maior ao direito à honra, nem sempre constitucionalmente justificável** [...] (Comentário ao art. 5º, IV. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 256-257, sem destaques no original).

Assentadas tais premissas, no caso posto em julgamento, o julgador monocrático, como fundamento para a acolhimento do pleito indenizatório, interpretou que, *”na espécie, as constantes ofensas praticadas pelos réus com a imputação de diversos apelidos jocosos ao autor demonstraram, por si mesmas, que a honra objetiva do requerente foi seriamente atingida. Cabe anotar também que o meio utilizado pelos requeridos (internet e jornal) superdimensionou a divulgação e o alcance das publicações, maculando a imagem que a coletividade possui do autor. Os réus, na qualidade de formadores de opinião e donos de exímia linguagem, sem perder de vista o teor dos textos publicados com as respectivas alcunhas, criaram, na concepção de um número elevado e indeterminado de leitores, a conclusão de que as publicações, a despeito de serem criadas unilateralmente pelos requeridos e inseridas na rede mundial de computadores, representariam a única versão dos fatos. Postas essas considerações, é inequívoca a existência do dano moral, que não se circunscreveu à pessoa do autor, conforme explanação que será feita adiante”* (fls. 1.046v-1.047).

Com efeito, o acervo probatório produzido nos autos aponta para a responsabilização, de forma solidária, de todos os demandados, visto que, mediante ataques pessoais a Eduardo Sens dos Santos - não havendo, no contexto, dúvida quanto ao destinatário das ofensas -, visando claramente a desestabilizar o desempenho de suas atribuições no Ministério Público do Estado de Santa Catarina, de modo tumultuar o cumprimento de seu desiderato, transbordaram os limites da liberdade de expressão atingindo a honra subjetiva do demandante.

Nesse sentido, apontou o julgador da origem, em suficiente resumo para a análise da viabilidade do pleito vertido na exordial, os ataques perpetrados pelos demandados (fls. 1.041v-1.042):

“[...] A) ‘Daquele famoso promotor’ (...) ‘Sabemos que o MP não é chegado em cobrar coisas de poderosos mandatários públicos (de prefeitos, especialmente), só de incautos e honestos cidadãos comerciantes e empresários, além de nós, otários contribuintes’, pag. 154; B) ‘Nosso hiperpromotor’, pag. 162; C) ‘Gerente

serpentário', pág. 165; D) 'Príncipe Regente', pág. 176; E) 'Parabéns pela criatividade! (Se o cara não achar ruim)', pág. 188; F) 'Iluminado e amantíssimo promotor', pág. 197; G) 'Baluarte nacional da acessibilidade... Calma, calma, pessoal. Nada de execrar nosso amado e estimado promotor', págs. 207/208; H) 'Nossos heroicos, honestíssimos e moralíssimos promotores públicos', pág. 216, I) 'Paladinos da justiça' (...) 'trata-se, em alguns (não todos), de sepulcros caídos, fariseus, caras de pau. Ou recalcados, talvez por sofrerem bullying em algum período da vida ou a vida toda, coitados', pág. 219; J) 'Das diabruras de certo promotor que ousou tentar nos ensinar a rezar e, mal educado, quis nos impor que é totalmente errado o nosso xanxeriar' (...) 'A última do Imperador', pág. 223; K) 'O sócia... Um impostor, é claro' (...) 'As más línguas, sempre elas, andam espalhando que a cópia saiu melhor (ou seria pior?) que o original', pág. 225; L) 'O Dotô para ele ir cantar de galo noutra freguesia', pág. 226; M) 'Zero de bom senso' (...) 'Vai para Chapecó, doutor promotor! Pede para sair, doutor. O senhor joga (muito) mal' (...) 'Seus métodos truculentos e desiguais de aplicar a lei não combinam com a índole pacífica e justa dos xanxerenses', pág. 230; N) 'Nosso doutor promotor derrubador de prédios, censor de queijos' (...) 'O cara é impossível e intragável (...) 'Não somos tão idiotas quanto o promotor pensa que somos', pág. 232; O) 'Promotor mandão tipo Luiz XV, um rei-sol, estilo aqui quem manda sou eu' (...) 'Afinal, a megalomania é infinita, quando alguém se acha um semideus', pág. 232; P) 'Malas sem alças', pág. 235; Q) 'Promotor-chefe, o dono da lei e da cidade' (...) 'O cara manda na cidade', pág. 240; R) 'Pede para sair, doutor', págs. 228, 232 e 241; S) 'Tiranos de aldeia', pág. 243; T) 'Promotor Imperador Sem Senso I', págs. 246, 247, 249, 252, 256, 257, 260, 264, 265, 268 e 269; U) 'Sua Majestade agora de ser por conta de nariz empinado começou a copiar os políticos e não cumprir', págs. 249, 257 e 264; V) 'Autoridade com tamanha estatura jurídica', pág. 257; W) 'Sua Alteza está em débito com a transparência na aplicação de recursos públicos', pág. 260; X) 'Com seu faro de dobermann', pág. 269 [...]".

Desse modo, indubitável que, com esse tipo de manifestação exacerbada - e não foram poucas, ao contrário do que se apregoou - houve clara afronta, praticada de forma sucessiva e persistente, ao direito do demandante à inviolabilidade de sua honra (CRFB, art. 5º, X), exurgindo, ainda, a necessidade de proteger a sua imagem (CRFB, art. 5º, XXVII), diante da linha editorial debochada e afrontosa adotada pelos demandados, evidentemente superlativa em relação à crítica possível no ambiente democrático, especialmente quando as condutas perpetradas atingiram a própria atuação institucional do demandante que, pelo desempenho das atribuições de Promotor de Justiça, é pessoa pública e com exposição constante.

Nessas condições, não cabe invocar, como querem os demandados, a proteção à liberdade de expressão (CRFB, art. 5º, IX) e de imprensa (CRFB, art. 220), verdadeiros pilares de nossa incipiente democracia, uma vez que, nos moldes anteriormente alinhavados, não houve qualquer censura ou restrição ao trabalho da imprensa livre, não se podendo, todavia, nesse segundo momento, após o exercício daquela liberdade, deixar de aquilatar se houve (ou não) o alegado transbordamento do desempenho daquela atividade jornalística, sendo que, no caso, a resposta é claramente afirmativa.

Em casos tais, que se traduz em aparente conflito de preceitos constitucionais, deverá o intérprete colmatar as regras e princípios supostamente colidentes (liberdade de expressão e de imprensa x direito fundamental à inviolabilidade da honra e da imagem), de modo a não menosprezar nenhum deles até porque sabidamente inexistente qualquer hierarquia a garantir a aplicação de uns em detrimento de outros.

Nesse contexto, resumidamente, o julgador, sopesando o que de fato está em jogo no caso em julgamento, pronunciará o direito no caso concreto, exatamente como procedeu o magistrado prolator da sentença, porquanto não se trata, na situação em apreciação, de impedir a divulgação de notícia ou opinião, portanto não se deve falar em censura prévia ou restrições ao trabalho da imprensa ou de jornalistas. Ao revés, cuida-se do momento subsequente ao aventado cerceamento em análise, ou seja, após o regular exercício dos direitos à liberdade de expressão e de imprensa, vale dizer, trata-se das consequências do usufruto daquelas garantias pelos excessos cometidos, com repressão, consubstanciada na reparação dos danos causados, imposta pelo próprio texto constitucional (CRFB, art. 5º, X, *in fine*).

O Superior Tribunal de Justiça, em diversas ocasiões em que teve a oportunidade de lançar luzes em situações semelhantes, proclamou que “*a atividade jornalística deve ser livre para informar a sociedade acerca de fatos cotidianos de interesse público, em observância ao princípio constitucional do Estado Democrático de Direito; contudo, o direito de informação não é absoluto, vedando-se a divulgação de notícias falaciosas, que exponham indevidamente a intimidade ou acarretem danos à honra e à imagem dos indivíduos, em ofensa ao fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana*” (REsp n. 818.764/ES, rel. Min. Jorge Scartezini, da Quarta Turma, j. 15.2.2007, DJ 12.3.2007. p. 250).

No caso em pauta, gize-se, além das afirmações diretas ao demandante, também os demandados oportunizaram a publicação de ilações relativas a sua esposa, Juíza de Direito, que à época também atuava na Comarca de Xanxerê, e ao seu pai, Desembargador aposentado deste Tribunal de Justiça, fazendo com que seus leitores interpretassem que estariam ambos acobertando a atuação do “mandachuva geral”.

Cumprido rechaçar, ainda, o argumento de que as expressões lançadas teriam “tom de brincadeira” e não continham a intenção de difamar o demandante, porquanto evidenciado que se revestiam positivamente da capacidade de ofende-lo, até porque atribuíam a ele, de forma dissimulada, uma postura autoritária, com atuação que supostamente extrapolaria as atribuições do cargo (“semideus”, “tirano”, “alteza”, “rei-sol”, “ditador”, “poderoso”, “imperador”).

Ademais, igualmente descabe cotejar as ofensas dirigidas ao demandante com outras publicações críticas desta natureza relativas a outros personagens, mormente administradores públicos e políticos, tanto locais quanto nacionais, mostrando-se inarredável, em verdade, tão só, aferir se, no caso dos autos, caracterizou-se a violação dos direitos fundamentais conforme invocado na exordial.

Impende, ainda, ressaltar que se trata, *in casu*, de verificação da comparência dos requisitos relativos à caracterização do dever de indenizar os danos morais, revelando-se desnecessário identificar qual a tipificação penal das condutas, até porque consabido que, nos termos do art. 935 do Código Civil, “*a responsabilidade civil é independente da criminal*”.

Nesse sentido, como referido anteriormente, apresentam-se sobejamente demonstradas condutas imputadas aos demandados capazes de representar o ato ilícito descrito no art. 186 do

Código Civil, pois o promotor de justiça Eduardo Sens dos Santos obviamente sentiu-se ofendido (causa de pedir descrita na exordial) especialmente pela forma desrespeitosa e debochada pela qual os demandados emitiam suas impressões e opiniões acerca do desempenho da atividade do demandante no cumprimento de seus misteres institucionais.

A respeito, pinçam-se, exemplificativamente, expressões e comentários do portal “Tudo Sobre Xanxere” (www.tudosobrexanxere.com.br), do qual o demandado Romeu Scirea Filho era colunista, redigindo ordinariamente a coluna “Cobras e Lagartos”: a) coluna do dia 20.4.2012 - tópico “*Mais um tenebroso pepino para o Bispo de Palmas*” mencionando “***E no Ministério Público nem conseguimos falar com o magistrado e soberaníssimo promotor do Meio Ambiente (disseram que tinha saído, achamos que provavelmente com uma marreta, talvez para quebrar portas e calçadas...)***. Por isso clamamos uma providência dos Céus. Eminência, ao qual tem livre acesso! Sabemos que o MP não é chegado em cobrar coisas de poderosos mandatários públicos (de prefeitos, especialmente), só de incautos e honestos cidadãos comerciantes e empresários, além de nós, otários contribuintes” (fl. 154); b) coluna do dia 26.4.2012 - tópico “Tiro dado, bugio deitado” mencionando “***E nesse ano, com o compromisso adicional de não decepcionar ‘nosso superhiperpromotor’ - o que não é tarefa para qualquer um. ‘Mete bala’ Cherubin! Confiamos em ti e sabemos que não vais nos decepcionar! Mas apure ‘os zoio e as zorêia’, senão ..***” (fl. 162); c) coluna do dia 28.5.2012 - tópico “Da Série ‘Fábulas fabulosas’” mencionando “***‘Há uma revolta em marcha pelas ruas - chama o promotor, isso é abuso da lei de acessibilidade’- conspira um notável advogado com o nervoso príncipe regente, que a tudo observa, empoleirado no alto da mais alta torre do castelo. O clima é pesado entre representantes da dinastia dominante e a plebe ignara - avisam mensageiros da imprensa, lendo pergaminhos. ‘Aldeões organizam um levante popular’, mancheteia o programa ‘Bom Dia Aldeia’. Entra Cássio Roberto ao vivo, agora falando desde a aldeia Santa Cruz. ‘As massas querem as casas que o príncipe regente prometeu. Aqui não pode ligar água, nem luz’, explica o destemido repórter***” (fl. 176); d) coluna do dia 1º.8.2012 - tópico “Que tal a gente avisar a presidente Dilma ?” mencionando “***‘Fico imaginando, neste caso de lei da profissão dos caminhoneiros, o que aconteceria com o Brasil (e com os caminhoneiros) se algum promotor de Justiça adotasse a tática de aplicar as leis - dura lex, sede lex - como acontece nesta Campina da Cascavel: lei é lei e fim de papo! E bom senso não existe... Simplesmente para o Brasil. E exterminaria a imprescindível e guerreira classe dos peões da estrada... Ainda bem que Dilma não lê Cobras e Lagartos.. Vai que ela descobre a atuação, o brilhantismo e a imensa consciência social de nosso iluminado e amantíssimo promotor? Pensando melhor, não seria má ideia a presidente Dilma descobrir este nosso glorioso Dom Quixote das leis, das rampas, toldos, marquises, carros rebaixados, carros de som, e dos ... deixa pra lá. Mas seria engraçado ver ‘alguém’ ir até a BR e mandar os caminhoneiros cumprir a lei, sem choro nem vela! Experimenta ...***” (fl. 197); e) coluna do dia 3.12.2012 - tópico “Para buracos federais, promotores federais” mencionando “***‘Caso nenhum dos dois responda - como é comum acontecer - pela responsabilidade caberia, por direito, recorrer ao Ministério Público e ao promotor público que é o baluarte nacional da acessibilidade...Calma, calma, pessoal. Nada de execrar nosso amado e estima promotor! O buraco, como sabemos, é federal. E, em consequência, o promotor local nada tem a ver com esse buraco de pescoço [...] Tempos atrás um promotor local, mesmo sabendo que a BR é Federal, foi lá no promotor federal e meteu bronca, defendendo a cidade em que aquele promotor, Dr.***

Wilson, atuava. Ele não quis nem saber se era da alçada federal. Ele quis defender a cidade. Era uma pessoa razoável, o Dr. Wilson. E aceitava o diálogo, não tripudiava nem ironizava eventuais demonstrações da falta de conhecimento ou de instrução, de pessoas das classes mais pobres, tratava todos com profundo respeito. **Mas voltando aos buracos, eles estão lá dando o maior vexame bem na entrada da cidade que está prestes a ser proclamada mundialmente como a capital da acessibilidade.** Inadmissível, os buracos, é lógico“ (fls. 208-209); f) coluna do dia 7.1.2013 - tópico “VERGONHA, por toda SC Auxílio moradia: aumento só para juiz, promotor e deputado“ mencionando “Como todos sabem, ‘essa gente’ ganha pouco, trabalha muito e são todos uns santos. Quando morrer devem ter até auxílio funeral... Por este não estaria merecendo um reajustezinho também? Vergonha! Nosso destemido deputado-presidente teria cochilado em sua valente cruzada moralizadora do parlamento catarinense? A votação foi no apagar das luzes da última sessão do ano de 2012... Provavelmente para ninguém ver. Não funcionou ... E nosso heroicos, honestíssimos e moralíssimos promotores públicos, o que será que acham desse belo exemplo de moralidade com a chamada ‘COISA pública?’” (fl. 216); g) coluna do dia 10.1.2013 - tópico “Da série Deu no Jornal“ mencionando “(CERCAR com texto em corpo maior – com foto do Justo Veríssimo, se achar). ‘Está lá no site do Ministério Público de SC, em outubro e dezembro, todos os promotores de justiça receberam quase R\$ 30 mil líquidos na rubrica ‘exercício findo/vale-alimentação’. Eles já embolsam, todo mês, o vale-alimentação de R\$ 980,00. Os quase R\$ 30 mil representam uma espécie de ‘participação nos lucros’, como acontece nas empresas privadas. Foi dinheiro que sobrou e que deveria ser devolvido aos cofres estaduais, como fez a Assembleia Legislativa (R\$ 40 milhões). O que diz disso o pomposo Centro de Apoio Operacional da Moralidade Administrativa do próprio MP-SC? Essas imoralidades fazem evocar o célebre bordão do Personagem Justo Veríssimo, de Chico Anísio: ‘O povo que se exploda!’ (da Coluna REDEcomSC), do Jornalista Raul Sartori. Quando crescer, quer ser.. promotor! Diferente do que muitos possam imaginar, a nota “Casta privilegiada” tem absolutamente nada de pessoal, contra quem quer que seja. É apenas (mais) uma amostra de como se comportam, nas internas e sem a população ficar sabendo, alguns dos que se consideram ímpolutos ‘Paladinos da Justiça’, irredutíveis defensores da moral, da ética, da lei e dos bons costumes. Na verdade, como teria dito um tal de J. Cristo, há alguns milênios, trata-se, em alguns (não todos), de ‘sepulcros caiados’, fariseus, caras de pau. Ou recalçados, talvez sofreram bullying em algum período da vida ou a vida toda...coitados!” (fl. 219); h) coluna do dia 10.4.2013 - tópico “Xanxerê protesta pelo bom senso do promotor“ mencionando “Entidades representantes de segmentos organizados da comunidade xanxerense teriam decidido, na sexta-feira, 5, organizar manifesto público para expressar a insatisfação e o repúdio à forma de aplicação de algumas ações legais do promotor Público Eduardo Sens dos Santos, que através de Termos de Ajuste de Conduta (TACs), tem impedido, por exemplo, que moradores de imóveis em situação irregular tenham acesso a serviços públicos básicos, como o fornecimento de água tratada e o suprimento de energia elétrica em suas casas – muitas delas ocupadas por famílias com menores e mulheres grávidas [...] A sociedade xanxerense sempre buscou resolver seus problemas pelo amplo, democrático e saudável diálogo – atitude que é marca da cultura e dos costumes históricos locais. Diálogo ao qual o promotor Eduardo não demonstra qualquer sinal de interesse ou de aceitação, dedicando a eles uma olímpica ignorância, o que agride e deixa indignados muitos cidadãos [...] **De forma ordeira, legal e educada, a comunidade xanxerense não irá deixar de se manifestar – ainda que a contragosto,**

por cultivar o respeito a autoridades -, com firmeza e cidadania, contrariamente aos flagrantes abusos de poder praticados pelo senhor promotor. A comunidade xanxerense, que recebeu com toda hospitalidade e respeito a atuação de um juiz conhecido (e admirado) como Dr. Trindade – pai do promotor Eduardo – sente-se na obrigação, hoje, de levantar-se e dizer ao promotor Eduardo que sua atuação, na maioria das vezes, comete injustiças com as quais – por mais desagradável que isso seja – os xanxerenses não podem concordar calados, pois perpetraram injustiças inaceitáveis em nosso meio. E se não resta outro caminho, o protesto democrático e legítimo há de dar voz aos xanxereenses nitidamente prejudicados e ofendidos por atos arbitrários, em total falta de sintonia com o relacionamento harmônico que sempre caracterizou a relação dos xanxereenses com as autoridades e agentes públicos” (fls. 222-223); i) coluna do dia 10.4.2013 - tópico “Cobras e Lagartos para de encher o saco, saúde o povo e pede passagem” mencionando “Em bom português, foi muito bom e muito importante tentar adivinhar e escrevinhar os sentimentos de uma parte da população da Campina da Cascavel, intitulado-se, às vezes com justiça, noutra não, um pretense porta-voz (e porta-retratos não muito fiel) das agruras que desabam sobre as cabeças de cada um e de vários, ao mesmo tempo. Também não haveremos de perder o nosso saudável e inatingível bom-humor, seja quem for o promotor e faça as loucuras ou bobagens que fizer. Xanxerê é maior que o Ministério Público todinho, com rampa ou com escadas. E os promotores - que por elas vão e vêm - que sejam felizes, embora para alguns não seja possível visualizar essa cena... nós estamos por aqui novamente daqui a alguns meses. Daí quem sabe poderemos nos sentar em alegres rodas, como sempre fizemos, para comentar - e rir a não mais poder aguentar - das diabruras de certo promotor que ousou tentar nos ensinar a rezar - e, mal educado, quis nos impor que é totalmente errado o nosso ‘xanxeriar’: esse jeito assim amigo e expansivo, calmo e bem-humorado de encarar as peleias mais difíceis e de solucionar as brigas mais encardidas, sem necessidade de impor, nem de obrigar ou de socar goela abaixo. Xanxerê é de paz. Mas é bom não abusar!” (fl. 223); j) coluna do dia 10.4.2013 - tópico “A última do Imperador! Lamentável e deprimente, para não dizer revoltante” mencionando “Espera-se – isso pelo menos é garantido – que dessa vez e neste caso não se encontre a ação perniciosa e condenável de mais um (ou de vários) sócias... para por a culpa dos queijos’... Os xanxereenses que insistem em apoiar pessoas dessa estirpe (e têm esse legítimo direito), devem lembrar-se que gente assim, daqui a pouco vai se embora (rindo de nós)... mas as pessoas ficam” (fls. 223-224); k) coluna do dia 14.3.2013 - tópico “O Sócia.. Um impostor, é claro!” mencionando “Corre o boato de que, por ser estimado demais, famoso demais e amado demasiadamente, além de ser um agente público de profunda identificação com os graves problemas sociais do lugar, uma determinada autoridade superior a tudo e a todos teria chegado ao limite de suas forças, de tanto proibir, demolir e mandar parar de construir esse raio de cidade [...] As más línguas, sempre elas, andam espalhando que a cópia saiu melhor (ou seria pior?) que o original – argumento francamente exagerado, fora da realidade e bem longe da casinha, como ‘sói ocorre acontecer’ naquelas tristes salas de determinado prédio – sem rampas nem elevadores – de uma certa rua central daquela triste cidade... Resumindo: um horror!” (fl. 225); l) coluna do dia 14.3.2013 - tópico “Leitor garante: ‘Eleição é besteira, aqui quem manda é aquele dotô” mencionando “E eu – que não sou nem doido de querer discutir, fiquei bem quietinho, mas pensei: Que tal se a gente convidasse – com toda a educação que a gente sempre teve, é claro – o ‘Dotô’ para ele ir cantar de galo noutra freguesia, por exemplo? Que tal em Chapecó, por exemplo?”

Quantas – das que ele mandou por aqui – o amigo leitor acha que ele durava por lá? Mas que tal?” (fls. 225-226); m) coluna do dia 15.3.2013 - tópico “Pede pra sair, doutor / Uma coisa chamada segredo de Justiça” mencionando “É lógico que cada um tem seu próprio nível de competência e de autoavaliação do que diz e escreve e que a minha ou a tua opinião valem tanto quanto a de todos os outros. Mas nada deve impedir que todos e cada um faça sua avaliação e dê sua opinião, se quiser. Certo? Liberdade de expressão, direito de opinião – e principalmente ética profissional – ainda estão valendo, inclusive para jornalista e sobre o trabalho de jornalistas, pois não? [...] Pede para sair, doutor! Nunca concordei nem fui grande admirador de movimentos populares (ou não) que pedem a saída deste ou daquele personagem público, de um país, estado ou de uma cidade. Mas, por outro lado (e não condição de integrante da brava tribo das Velhas Almas), também gostaria de ver prevalecer a vontade da maioria, pois ensinam para nós – todo o poder deve vir do povo e em seu nome deve ser exercido. **Quando vejo uma pessoa – umanazinha apenas – chegar a um lugar onde não tem qualquer laço de convivência, muito menos de amizade com os seus habitantes e começar a ditar leis, impor obrigações da noite para o dia, sem sequer pedir opinião ou menos ainda, ouvir o contraditório, só consigo enxercar ali autoritarismo, prepotência, soberba e desrespeito à maioria da população, e uma inaceitável arrogância.** Apenas imposição, nenhum diálogo, zero de bom-senso. **Apenas soberba..** Daquelas que somente pessoas que se julgam ‘melhores que as demais’ conseguem exibir [...] Porém, as estas alturas (leia-se aí quando uma cidade inteira passa a ser prejudicada pela ação de uma pessoa – umanazinha apenas) não me importaria em engrossar e puxar um movimento popular ordeiro, educado, dentro da lei, mas firma e claro, vai para Chapecó, doutor promotor! Pede para sair, doutor. O senhor joga (muito) mal. Sua presença aqui – digamos – não é bem vista pela maioria da população. Seus métodos truculentos e desiguais de aplicar a lei não combinam com a índole pacífica e justa dos xanxerenses. Pede para sair, doutor! A população agradece” (fls. 229-230);

No mesmo sentido, diversas outras colunas com ataques diretos ou indiretos ao demandante, os quais também foram muito bem resumidos na decisão recorrida e parcialmente transcrita anteriormente e que podem assim ser identificados: 1) coluna do dia 18.3.2013 – título: “Promotor de Justiça ou de confusão?” (fls. 231-234); 2) coluna do dia 19.3.2013 – título: “Quartinho escuro de SC / Xanxerê, o ‘quartinho escuro’ que virou depósito de malas sem alça” (fls. 235-237); 3) coluna do dia 21.3.2013 – título: “Sessões Itinerantes ganham público” (fls. 238-240); 4) coluna do dia 22.3.2013 – título: “Alô promotor do Meio Ambiente” (fls. 241-242); 5) coluna do dia 25.3.2013 – título: “Denunciou, julgou, condenou e mandou devolver a grana” (fls. 243-244); 6) coluna do dia 26.3.2013 – título: “Vereadores se articulam” (fls. 246-248); 7) coluna do dia 29.3.2013 – título: “E os nome dos vereadores, cadê os nomes Majestade? / Cobras avisa aos navegantes: Peguem o promotor sejam felizes” (fls. 249-251); 8) coluna do dia 3.4.2013 – título: “Perguntar não ofende” (fls. 252-255); 9) coluna do dia 4.4.2013 – título: “Quem será a próxima vítima?” (fls. 256-259); 10) coluna do dia 15.4.2013 – título: “Cabelo topete, no Salão do Zago / Enquanto Sua Majestade não dá os nomes dos vereadores” (fls. 260-263); 11) coluna do dia 8.4.2013 – título: “O pior de tudo” (fls. 264-267); e 12) coluna do dia 9.4.2013 – título: “Vem aí o novo ‘velho do saco’” (fls. 268-270);

Portanto, amplamente comprovadas as condutas tipificadoras dos atos ilícitos civis indenizáveis (Lei n. 10.406/02, arts. 186 e 927, *caput*), pouco importando se não tenha sido demonstrada a

“orquestração” dos ataques, uma vez que, cada conduta de per si bastaria para ensejar a reparação, quanto mais o acervo de ofensas registrado nos autos.

Por fim, à luz do disposto na Súmula 221 do Superior Tribunal de Justiça, “*são civilmente responsáveis pela reparação de dano derivado de publicação pela imprensa, tanto o autor da matéria quanto o proprietário do respectivo veículo de divulgação*” (TJSC, Apelação Cível n. 0004274-61.2013.8.24.0081, de Xaxim, rel. Desa. Hildemar Meneguzzi de Carvalho, da Câmara Especial Regional de Chapecó, j. 17.10.2016), de modo que se revela inaceitável a tentativa das sociedades empresárias demandadas proprietárias dos veículos de comunicação de afastarem-se da responsabilidade civil pronunciada na origem.

A interpretação não se descortina isolada, ao contrário, vem na esteira de diversos outros precedentes que reiteram ser “*civilmente responsáveis pelo ressarcimento do dano, decorrente de publicação pela imprensa, tanto o autor do escrito quanto o proprietário do veículo de divulgação (STJ, Súmula 221)*” (TJSC, Apelação Cível n. 2010.076171-4, de São Carlos, rel. Des. Júlio César M. Ferreira de Melo, da Câmara Especial Regional de Chapecó, j. 30.3.2015).

Assim, verificados o ato ilícito, o dano e nexos de causalidade entre eles, exsurge aos ofensores, inclusive as proprietárias dos veículos de divulgação, o dever de reparar os prejuízos causados, conforme jurisprudência remansosa deste Tribunal de Justiça:

“[...] PROCESSUAL CIVIL. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. MATÉRIA OFENSIVA PUBLICADA PELA IMPRENSA. LEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM. AUTOR DO ESCRITO E PROPRIETÁRIO DO VEÍCULO DE DIVULGAÇÃO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 221 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. ‘São partes legítimas para figurarem no pólo passivo de ação indenizatória que busca haver reparação de danos morais causados por ofensas publicadas em veículo de divulgação ou informação tanto o responsável pela publicação como o proprietário da empresa que explora o meio de informação, por força do enunciado da Súmula 221 do STJ’ (STJ, Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira). **RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. PUBLICAÇÃO DE MATÉRIA JORNALÍSTICA OFENSIVA À HONRA DA PESSOA. ABUSO DO DIREITO DE NARRAR AS NOTÍCIAS. OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR CARACTERIZADA. CRITÉRIOS PARA O ARBITRAMENTO DA VERBA INDENIZATÓRIA. RAZOABILIDADE. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA INEXISTENTE.** Configura dano moral a publicação, pela imprensa, de matéria ofensiva à dignidade da pessoa humana, independentemente da comprovação do prejuízo material sofrido pelo indivíduo lesado ou da prova objetiva do abalo à sua honra e à sua reputação, porquanto são presumidas as conseqüências danosas resultantes desse fato. O valor da indenização do dano moral deve ser arbitrado pelo juiz de maneira a servir, por um lado, de lenitivo para a dor psíquica sofrida pelo lesado, sem importar a ele enriquecimento sem causa ou estímulo ao abalo suportado; e, por outro, deve desempenhar uma função pedagógica e uma séria reprimenda ao ofensor, a fim de evitar a recidiva. ‘Sendo meramente estimativo o valor da indenização pedida na inicial, não ocorre a sucumbência parcial se a condenação fixada na sentença é inferior àquele montante’ (STJ, Min. Cláudio Santos)” (Apelação Cível n. 2002.005382-7, de Blumenau, rel. Des. Luiz Carlos Freyesleben, da Segunda Câmara de Direito Civil, j. 27.11.2003).

E desta Câmara Especial, destacam-se:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. PUBLICAÇÃO DE CUNHO OFENSIVO ESCRITA EM REDE SOCIAL, EM RAZÃO DA INSATISFAÇÃO NO ATENDIMENTO MÉDICO FEITO PELA AUTORA. IMPUTAÇÃO DE ACUSAÇÕES FALSAS. LIBERDADE DE EXPRESSÃO EXTRAPOLADA, EM PREJUÍZO À HONRA E IMAGEM DA DEMANDANTE. EVIDENTE ANIMUS INJURIANDI DA PRIMEIRA RÉ. EMPRESA JORNALÍSTICA QUE REPRODUZ A POSTAGEM EM SEU PERIÓDICO NO “ESPAÇO DO LEITOR”, DISSEMINANDO AS OFENSAS. AUSÊNCIA DE ZELO POR PARTE DO JORNAL. CULPA CONFIGURADA. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA PERANTE A PARTE LESADA. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. APELO DO JORNAL RÉU. ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM. SÚMULA 221 DO STJ. PREFACIAL AFASTADA. ALEGADA AUSÊNCIA DE INJURIAR, DIFAMAR, OU CALUNIAR. INSUBSISTÊNCIA. DEMAIS TESES INACOLHIDAS. A EMPRESA JORNALÍSTICA QUE DIVULGA A OPINIÃO DE LEITOR QUE CONTÉM OFENSA À DETERMINADA PESSOA, AGE COM CULPA E DEVE INDENIZAR O DANO CAUSADO. PLEITO DE INDIVIDUALIZAÇÃO DA CONDENAÇÃO OU MINORAÇÃO DA VERBA INDENIZATÓRIA FIXADA EM JUÍZO NO VALOR DE R\$ 5.000,00 (CINCO MIL REAIS). INVIABILIDADE. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. **I - Todos possuem direito à liberdade de expressão e de opinião, sendo a liberdade de informação inerente à de imprensa. O exercício jornalístico deve ser livre e independente, cumprindo seu mister de informar a sociedade quanto aos fatos cotidianos de interesse público, propiciando a formação de opiniões e consciências críticas, a bem contribuir para a democracia, sendo fundamental ao Estado Democrático de Direito, portanto, que a imprensa seja livre e sem censura. Nada obstante, com base no princípio da proporcionalidade, vê-se que tal garantia não é absoluta, pois encontra limite na inviolabilidade da intimidade, da privacidade, da honra e da imagem, cabendo aos profissionais da mídia se acautelar com relação à divulgação de versões que transcendam à mera narrativa fática e que exponham indevidamente a intimidade ou a privacidade ou, ainda, acarretem danos à honra e à imagem dos indivíduos, em afronta ao preceito fundamental da dignidade da pessoa humana.** (TJSC, Apelação Cível n. 2016.010515-8, da Capital, rel. Des. Henry Petry Junior, j. 18-4-2016) [...]” (Apelação Cível n. 0004274-61.2013.8.24.0081, de Xaxim, rel. Desa. Hildemar Meneguzzi de Carvalho, j. 17.10.2016).

“APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS. MATÉRIA VEICULADA EM JORNAL. AUSÊNCIA DE VERACIDADE DOS FATOS CONTIDOS NA NOTÍCIA. PREJUÍZO PRESUMIDO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA ENTRE O DA MATÉRIA E A EMPRESA JORNALÍSTICA NA QUAL RESTOU PUBLICADA A NOTÍCIA. RECURSO DO RÉU, EDITOR DA COLUNA. DEVER DE INDENIZAR OS DANOS DECORRENTES DA CONDUTA ILÍCITA, EM RAZÃO DA MATÉRIA INVERÍDICA PUBLICADA. RECURSO DA EMPRESA JORNALÍSTICA. LEGITIMIDADE PASSIVA. SÚMULA 221 DO STJ. QUANTUM DA INDENIZAÇÃO ARBITRADA EM OBSERVÂNCIA AOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE. VALOR MANTIDO NO PATAMAR FIXADO NA SENTENÇA DE PRIMEIRO GRAU. RECURSOS CONHECIDOS E DESPROVIDOS” (Apelação Cível n. 2007.041604-6, de Chapecó, rel. Des. Artur Jenichen Filho, j. 10.12.2012).

Por consequência, comprovada a existência dos requisitos da responsabilidade civil, não derruídos ou modificados quando da análise dos fundamentos apontados nos recursos de apelação apresentados pelos demandados, faz-se premente a manutenção da sentença lançada em primeiro grau.

3.2. Quantificação dos danos morais - questão comum a todos os recursos:

Delineada a responsabilidade civil dos demandados e apontado o dever de indenizar os danos morais advindos de suas condutas, resta analisar a questão relativa ao *quantum* estabelecido na sentença prolatada na origem, ponto que foi objeto dos recursos dos demandados e também do demandante.

A decisão recorrida, quanto ao tópico restou assim estruturada (fls. 1.047-1047v):

“[...] Deve o magistrado, ao arbitrar o valor devido a título de dano moral, considerar o caráter educativo e pedagógico que desempenha a sanção no tocante à coletividade e às demais pessoas que se encontram nas mesmas condições do ofensor, bem como o caráter punitivo em relação àquele que viola os direitos da personalidade, sem que isso cause enriquecimento indevido à vítima, evitando-se o indesejado fenômeno da ‘indústria do dano moral’.

No caso dos autos, utilizando-se os critérios mencionados acima e conjugando-os com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, extraem-se as seguintes ilações: a) o autor é pessoa pública e desempenha relevantes funções cuja destinatária é a coletividade; b) as publicações foram postadas durante o período aproximado de um ano; c) os veículos de informação criaram uma imagem negativa do autor perante a comunidade; d) os fatos também envolveram a família do autor (pai e cônjuge), insinuando os réus que aquele estaria protegido pelo fato de sua mulher e seu pai serem, respectivamente, Juíza de Direito e Desembargador; e) foram utilizados dois dos maiores veículos de comunicação para a divulgação das ofensas (internet e jornal), tendo em vista o grande efeito multiplicador acerca do que foi noticiado, abrangendo um número grande e indeterminado de destinatários.

Nessa ordem de ideias, não pode ser desconsiderada a circunstância de que as ofensas não se limitaram à esfera pessoal do autor, pois os réus, além de atribuírem inúmeras alcunhas satíricas e desrespeitosas ao requerente, ainda direcionaram seus ‘ataques’ à sua esposa e ao seu genitor, fazendo menção irônica no sentido de que o autor estaria ‘a salvo’ e ‘imune’ a qualquer consequência no exercício do cargo de Promotor de Justiça. Insinuaram que os membros de sua família, pelo fato de ocuparem cargos de destaque no Poder Judiciário, não permitiriam que nada lhe acontecesse.

Em outras palavras, ao agir no exercício regular de suas funções constitucionais e ter seu nome maculado pelos réus, circunstância que lhe causou inequívoco constrangimento pessoal, o autor ainda teve que lidar com a tristeza e decepção ao ver os nomes de seus familiares inseridos nas insinuações, sendo que não existia nenhuma correlação ou motivo plausível para que os requeridos os incluíssem nas publicações.

Nesses termos, jungido às particularidades do caso em apreço, arbitro o valor a ser indenizado a título de danos morais em R\$ 90.000,00 (noventa mil reais).

Sobre o valor da indenização deverá incidir correção monetária pelo índice oficial da Corregedoria-Geral da Justiça (INPC-IBGE) a partir da prolação desta sentença (arbitramento), nos termos da Súmula nº 362 do Superior Tribunal de Justiça.

Incidirão também juros de mora de 1% ao mês (art. 406 do CC c/c art. 161, § 1º, do CTN), a partir da data da última publicação ofensiva (09/04/2013, fls. 268/270), nos termos da Súmula nº 54 do Superior Tribunal de Justiça [...]”.

Ao contrário do que apregoam os recorrentes, a sentença está, como visto, fundamentada em elementos concretos de convicção do magistrado, além do que o valor estipulado, à luz dos vetores extraídos do feito, em princípio não se mostrou exorbitante, no entender deste Relator.

De fato, tendo-se em vista a inexistência de parâmetros definidos em lei para arbitramento da verba compensatória por danos morais, doutrina e jurisprudência apontam como balizadores os critérios da razoabilidade e da proporcionalidade, além da análise das particularidades de cada caso concreto.

Nesse andar, importante relembrar anotação sobre o tema que realizei no âmbito doutrinário:

“[...] Em sede de danos morais, a prudência não recomenda ao magistrado se afastar da realidade dos fatos e dos autos, navegador solitário nas águas do subjetivismo puro, sob pena de incorrer em arbitrariedade de todo condenável, verdadeira enfermidade do sistema judicial.

Assim, alguns elementos podem ser apontados como basilares para a formação do convencimento do juiz na quantificação do dano moral:

- a) intensidade do sofrimento do ofendido;
- b) duração do dano ou das lesões;
- c) gravidade da lesão;
- d) natureza e repercussão da ofensa;
- e) posição social do ofendido;
- f) intensidade do dolo ou grau de culpa do responsável pelo dano;
- g) a situação econômico-social do ofensor;
- h) eventual reincidência do causador do dano em ilícitos pretéritos de igual natureza;
- i) retratação do agente ofensor [...]” (*Dano moral imoral: o abuso à luz da doutrina e jurisprudência*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012. p. 64).

In casu, a intensidade do sofrimento não é passível de mensuração. Os danos são presumíveis, porém não se pode aferir o tamanho da dor por eles causada ao autor, sobretudo por se tratar de um caso bastante peculiar que atingiu não só a imagem do ofendido, mas também a sua honra subjetiva, visando, de modo torpe, a constranger o ofendido, como representante do Ministério Público, especialmente pela sua atuação em sua área de atribuição (Promotorias da “Moralidade Administrativa”, “Meio Ambiente”, “Direitos Humanos e Cidadania” e “Constitucionalidade”, – fls. 123-128), de modo a arrefecer seu ânimo no desempenho de seus misteres, além de envolver o bom nome de seus familiares, com carreiras de expressão a abrilhantar a história do Poder Judiciário catarinense.

Apesar de os sucessivos atos lesivos terem ocorrido no curso da atuação do ofendido na Promotoria da Comarca de Xanxerê, os prejuízos deles resultantes certamente não se exauriram após a sua promoção para a Comarca de Chapecó, pois os comentários ofensivos e debochados permaneceram indelevelmente registrados especialmente na internet, dando ensejo à disseminação irrestrita. Por certo, não se pode afirmar por quanto tempo tais fatos permaneceram na memória das pessoas que a eles tiveram acesso. O esquecimento é natural ao ser humano.

Porém, é inegável que as ofensas sistemáticas (inúmeras vezes publicadas, conforme delineado no tópico anterior), proferidas ao longo de toda a passagem do ofendido pela Comarca de Xanxerê, e que potencialmente atingiram cerca um substancial público (o jornal “Folha Regional” no ano

de 2005, por exemplo, estabelecia uma tiragem de 2.200 exemplares, atingindo potencialmente uma população de 162.957 – somados os habitantes de Xanxerê, Xaxim, Abelardo Luz, Cordilheira Alta, Marema, Ipuacu, São Domingos, Ouro Verde e Faxinal dos Guedes – fls. 92-93), fornecem elementos para se aquilatar a gravidade e a extensão da lesão, também a indicar que não poderá ser módica a reparação, visto que, indubitavelmente, causaram-lhe grande abalo não só pelo desrespeito a sua atuação funcional no desempenho de suas atribuições institucionais como também no convívio com os seus familiares, amigos e sociedade em geral.

No que diz respeito à condição social do demandante muito não precisa ser acrescentado, uma vez que, à época dos episódios, como anotado anteriormente, era o titular da Promotoria da Comarca de Xanxerê, visando ao prosseguimento de sua atuante carreira no Ministério Público, de sorte que também esta circunstância deve ser sopesada diante da intranquilidade inegável resultante daquelas ofensas.

Sob outro enfoque, conforme transcrito acima, inúmeras e reiteradas foram as ofensas dirigidas ao demandante, de modo que o sofrimento também se prolongou no tempo (praticamente um ano), agravando a intensidade da dor, revolta, impotência e humilhação impostas ao ofendido.

Em arremate, é de se observar não ter havido retratação pelos réus, até porque negaram o intuito de ofender, além do que defenderam o direito de publicar tais matérias, colunas e blogs.

Nessa esteira, não havendo vetores legalmente estabelecidos para apontar minimamente o patamar a reparação, deve-se ter em conta que *“na fixação do valor dos danos morais deve o julgador, na falta de critérios objetivos, estabelecer o quantum indenizatório com prudência, de modo que sejam atendidas as peculiaridades e a repercussão econômica da reparação, devendo esta guardar proporcionalidade com o grau de culpa e o gravame sofrido”* (TJSC, Apelação Cível n. 2005.036918-1, de Xanxerê, rel. Des. Luiz César Medeiros, da Câmara Especial Temporária de Direito Civil, j. 26.10.2009).

É que o *“montante da indenização por danos morais - que tem por escopo atender, além da reparação ou compensação da dor em si, ao elemento pedagógico, consistente na observação pelas empresas ofensoras de maior diligência de forma a evitar a reiteração da ação ou omissão danosa - deve harmonizar-se com a intensidade da culpa das lesantes, o grau de sofrimento do indenizado e a situação econômica dos envolvidos, para não ensejar a ruína ou a impunidade daquelas, bem como o enriquecimento sem causa ou a insatisfação deste”* (TJSC, Apelação Cível n. 2003.005332-8, da Capital, rel. Des. Marcus Tulio Sartorato, da Terceira Câmara de Direito Civil, j. 25.2.2005).

Em outras situações desta natureza, esta Corte de Justiça também decidiu:

“APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANOS MORAIS. NOTA PUBLICADA EM JORNAL. HOMEM PÚBLICO. SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA COM TRÂNSITO EM JULGADO. VINCULAÇÃO AO JUÍZO CÍVEL. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 935 DO CÓDIGO CIVIL. EXISTÊNCIA DE *ANIMUS INJURIANDI* E *DIFAMANDI*. OFENSA CONFIGURADA. OBRIGAÇÃO DE COMPENSAR. PEDIDO DE MINORAÇÃO DO QUANTUM COMPENSATÓRIO.

OBSERVÂNCIA AOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. SENTENÇA MANTIDA. CORREÇÃO DE OFÍCIO DA DATA INICIAL PARA INCIDÊNCIA DOS JUROS MORATÓRIOS. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO [...] III - Considerando a natureza compensatória do montante pecuniário em sede de danos morais, a importância estabelecida em decisão judicial há de estar em sintonia com o ilícito praticado, a extensão do dano sofrido pela vítima com todos os seus consectários, a capacidade financeira do ofendido e do ofensor, servindo como medida punitiva, pedagógica e inibidora. Por esses motivos, mantém-se o quantum fixado na sentença objurgada. IV - No tocante à condenação da publicação da sentença cumulativamente ao pagamento de reparação pelos danos morais, deve igualmente permanecer incólume a decisão objurgada, tendo em vista que se apresenta como mais um elemento integrativo na composição dos danos morais sofridos pela vítima autora, como bem consignou a Academia Brasileira de Direito Civil, por unanimidade, em sua Declaração de Interpretação n. 21 acerca desse precioso tema, in verbis: 'A não recepção da Lei 5.260/67 pela Carta de 1988 não impede que se considere no caso de ilícito civil praticado pela imprensa a publicação da decisão judicial como elemento integrativo da compensação pelo dano moral experimentado pela vítima, em sintonia com a extensão do ilícito praticado, com sustentação no artigo 5º, incisos X e X da Constituição Federal e artigos 186 e 944, ambos do Código Civil. Ademais, tem-se como certo que a condenação por ilícito civil por danos morais haverá de representar adequadamente a extensão do sofrimento da vítima, com plenitude e justiça, sendo que os elementos integrativos do pedido servirão como balizadores ao julgador para a minimização dos danos experimentados por ela, razão pela qual poderão conter obrigação de pagar soma em dinheiro e, cumulativamente, obrigação de fazer (publicação de parte da sentença ou acórdão quando se tratar de ilícito praticado pela imprensa).' V - Tratando-se de ilícito civil gerador de dano moral, a correção monetária tem incidência a partir da data de fixação do valor estabelecido em condenação. Por sua vez, os juros moratórios fluirão a partir do evento danoso, consoante o exposto na Súmula 54 do Superior Tribunal de Justiça' (Apelação Cível n. 2006.020083-5, de Canoinhas, rel. Des. Joel Figueira Júnior, da Primeira Câmara de Direito Civil, j. 28.9.2010).

“APELAÇÕES CÍVEIS. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS [...] ATO ILÍCITO COMPROVADO. DEVER DE COMPENSAR O ABALO GERADO. FIXAÇÃO DO QUANTUM. OBSERVÂNCIA AOS CRITÉRIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE. SENTENÇA MANTIDA. RECURSOS DESPROVIDOS. [...] A confissão do autor da carta ofensiva a honra de terceiro, confortada pelas demais provas documentais jungidas aos autos no transcurso da ação, é o que basta para impor uma obrigação pecuniária compensatória pelo abalo moral gerado. O dano moral é o prejuízo de natureza não patrimonial que afeta o estado anímico da vítima, seja relacionado à honra, à paz interior, à liberdade, à imagem, à intimidade, à vida ou à incolumidade física e psíquica. Assim, para que se encontre um valor significativo a compensar este estado, deve o magistrado orientar-se por parâmetros ligados à proporcionalidade e à razoabilidade, ou seja, deve analisar as condições financeiras das partes envolvidas, as circunstâncias que geraram o dano e a amplitude do abalo experimentado, a fim de encontrar um valor que não seja exorbitante o suficiente para gerar enriquecimento ilícito, nem irrisório a ponto de dar azo à renitência delitiva” (Apelação Cível n. 2010.005026-4, de Rio do Sul, rel. Des. Fernando Carioni, da Terceira Câmara de Direito Civil, j. 6.4.2010).

Diante de tal quadro, e levando-se em consideração os citados critérios da proporcionalidade e da razoabilidade, aos quais se soma o caráter pedagógico da compensação pelo abalo moral, entendi inicialmente ser adequada a majoração do *quantum* indenizatório fixado na sentença, notadamente se considerados os precedentes em casos de violação à honra como na hipótese presente.

Nesse ponto, merece destaque, a distinguir a situação em testilha de outras demandas com

valores indenizatórios menores, a reiteração insistente das condutas ilícitas e ofensivas dirigidas contra o ofendido, ao longo de vários meses e com a multiplicidade de notícias agressivas, todas dirigidas a provocar não só a permanente humilhação do autor, como também angariar sempre maior aderência do público em face da “coragem” dos demandados ao denegrir sistematicamente a figura pública de um Promotor de Justiça que, ao fim e ao cabo, apenas estava a cumprir o seu papel institucional.

Por esse rumo, julguei justificável a majoração da verba compensatória fixada pelo juízo singular para R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais), mantidas as demais cominações da sentença.

Referido valor, inclusive, tem sido considerado razoável em inúmeros precedentes do Superior Tribunal de Justiça, como se extrai do AREsp n. 1146556, rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 22-11-2017.

Assim também se entendeu no REsp n. 1676393/SP:

DIREITO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS. PUBLICAÇÃO DE MATÉRIA OFENSIVA À HONRA DO AUTOR. OMISSÃO, CONTRADIÇÃO E OBSCURIDADE. AUSÊNCIA. MATÉRIA JORNALÍSTICA QUE EXTRAPOLOU EXERCÍCIO REGULAR DO DIREITO DE INFORMAR. DANO MORAL CARACTERIZADO. VALOR DE REPARAÇÃO. NÃO ALTERADO.

1. Ação ajuizada em 17/05/2007. Recurso especial interposto em 10/11/2014 e atribuído a este Gabinete em 22/03/2017.

2. Inviável o reconhecimento de violação ao art. 535 do CPC quando não verificada no acórdão recorrido omissão, contradição ou obscuridade apontadas pelos recorrentes.

3. O direito à informação não elimina as garantias individuais, porém encontra nelas os seus limites, devendo atentar ao dever de veracidade, ao qual estão vinculados os órgãos de imprensa, pois a falsidade dos dados divulgados manipula em vez de formar a opinião pública, bem como ao interesse público, pois nem toda informação verdadeira é relevante para o convívio em sociedade.

4. Na atividade da imprensa é possível vislumbrar a existência de três deveres que, se observados, afastam a possibilidade de ofensa à honra. São eles: o dever geral de cuidado, o dever de pertinência e o dever de veracidade.

5. Se a publicação, em virtude de seu teor pejorativo e da inobservância desses deveres, extrapola o exercício regular do direito de informar, fica caracterizada a abusividade.

6. A alteração do valor fixado a título de compensação por danos morais somente é possível, em recurso especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo Tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada.

7. Recurso especial não provido.

(REsp 1676393/SP, rela. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. 7-11-2017).

Do corpo do acórdão se extrai:

Se o arbitramento do valor da compensação por danos morais foi realizado com razoabilidade, fazendo o juiz uso de sua experiência e do bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso, esta Corte julga coerente a prestação jurisdicional fornecida (REsp 259.816/RJ, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, 4ª Turma, DJ de 27/11/2000).

[...]

De fato, há muitos julgados que, após apreciação deste STJ, os valores de compensação por danos morais resultados de matérias jornalísticas inverídicas ou injuriosas foram mantidos ou fixados em R\$ 10.000,00 (dez mil reais), tais como no REsp 863.993/PB (Quarta Turma, julgado em 28/08/2012, DJe 04/09/2012) e REsp 1407907/SC (Quarta Turma, julgado em 02/06/2015, DJe 11/06/2015).

Há, ainda, julgados os quais mantêm ou fixam o valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) pela mesma circunstância, como o REsp 645.729/RJ (Quarta Turma, julgado em 11/12/2012, DJe 01/02/2013), e o REsp 1407907/SC (Quarta Turma, julgado em 02/06/2015, DJe 11/06/2015).

No entanto, **a depender dos contornos fáticos da controvérsia, em outros julgamentos este Tribunal fixou ou manteve como valor de compensação por danos morais decorrentes de matéria jornalística inverídica ou injuriosa no montante de: (i) R\$ 90.000,00 (noventa mil reais), como no AgRg no REsp 1011309/MS (Terceira Turma, julgado em 12/06/2012, DJe 18/06/2012); (ii) R\$ 139.500,00 (cento e trinta e nove mil e quinhentos reais), como no REsp 1380701/PA (Terceira Turma, julgado em 07/05/2015, DJe 14/05/2015); (iii) R\$ 145.250,00 (cento e quarenta e cinco mil, duzentos e cinquenta reais), no AgRg no Ag 850.273/BA (Quarta Turma, julgado em 03/08/2010, DJe 24/08/2010); e de até R\$ 250.000,00 (duzentos e cinquenta mil reais), como no REsp 1440721/GO (Quarta Turma, julgado em 11/10/2016, DJe 11/11/2016) que envolvia a publicação de um livro o qual imputou a pessoa pública afirmações de cunho racista e eugênico.**

Considerando a gravidade dos contornos fáticos da controvérsia em julgamento e que o valor fixado a título de reparação por danos morais está em consonância com a jurisprudência desta Corte, é necessário manter o valor de reparação fixado pelo TJ/SP (grifou-se).

Todavia, a questão gerou divergência por ocasião do presente julgamento e, neste particular, decidiu este órgão colegiado, mesmo considerando os fundamentos acima alinhados, em julgamento estendido e por maioria de votos (art. 942, CPC), por negar provimento ao apelo interposto pelo autor e dar provimento ao apelo interposto pelos réus, a fim de minorar a verba compensatória para R\$ 39.300,00 (trinta e nove mil e trezentos reais), nos termos do voto divergente apresentado pelo eminente Desembargador Guilherme Nunes Born, no qual se adicionaram outros fundamentos para o equacionamento do valor da compensação pecuniária pretendida na peça exordial, dentre eles a capacidade econômica dos acionados e o cotejo com as soluções adotadas em outras demandas similares.

4. Pleito de redução dos honorários de advogado - demandado Romeu Scirea Filho:

Por fim, impugnam os apelantes também o valor arbitrado a título de honorários advocatícios sucumbenciais, pretendendo os demandados a redução de seu patamar.

A respeito, dispunha o antigo Código de Processo Civil (vigente à época em que foi prolatada a sentença ora recorrida):

“[...] Art. 20. [...]”

§ 3º Os honorários serão fixados entre o mínimo de 10% (dez por cento) e o máximo de 20% (vinte por cento) sobre o valor da condenação, atendidos:

- a) o grau de zelo do profissional;
- b) o lugar de prestação do serviço;
- c) a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço; [...]”

Apesar da média complexidade do litígio, é inegável que o procurador do autor desempenhou adequadamente a função para a qual foi contratado, e o seu cliente obteve pleno êxito em seu intento.

A demanda tramitou na mesma Comarca em que se localiza a sede do escritório do causídico e não houve necessidade de deslocamento para acompanhamento da causa (por exemplo, para produção de provas ou para cumprimento de diligências).

De se notar, todavia, que a simplicidade do feito não significa que o procurador tenha agido de forma pouco zelosa. Ao contrário: a sentença veio justamente ao encontro das suas alegações.

Além disso, houve ainda a interposição de recurso pelos réus, o que retardou o desfecho da lide e acarretou a necessidade de o causídico lançar mão de mais esforço e dedicação para a sua solução.

Dessa feita, observados os critérios acima elencados, inexistente razão para a minoração da verba honorária fixada pelo juízo de origem.

4. Prequestionamentos - recurso interposto pela demandada What's Up Comunicação Ltda. ME.:

No que diz respeito ao prequestionamento de todas as matérias agitadas no presente processo, consoante remansosa interpretação jurisprudencial, “*o julgador não é obrigado a examinar todos os dispositivos indicados pelo recorrente, nem a responder um a um os argumentos invocados, se apenas um deles é suficiente para solução da lide, em prejuízo dos demais*” (STJ, EDcl no AgRg no RCDESP no RE nos EDcl nos EDcl no REsp 626.033/PI, rel. Min. Francisco Peçanha Martins, da Corte Especial, j. 23.11.2006, DJ 11.12.2006, p. 296).

Assim, descabe a postulação de prequestionamento, em grau recursal e de forma genérica, para efeito de posterior recurso especial ou extraordinário, sem a indicação expressa e pormenorizada sobre os pontos da decisão que teriam acarretado violação de dispositivos de lei ou da constituição (TJSC, Ap. Cível n. 2006.017793-8, de Blumenau, rel. Des. Trindade dos Santos).

Nesse sentido, colhe-se do Superior Tribunal de Justiça:

“PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. EXECUÇÃO DE SENTENÇA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. ILEGITIMIDADE ATIVA DA ENTIDADE SINDICAL. VIOLAÇÃO DO ART. 535, II, DO CPC. INOCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 211/STJ. PREQUESTIONAMENTO IMPLÍCITO. INOCORRÊNCIA. PRECEDENTES. DISPOSITIVOS GENÉRICOS. DEFICIÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA 284/STF. PRECEDENTES. VIOLAÇÃO A DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL. ANÁLISE. IMPOSSIBILIDADE. COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. DECISÃO SUFICIENTEMENTE FUNDAMENTADA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Inexiste violação aos arts. 458, II e 535, II, do CPC, quando não se vislumbra omissão, obscuridade ou contradição no acórdão recorrido capaz de torná-lo nulo, especialmente se o Tribunal a quo apreciou a demanda em toda a sua extensão, fazendo-o de forma clara e precisa, estando bem delineados os motivos e fundamentos que a embasam.
2. Não se conhece da violação a dispositivos infraconstitucionais quando a questão não foi enfrentada pelo acórdão recorrido, carecendo o recurso especial do necessário prequestionamento (Súmula 211/STJ).
3. ‘Somente se poderá entender pelo prequestionamento implícito quando a matéria tratada no dispositivo legal for apreciada e solucionada pelo Tribunal de origem, de forma que se possa reconhecer qual norma direcionou o decisum objurgado, o que não ocorreu no presente caso’ (AgRg no REsp 1383094/RS, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 27/08/2013, DJe 03/09/2013).
4. Inexiste contradição no caso de ser afastada a violação ao art. 535, II, do CPC e, concomitantemente, não conhecer do recurso especial por ausência de prequestionamento, quando ambos os fundamentos são autônomos e uma vez que é perfeitamente possível o julgado se encontrar devidamente fundamentado sem, no entanto, ter decidido a causa à luz dos preceitos jurídicos desejados pela postulante, pois a tal não está obrigado. Precedentes.
5. Ainda que o Tribunal a quo tenha acolhido parcialmente os embargos de declaração para dar por prequestionados os dispositivos constitucionais e infraconstitucionais tidos por violados, tal fato não enseja, por si só, o regular prequestionamento da matéria, na medida que o referido requisito exige o efetivo debate da questão pelo Tribunal a quo, tendo por enfoque as normas supostamente malferidas. Precedentes.
6. Incide a Súmula 284/STF, por deficiência de fundamentação, quando o recurso aponta como violados dispositivos genéricos (arts. 240, ‘a’, da Lei 8.112/1990, arts. 6º e 567, I, do CPC, e art. 3º da Lei 8.073/1990) e que não possuem aptidão suficiente para infirmar as conclusões do acórdão recorrido que reconheceu a ilegitimidade ativa do ente sindical para substituir servidor já falecido à data da propositura da execução.
7. O Superior Tribunal de Justiça não tem a missão constitucional de interpretar dispositivos da Lei Maior, cabendo tal dever ao Supremo Tribunal Federal, motivo pelo qual não se pode conhecer da dita ofensa do art. 8º, III, da Constituição Federal.
8. Agravo regimental não provido” (AgRg no REsp n. 1493604/RS, rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, j. 18.8.2015, DJe 28.8.2015).

Nesse passo, consideram-se prequestionadas tão somente as questões efetivamente debatidas e analisadas na presente decisão.

Por último, deixa-se de arbitrar honorários sucumbenciais nesta fase recursal, porquanto o presente recurso foi interposto contra decisão publicada anteriormente ao dia 18.3.2016, consoante orientação firmada pelo Superior Tribunal de Justiça no Enunciado Administrativo n. 7 (fl. 1.050).

É o voto.

Apelação Cível Nº 0003898-78.2013.8.24.0080

Declaração de Voto Vencedor do Exmo. Sr. Des. Guilherme Nunes Born

Cuida-se de “ação indenizatória por danos morais” ajuizada por Eduardo Sens dos Santos em face de Romeu Scirea Filho, Folha Regional Comércio de Jornais Ltda e Whats Up Comunicação Ltda ME.

Em respeito aos princípios constitucionais da celeridade e economia em proveito do julgamento de mérito em prazo exíguo (art. 4º, CPC), adoto o relatório encampado na sentença objurgada, até porque discriminou com clareza os principais atos processuais praticados.

Prestando a tutela jurisdicional, o José Antônio Varaschin Chedid prolatou sentença resolutiva de mérito, nos seguintes termos:

Ante o exposto, resolvendo o mérito, JULGO PROCEDENTES os pedidos formulados na petição inicial por EDUARDO SENS DOS SANTOS para: A) antecipar a tutela requerida e determinar ao réu “WHATS UP” COMUNICAÇÃO LTDA ME TUDO SOBRE XANXERÊ a exclusão dos links referentes às notícias ofensivas reconhecidas no item 2.1 desta sentença, bem como eventuais conteúdos ainda existentes no sítio “Tudo Sobre Xanxerê”, devendo abster-se de reativar as reportagens e os próprios links, mesmo que estejam desacompanhados das publicações, sob pena de multa diária de R\$ 2.000,00 (dois mil reais), limitado ao valor da condenação, a contar do prazo de 2 (dois) dias a partir da intimação pessoal desta decisão, diante da inexistência de efeito suspensivo, nos termos do artigo 520, VII, do Código de Processo Civil, em caso de eventual recurso de apelação; B) condenar os réus ROMEU SCIREA FILHO, FOLHA REGIONAL COMÉRCIO DE JORNAIS LTDA e “WHATS UP” COMUNICAÇÃO LTDA ME TUDO SOBRE XANXERÊ ao pagamento da importância de R\$ 90.000,00 (noventa mil reais) a título de danos morais, sobre a qual deverá incidir correção monetária pelo índice oficial da Corregedoria-Geral da Justiça (INPC-IBGE) a partir da prolação desta sentença (arbitramento), nos termos da Súmula nº 362 do Superior Tribunal de Justiça. Incidirão também juros de mora de 1% ao mês (art. 406 do CC c/c art. 161, § 1º, do CTN), a partir da data da última publicação ofensiva (09/04/2013), nos termos da Súmula nº 54 do Superior Tribunal de Justiça. Anoto ainda que a responsabilidade dos réus é solidária, nos termos da Súmula nº 221 do Superior Tribunal de Justiça. Em razão da sucumbência, arcarão os réus com as custas e despesas processuais, bem assim com honorários advocatícios, estes arbitrados em 20% sobre o valor atualizado da condenação, considerando a natureza e importância da causa, bem como o tempo exigido para seu serviço (art. 20, § 3º, do Código de Processo Civil). Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Irresignados, todos ofertaram recurso de apelação cível.

A Folha Regional Comércio de Jornais Ltda suscitou preliminarmente a nulidade da sentença por cerceamento de defesa. No mérito, ressaltou a ausência de ato ilícito e, se mantida a condenação, a redução do *quantum* indenizatório.

A Whats Up Comunicação Ltda ME pugnou pela nulidade da sentença por cerceamento de

defesa e o reconhecimento da sua ilegitimidade passiva. No mérito, ressaltou a inexistência de dano e, mantida a condenação, a redução do valor indenizatório.

Romeu Scirea Filho também suscitou a nulidade da sentença por cerceamento de defesa. No mérito, pugnou pela reforma da sentença para julgar improcedente o pedido inicial. Sucessivamente, a redução do valor arbitrado a título de danos morais e que os consectários legais sejam alterados para a partir da condenação.

Eduardo Sens dos Santos, em apelo adesivo, pugnou pela majoração do valor condenatório ao importe de 300 salários mínimos.

Houveram contrarrazões.

O e. Relator, na sessão do dia 27/02/2019, lançou voto para negar provimento ao apelo dos réus e dar provimento ao apelo do autor para majorar a verba indenizatória para R\$150.000,00. Oportunidade em que pedi vista dos autos.

É o relato.

VOTO

Prima facie, anoto que, ante o brilhantismo empregado pelo e. Relator, compactuo com os argumentos jurídicos que embasaram a rejeição das preliminares de cerceamento de defesa, inépcia da inicial, ilegitimidade passiva da Folha Regional e prejudicial de mérito pela decadência.

No que tange ao plano de fundo, contemplando os fundamentos jurídicos esboçados no acórdão do e. Relator, as matérias jornalísticas produzidas e propagadas pelos réus foi suficiente para atingir os valores internos e anímicos do autor, bem como sua honra objetiva, eis que exerceu cargo público na comarca.

O dano extrapatrimonial constitucionalmente previsto nos incisos V e X do art. 5º da Carta Magna, decorrente de moléstia grave que fere os valores fundamentais inerentes à sua personalidade (honra subjetiva) ou aqueles socialmente reconhecidos (honra objetiva), são exteriorizados pela dor, angústia, sofrimento, desprestígio, desconsideração social, descrédito à reputação e humilhação que possam acarretar em desequilíbrio da normalidade psíquica ou em desgaste psicológico.

A esse respeito, ensina 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; não há como enumerá-los exaustivamente, evidenciando-se na dor, na angústia, no sofrimento (...), 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., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 20/21).

Sérgio Cavalieri Filho, a respeito do tema, ensina que:

“(…) só pode ser reputado como dano moral a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar. 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. Se assim não se entender, acabaremos por banalizar o dano moral, ensejando ações judiciais em busca de indenizações pelos mais triviais acontecimentos” (Programa de Responsabilidade Civil. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 80).

E ainda, Antonio Jeová dos Santos, assim leciona:

“O que configura o dano moral é aquela alteração no bem-estar psicofísico do indivíduo. Se do ato de outra pessoa resultar alteração desfavorável, aquela dor profunda que causa modificações no estado anímico, aí está o início da busca do dano moral”. (Dano moral indenizável. 4. ed. rev. ampl. e atual. de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 94/95).

No mesmo sentido, colhe-se da jurisprudência:

O dano moral indenizável é aquele que pressupõe dor física e moral e se configura sempre que alguém aflige outrem injustamente, em seu íntimo, causando-lhe dor, constrangimento, tristeza, angústia. (TJMG - AC n. 1.0024.05.849438-6/002(1). Rel. Des. Lucas Pereira, Julgado em 28/05/2010).

Portanto, a configuração do dano extrapatrimonial constitucionalmente assegurado exige que a ofensa seja suficiente a molestar sobremaneira a honra psíquica do indivíduo e, por isso, meros dissabores do cotidiano não podem ascender ao patamar de dano moral indenizável.

Noutro vértice, a Carta Magna contempla, em aparente contraposição, o direito fundamental de manifestação do pensamento, vedado o anonimato, bem como resguarda, livre de censura/licença, a liberdade de comunicação, conforme ditames esculpidos nos incisos IV e IX do art. 5º e art. 220.

Conquanto, ainda que a norma constitucional tenha dado manto, livre de censura/licença, a manifestação do pensamento e a liberdade de comunicação não criou um mecanismo capaz de permitir o afronte ao direito de intimidade, a vida privada, a honra e a imagem.

O direito de imprensa de informar e comunicar, louvável perante um estado democrático, não pode exceder os limites da crítica ao exercício do cargo público do noticiado, profanar injúrias, calúnias e/ou difamações, sob pena de arcar com os danos morais decorrentes do seu ilícito.

Conclama a Corte da Cidadania.

“A ampla liberdade de informação, opinião e crítica jornalística reconhecida constitucionalmente à imprensa não é um direito absoluto, encontrando limitações, tais como a preservação dos direitos da personalidade, nestes incluídos os direitos à honra, à imagem, à privacidade e à intimidade. Assim, a vedação está na veiculação de críticas com a intenção de difamar, injuriar ou caluniar. (REsp 1322264/AL, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 20/09/2018, DJe 28/09/2018).

Na espécie, consoante se infere dos elementos probatórios encartados na peça inaugural, é possível verificar que os réus (um por autoria e divulgação e os outros dois por divulgação) transcenderam o direito de comunicação e informação, vez que, por reiteradas condutas não se limitaram apenas a tecer críticas a atuação do autor como Promotor de Justiça da comarca, mas tecendo termos pejorativos, jocosos e injuriosos que abalaram sua paz psíquica e macularam sua honra como agente público perante os munícipes da comarca de sua atuação.

A reiteração de matérias jornalísticas de autoria do réu Romeu e divulgadas pelas rés Folha Regional e Whats UP Comunicação evidenciaram, extreme de dúvidas, a violação do direito constitucional de liberdade de manifestação e comunicação, mormente que, fazendo uso de termos aviltantes, apelidos jocosos e temas ultrajantes, lançaram vários editoriais debochados e afrontosos que denegriram a imagem do autor, afetando sua credibilidade como Promotor de Justiça, configurando, assim, o ilícito civil que necessariamente culmina na responsabilidade civil de reparar o dano moral causado.

É de se destacar que, por simples leitura das matérias jornalísticas direcionadas ao autor, os réus não se limitaram em destacar a atuação profissional deste, impondo-lhe “apelidos” com o intuito único e exclusivo de agredir sua honra, em inegável má-fé e abuso de direito.

Portanto, como disposto alhures, o direito constitucional de manifestação do pensamento (inciso IX, art. 5º) e de liberdade de expressão (art. 220), ainda que pilares insofismáveis de um estado democrático, não pode servir de escudo capaz de permitir a violação do direito de honra e imagem, contemplados no art. 5º, X da Carta Magna.

“No desempenho da nobre função jornalística, o veículo de comunicação não pode descuidar de seu compromisso ético com a veracidade dos fatos narrados e, menos ainda, assumir postura injuriosa ou difamatória com o simples propósito de macular a honra de terceiros” (REsp 1297426/RO, rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 3/11/2015).

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. MATÉRIA JORNALÍSTICA. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. INSURGÊNCIA DE AMBAS AS PARTES. RESPONSABILIDADE CIVIL. DIVULGAÇÃO DE MATÉRIA JORNALÍSTICA EM PROGRAMA DE TELEVISÃO E EM SÍTIO ELETRÔNICO. OFENSA À HONRA E À IMAGEM DO APELADO QUE ULTRAPASSA AS PRERROGATIVAS DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DA LIVRE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO. USO DE PALAVRAS OFENSIVAS QUE EXTRAPOLAM O INTERESSE PÚBLICO E

SOCIAL DA MATÉRIA. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. OCORRÊNCIA DE EXCESSO. DANO MORAL CONFIGURADO. DEVER DE INDENIZAR MANTIDO. INSURGÊNCIA COMUM. QUANTUM INDENIZATÓRIO. VALOR ARBITRADO EM CONSONÂNCIA COM OS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. PLEITO DE MINORAÇÃO. RECURSOS CONHECIDOS E DESPROVIDOS. (TJSC, Apelação Cível n. 0032999-48.2012.8.24.0064, de São José, rel. Des. Rodolfo Cezar Ribeiro Da Silva Tridapalli, Quarta Câmara de Direito Civil, j. 18-10-2018).

Neste compasso, manifesto concordância com o voto do e. Relator no que tange ao reconhecimento do ato ilícito praticado pelos réus, imputando-os o dever de responsabilidade civil pelos danos morais causados ao autor.

Reconhecida a responsabilidade civil dos réus, o juízo singular arbitrou o *quantum* indenizatório no patamar de R\$90.000,00, valor este exasperado pelo e. Relator ao importe de R\$150.000,00 quando acolheu o apelo do autor e, por consequência, desproveu o apelo dos réus cujo viés era a minoração.

A indenização arbitrada em ação de reparação de danos morais deve ser fixada em valor suficiente à reconstrução do constrangimento suportado pela vítima e capaz de impedir que o ofensor se perpetue à prática de atos ilícitos. Contudo, o *quantum* arbitrado, apreciadas as circunstâncias do caso concreto (*extensão do dano e capacidade econômica das partes*), não pode se tornar numa fonte de enriquecimento/empobrecimento indevido.

Então, ante a omissão legislativa acerca de critérios objetivos, cabe ao magistrado, quando do arbitramento do dano moral indenizável, ater-se aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, a teoria do desestímulo, gravidade, a extensão do dano e a capacidade financeira das partes.

Carlos Alberto Bittar leciona:

“A indenização por danos morais deve traduzir-se em montante que represente advertência ao lesante e à sociedade de que não se aceita o comportamento assumido, ou o evento lesivo advindo. Consubstancia-se, portanto, em importância compatível com o vulto dos interesses em conflito, refletindo-se, de modo expresso, no patrimônio do lesante, a fim de que sinta, efetivamente, a resposta da ordem jurídica aos efeitos do resultado lesivo produzido. Deve, pois, ser quantia economicamente significativa, em razão das potencialidades do patrimônio do lesante.” (*In: Reparação Civil por Danos Morais*, Editora Revista dos Tribunais, 1993, p. 220).

No mesmo norte, é o entendimento jurisprudencial:

“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.” (AC n. 2002.009481-7, de Lages, rel. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz, j. em 17/06/2004).

“Na fixação do valor da condenação por dano moral, deve o julgador atender a certos critérios, tais como nível cultural do causador do dano; condição sócio-econômica do ofensor e do ofendido; intensidade do dolo ou grau da culpa (se for o caso) do autor da ofensa; efeitos do dano no psiquismo do ofendido e as repercussões do fato na comunidade em que vive a vítima.” (REsp. 355392/RJ, rel. Min. Castro Filho, j.26.03.02)

In casu, considerando o fato causador do dano moral indenizável, faz-se destacar que as matérias jornalísticas não tiveram alcance além dos limites da região de atuação do autor, ainda que lançadas na rede mundial de computadores, pois as empresas réus atuam exclusivamente nas cercanias da região limítrofe ao município de Xanxerê. Inclusive pode ser observado pela própria informação lançada na inicial em que consta em cada matéria jornalística a informação “visualizações” (nenhuma delas ultrapassou 288 acessos).

Desta forma, somada a capacidade financeira dos réus, ousou divergir do posicionamento adotado pelo e. Relator, haja vista que o *quantum* indenizatório majorado (R\$ 150.000,00) afronta os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, pois enseja em uma fonte de enriquecimento/empobrecimento sem causa.

Esta Câmara, em situações muito mais gravosas, cuja dor psíquica é, inclusive, difícil de mensurar (perda de um ente querido), tem arbitrado o patamar indenizatório em quantia inferior (0000961-47.2003.8.24.0080, de Xanxerê; 0005218-29.2011.8.24.0018, de Chapecó).

Aliás, em julgado recente, a Corte da Cidadania, em ação de indenização por danos morais movida pelo Presidente do e. Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas, em situação análoga (ofensa a honra por meio de matéria jornalística), reduziu o dano moral fixado na origem (R\$300.000,00) para o importe de R\$50.000,00.

RECURSO ESPECIAL - CIVIL E PROCESSUAL CIVIL - AÇÃO CONDENATÓRIA - PRETENSÃO DE COMPENSAÇÃO DOS DANOS EXTRAPATRIMONIAIS EXPERIMENTADOS EM VIRTUDE DE MATÉRIA JORNALÍSTICA PUBLICADA EM JORNAL DE CIRCULAÇÃO NACIONAL E NO CORRESPONDENTE ELETRÔNICO - INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS QUE JULGARAM PARCIALMENTE PROCEDENTE O PEDIDO PARA CONDENAR A REQUERIDA AO PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO PELOS DANOS MORAIS, ISENTANDO A EMISSORA DE PUBLICAR O TEOR DA DECISÃO JUDICIAL. INSURGÊNCIA DA DEMANDADA. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO PARA REDUZIR A VERBA INDENIZATÓRIA.

Hipótese: Trata-se de ação condenatória julgada parcialmente procedente pelas instâncias ordinárias para condenar a requerida ao pagamento de R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais), a título de danos extrapatrimoniais experimentados pelo autor da demanda em razão de matéria jornalística publicada em jornal de circulação nacional e em meio eletrônico.

1. No caso sub judice, o teor da notícia é fato incontroverso nos autos, portanto proceder a sua análise e o seu devido enquadramento no sistema normativo, a fim de obter determinada consequência jurídica

(procedência ou improcedência do pedido), é tarefa compatível com a natureza excepcional do recurso especial, a qual não se confunde com o reexame de provas, desta forma, descabida a incidência do óbice da Súmula 7/STJ.

2. A ampla liberdade de informação, opinião e crítica jornalística reconhecida constitucionalmente à imprensa não é um direito absoluto, encontrando limitações, tais como a preservação dos direitos da personalidade, nestes incluídos os direitos à honra, à imagem, à privacidade e à intimidade. Assim, a vedação está na veiculação de críticas com a intenção de difamar, injuriar ou caluniar.

3. Da notícia veiculada, evidencia-se o excesso por parte da imprensa, que foi além do seu direito de crítica e do dever de informação, assumindo postura ofensiva e difamatória na publicação da matéria, a ponto de atingir a honra do recorrido, à época, Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas. Danos morais configurados.

4. Afastada a incidência da Súmula 7/STJ, esta Corte tem reexaminado o montante fixado pelas instâncias ordinárias a título de danos morais quando irrisório ou abusivo. Precedentes. 4.1. Na hipótese, o valor arbitrado a título de reparação por danos morais pelas instâncias ordinárias merece ser reduzido, em atenção aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade e ainda conforme a jurisprudência do STJ.

5. Consoante jurisprudência firmada no âmbito desta Corte, a aferição do percentual em que cada litigante foi vencedor ou vencido ou a conclusão pela existência de sucumbência mínima ou recíproca das partes é questão que não comporta exame em recurso especial, por envolver aspectos fáticos e probatórios, atraindo a incidência da Súmula 7/STJ. 5.1. “Na ação de indenização por dano moral, a condenação em montante inferior ao postulado na inicial não implica sucumbência recíproca”. Súmula 326/STJ.

6. Recurso especial parcialmente provido para reduzir a verba indenizatória.

(REsp 1322264/AL, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 20/09/2018, DJe 28/09/2018)

Assim, considerando os meandros do caso em voga, dirijo do e. Relator para, acolhendo em parte o apelo dos réus e desprovendo o apelo do autor, reduzir o valor da indenização por danos morais ao importe de R\$39.300,00. Referido importe tem como referência o subsídio auferido por Ministro da mais alta Corte do Judiciário Brasileiro. Correção deste voto (Súmula 362, STJ) e juros de mora nos termos da sentença.

Apelação Cível n. 0001962-23.2007.8.24.0017, de Dionísio Cerqueira

Relator: Desembargador Carlos Roberto da Silva

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE USUCAPIÃO DE IMÓVEL RURAL. SENTENÇA DE EXTINÇÃO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO, ANTE O RECONHECIMENTO DA AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR (ART. 267, VI, DO CPC/1973).

INSURGÊNCIA DA AUTORA.

PRETENSÃO DE REFORMA DA DECISÃO. JULGAMENTO EM PRIMEIRO GRAU QUE DELIBEROU NO SENTIDO DO NÃO CABIMENTO DA AÇÃO DE USUCAPIÃO EM RAZÃO DE A AUTORA JÁ SER PROPRIETÁRIA DO IMÓVEL. EXISTÊNCIA DE CONTRATO DE COMPRA E VENDA NÃO AVERBADO FIRMADO ENTRE O MARIDO DA DEMANDANTE E O PROPRIETÁRIO REGISTRAL. FUNDAMENTO INSUBSISTENTE NO CASO CONCRETO. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DA USUCAPIÃO EXTRAORDINÁRIA. DISPENSA DE JUSTO TÍTULO E BOA-FÉ. INÍCIO DA OCUPAÇÃO SOBRE A GLEBA QUE REMONTA AO ANO DE 1986, TOTALIZANDO MAIS DA METADE DO PRAZO PREVISTO NO CÓDIGO CIVIL DE 1916. APLICAÇÃO DA REGRA DE TRANSIÇÃO DISPOSTA NO ART. 2.028 DO DIPLOMA CIVILISTA DE 2002. ANÁLISE DO CASO SOB A ÓTICA DO ART. 550 DA LEI CIVIL SUBSTANTIVA ANTERIOR. REQUISITOS CUMPRIDOS DE FORMA SATISFATÓRIA. PROVA TESTEMUNHAL QUE DÁ SUPORTE À TESE INAUGURAL. AUSÊNCIA DE OPOSIÇÃO APTA A DERRUIR A POSSE *ANIMUS DOMINI* EXERCIDA PELA APELANTE. CONSAGRAÇÃO DO PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE ENTRE AS MODALIDADES DE AÇÕES DE USUCAPIÃO. CAUSA MADURA PARA JULGAMENTO (ART. 1.013, § 3º, I, DO CPC/2015). DOMÍNIO QUE DEVE SER DECLARADO EM FAVOR DA POSTULANTE. SENTENÇA REFORMADA. REDISTRIBUIÇÃO DOS ÔNUS SUCUMBENCIAIS.

RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0001962-23.2007.8.24.0017, da comarca de Dionísio Cerqueira (Vara Única) em que é Apelante Antonia Jeci Santos Nascimento e Apelado Amirton de Andrade Ribeiro.

A 1ª Câmara de Enfrentamento de Acervos decidiu, por votação unânime, conhecer do recurso e dar-lhe provimento. Custas legais.

O julgamento foi presidido pelo Exmo. Des. Carlos Roberto da Silva, com voto, e dele participaram o Exmo. Des. Subs. Luiz Felipe Schuch e o Exmo. Des. Subs. José Maurício Lisboa.

Funcionou como representante do Ministério Público o Exmo. Sr. Procurador de Justiça Onofre José Carvalho Agostini e lavrou parecer o Exmo. Sr. Procurador de Justiça Antenor Chinato Ribeiro.

Florianópolis, 27 de março de 2019.

Carlos Roberto da Silva
PRESIDENTE E RELATOR

RELATÓRIO

Antonia Jeci Santos Nascimento interpôs recurso de apelação contra sentença (fls. 157-160) que, nos autos da ação de usucapião proposta em face de Amirton de Andrade Ribeiro, extinguiu o feito sem resolução de mérito (art. 267, VI, do CPC/1973).

Para melhor elucidação da matéria debatida dos autos, adota-se o relatório da sentença recorrida:

Antonia Jeci Santos Nascimento ajuizou “ação de usucapião” em face de **Amirton de Andrade Ribeiro**, todos devidamente qualificados.

Aduziu, em síntese, possuir a posse mansa, pacífica, de boa fé, com justo título, com animus domini e de forma contínua do Lote Rural n. 147 (cento e quarenta e sete), da Gleba n. 10 (dez) do imóvel Tracutinga, município de Dionísio Cerqueira/SC, com área de 5.3833 (cinco hectares, trinta e oito ares e trinta e três centiares), de propriedade de Amirton de Andrade Ribeiro, desde a data de 05 de agosto de 1993, ou seja, há mais de 20 (vinte) anos.

Informou que sempre teve o imóvel como seu, zelando pela sua conservação e tornando-o uma propriedade produtiva através de seu trabalho e de sua família, nele edificando sua moradia.

Juntou documentos (fls. 07/34).

Devidamente citados (fls. 46/v e 63/v), certificou-se à fl. 64 o transcurso do prazo sem apresentação de resposta pelos requeridos citados à fl. 63/v.

Citado por edital (fl. 72), o prazo decorreu sem oferecimento de contestação pelo requerido (fl. 73).

Nomeado curador ao réu (fl. 78), a contestação foi apresentada às fls. 79/88.

Réplica às fls. 91/92.

Designada audiência de instrução e julgamento, procedeu-se a oitiva de 3 (três) testemunhas da parte autora (fl. 107).

Postulado pela parte autora a dilação probatória para fins de habilitação dos demais herdeiros para integrarem o polo ativo da presente demanda, o pedido foi indeferido (fl.117).

Com vista, o Ministério Público manifestou-se pela improcedência do pedido e pela conseqüente extinção do processo sem resolução de mérito (fls. 56/57).

Vieram os autos conclusos.

É o necessário relatório (grifos no original).

Da parte dispositiva do *decisum*, extrai-se a síntese do julgamento de primeiro grau:

Ante ao exposto, acolho o parecer ministerial retro e, **JULGO EXTINTO** o processo sem resolução de mérito, o que faço nos termos do art. 267, inc. VI do Código de Processo Civil.

Custas pela autora, ficando suspensa a exigibilidade ante o deferimento da Justiça Gratuita. Sem honorários.

Ao curador nomeado fixo a quantia de R\$ 330,00 (trezentos e trinta reais) pelo trabalho desenvolvido.
Publique-se. Registre-se. Intimem-se (grifos no original).

Em suas razões recursais (fls. 163-171) a demandante assevera que restou comprovado que exerce a posse do imóvel com *animus domini*, justo título e boa-fé há mais de 20 anos, sem oposição de terceiros e do proprietário originário.

Aduz que a via processual escolhida (ação de usucapião) é a mais adequada para o fim pretendido e que não preenche os requisitos para a ação de adjudicação compulsória, porquanto não sabe o paradeiro do vendedor, a fim de efetivar sua interpelação premonitória.

Argumenta que estão presentes os pressupostos da usucapião ordinária, extraordinária e especial rural.

Postula a anulação da sentença e o retorno dos autos à origem para novo pronunciamento ou que este Tribunal analise o mérito da ação e julgue procedente o pedido.

Certificado o decurso do prazo sem apresentação de contrarrazões (fl. 175), ascenderam os autos a esta Corte de Justiça.

A Procuradoria-Geral de Justiça, por intermédio de parecer do Procurador de Justiça Antenor Chinato Ribeiro, opinou pelo conhecimento e provimento do reclamo a fim de determinar a remessa dos autos ao primeiro grau (fl. 181-185).

Considerando que o Estado de Santa Catarina e a União não haviam manifestado, de forma definitiva, seu (des)interesse no imóvel objeto da ação, este Relator, com fulcro nos arts. 933 do CPC/2015 e 36, II, do Regimento Interno do TJSC, determinou a intimação dos referidos entes públicos para se pronunciarem a respeito (fls. 191-193). Decorrido o prazo *in albis*, os autos vieram conclusos para julgamento.

Este é o relatório.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto contra sentença que extinguiu o feito sem resolução de mérito por ausência de interesse processual.

Porque presentes os pressupostos de admissibilidade, conhece-se da apelação interposta.

De início, destaca-se que a decisão recorrida foi publicada quando ainda vigente o Código de Processo Civil de 1973, motivo pelo qual a referida norma processual norteará a presente decisão, por incidência do princípio *tempus regit actum* (teoria do isolamento dos atos processuais), nos moldes do art. 1.046 do novo Código de Ritos.

Tem-se como fato incontroverso, porque não impugnado, que o imóvel usucapiendo – consistente no lote rural n. 147, gleba n. 10, do imóvel Tracutinga, na Linha Weber, no Município de Dionísio Cerqueira – se encontra registrado na matrícula n. R-06/6.754 do Cartório de Registro de Imóveis da Comarca de Dionísio Cerqueira em nome de Amirton de Andrade Ribeiro, ora apelado. Também não se discute que o bem foi objeto de contrato de compra e venda entre o titular e o falecido marido da apelante em 5-8-1993 (fl. 17), sendo que o casal já residia no local e tinha como sua a propriedade desde 1986.

A controvérsia, portanto, cinge-se em verificar se a ação de usucapião é cabível no caso, e sobre tal ponto debruçar-se-á a presente decisão.

Adianta-se, desde já, que o apelo comporta acolhimento.

Como é sabido, a ação de usucapião é modalidade de aquisição da propriedade, móvel ou imóvel, que exige, dentre outros requisitos, a posse qualificada sobre determinado bem por certo lapso de tempo ou, na expressão já consagrada, a posse *animus domini*.

A respeito, James Eduardo Oliveira assim define o instituto:

Consiste a usucapião no modo de aquisição da propriedade pela posse prolongada e incontestada da coisa. A usucapião está fulcrada basicamente na atividade do possuidor e na passividade do proprietário e de terceiros. A posse *animus domini* é essencial para a aquisição da propriedade por meio de usucapião (*Código civil anotado e comentado: doutrina e jurisprudência*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 892).

E Artur Marques da Silva complementa:

Não é qualquer posse que faz gerar a aquisição do domínio, mas apenas a *posse ad usucapionem*, ou seja, aquela que é exercida com intenção de dono, *cum animo domini*. Mas só o ânimo de dono não é suficiente, a posse há de ser contínua, sem interrupção, pelo tempo que a lei definir e há, também, que ser mansa e pacífica, isto é, sem violência ou oposição (*A propriedade e os direitos reais na Constituição de 1988*, Saraiva, p. 100).

Feitas tais considerações, constata-se que a apelante intentou ação de usucapião a fim de ver reconhecido seu domínio do imóvel objeto da lide com fulcro no art. 1.242 do CC/2002 que estabelece que:

Art. 1.242. Adquire também a propriedade do imóvel aquele que, contínua e incontestadamente, com justo título e boa-fé, o possuir por dez anos.

A Togada singular entendeu pela ausência de interesse processual pelos seguintes fundamentos:

Compulsando os autos, observa-se que pretende a autora ser reconhecida como proprietária do Lote Rural n. 147 (cento e quarenta e sete), da Gleba n. 10 (dez) do imóvel Tracutinga, município de Dionísio Cerqueira/SC, com área de 5.3833 (cinco hectares, trinta e oito ares e trinta e três centiares), conforme documentos acostados às fls 07/08.

Ressalte-se, por oportuno, que a usucapião é forma de aquisição originária da propriedade, própria, portanto, àqueles que objetivam a declaração de domínio sobre imóvel que não lhes pertence, não sendo esse o caso em comento, uma vez que no caso dos autos, o marido da autora adquiriu de forma onerosa, através do contrato de compra e venda de fl. 17, a propriedade do imóvel em questão, matriculado sob o n. 6.754, no Cartório de Registro de Imóveis desta comarca (fls. 11/12).

Pois bem, é cediço que a aquisição da propriedade pode se dar de forma originária ou derivada. A primeira se constitui quando não existe vínculo com o proprietário anterior. Já de forma derivada, ocorre quando há uma relação jurídica com o anterior proprietário, transmitindo-se a propriedade de uma pessoa para outra.

Neste ponto, importante destacar que a segunda hipótese é que se amolda ao caso, tratando-se de uma aquisição derivada da propriedade, uma vez que o marido da requerente, já falecido, por meio de transação onerosa (contrato de compra e venda de fl. 17), adquiriu o imóvel do anterior proprietário Amirton de Andrade Ribeiro, o qual consta no registro de imóveis sob o n. 06/6.754 (fl. 12).

Destarte, a ação de usucapião, meio processual escolhido, não é a mais adequada para o fim pretendido, qual seja, declarar o direito da autora sobre a propriedade, pois ela já é proprietária do imóvel (fl. 158).

A questão acerca da (in)viabilidade de se instruir a ação de usucapião com instrumento particular de compra e venda não registrado é controvertida nesta Corte, e, em regra, é admitida somente quando o usucapiente demonstrar que não reúne condições de buscar os meios adequados para proceder ao registro do título na respectiva matrícula.

Contudo, a despeito de tal discussão, constata-se que a recorrente preenche os requisitos da modalidade extraordinária de usucapião, a qual prescinde de justo título e boa-fé, e, conseqüentemente, afasta qualquer digressão acerca do contrato de compra e venda colacionado na exordial. Senão vejamos.

Conforme aludido, a área objeto de usucapião consiste no lote rural n. 147, gleba n. 10, do imóvel Tracutinga, Linha Weber, em Dionísio Cerqueira, se encontra registrado na matrícula n. R-06/6.754 do Cartório de Registro de Imóveis de Dionísio Cerqueira.

Considerando que a ação foi proposta em 26-10-2007, tem-se que até o ajuizamento da demanda havia transcorrido aproximadamente vinte e um anos de exercício de posse, porquanto todas as testemunhas foram uníssonas no sentido de que a recorrente reside no local desde aproximadamente 1986 (mídia audiovisual de fl. 108).

Como até a entrada em vigor do novo Código Civil, em 2003 havia transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na legislação civilista substituída para o alcance da prescrição aquisitiva, que era de vinte anos, a norma aplicável ao caso é aquela prevista no antigo diploma legal, de acordo com a regra de transição prevista no art. 2.028 do atual CC, segundo o qual “serão

os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por este Código, e se, na data de sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada”.

Nesse passo, os pressupostos para o reconhecimento da prescrição aquisitiva devem ser analisados com fundamento no art. 550 do Código Civil de 1916, o qual prevê, *in verbis*:

Art. 550. Aquele que, por vinte anos sem interrupção, nem oposição, possuir como seu, um imóvel, adquirir-lhe-á o domínio independentemente de título e boa-fé que, em tal caso, se presume, podendo requerer ao juiz que assim o declare por sentença, a qual lhe servirá de título para a transcrição no registro de imóveis.

O lapso vintenenário, como visto, foi operado no caso em exame. Quanto aos demais requisitos, os testigos, todos vizinhos da apelante, confirmaram, ainda, que durante todo o período que a conhecem ela sempre morou no mesmo local, com seu falecido marido e filhos. Esclareceram que a recorrente planta milho e feijão no terreno e que, perante a vizinhança, aquela área sempre foi dela, sem qualquer oposição de terceiros (mídia audiovisual de fl. 108).

A prova documental se resume aos comprovantes de pagamento de Imposto Territorial Rural (ITR) em nome do falecido marido da recorrente desde o ano de 1992. Embora não haja no caderno processual a juntada de outros documentos que demonstrem o efetivo início da ocupação (o que se justifica por ser uma propriedade rural habitada por simples agricultores desde a década de 80), a prova oral produzida nos autos dá suporte e confirma a versão apresentada pela apelante.

Portanto, preenchidos os requisitos do art. 550 do Código Civil de 1916, o contrato de compra e venda firmado entre o marido da apelante e o proprietário registral considera-se de somenos importância no caso em estudo.

Confira-se precedente desta Corte em caso análogo:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE USUCAPIÃO EXTRAORDINÁRIA. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. INSURGÊNCIA DO RÉU. DISCUSSÃO ACERCA DA NULIDADE DO CONTRATO DE COMPRA E VENDA PELO QUAL OS AUTORES ADQUIRIRAM O IMÓVEL QUE SE REVELA DESPICIENDA. USUCAPIÃO EXTRAORDINÁRIA QUE DESPREZA A EXISTÊNCIA DE JUSTO TÍTULO, PRIVILEGIANDO O EXERCÍCIO DA POSSE. EXEGESE DO ART. 1.238 DO CÓDIGO CIVIL. IMÓVEL LOCALIZADO EM LOTEAMENTO IRREGULAR. AUSÊNCIA DE DESMEMBRAMENTO DA ÁREA. IRRELEVÂNCIA. REQUISITOS DA LEI DE PARCELAMENTO DO SOLO URBANO QUE NÃO SE APLICAM À FORMA DE AQUISIÇÃO ORIGINÁRIA DA PROPRIEDADE. PREVALÊNCIA, ADEMAIS, DO DIREITO À MORADIA E DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE. ALEGAÇÃO DE ENCRAVAMENTO DO IMÓVEL DO APELANTE. NÃO COMPROVAÇÃO. REQUISITOS PARA CONFIGURAÇÃO DA USUCAPIÃO EXTRAORDINÁRIA EVIDENCIADOS PELA PROVA DOS AUTOS. SEGUNDO AUTOR QUE, EMBORA TENHA DEIXADO DE RESIDIR NO LOCAL, PERMITIU A ESTADIA DE SEU PAI, O QUE CONFIGURA O EXERCÍCIO DE POSSE INDIRETA. PEDIDO SUBSIDIÁRIO DE MINORAÇÃO DOS HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS. IMPOSSIBILIDADE. VERBA JÁ ARBITRADA NO PATAMAR MÍNIMO LEGAL EM PRIMEIRA INSTÂNCIA. HONORÁRIOS

RECURSAIS. FIXAÇÃO DEVIDA. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO (TJSC, Apelação Cível n. 0301003-69.2015.8.24.0058, de São Bento do Sul, rel. Des. Saul Steil, Terceira Câmara de Direito Civil, j. 6-2-2018 – grifo nosso).

Por oportuno, é de se salientar que, conquanto a recorrente tenha fundado sua pretensão inicial na usucapião ordinária, nada obsta o conhecimento do pleito formulado no recurso para apreciação da modalidade extraordinária, porquanto neste tipo de demanda é plenamente aplicável o princípio da fungibilidade.

Nesse sentido:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE USUCAPIÃO ESPECIAL RURAL. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA NA ORIGEM. INSURGÊNCIA DA PARTE AUTORA. ÁREA INFERIOR AO MÓDULO RURAL QUE NÃO CONSTITUI ÓBICE À AQUISIÇÃO ORIGINÁRIA DA PROPRIEDADE. ART. 65 DO ESTATUTO DA TERRA QUE DEVE SER APLICÁVEL TÃO SOMENTE COM RELAÇÃO ÀS HIPÓTESES DE TRANSMISSÃO DO IMÓVEL. PREVALÊNCIA DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE. “1. A impossibilidade de divisão do imóvel em área inferior ao módulo rural estipulado pelo INCRA, estabelecida no art. 65 do Estatuto da Terra, conversa com as hipóteses de transmissão da propriedade, e não com as formas de aquisição originária, como é o caso da usucapião. 2. Quanto à usucapião de imóveis rurais, a Constituição Federal (art. 191) estabelece apenas o limite máximo correspondente a 50 hectares, sendo, pois, incabível a restrição infraconstitucional relativa à área mínima representada pelo módulo rural. 3. Comprovados os rígidos requisitos da usucapião extraordinária, viável a aquisição da propriedade, ainda que a gleba de terra seja inferior ao módulo rural estipulado para a localidade, sobretudo em razão do princípio da função social da propriedade. (TJSC, Apelação Cível n. 0001147-32.2009.8.24.0057, de Santo Amaro da Imperatriz, rel. Des. Jorge Luis Costa Beber, Primeira Câmara de Direito Civil, j. 13-07-2017).” MODALIDADES DE USUCAPIÃO. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE. APLICABILIDADE. RECONHECIMENTO DA USUCAPIÃO EXTRAORDINÁRIA. AUSÊNCIA DE CONTROVÉRSIA ACERCA DA POSSE MANSA, PACÍFICA, ININTERRUPTA E COM “ANIMUS DOMINI”, POR LAPSO SUPERIOR A 15 ANOS. REQUISITOS PREENCHIDOS. Em homenagem aos princípios da celeridade, economia processual, instrumentalidade das formas e, ainda, na razoável duração do processo, é possível, ao julgador, “ex officio” aplicar o princípio da fungibilidade caso o autor, na exordial, não eleja a modalidade de usucapião adequada ao caso em concreto, desde que não cause prejuízo à defesa e quando verificado, de forma escorreita, o preenchimento dos requisitos autorizadores para o reconhecimento da propriedade pela usucapião. TERRENO REGISTRADO EM ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. IRRELEVÂNCIA AO RECONHECIMENTO DA PROPRIEDADE. Não existe óbice à aquisição por meio de usucapião de área de preservação permanente, que está apenas sujeita à fiscalização e proteção pelo poder público (art. 23 da Constituição Federal), razão pela qual deve ser afastada a preliminar de carência de ação por impossibilidade jurídica do pedido. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO (TJSC, Apelação Cível n. 0301466-86.2016.8.24.0054, de Rio do Sul, rel. Des. André Carvalho, Primeira Câmara de Direito Civil, j. 10-5-2018 – grifo nosso).

Salienta-se que no caso em estudo, percebe-se que, além de a autora/apelante ter reunido os pressupostos da legislação material para o reconhecimento de seu domínio consoante suprafundamentado, vislumbra-se o preenchimento dos requisitos formais da ação, previstos no art. 941 e seguintes do CPC/1973, porquanto houve a juntada aos autos da planta topográfica e do memorial descritivo do imóvel (fls. 15-16) – contendo as devidas metragens e confrontações –, além do registro imobiliário (fls. 11-12). Outrossim, os confrontantes foram citados (fl. 46v), o réu certo e em lugar incerto e demais interessados (fl. 67-68), bem como foi nomeado curador especial ao demandado, que apresentou contestação (fls. 79-88). Observou-se ainda a notificação do Ministério Público em primeira e segunda instâncias (fls. 152-156 e 181-185).

Ademais, intimadas as Fazendas Públicas, em suas três esferas administrativas (fls. 44-45 e 48), o Município de Dionísio Cerqueira deixou o prazo fluir *in albis*, mas tanto o Estado de Santa Catarina quanto a União pleitearam nova apresentação de levantamento topográfico e planta de situação do imóvel, por entenderem pouco esclarecedoras as acostadas na exordial (fls. 53 e 55). A ora apelante se manifestou e pugnou pela aceitação daqueles documentos (fl. 57).

O feito prosseguiu sem que houvesse decisão acerca dos pleitos dos entes públicos, razão pela qual este Relator, vislumbrando o possível resultado deste julgamento, monocraticamente reconheceu como suficientes os documentos juntados aos autos e determinou a intimação do Estado de Santa Catarina e da União para manifestarem-se, definitivamente, acerca de eventual interesse na área objeto da lide (fls. 191-193). Em que pese devidamente intimadas (fls. 198-199), as referidas pessoas jurídicas de direito público não se pronunciaram (fl. 200), o que leva à conclusão de que não possuem interesse no imóvel em questão.

Mutatis mutandis, confira-se desta Corte:

Ação de usucapião. Imóvel que interferiria, em sua totalidade, com acrescido de marinha. Interesse da União manifestado após o trânsito em julgado da decisão. Recurso intempestivo. Alegação de que não houve intimação pessoal da decisão. Desnecessidade. Ausência de manifestação do ente público no momento oportuno, quando da apresentação de documentos complementares por ele solicitados. Feito que transcorreu de forma regular. Procedência do pedido. Inexistência de reexame necessário. Precedentes. Recurso não conhecido. Para que seja considerada parte ou interessada no processo, a União deve assumir posição processual definida ou demonstrar interesse jurídico plausível na causa em momento oportuno. Passado mais de um ano do trânsito em julgado da decisão, a apreciação do recurso configuraria grave atentado à coisa julgada, estando consolidada a propriedade dos demandantes sobre o imóvel, inclusive com o seu regular registro no Ofício competente. Assim sendo, é rejeitado também o argumento de que a decisão deveria se submeter à remessa necessária, posto que a União sequer pode ser considerada parte no processo, tampouco promover, a destempo, o seu deslocamento para a Justiça Federal (TJSC, Apelação Cível n. 2010.029494-5, da Capital, rel. Des. Pedro Manoel Abreu, Terceira Câmara de Direito Público, j. 21-8-2012 – grifo nosso).

Nesse contexto, verifica-se que a causa está madura para julgamento (art. 1.013, § 3º, I, do CPC/2015), razão pela qual, nos termos do art. 487, I, do CPC/2015, julga-se procedente o pleito inaugural a fim de declarar o domínio da autora sobre a área descrita na escritura pública e no memorial descritivo acostado às fls. 11-16.

Por corolário, diante do sucesso do recurso da apelante e a reforma da sentença vergastada para a procedência do pleito autoral, faz-se necessária a inversão dos ônus sucumbenciais, devendo o apelado arcar com a integralidade das despesas processuais e dos honorários advocatícios devidos ao patrono da parte contrária.

Salienta-se, para tanto, que, de acordo com o entendimento da Corte da Cidadania, para a fixação de verba sucumbencial decorrente de modificação da decisão de primeiro grau devem ser observadas as diretrizes da nova legislação processual, porquanto “a sucumbência rege-se pela lei vigente à data da deliberação que a impõe ou a modifica, na qual ficará estabelecido o decaimento das partes e os requisitos valorativos para a fixação dos honorários advocatícios” (AgInt nos Edcl no REsp n. 1592703/SP, rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, j. 10-10-2017, DJe 17-10-2017).

O art. 85, §2º, do CPC/2015 estabelece que:

Art. 85. A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor.

(...)

§ 2o Os honorários serão fixados entre o mínimo de dez e o máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa, atendidos:

I - o grau de zelo do profissional;

II - o lugar de prestação do serviço;

III - a natureza e a importância da causa;

IV - o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

A base de cálculo da verba honorária será o valor atualizado da causa (R\$ 9.596,90 – nove mil quinhentos e noventa e seis reais e noventa centavos), uma vez que não houve condenação e o proveito econômico não é mensurável.

In casu, verifica-se que: a) o causídico atuou com grau de zelo profissional dentro do esperado, porquanto apresentou as teses necessárias aos interesses de seu cliente e não se omitiu nos atos processuais; b) o escritório fica localizado em Comarca diversa na que tramitou o feito; c) trata-se de ação de média complexidade, pois houve necessidade de realização de audiência de instrução e julgamento e d) a tramitação processual, da inicial à sentença, levou 7 (sete) anos.

Por tais razões e fundamentos, fixa-se a verba honorária em favor do patrono da apelante

em 15% (quinze por cento) sobre o valor atualizado da causa, a ser suportado pelo apelado, por entender-se que tal montante se coaduna com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, observadas as premissas supraestabelecidas.

Ante o exposto, voto no sentido de conhecer do recurso e dar-lhe provimento para julgar procedente o pleito inicial, redistribuindo-se os ônus de sucumbência, conforme fundamentação supra.

Com o trânsito em julgado, expeça-se mandado ao Cartório de Registro de Imóveis para que, satisfeitas as obrigações fiscais, proceda ao registro da presente decisão, nos moldes art. 945 do CPC/1973.

Este é o voto.

SEGUNDA CÂMARA DE ENFRENTAMENTO DE ACERVOS

Apelação Cível n. 0003702-31.2005.8.24.0067, de São Miguel do Oeste

Relator Designado: Des. Hélio David Vieira Figueira dos Santos

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CONDENATÓRIA. ACIDENTE COM VÍTIMA FATAL. VIÚVA E FILHOS DO FALECIDO QUE POSTULAM REPARAÇÃO CIVIL. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. RECURSO DOS AUTORES.

ALMEJADA CONDENAÇÃO DOS DEMANDANTES. VOTO DA MAIORIA PELO PARCIAL ACOLHIMENTO DO APELO. RESPONSABILIZAÇÃO DO SEGUNDO, TERCEIRO, QUARTO E QUINTO RÉUS. RECONHECIDA CULPA CONCORRENTE. IMPRUDÊNCIA DA VÍTIMA QUE NÃO AFASTA A DOS RÉUS. DINÂMICA DOS FATOS QUE DEMONSTRA A CONCORRÊNCIA DE CULPAS. VÍTIMA ATINGIDA APÓS ROMPIMENTO DE CABO DE AÇO UTILIZADO EM REBOQUE DE CAMINHÃO. AÇÃO REALIZADA COM O USO DE RETROESCAVADEIRA. IMPRUDÊNCIA DO FALECIDO, QUE SE MANTEVE PRÓXIMO DOS AUTOMOTORES DURANTE A TRAÇÃO, E DE AMBOS OS CONDUTORES, QUE PROCEDERAM À MANOBRA SEM SE ATENTAR ÀS NORMAS DE SEGURANÇA. CULPA *IN VIGILANDO* DOS PROPRIETÁRIOS DO TRATOR E DO VEÍCULO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS, MORAIS E PENSÃO MENSAL. OBRIGAÇÃO SOLIDÁRIA E LIMITADA AO GRAU DE CULPABILIDADE DOS RÉUS. READEQUAÇÃO DOS ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA.

IMPROCEDÊNCIA MANTIDA, NO ENTANTO, EM RELAÇÃO À PRIMEIRA RÉ. AUSÊNCIA DE PROVA DA LIGAÇÃO DA EMPRESA COM O OCORRIDO OU DE SUA PROPRIEDADE SOBRE O VEÍCULO REBOCADO.

RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0003702-31.2005.8.24.0067, da comarca de São Miguel do Oeste 1ª Vara Cível em que são Apelantes Maria Zenaide Sima e outros e Apelados Lamocreia Madeireira Ltda e outros.

A 2ª Câmara de Enfrentamento de Acervos decidiu, por maioria deste Colegiado, dar parcial provimento ao apelo.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Exmos. Srs. Des. Álvaro Luiz Pereira de Andrade, Desa. Haidée Denise Grin, Desa. Bettina Maria Maresch de Moura e Des. Carlos Roberto da Silva.

Florianópolis, 28 de março de 2019.

Helio David Vieira Figueira dos Santos

Relator

RELATÓRIO

Trata-se de ação condenatória ajuizada perante a 1ª Vara Cível da Comarca de São Miguel do Oeste por Maria Zenaide Sima, Katuscia Sima, Katiane Sima e Claudio Sima Junior contra Nortolândia Madeiras Ltda, Ademir Vaz Fernandes, Juracy de Freitas, Luis Petrino Gonçalves e Lamocreia Madeira Ltda. Na petição inicial, os demandantes relataram que seu esposo/genitor, o Sr. Claudio Sima, faleceu em 17/04/2003, após acidente ocorrido por conta do rompimento de cabo de aço empregado para realização de reboque de veículo, do qual a vítima se encontrava próxima. Disseram que ambos os condutores envolvidos no infortúnio – Luis Petrino Gonçalves, que conduzia a máquina utilizada para efetuar a manobra, de propriedade da Lamocreia Madeira Ltda; e Juracy de Freitas, que dirigia o caminhão rebocado, pertencente a Nortolândia Madeiras Ltda e Ademir Vaz Fernandes – agiram com negligência, imprudência e imperícia. Explicaram que a vítima se aproximou do cabo de aço e, quando ele quebrou, acabou imprensada entre a pá da carregadeira e o caminhão. Assinalaram a responsabilidade de todos e postularam, por isso, indenização por danos materiais e morais, além de pensão mensal.

Na contestação, Nortolândia Madeiras Ltda suscitou sua ilegitimidade, ao argumento de que o caminhão jamais lhe pertenceu e que o requerido Juraci, na ocasião, transportava produto de propriedade dele, em seu dia de folga, ou seja, cuidava de atividades pessoais, não relacionadas à empresa. No mérito, alegou que nenhuma ação ou omissão pode ser imputada ao tratorista ou ao motorista de caminhão, apenas à própria vítima, a qual “*num ato de extrema solitudine*”, “*se prontificou a emprestar o cabo de aço*” para auxiliar no reboque, amarrando-o nos automotores e dando o comando para o quarto réu “*arrancar*”. Requereu, assim, o acolhimento da preliminar de ilegitimidade passiva e, subsidiariamente, a improcedência dos pedidos (p. 86/92).

Sobreveio notícia do óbito do réu Ademir Vaz Fernandes Lopes (p. 111). O espólio, na pessoa do inventariante, e as herdeiras Márcia Cristina dos Santos Lopes e Mara Pereira, ao contestarem o feito (esta por defensora nomeada na p. 232), repetiram as assertivas da Nortolândia Madeiras Ltda, apontando a culpa exclusiva da vítima (p. 139/142, 164/168, p. 235/239).

Em razão da revelia, nomeou-se curadora aos réus Juracy de Freitas e Luiz Petrino Gonçalves (p. 154), a qual apresentou contestação de forma genérica, no sentido de que os defendidos não contribuíram com o ocorrido (p. 176/177).

Pelo mesmo motivo, posteriormente, à demandada Lamocreia Madeira Ltda também se nomeou curadora (p. 207), cuja defesa se deu na mesma linha das demais (p. 210/213).

Houve réplica (p. 150/152, 181/182 e 244/245).

Encerrada a instrução, o juízo *a quo* julgou improcedentes os pedidos, por entender que os elementos probatórios não garantem segura conclusão sobre o modo pelo qual se sucedeu o acidente, consignando que aos autores pertencia o ônus da prova. Ante a sucumbência, condenou-

os ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes na monta de R\$ 2.000,00 para os patronos de cada réu, suspensa a exigibilidade da verba ante a concessão do benefício da gratuidade da justiça. Ainda, fixou estipêndios em favor das procuradoras nomeadas (p. 355/356).

Irresignados, os demandantes interpuseram recurso de apelação. Em suas razões, insistem que há prova concreta da responsabilidade dos réus. Referem que os documentos dos autos evidenciam que o falecido acabou imprensado entre a pá carregadeira do trator e o caminhão depois de ser atingido pelo cabo de aço utilizado por dois dos apelados, que conduziam veículos de propriedade dos demais, na condição de empregados destes, e que tudo resultou de manobra imprudente, imperita e negligente do tratorista e do caminhoneiro. Requerem, por isso, a reforma da sentença (p. 361/365).

Tempestivo o apelo e sendo os recorrentes beneficiários da justiça gratuita, com as contrarrazões (p. 368/370, p. 388/391), ascenderam os autos a esta Corte.

A PGJ, em parecer da lavra do Exmo. Sr. Dr. Procurador Vânio Martins de Faria, opinou pela manutenção da sentença (p. 399/406).

É o relatório.

VOTO

Aplica-se o Código de Processo Civil de 1973, na forma do Enunciado Administrativo n. 2, do Superior Tribunal de Justiça. Presentes os requisitos objetivos e subjetivos de admissibilidade, conhece-se do recurso.

1. Dever de indenizar

Ao examinar o conjunto probatório, este Colegiado, por sua maioria, concluiu que há elementos suficientes no sentido de que os fatos se sucederam por concorrência de culpas, dada vênua à compreensão do MM. Togado de origem e da Exma. Relatora.

De acordo com a certidão de óbito, o esposo/genitor dos autores faleceu após sofrer “*hemorragia aguda, traumatismo em quadril*” (p. 12).

Acerca do evento danoso, colhe-se do boletim de ocorrência que, em local próximo a uma cafeeira, “*o veículo [trator] modelo W-20E, marca case, estava puxando o veículo placa DA-3746, marca Mercedes Benz 1111, modelo 68 [caminhão], onde a vítima o senhor Claudio Lima aproximou-se do cabo de aço, [...] veio a quebrar e a vítima veio a ficar imprensada entre a pá carregadeira e o caminhão*” (p. 22).

Da declaração do réu Luis Petrino Gonçalves à autoridade policial, depreende-se que a vítima autorizou o início da manobra com a máquina, o tratorista o fez e parou sem ver “*que ele [a vítima] caiu*” (p. 29).

O relato do requerido Juracy de Freitas, condutor do caminhão que estava sendo rebocado, por sua vez, nada contribui para a elucidação da controvérsia – até porque apenas uma parte da narrativa é passível de compreensão; a outra encontra-se ilegível. Daquela, pode-se aferir tão somente que o declarante “*estava fazendo a entrega de café na cafeeira*” (p. 30).

A única testemunha ouvida pelo juízo foi o policial militar acionado para atender a ocorrência, Sr. Wellington Fernando de Souza Sena. Ao que já se sabia, o testigo acresceu que o cabo de aço, ao se romper, acertou e cortou a vítima no abdômen (p. 327).

É inegável, nesse contexto, que não há a comprovação da exata dinâmica dos fatos. A despeito disso, inexistente dúvida de que o Sr. Claudio Sima – que não guardava relação alguma com as empresas ou os condutores réus – ao tentar auxiliar a ação de reboque de um caminhão, acabou sendo fatalmente atingido pelo cabo de aço preso à máquina que efetuava a manobra.

Nesse cenário, impossível ignorar a imprudência da conduta da vítima, que não se certificou de que o cabo estava suficientemente amarrado nem de que suportava aquela tração, e ainda permaneceu em área de risco depois de ordenar que o tratorista iniciasse o ato. Aliás, de acordo com a assertiva da defesa (não refutada pelos autores), o cabo pertencia ao próprio falecido, de modo que apenas ele poderia ter ciência sobre a qualidade do instrumento e o peso que poderia suportar.

Porém, igualmente evidente que o tratorista deixou de observar regras mínimas de condução e manejo de máquinas dessa natureza. O quarto réu, conquanto conhecedor do perigo inerente à utilização da retroescavadeira, deu a partida sabendo que havia um indivíduo muito próximo do local e sem se certificar de que a vítima, que ele nem sequer conhecia, havia colocado o cabo de maneira adequada e segura. Também não advertiu a vítima dos perigos da manobra nem pediu que se afastasse como medida de cautela, providência extremamente recomendável em procedimentos dessa natureza.

Outrossim, com a mesma imprudência e negligência procedeu o motorista do caminhão, que também deveria ter se assegurado de que a manobra da qual se beneficiava estava sendo executada conforme as normas de segurança e sem ameaçar a incolumidade física dos envolvidos.

1.1. A concorrência de culpas, nesse cenário, revela-se incontestável. Entretanto, a conduta da vítima – que, a bem da verdade, se colocou naquela posição voluntariamente, forneceu e amarrou o cabo que veio a romper e não se distanciou do local da manobra – no quesito grau de culpabilidade, prepondera em relação à dos réus. Nessa perspectiva, sopesando as particularidades do caso e o concurso das partes para a consecução do evento danoso, deve-se compreender que a vítima participou com 70% da culpa e os réus, com 30%.

Também há de se enunciar a solidariedade passiva. É que, naquele momento, para a execução da manobra em questão, os motoristas (do trator e do caminhão) formularam acordo de vontades – ainda que informalmente –, tendo por intuito comum a realização de ato único – o reboque do automóvel. Assumiram conjuntamente, portanto, a responsabilidade pelos danos resultantes da ação por eles coordenada.

Assim, conforme art. 265, parte final, do Código Civil, reconhece-se a obrigação solidária dos

requeridos Juracy de Freitas e Luis Petrino Gonçalves em relação à indenização debatida nestes autos.

Por conseguinte, respondem também solidariamente os requeridos Ademir Vaz Fernandes e Lamocreia Madeira Ltda, na condição de proprietários, respectivamente, do caminhão conduzido pelo réu Juracy (documento de autorização para transferência de veículo na p. 24) e da retroescavadeira manobrada pelo réu Luis (boletim de ocorrência na p. 20), por culpa *in vigilando*. Sobre o tema, veja-se, desta Corte: Ap. Cív. n. 0001291-47.2012.8.24.0074, Rel^a. Des^a. Denise Volpato, j. 09/05/2017; Ap. Cív. n. 0011395-23.2009.8.24.0036, Rel. Des. Rubens Schulz, j. 13/07/2017.

1.2. Entretanto, não é possível acolher a pretensão dos demandantes contra a ré Nortolândia Madeira Ltda. Ao contrário do sustentado na petição inicial, como já dito, o proprietário do automóvel com problemas mecânicos era Ademir Jaz Fernandes (p. 20), segundo réu.

A declaração do condutor do caminhão, no sentido de ser “*motorista do Mercedes da firma Nortolândia Madeira*” (p. 30), por si só, não afasta a presunção de veracidade derivada do documento oficial do veículo. Não se ignora que o requerido Ademir era genitor de um dos sócios da primeira ré (contrato social de p. 94 e termo de compromisso de inventariante de p. 144), mas isso não autoriza a presunção de que o caminhão na verdade pertencia à empresa, embora registrado em nome de outrem.

Ademais, igualmente injustificável a condenação da Nortolândia tão somente pela relação de trabalho existente entre ela e Juracy. Isso seria possível, por exemplo, se o acidente tivesse ocorrido em virtude do exercício das atividades da madeireira, o que não ocorreu, pois os fatos se deram em dia de feriado (17/04/2003, “quinta-feira Santa”) e enquanto Juracy entregava café, tarefa que não se insere nas afetas ao objeto social da empresa ré, que se dedica à extração e ao comércio de madeira na região (p. 94). É dizer, ao que tudo indica, naquela ocasião específica, o trabalhador desempenhava atividade pessoal ou prestava serviços a terceiro não identificado.

Sob essa ótica, não há falar em responsabilidade da primeira requerida, devendo a condenação se limitar aos demais demandados.

2. Quantificação dos danos

Uma vez reconhecida a responsabilidade solidária dos réus Ademir Vaz Fernandes, Juracy de Freitas, Luis Petrino Gonçalves e Lamocreia Madeira Ltda pela reparação dos danos causados aos autores, na proporção delineada alhures (70/30), cumpre prosseguir com o dimensionamento dos prejuízos apontados.

Postulam os recorrentes a condenação dos recorridos ao pagamento de indenização por danos materiais, no valor das despesas do funeral; danos morais; e pensão mensal aos dependentes da vítima, na monta de 2/3 da remuneração do falecido (3,3 salários-mínimos) em relação à viúva, até a data em que completaria 65 anos (considerando que faleceu aos 47), e de 1/3 do mesmo parâmetro quanto aos filhos, até a data em que completarem 25 anos, demandando inclusive as prestações vencidas.

2.1. A obrigação do causador do dano no que toca aos gastos relacionados ao funeral da vítima de acidente de trânsito é indiscutível.

Na hipótese, verifica-se que os demandantes comprovaram despesa de R\$ 2.200,00, conforme se extrai da nota promissória entregue à respectiva funerária (p. 33), razão pela qual, adotada a compreensão de que houve culpa concorrente, devem os réus ressarcir 30% do prejuízo material dos apelantes, ou seja, R\$ 660,00, com correção monetária e juros moratórios a partir do desembolso (18/05/2003).

2.2. Também é devida aos dependentes da vítima indenização por danos morais.

Sabe-se que, nessa modalidade de reparação civil, cabe ao julgador, de acordo com as peculiaridades de cada caso concreto e com base nas regras da razoabilidade e da proporcionalidade, atentando-se ao caráter compensatório do instituto, arbitrar *quantum* adequado, que não se mostre irrisório, tampouco gere enriquecimento sem causa do ofendido (STJ, AgRg no AI n. 1.259.457/RJ, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, j. 13/04/2010; TJSC, AC n. 2012.050604-2, Rel. Desa. Maria do Rocio Luz Santa Ritta, Terceira Câmara de Direito Civil, j. em 23/10/2012).

Pois bem. A presente lide não versa sobre acidente de trânsito comum. Na verdade, definir o ocorrido como 'acidente de trânsito' é apenas uma forma de incluir a demanda em alguma categoria processual. As circunstâncias que envolvem a morte do esposo/genitor dos autores são bastante chocantes, embora não possam ser consideradas inesperadas, como já se referiu.

Assim é que, no caso em apreço, para quantificação dos danos morais, pode-se até levar em conta valores arbitrados em julgados que têm por objeto o falecimento de familiares como uma forma de referência, mas dificilmente se encontrará outra situação como esta para que se possa estabelecer importe aproximado.

Com efeito, não há dúvida do extraordinário sofrimento dos demandantes, que tiveram/têm de lidar com tamanha tragédia – na qual seu esposo/genitor, ao tentar auxiliar pessoas que nem sequer conhecia a rebocar veículo com problemas mecânicos, foi atingido por cabo de aço que se rompeu durante a tração, ficando imprensado entre a pá carregadeira e o caminhão.

Nessa conjuntura, para dimensionar os danos extrapatrimoniais experimentados, tendo em mente a gravidade, a intensidade e a profundidade do padecimento, assim como as condições sócio-culturais e econômicas dos envolvidos, revela-se adequada a monta de R\$ 100.000,00 para cada um dos demandantes.

Logo, os apelados, culpados pelo evento danoso no patamar de 30%, devem indenizar (solidariamente) os danos morais de cada apelante com a quantia de R\$ 30.000,00, acrescida de juros moratórios e correção monetária a partir desta data. Fica ressalvado que esse é o valor integral devido a cada apelante no dia de hoje, de forma que não foi negligenciado o critério estabelecido na Súmula 54 do STJ.

2.3. Igualmente, merece acolhimento a pretensão de arbitramento de pensão mensal aos

dependentes do falecido. A dependência econômica entre cônjuges e de crianças e adolescentes em relação aos pais é presumida e o direito à indenização por pensionamento decorre de expressa previsão legal (art. 948, II, do Código Civil).

Observa-se que a primeira autora e o falecido eram casados à época do evento danoso (p. 13) e que os filhos do casal (autores Katuscia, Katiane e Claudio) tinham 17, 14 e 11 anos de idade, nessa ordem (p. 16/21). Ainda, sabe-se que a vítima auferia R\$ 760,00 mensais (equivalentes a aproximadamente 3,2 salários mínimos, considerando o valor então vigente).

A jurisprudência sedimentou entendimento no sentido de que o pensionamento é devido *“desde a data do óbito, aos filhos menores até completarem 25 anos e ao viúvo até que a vítima completasse 70 anos, se antes não vier a falecer ou contrair novas núpcias, assegurado o direito de crescer”* (TJSC, Ap. Cív. n. 2011.042255-4, Rel. Des. Saul Steil, Terceira Câmara de Direito Civil, j. 12/07/2011). Sopesa-se, para o cálculo da verba, a fração de 2/3 dos proventos do cônjuge falecido para a viúva e 1/3 do mesmo parâmetro para cada filho.

Não obstante, o pedido inaugural é de pagamento de pensão à viúva até 24/06/2020, data em que a vítima completaria 65 anos (p. 7/8). Por isso, esse deve ser o termo final do cômputo quanto à primeira autora; para os descendentes, o limite é a data em que completaram 25 anos.

Destarte, porque inconteste a obrigação legal da vítima de contribuição ao sustento de sua família, inegável o dever dos causadores do dano de arcar com a verba, nos limites de sua responsabilidade (30% sobre o valor total correspondente ao período devido). As parcelas vencidas devem ser pagas em parcela única, com correção monetária a contar do vencimento de cada prestação e juros moratórios de 1% ao mês desde o evento danoso até o efetivo pagamento. No que toca às parcelas vincendas, incumbe aos réus constituírem capital, no prazo de 60 dias, salvo se optarem por adimplir integralmente a obrigação, ficando dispensados do oferecimento da aludida garantia.

3. Ônus sucumbenciais

Modificada a sentença para dar parcial procedência ao pleito em relação aos réus Ademir Vaz Fernandes, Juracy de Freitas, Luis Petrino Gonçalves e Lamocreia Madeira Ltda, cumpre readequar os ônus da sucumbência. Na sentença, os autores foram condenados ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios de R\$ 2.000,00 aos procuradores de cada demandado.

Devido à presente reforma, no que concerne aos culpados pelo evento danoso, deve-se fixar os estipêndios sobre o valor da condenação (abrangendo, no que toca ao pensionamento, as parcelas vencidas e doze vincendas), no patamar de 15%. O numerário leva em conta os critérios do art. 20, § 3º, do CPC/73, quais sejam, o grau de zelo dos profissionais que atuaram no feito, o lugar de prestação dos serviços, a complexidade da causa e o tempo de duração da demanda (doze anos, até esta data).

Em razão do grau de culpabilidade atribuído aos requeridos, inclui-se na condenação, então, o pagamento de 30% das custas e da verba honorária estipulada alhures.

Incumbe aos demandantes, por sua vez, o custeio das despesas e honorários remanescentes (70%), a serem divididos igualmente pela defesa de cada demandado.

Por derradeiro, no tocante à Nortolândia Madeireira Ltda, mantida a improcedência dos pedidos, permanece inalterada a sentença quanto à verba honorária devida pelos apelantes (R\$ 2.000,00).

Como não houve insurgência neste ponto, a exigibilidade dos encargos de sucumbência, em relação aos autores, continua suspensa, dada a concessão da gratuidade da justiça.

Ante o exposto, por decisão da maioria deste Colegiado, vota-se para dar parcial provimento ao apelo, a fim de acolher em parte os pedidos inaugurais. Consoante fundamentação supra, reconhece-se a culpa concorrente da vítima e dos réus Ademir Vaz Fernandes, Juracy de Freitas, Luis Petrino Gonçalves e Lamocreia Madeira Ltda, na proporção de 70/30, condenando-se estes ao pagamento de indenização por danos materiais, morais e pensão mensal, além dos ônus da sucumbência, tudo nos limites de sua responsabilidade (30%). Aos autores incumbe o custeio das custas processuais e honorários advocatícios remanescentes, bem como dos estipêndios devidos aos procuradores da Madeira Nortolândia Ltda, sobre a qual a improcedência é mantida.

Este é o voto.

Apelação Cível n. 0005125-16.2007.8.24.0080, de Xanxerê

Relatora: Desa. Subst.: Betina Maria Maresch de Moura

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. ATRASO E MÁ QUALIDADE NO CONSERTO DE VEÍCULO SINISTRADO. DEMANDA DEFLAGRADA PELA PROPRIETÁRIA CONTRA A OFICINA E FABRICANTE. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA. IRRESIGNAÇÃO DA RÉ IVECO LATIN AMÉRICA LTDA E DA AUTORA.

AGRAVO RETIDO DA RÉ. IRRESIGNAÇÃO NO TOCANTE AO INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE QUEBRA DE SIGILO FISCAL DA AUTORA. DESPROVIMENTO. PROVA DOS LUCROS CESSANTES, QUE COMPETE ÀQUELE QUE OS REQUER. INSUFICIÊNCIA DOS DOCUMENTOS APRESENTADOS PELA AUTORA, QUE DEVE SER ANALISADA COM O MÉRITO.

APELAÇÃO DA AUTORA.

INTEMPESTIVIDADE DAS CONTESTAÇÕES. PLEITO QUE JÁ HAVIA SIDO AFASTADO, ATRAVÉS DE DECISÃO INTERLOCUTÓRIA IRRECORRIDA. PRECLUSÃO CONSUMATIVA. REFERÊNCIA EM SENTENÇA, QUE NÃO TEM O CONDÃO DE REABRIR A POSSIBILIDADE DE DEBATE. PONTO NÃO CONHECIDO.

SUBSUNÇÃO DA RELAÇÃO JURÍDICA À LEGISLAÇÃO CONSUMERISTA. TESE ARREDADA. AUTORA QUE SE TRATA DE PESSOA JURÍDICA. VEÍCULO UTILIZADO PARA A CONSECUÇÃO DE SUA ATIVIDADE EMPRESARIAL. AUSÊNCIA DE ENQUADRAMENTO, A PRINCÍPIO, NA CONDIÇÃO DE CONSUMIDORA. EXORDIAL QUE SEQUER SUSCITA SUA VULNERABILIDADE OU HIPOSSUFICIÊNCIA, A PERMITIR AO JULGADOR, SUA ANÁLISE PARA FINS DE APLICAÇÃO DA TEORIA FINALISTA MITIGADA. ÔNUS DA PROVA QUE COMPETIA À AUTORA, A TEMPO E MODO. SOLIDARIEDADE ENTRE AS EMPRESAS QUE NÃO SE PRESUME, MAS DECORRE DE LEI OU VONTADE DAS PARTES.

A vulnerabilidade do consumidor pessoa física constitui presunção absoluta no Diploma Consumerista, não necessitando de qualquer comprovação outra para demonstrar o desequilíbrio existente entre consumidor e fornecedor nas relações jurídicas estabelecidas entre si. No entanto, vale lembrar que no caso de consumidor pessoa jurídica ou profissional – como é o caso, por exemplo, das microempresas e dos profissionais liberais – tal comprovação é pressuposto sem o qual não será possível a utilização das regras tutelares do CDC para alcançar tais pessoas em suas relações de consumo. (Fabricio Bolzan. Direito do Consumidor Esquematizado. 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2015, p. 208)

DANOS EMERGENTES. COMPLEMENTAÇÃO DA REFORMA E RESSARCIMENTO DOS VALORES RELATIVOS A MULTA, POR RESCISÃO DE CONTRATO DE COMPRA E VENDA. AUSÊNCIA DE NEXO DE CAUSALIDADE COM A PRESTAÇÃO DO SERVIÇO E ILEGITIMIDADE DA EMPRESA PLEITEAR, EM NOME PRÓPRIO, SUPOSTO PREJUÍZO DE SEU SÓCIO ADMINISTRADOR. INDENIZAÇÃO INDEVIDA.

DANOS MORAIS. DESCABIMENTO. INEXISTÊNCIA DE PROVAS DE QUE ATINGIDA A HONRA OBJETIVA DA PESSOA JURÍDICA. TRANSTORNOS AO SÓCIO PROPRIETÁRIO, QUE NÃO PODEM SER INVOCADOS PELA EMPRESA.

APELAÇÃO DA RÉ.

ILEGITIMIDADE PASSIVA E AUSÊNCIA DE ATO ILÍCITO. INSUBSISTÊNCIA. PREFACIAL QUE

SE CONFUNDE COM O MÉRITO. INEXISTÊNCIA DE NEGATIVA QUANTO A SITUAÇÃO DE “PONTO ASSISTENCIAL” DA MARCA PELA CO-RÉ, ATRAVÉS DE CONTRATO MANTIDO COM CONCESSIONÁRIA. RESPONSABILIDADE POR PROVER A PARCEIRA COM AS PEÇAS NECESSÁRIAS AO CONSERTO DE VEÍCULOS DA MARCA E EM TEMPO RAZOÁVEL. PROVA PRODUZIDA QUE DEIXA ASSENTE A DEMORA INJUSTIFICADA, NA REMESSA DOS COMPONENTES.

INSURGÊNCIA COMUM.

LUCROS CESSANTES. RÉ QUE PRETENDE SEU AFASTAMENTO E, SUBSIDIARIAMENTE, A REDUÇÃO DO SEU VALOR. AUTORA QUE VISA INDENIZAÇÃO, PELO PERÍODO INTEGRAL EM QUE O VEÍCULO FICOU PARALISADO. PRETENSÕES DESACOLHIDAS. VEÍCULO DA AUTORA QUE ERA UTILIZADO PARA TRANSPORTE NA MODALIDADE DE FRETE. PREJUÍZO PRESUMÍVEL. NOTAS FISCAIS ACOSTADAS, QUE PERMITEM A APURAÇÃO DA RENDA BRUTA MÉDIA. FIXAÇÃO DA VERBA MENSAL EM 30% (TRINTA POR CENTO) SOBRE O FATURAMENTO, JÁ ABATIDAS AS DESPESAS, QUE SE MOSTRA ADEQUADA ÀS PARTICULARIDADES DO CASO CONCRETO. REPARAÇÃO QUE, ADEMAIS, CONSIDEROU A DATA EM QUE A SEGURADORA TERIA AUTORIZADO O CONSERTO E OS PRAZOS - RAZOÁVEL E ACORDADO - PARA O ATENDIMENTO DOS SERVIÇOS (REMESSA DAS PEÇAS E CONSERTO)..

AGRAVO RETIDO E APELAÇÃO DA RÉ CONHECIDOS E DESPROVIDOS. APELAÇÃO DA AUTORA CONHECIDA EM PARTE E, NESTA, DESPROVIDA.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0005125-16.2007.8.24.0080, da comarca de Xanxerê, 2ª Vara Cível, em que é Apelante/Apeladas Máquinas Triunfo Ltda ME e Iveco Latin América Ltda e Apelada.

A Segunda Câmara de Enfrentamento de Acervos decidiu, por unanimidade, conhecer do Agravo Retido e da Apelação interpostos pela Ré Iveco e negar-lhes provimento; conhecer em parte da Apelação manejada pela Autora e, nesta, negar-lhe provimento. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Helio David Vieira Figueira dos Santos, com voto e dele participou o Des. Álvaro Luiz Pereira de Andrade.

Florianópolis, 28 de fevereiro de 2019.

Bettina Maria Maresch de Moura

Relatora

RELATÓRIO

Máquinas Triunfo Ltda ME ajuizou “*Ação de Indenização por Lucros Cessantes, cumulada com Perdas e Danos e Danos Morais*” contra Iveco Latin América Ltda e Firenze Veículos Ltda sustentando, em síntese, que é sucessora da empresa Lamivel Laminados Ltda, proprietária do caminhão-trator marca/modelo IMP/IVECO FIAT E 4500 E 37T, placas HRO 5412, o qual, em 22.10.2004, por conta de acidente de trânsito, foi levado a conserto junto a segunda Ré (oficina). Referiu que a Ré Firenze se comprometeu a promover os reparos no prazo máximo de 30 (trinta)

dias, após a autorização da seguradora, porém, decorrido o período, o caminhão não foi consertado, sob o argumento de que a Ré Iveco teria atrasado o envio das peças, que viriam da Itália. Depois de inúmeros contatos com as Rés, o veículo foi entregue em meados de 2005, apresentando diversas falhas, o que motivou a realização de novos reparos. Afirmou que a situação lhe causou inúmeros prejuízos de ordem material e moral, bem como impediu que seu sócio-administrador adimplisse prestações do financiamento de um apartamento ocasionando, inclusive, a sua rescisão. Com base no Código de Defesa do Consumidor, requereu a condenação das Rés ao pagamento de danos materiais e morais. Valou a causa e juntou documentos (fls. 29/122).

Citada (fl. 128), a Ré Iveco Latin América Ltda apresentou contestação, acompanhada de documentos (fls. 172/207). Suscitou, prefacialmente, a sua ilegitimidade passiva, posto que a causa de pedir diria respeito a falha no serviço prestado pela oficina, bem como a ausência de interesse de agir, no tocante ao pedido de indenização por danos morais. No mérito, sustentou que a Ré Firenze solicitou as peças somente em 22.12.2004, depois de 02 (dois) meses do acidente, o que lhe isentaria de responsabilidade pelo atraso. Esclareceu que a mecânica não efetuou pedido com urgência, deixando de indicar que o caminhão estava parado (*break down*), razão pela qual o procedimento tramitou de forma regular, sem prioridade. Asseverou que a demora no conserto ocorreu por culpa exclusiva da oficina; que não pode ser responsabilizada pela má prestação de serviços mecânicos e que a Autora não informou a data em que o caminhão foi deixado na oficina Chassi Laser Peças e Serviços, empresa que não é sua autorizada, impedindo que o orçamento desta, seja considerado para fins de apuração dos prejuízos. Por fim, asseverou que não se aplicam as regras previstas no Código de Defesa do Consumidor ao vertente caso, rechaçou os pleitos iniciais e impugnou os documentos apresentados. Postulou o oficiamento à Receita Federal, para comprovação dos rendimentos da Autora.

Por sua vez, a Ré Firenze Veículos Ltda foi citada à fl.169. Em defesa (fls. 245/250), aduziu que a seguradora da Autora exigiu diversos orçamentos e vistorias, antes de autorizar a cobertura para conserto do caminhão-trator. Diante da demora na liberação, os trabalhos somente tiveram início em 22.04.2005, conforme ordem de serviço n. 002374, no valor de R\$ 28.173,41 (vinte e oito mil, cento e setenta e três reais e quarenta e um centavos), com previsão de encerramento para 27.05.2005. Mencionou que não houve cobertura, pela seguradora, de serviços no valor de R\$ 6.000,00 (seis mil reais), os quais foram aprovados e custeados pela própria Autora. Informou que os reparos iniciaram-se em 23.04.2005, encerrando em 30.05.2005. Depois de finalizada esta etapa, a Autora não restou satisfeita com a restauração, exigindo a substituição de algumas peças. Foi então encaminhada nova ordem serviço à seguradora, que a autorizou em 31.05.2005, tendo o reparo sido concluído no mesmo dia. Ressaltou que ao contrário do narrado na exordial, a seguradora não autorizou a realização do conserto 08 (oito) dias após a data do acidente, destacando que foram inúmeros os problemas enfrentados pela oficina, sendo que *“inicialmente a dificuldade para que a seguradora da requerente aceitasse a substituição das peças apresentadas nos orçamentos, depois a requerente decidiu pagar as peças e serviços não autorizados e por fim a falta de peças”*. Atribuiu a responsabilidade pela demora à Ré Iveco, a quem foram solicitadas as peças em 29.12.2004, com atendimento em março de 2005. Rechaçou a versão de vício na prestação do serviço, impugnando laudos de oficinas não autorizadas, que desconsideraram o desgaste natural decorrente do uso do

veículo. Por fim, insurgiu-se quanto a sua responsabilidade pelo atraso no conserto e pelos eventuais danos decorrentes, atribuindo-os exclusivamente à montadora. Requereu a improcedência dos pedidos, com as demais cominações de praxe. Juntou documentos (fls. 251/300).

Houve réplica (fls. 304/331), com pedido de reconhecimento da revelia das Rés, sob o argumento de intempestividade das defesas.

Às fls. 333/335 foi anexada decisão proferida em exceção de incompetência, oposta pela Ré Firenze. O incidente foi rejeitado, mantendo-se a ação na Comarca de Xanxerê/SC.

Designada audiência de conciliação e saneamento (fl. 336), não houve composição (fl. 353).

Às fls. 360/361 restou rejeitada a alegação de extemporaneidade das contestações e deferida a prova oral.

Em audiência de instrução (fl. 382), foi colhido o depoimento do representante legal da Autora e de 01 (uma) testemunha. Na oportunidade, a Ré Iveco reiterou o pedido de quebra de sigilo fiscal da parte *ex adversa*.

O requerimento foi indeferido em *decisum* de fls. 394/395, do qual a montadora interpôs agravo retido (fls. 414/417). A Autora apresentou suas contrarrazões às fls. 428/430.

Em continuidade à instrução processual, restou ouvida mais 01 (uma) testemunha, através de carta precatória (fls. 409/410).

Alegações finais pela Autora (fls. 507/515) e pela Ré Iveco (fls. 516/521).

Sobreveio sentença (fls. 524/529-v), onde a Magistrada singular afastou a aplicação do Código de Defesa do Consumidor e assim decidiu:

“[...] 3. Diante de todo o exposto, com base no art. 269, inciso I, do Código de Processo Civil, JULGO PROCEDENTE EM PARTE os pedidos formulados pela autora MÁQUINAS TRIUNFO LTDA para condenar as requeridas a pagar as seguintes verbas:

a) Condenar a requerida IVECO LATIN AMERICA LTDA a pagar lucros cessantes à autora no valor de R\$ 14.522,08, montante atualizado monetariamente pelo INPC desde 31 de março de 2005 e acrescido de juros de mora de 12% ao ano a contar da citação válida.

b) Condenar a requerida FIRENZE VEÍCULOS LTDA ao pagamento de lucros cessantes no valor de R\$ 7.261,04, montante a ser atualizado monetariamente pelo INPC desde 31 de maio de 2005 e acrescido de juros de mora de 12% ao ano a contar da citação válida, como também ressarcir à autora dos valores representados nas notas fiscais de fls. 68, 70, 71 e 78, ou seja, o valor de R\$ 1.461,49, a ser atualizado monetariamente pelo INPC a contar da data de cada nota fiscal e acrescido de juros de mora legais (12% ao ano) a contar da citação válida.

Diante da sucumbência recíproca, condeno a autora ao pagamento de 50% das custas processuais, a requerida Iveco Latin America Ltda ao pagamento de 20% das custas processuais e a requerida Firenze Veículos Ltda ao pagamento de 30% das custas processuais. Condeno a autora a pagar a cada qual dos patronos das

requeridas honorários advocatícios de R\$ 1.500,00. Por sua vez, condeno as requeridas ao pagamento de verba honorária ao advogado da autora de 15% sobre o valor a que restou condenada, respectivamente. Os honorários advocatícios podem ser compensados, na forma da Súmula 306 do STJ.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Após o trânsito em julgado, nada sendo requerido em 30 dias, archive-se. [...]

Irresignada, a Autora apelou (fls. 533/522). Sustenta, prefacialmente, que não houve prazo em dobro para contestar, razão pela qual as contestações foram apresentadas de maneira intempestiva. No mérito, defendeu a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor ao vertente caso e, por consequência, a possibilidade de inversão do ônus da prova e reconhecimento da responsabilidade solidária das Rés pelos danos suscitados na exordial. Refere ainda, que são devidos lucros cessantes pelo período de 07 (sete) meses, levando-se em consideração o tempo efetivo em que o caminhão permaneceu parado para o conserto; indenização por danos emergentes, em razão da necessidade de realização de novos reparos e por danos morais, estes decorrentes do prejuízo causado à imagem da empresa, gerando inclusive, problemas para o seu sócio. Requer a reforma parcial da sentença.

A Ré Iveco Latin America Ltda também apelou (fls. 555/574). Requer, preliminarmente, a análise do agravo retido interposto às fls. 414/416, bem como o reconhecimento de sua ilegitimidade passiva. No mérito, argumenta que não praticou nenhum ato ilícito, sendo que não pode “*ser responsabilizada pela demora no envio de peças, quando sequer sabia de sua urgência*”, salientando que as correspondências enviadas pela Ré Firenze, foram destinadas à empresa estranha aos autos. Refere ainda, falta de prova quanto aos lucros cessantes. Sucessivamente, pleiteia a redução do valor.

Intimadas, somente a Ré Iveco apresentou contrarrazões (fls. 578/593).

Os autos ascenderam a esta Corte.

Este é o relatório.

VOTO

1. Da admissibilidade dos recursos

A decisão recorrida foi publicada quando ainda em vigor o Código de Processo Civil de 1973, devendo este regramento ser utilizado para análise do recebimento dos recursos.

Neste sentido, é orientação do Superior Tribunal de Justiça, através do Enunciado Administrativo n. 2:

“Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas, até então, pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.”

Pertinente ao Agravo Retido manejado pela Apelante/Ré Iveco, houve expressa reiteração nas suas razões de apelação (fl. 569), em cumprimento a exigência do artigo 523 do CPC/73.

Por outro lado, a apelação interposta pela Autora merece ser conhecida apenas em parte. A questão atinente à preliminar de intempestividade das contestações, já se encontra preclusa, tendo a Magistrada sentenciante, em evidente equívoco, renovado entendimento já anteriormente esposado.

A prefacial foi apreciada na decisão interlocutória de fls. 360/361, em relação a qual, não foi interposto recurso, sendo vedada a rediscussão do tema, conforme prescrevia o art. 473 do CPC/73 (atual art. 507 do CPC/2015):

“É defeso à parte discutir, no curso do processo, as questões já decididas, a cujo respeito se operou a preclusão.”

Comentando a circunstância, sob a ótica do regramento então em vigência (CPC/73), ensina Humberto Theodoro Júnior:

[...] Embora não se submetam as decisões interlocutórias ao fenômeno da coisa julgada material, ocorre frente a elas a preclusão, de que defluem consequências semelhantes às da coisa julgada formal.

Dessa forma, as questões incidentalmente discutidas e apreciadas ao longo do curso processual não podem, após a respectiva decisão, voltar a ser tratadas em fases posteriores do processo.

Não se conformando a parte com a decisão interlocutória proferida pelo juiz (art. 162, § 2º), cabe-lhe o direito de recurso através do agravo (art. 522) [...] (Curso de Direito Processual Civil. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 548-550, v. 1)

Sobre o tema, já decidiu esta Corte:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO MONITÓRIA. CHEQUE. SENTENÇA QUE REJEITOU OS EMBARGOS MONITÓRIOS. RECURSO DO EMBARGANTE. ALEGAÇÃO DE INÉPCIA DA INICIAL POR FALTAR REQUISITO ESSENCIAL DA AÇÃO MONITÓRIA, PRETENDIDA CONEXÃO ENTRE DIVERSAS AÇÕES JUDICIAIS, E ALMEJADA DENUNCIAÇÃO À LIDE DOS EX-SÍNDICOS DO APELANTE E DA EMPRESA PARA A QUAL O CHEQUE FOI NOMINADO. TESES QUE JÁ FORAM DECIDIDAS POR DECISÃO INTERLOCUTÓRIA, A QUAL NÃO FOI ATACADA PELO RECURSO CABÍVEL. PRECLUSÃO RECONHECIDA. “Mesmo na hipótese de matéria de ordem pública, se já houve decisão no curso do processo, a ausência de impugnação por meio de recurso próprio traduz aceitação e conformismo com o teor do decisum, o que obsta a renovação da discussão em torno da mesma temática, pois fulminada pela preclusão.” (Apelação Cível n. 2015.054040-7, Rel. Des. Dinart Francisco Machado, j. em 24/5/2016). [...] (Apelação Cível n. 0006415-53.2014.8.24.0005, Primeira Câmara de Direito Comercial. Rel. Des. Rogério Mariano do Nascimento. Data do julgamento: 08.02.2018) (g.n.)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSUAL CIVIL. IMPUGNAÇÃO AO CUMPRIMENTO DE

SENTENÇA. [...] CONDIÇÕES DA AÇÃO. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. EXAME ORIGINÁRIO. PRECLUSÃO. NÃO OCORRÊNCIA. - **As condições da ação são matérias de ordem pública e, como tal, cognoscíveis e reconhecíveis, a requerimento da parte interessada ou de ofício pelo juiz, em qualquer tempo e grau de jurisdição, de modo que não há falar em preclusão temporal ou lógica em desfavor de seu exame originário, cabendo apenas preclusão consumativa em desfavor de seu reexame, caso expressamente já apreciadas.** [...] (Agravado de Instrumento n. 4004605-82.2017.8.24.0000, Quinta Câmara de Direito Civil. Rel. Des. Henry Petry Júnior. Data do julgamento: 30.01.2018) (g.n.)

E, diga-se, a apelação (manejada em decorrência do já mencionado equívoco em se reanalisar a questão), sequer apresenta argumento para revisão do entendimento exposto, sendo mera repetição do que deduzido em réplica (fl. 305).

No mais, presentes os pressupostos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade, conheço dos recursos.

2. Do agravo retido da Ré Iveco

Insurge-se a Apelante/Ré Iveco contra a decisão de fls. 394/395, que indeferiu a quebra do sigilo fiscal da Apelada/Autora. Sustenta a pertinência da medida, a fim de que restem comprovados os reais rendimentos/lucros que eram auferidos pela Apelada/Autora, no período que antecedeu o acidente de trânsito e a paralisação do veículo, para fins de reparo. Refere que o indeferimento da ordem, implica em cerceamento de defesa.

A insurgência não prospera.

Como bem ressaltado pela magistrada de primeiro grau, a prova atinente aos lucros cessantes compete a parte que os requer. Se os documentos acostados pela Agravada/Autora não forem suficientes a tanto, a consequência é a improcedência do pleito.

Outrossim, diante das notas fiscais acostadas, não foi apresentada justificativa alguma para sua desconsideração, mostrando-se totalmente genérico o pleito de oficiamento.

Inarredável pois, o desprovimento do agravo retido.

3. Da apelação da Autora

3.1 Aplicação do Código de Defesa do Consumidor

Inicialmente, busca a Apelante/Autora a aplicação dos ditames do Código de Defesa do Consumidor ao caso sob análise, argumentando que *“ao realizar o conserto do caminhão na apelada Firenze mediante remuneração, a mesma figura como prestadora de serviço, conforme disposto no artigo 3º do Código de Defesa do Consumidor”*. Assevera que a *“montadora Iveco é responsável pela comercialização dos seus produtos e está obrigada a manter estoques e fornecer peças dos veículos comercializados, consoante legislação vigente”*. Aduz ainda, que *“se enquadra no estatuído no artigo 2º do mesmo diploma legal, pois, ao contratar os serviços de reparo do caminhão, não há dúvidas que é*

destinatário final da relação” (fl. 536), sendo que diante da Apelada/Ré Iveco, cai por terra também os fundamentos de que não verificada a vulnerabilidade técnica e econômica. Pretende o deferimento da inversão do ônus da prova e o reconhecimento da responsabilidade solidária das Rés.

Razão não lhe assiste.

É incontroverso que após o sinistro ocorrido em 22.10.2014, a Apelante/Autora encaminhou o caminhão-trator de sua propriedade, marca/modelo IMP/IVECO FIAT E 4500E 37T, placas HRO 5412, para conserto junto à Ré Firenze Veículos Ltda.

De acordo com a versão constante da exordial, o veículo era utilizado pela Recorrente - pessoa jurídica - para realização de “fretes” (fl. 15), acostando notas fiscais a respeito.

Assim, a Apelante/Autora embora destinatária final fática, **não figura como destinatária final econômica da prestação do serviço**. Isto porque, o reparo foi realizado em bem que, na verdade, integra seu ativo permanente e é utilizado para contínuo desempenho da sua atividade empresarial.

A respeito, já decidiu a Corte da Cidadania:

CIVIL. AÇÃO DECLARATÓRIA. CONTRATO DE PERMUTA. SACAS DE ARROZ POR INSUMO AGRÍCOLA (ADUBO). APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. DESTINAÇÃO FINAL INEXISTENTE. I. A Segunda Seção disciplinou que “A aquisição de bens ou a utilização de serviços, por pessoa natural ou jurídica, com o escopo de implementar ou incrementar a sua atividade negocial, não se reputa como relação de consumo e, sim, como uma atividade de consumo intermediária” (REsp n. 541.867-BA, Rel. Min. Barros Monteiro. DJU de 16.05.2005)

De outro lado, em momento algum da exordial, a Apelante/Autora suscita e embasa seu pleito, com base em suposta hipossuficiência. Aliás, nem mesmo no recurso assim o faz. Por óbvio, não competia ao juízo reconhecer situação de vulnerabilidade, sequer aventada pela parte interessada.

A Apelante/Autora não é consumidora pelo texto legal, sendo que veio a juízo, por entender simplesmente estar assim enquadrada, diante da prestação do serviço. A eventual mitigação de tal entendimento (teoria finalista mitigada), dependia de sua própria manifestação neste sentido, o que, como se disse, não ocorreu.

É elucidativa a explicação de Fabrício Bolzan:

[...] Com a constatação de que a relação de consumo é extremamente desigual, imprescindível foi buscar instrumentos jurídicos para tentar reequilibrar os negócios firmados entre consumidor e fornecedor, sendo o reconhecimento da presunção de vulnerabilidade do consumidor o princípio norteador da igualdade material entre os sujeitos do mercado de consumo. [...]

A vulnerabilidade do consumidor pessoa física constitui presunção absoluta no Diploma Consumerista, não necessitando de qualquer comprovação outra para demonstrar o desequilíbrio existente entre consumidor e

fornecedor nas relações jurídicas estabelecidas entre si. No entanto, vale lembrar que no caso de consumidor pessoa jurídica ou profissional – como é o caso, por exemplo, das microempresas e dos profissionais liberais – tal comprovação é pressuposto sem o qual não será possível a utilização das regras tutelares do CDC para alcançar tais pessoas em suas relações de consumo. (Direito do Consumidor Esquemático. 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2015, p. 208, g.n.).

Da jurisprudência colhe-se:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. INCIDÊNCIA. TEORIA FINALISTA. DESTINATÁRIO FINAL. NÃO ENQUADRAMENTO. VULNERABILIDADE. AUSÊNCIA. REEXAME DE FATOS E PROVAS. RECURSO ESPECIAL. SÚMULA 7/STJ. 1. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental em face do nítido caráter infringente das razões recursais. Aplicação dos princípios da fungibilidade e da economia processual. 2. Consoante jurisprudência desta Corte, o Código de Defesa do Consumidor não se aplica no caso em que o produto ou serviço é contratado para implementação de atividade econômica, já que não estaria configurado o destinatário final da relação de consumo (teoria finalista ou subjetiva). 3. Esta Corte tem mitigado a aplicação da teoria finalista quando ficar comprovada a condição de hipossuficiência técnica, jurídica ou econômica da pessoa jurídica. 4. Tendo o Tribunal de origem assentado que a parte agravante não é destinatária final do serviço, tampouco hipossuficiente, é inviável a pretensão deduzida no apelo especial, uma vez que demanda o reexame do conjunto fático-probatório dos autos, o que se sabe vedado em sede de recurso especial, a teor da Súmula 7 desta Corte. 5. Agravo regimental a que se nega provimento.” (STJ - EDcl no Ag 1.371.143/PR, Quarta Turma. Rel. Ministro Raul Arújo. Data do julgamento: 07.03.2013)

Superada esta questão, não há que se falar em inversão do ônus da prova ou responsabilidade solidária entre as Rés, esta em especial, porque decorre de lei ou de vontade das partes.

De qualquer forma, ainda que se aplicasse o CDC ao processo, a inversão do ônus da prova exigiria a verificação da verossimilhança do alegado, não excluindo da Apelante/Autora, o dever de demonstrar os fatos constitutivos do seu direito, nos termos do artigo 333, inciso I, do CPC/73 (então vigente à época). Também não haveria como se falar em solidariedade, com relação a defeitos no conserto, já que tal circunstância não abrange a responsabilidade do fabricante.

3.2 Da indenização pelos danos emergentes

Pleiteia a Apelante/Autora a reforma parcial do *decisum*, no tocante aos danos materiais emergentes. Argumenta que em razão da má qualidade dos serviços prestados pela Ré Firenze, obrigou-se a promover novas despesas, com outras oficinas. Salieta ainda, que diante do tempo em que o caminhão ficou parado para conserto, seu sócio obrigou-se a rescindir contrato de compra e venda de imóvel, arcando com sanção contratual. Busca o reembolso com despesas adicionais e multa, que não foram deferidas no *decisum* objurgado.

Em que pese o esforço argumentativo, o pleito não comporta provimento.

É consabido que a configuração da responsabilidade civil depende da prova do ato danoso, do prejuízo e do respectivo nexa causal.

Sobre o último requisito, ensina Flávio Tartuce:

O nexa de causalidade ou nexa causal constitui o elemento imaterial ou virtual da responsabilidade civil, constituindo a relação de causa e efeito entre a conduta culposa – ou o risco criado –, e o dano suportado por alguém. [...] Com intuito didático, é possível afirmar que, como elemento imaginário ou espiritual que é, pode-se imaginar o nexa de causalidade tal qual um cano virtual, que liga os elementos da conduta e do dano.

[...] Ora, a responsabilidade mesmo objetiva, não pode existir sem a relação de causalidade entre o dano e a conduta do agente. Se houve dano sem que a sua causa esteja relacionada com o comportamento do suposto ofensor, inexistente a relação de causalidade, não havendo a obrigação de indenizar. (In: Manual de Direito Civil: volume único. 6. ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Método, ano 2016, p. 520).

Também da doutrina de Sebastião de Assis Neto, Marcelo de Jesus e Maria Izabel de Melo:

Por nexa de causalidade, entenda-se que deve haver um liame que vincule a atividade do ofensor com o prejuízo causado, de forma que, sem aquela atividade, não se teria provocado o resultado.

É como se tivéssemos uma corrente em que o primeiro elo é a conduta e o último é o dano, situando-se entre eles o elo chamado de nexa de causalidade, que é necessário para ligar um ao outro. [...]

Estando completa a corrente, falamos em responsabilidade civil de quem praticou a conduta, desde que se demonstre que tenha havido culpa ou dolo de sua parte ou que o ato dispense essa comprovação, por expressa previsão legal ou por se tratar de atividade de risco.

Se retirarmos o elo que simboliza o nexa de causalidade teremos apenas dois elementos sem qualquer conexão entre si, ou seja, um dano e uma conduta que não tem qualquer vinculação, portanto, não podem levar à responsabilização da pessoa que praticou referido ato. (Manual de Direito Civil – Volume único. 5. ed. rev. atua. e ampl, Salvador: JusPodivm, ano 2016, p. 522)

Na hipótese, não se verifica o nexa entre a totalidade dos prejuízos alegados pela Apelante/Autora, com os serviços prestados pela Ré Firenze.

As peças identificadas na nota fiscal n. 008178 (fl. 79), no valor de R\$ 261,85 (duzentos e sessenta e um reais e oitenta e cinco centavos), na nota fiscal n. 008084 (fl. 80), no valor R\$ 2.091,57 (dois mil e noventa e um reais e cinquenta e sete centavos) e nos documentos de fls. 234/240, não guardam relação com os serviços prestados anteriormente pela oficina. Na verdade, parecem referir-se a uma revisão habitual e se assim não era, não se compreende porque não houve imediato contato com a oficina para a devida substituição/conserto, diante da garantia obrigatória.

Verifica-se ainda, que não restou esclarecido se as peças serviriam ao caminhão de placas HRO 5412, já que nas notas fiscais não há identificação.

Da mesma forma, não há como se deferir o ressarcimento do valor de multa contratual, em razão de suposta rescisão de contrato de compra e venda de imóvel.

Isso porque, a ninguém é lícito, em nome próprio, postular direito alheio (artigo 6º do CPC/73 atual 18 do CPC/15), sendo que a empresa Recorrente, não figurava como parte no referido contrato (fls.113/117), mas somente o seu sócio, Sr. Mário Bernardo de Marco.

Por tais razões, a sentença merece ser mantida no ponto.

3.3 Da indenização por danos morais

Também insurge-se a Apelante/Autora, contra o afastamento dos danos morais. Alega que foram *“incontáveis as ligações telefônicas, o descaso, as negativas das apeladas e a demora de 8 (oito) meses para o reparo no veículo”*, o que gerou *“significativo abalo financeiro”*, que desencadeou repercussões negativas para si e ao seu sócio proprietário, Sr. Mário Bernardo de Marco, que precisou rescindir contrato de compra e venda de imóvel e arcar com multa contratual.

A sentença não merece retoque no ponto.

Assim como já referido no tópico atinente aos danos emergentes, o sócio da Recorrente, Sr. Mário Bernardo de Marco, não figura como parte no processo. Sendo as personalidades distintas (jurídica e física), os transtornos que aquele possa ter eventualmente vivenciado, não se confundem com os supostamente experimentados pela empresa Recorrente.

Examinando-se a situação da pessoa jurídica, tem-se que esta não suporta problemas de ordem psicológica, podendo ser ofendida, tão somente, em sua honra objetiva, ou seja, quanto a sua representação perante terceiros.

E, quanto a lesão ao seu nome ou boa reputação, não há qualquer indício no caderno processual, lembrando-se que o prejuízo financeiro, por si só, não afasta a credibilidade comercial.

A respeito do pontuado:

[...] ‘Toda a edificação da teoria acerca da possibilidade de pessoa jurídica experimentar dano moral está calçada na violação da honra objetiva, consubstanciada em atributo externalizado, como uma mácula à imagem, à admiração, ao respeito e à credibilidade no tráfego comercial. Assim, a violação à honra objetiva está intimamente relacionada à publicidade de informações potencialmente lesivas à reputação da pessoa jurídica. [...] No caso concreto, a ausência de comprovação de efetiva ofensa à honra objetiva da pessoa jurídica conduz ao não conhecimento do direito à compensação por danos morais’ (STJ, AgInt no AgInt no REsp n. 1455454/PR, rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 17-4-2018, DJe 20-4-2018). [...] (TJSC, Apelação Cível n. 0300388-96.2015.8.24.0020, de Criciúma. Terceira Câmara de Direito Civil. Rel. Des. Fernando Carioni. Data do julgamento: 16.10.2018)

[...] 1. Os danos morais à pessoa jurídica configuram-se através do abalo à sua credibilidade e imagem perante os clientes, ou seja, pela ofensa à sua honra objetiva 2. as Pessoas jurídicas podem ser indenizadas por dano moral (Súmula 227 do STJ). Cuida-se de compensar a ofensa à honra objetiva, a perspectiva que os outros têm do possível agredido. Não basta a mácula à honra subjetiva, o sentimento personalíssimo de

sofrimento. Os simples incômodos e embaraços sofridos pela má prestação dos serviços (ou sua inexecução), sem prova de malefício ao bom nome ou à respeitabilidade da empresa, ainda que imerecidos, não servem para fins de indenização por abalo de ordem moral (TJSC, Apelação Cível n. 0007180-47.2012.8.24.0020, de Criciúma, rel. Des. Hélio do Valle Pereira, Quinta Câmara de Direito Público, j. 27-09-2018). (TJSC – Apelação Cível n. 0302495-56.2014.8.24.0018, de Chapecó. Terceira Câmara de Direito Civil. Rel. Des. Marcus Tulio Sartorato. Data do julgamento: 27.11.2018).

4. Da apelação da Ré Iveco

4.1 Da ausência de ato ilícito/ilegitimidade passiva

Defende a Apelante/Ré Iveco não ser legitimada passiva para a demanda e que não cometeu ato ilícito algum, a permitir a sua condenação.

A prefacial, como já reconhecido em primeiro grau, se confunde com o mérito e, neste, o argumento invocado não prospera.

Em primeiro lugar, evidenciam os autos a efetiva existência de relação entre as Rés. Não apenas a Recorrente deixou de impugnar a afirmativa da empresa Firenze, de que com sua anuência era posto assistencial da marca Iveco, através de contrato com a concessionária Tecar, como também de forma direta, sempre referiu-se àquela, como sua concessionária.

Neste contexto e sendo encarregada de prover as concessionárias/oficinas respectivas, com as peças necessárias aos reparos a serem efetuados, igualmente responsável por eventual demora excessiva e injustificada, na remessa daquelas.

Como reconhecido pela própria Apelante/Ré, em se tratando de situação em que o veículo encontra-se parado, aguardando conserto na oficina – *break down* – há prioridade no atendimento, o qual deveria ocorrer “*no mesmo dia, mesmo que para isso sejam necessárias as retiradas de componentes da linha de montagem*” (fl. 180).

Se a Ré Firenze não fez o pedido com urgência, tal circunstância se refere a eventual falha de comunicação interna, a ser resolvida entre as parceiras comerciais. Outrossim e ainda que se estivesse falando em “pedido normal”, os autos revelam que o prazo de entrega extrapolou em muito, o razoável, sem qualquer justificativa pela fabricante (pois o pedido, em tese, foi feito em 29.12.04, parte das peças foram entregues em 19.01.05 e o restante somente em “março de 2005”).

Importante anotar, que apesar da Apelante/Ré buscar o afastamento da sua responsabilidade, pela demora no envio das peças para o reparo, não apresenta qualquer documento do trâmite entre as empresas; comprovantes de remessa/entrega, nada. Aliás, visando se eximir, ambas as Rés se omitiram em apresentar prova documental das providências internas, o que em nada lhes beneficia. Ao contrário, dá indicativo do proceder errôneo.

Não havendo pois, qualquer circunstância a embasar o tempo excessivo na remessa das peças, cuja obrigação era da Recorrente, deve esta arcar com os prejuízos que tal mora acarretou.

5. Insurgência Comum

5.1 Dos lucros cessantes

No que pertine aos lucros cessantes, tanto a Autora como a Ré Iveco se insurgem contra a sentença, buscando sua reforma.

A Ré argumenta que não são devidos lucros cessantes à Autora, porquanto não há nos autos elementos concretos de que esta prestava, com habitualidade, serviços de frete para a empresa Madesa Indústria e Comércio de Madeiras Ltda e porque “há evidências” de que a empresa possuía outros veículos, o que permitiria a conclusão do contrato de transporte. Defende ainda, que a documentação acostada não se mostra suficiente para a apuração do valor devido; que foram anexadas apenas notas fiscais dos 03 (três) meses anteriores ao sinistro e que o próprio representante legal da Apelada/Autora afirmou, em seu depoimento pessoal, que o lucro líquido da empresa era irrisório.

Requer o afastamento da condenação da verba e, de maneira subsidiária, a redução do percentual arbitrado.

De outro vértice, a Autora alega que há prova robusta nos autos de que restou impossibilitada de realizar fretes pelo período de 07 (sete) meses, considerando-se a data da entrega do veículo para conserto e a sua disponibilização, já descontado o prazo de 30 (trinta) dias para a realização dos serviços. Pretende que a indenização contemple todo o período.

Os pleitos não comportam provimento.

É consabido que a perda material não se presume, exigindo-se a comprovação do efetivo prejuízo experimentado, uma vez que “a indenização mede-se pela extensão do dano” (art. 944 do CC).

Também prevê o art. 402 do Código Civil:

“Art. 402. Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidos ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar”.

Ensina Sílvio de Salvo Venosa:

“Lucro cessante é o que o credor razoavelmente deixou de lucrar. O critério do razoável é para ser examinado em cada caso concreto, mediante a prudência do juiz e não pode a indenização converter-se em enriquecimento do credor” (Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos, São Paulo: Atlas, 2003. p. 259).

No caso concreto, tem-se pelas notas fiscais acostadas (fls. 81/112) e declaração de fl. 73, que o veículo caminhão-trator, placas HRO 5412, era utilizado para transporte na modalidade de frete.

Anote-se, que ainda que o contrato social da empresa não refira expressamente tal atividade (fls. 32 e 33), não há como se afastar a prova fática da prestação de serviço desta natureza.

E, servindo o bem para o transporte, a sua paralisação faz presumir a perda econômica. Portanto, independentemente da frota que possa ter a Apelante/Autora, o prejuízo existe.

A propósito já decidiu esta Corte:

RESPONSABILIDADE CIVIL - [...] LUCROS CESSANTES - CAMINHÃO DE FRETE PARADO - LUCRO LÍQUIDO ESTIMADO - DESNECESSIDADE DE LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA - [...] **2 O tempo em que um caminhão de frete fica parado para conserto representa, em tese, decréscimo patrimonial de seu proprietário ou daquele que o utiliza profissionalmente como fonte de renda.** 3 Provado, mediante documentos, o faturamento com o caminhão de transporte de carga, e realizada a subtração de percentual de despesas comumente aplicáveis, o valor a ser indenizado a título de lucros cessantes é a multiplicação do montante obtido pelo número de dias parado. [...] (Apelação Cível n. 0600042-22.2014.8.24.0242. Quinta Câmara de Direito Civil. Rel. Des. Luiz César Medeiros. Data do Julgamento: 03.07.2018) (g.n.)

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE DE TRÂNSITO. AÇÃO INDENIZATÓRIA. PROCEDÊNCIA PARCIAL NA ORIGEM. RECURSO DO RÉU. - LUCROS CESSANTES. VEÍCULO CARGUEIRO. PREJUÍZO DEMONSTRADO. QUANTUM ADEQUADO. DEVER DE INDENIZAR VERIFICADO. - SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO. - **O ressarcimento dos lucros cessantes, decorrentes da indisponibilização do caminhão sinistrado, deve levar em consideração o que efetivamente deixou a parte de lucrar, descontados os valores normalmente despendidos com a realização dos fretes, sob pena de enriquecimento indevido. Não fosse isso, a não utilização de veículo destinado ao frete de cargas causa prejuízo presumido, por si só, cenário apto a, no mínimo, justificar liquidação.** (Apelação Cível n. 2010.086375-7. Quinta Câmara de Direito Civil. Rel. Des. Henry Petry Júnior. Data do Julgamento: 20.10.2011) (g.n.)

Por outro lado e de acordo com as informações constantes das notas fiscais de fls. 81/112, o veículo foi utilizado nos meses de julho, agosto e setembro de 2004 para o transporte das cargas comercializadas pela empresa Madesa Indústria e Comércio de Madeiras Ltda, sendo possível pois, o cálculo da média da perda de ganhos, em decorrência da demora no conserto.

Os documentos fiscais não são impugnados de forma efetiva, não havendo razões para que não sejam considerados. Mais a mais, se os valores não estivessem de acordo com o mercado, poderiam as Rés ter facilmente comprovado o contrário, o que não fizeram.

Quanto ao cálculo, escoreito o realizado pela Magistrada *a quo*, que com base nos valores recebidos, apurou a sua média, promovendo em seguida, desconto de despesas, arbitrando um percentual justo para os haveres:

[...] para comprovar o valor do prejuízo, a autora trouxe ao processo notas fiscais de compra e venda da empresa Madesa Indústria e Comércio de Madeiras Ltda, onde consta o valor pago a título de frete. O exame de tais documentos revela que no mês de julho de 2004 a empresa autora faturou, com os fretes, a importância

de R\$ 23.372,00; no mês de agosto de 2004 o valor de R\$ 25.651,20; e no mês de setembro de 2004, o montante de R\$ 23.587,20, o que corresponde a uma faturamento médio mensal de R\$ 24.203,47.” [...] “além do combustíveis, tem-se as despesas de manutenção do caminhão, pedágio, pneus, motorista, seguro, etc. Logo, reputo adequado e justo considerar o percentual de 30% do faturamento como lucro líquido para efeito de arbitramento dos lucros cessantes.” (fl. 527-v)

De julgado desta Câmara:

APELAÇÃO CÍVEL. INDENIZAÇÃO POR LUCROS CESSANTES. VEÍCULO QUE FICOU NO AGUARDADO DA AUTORIZAÇÃO DA SEGURADORA PARA INÍCIO DOS REPAROS. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA PARCIAL. INCONFORMISMO. RÉ QUE ALEGA QUE NÃO DEU CAUSA À DEMORA NO REPARO DO VEÍCULO. TESE NÃO ACOLHIDA. AUSÊNCIA DE PROVA QUE INDIQUE RESPONSABILIDADE DA AUTORA NO RETARDO DO CONSERTO. DEVER DE INDENIZAR. CAMINHÃO DESTINADO A TRANSPORTE DE CARGAS. PREJUÍZO PRESUMÍVEL. A demora injustificada no conserto do veículo, sem que demonstrada a culpa do segurado, acarreta responsabilidade da seguradora pelo danos advindos à segurada. Além disso, “[...] em se tratando de empresa que opera com transporte de cargas, os lucros cessantes são objetivamente presumíveis” (TJSC. Apelação Cível n. 2012.001692-1, Des. Stanley Braga, j. em 28.04.2016). **LUCROS CESSANTES. VALOR DEVIDO, TODAVIA, QUE DEVE SER APURADO COM BASE NA RENDA LÍQUIDA, DESCONTADO O PERCENTUAL REFERENTE AOS CUSTOS DA OPERAÇÃO. A indenização dos lucros cessantes deve ser apurada com base nos lucros perdidos, que, tratando-se de transporte de cargas, fica em torno de 33% dos rendimentos.** RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. (Apelação Cível n. 0000356-70.2012.8.24.0053. Segunda Câmara de Enfrentamento de Acervos. Rel. Des. Helio David Vieira Figueira dos Santos. Data do Julgamento: 08.11.2018) (g.n.)

Registre-se, que ao contrário do sustentando pela Recorrente, o representante legal da Apelante/autora não afirmou que o lucro líquido da empresa era irrisório, mas sim “*que descontados os custos, a prestação do financiamento e o pagamento ao motorista, o valor que sobrava era irrisório*” (fl. 383).

Destarte, o percentual adotado em sentença merece ser mantido.

Por outro lado, a Autora busca o reconhecimento dos lucros cessantes pelo “*período em que o veículo esteve impossibilitado de efetuar fretes (22.10.2004 – data do sinistro até o dia 04 de junho de 2005), praticamente 07 (sete) meses, descontando-se o período razoável de 30 (trinta) trinta dias para efetuar os reparos*” (fl. 544).

Não há entretanto como acolher a pretensão.

É fato, que o veículo deu entrada na oficina no dia 22.10.04 e que o serviço teria ficado pronto somente em 31.05.05.

Entretanto, a sentença bem analisa as datas que devem ser consideradas, por conta da

autorização da seguradora e prazo mínimo para conserto, sendo que as razões da apelação, sequer atacam a fundamentação assentada.

São indicados documentos, sobre os quais, silencia a Recorrente.

Na verdade, sendo a segurada, bastaria que a Apelante/autora obtivesse com a Seguradora declaração ou equivalente, a contrapor a prova documental juntada pelas Rés, porém não o fez. Aliás, como alhures referido, as partes falharam em acostar documentos de fácil obtenção e que poderiam elucidar pontos nebulosos, mas optaram pela omissão, provavelmente visando um benefício, que inexistente.

É consabido que após eleita a oficina, existe um trâmite burocrático, que envolve a prévia vistoria pela seguradora e a consequente aprovação do orçamento relativo aos danos a serem reparados para, a partir de então, o conserto ser iniciado.

No caso dos autos, a Apelada/Ré Firenze realizou diversos orçamentos em datas alternadas (26.10.2004 – orçamentos de fls. 255 e 256; 27.10.2004 – orçamento de fl. 257; 19.11.2004 – orçamentos de fls. 258/259) o que, por si só, derruía a alegação de que a seguradora tenha autorizado o conserto oito dias após o sinistro (22.10.04).

Na falta de prova contrária (esta que caberia à Apelante/Autora), tem-se que o pedido foi promovido, assim, que autorizado o conserto pelo seguro, ou seja, em 29.12.2004 (troca de *e-mails* de fls. 292/300). A partir desta data, é que os prazos devem ser computados e assim o foram em sentença.

Da correspondência de fl. 292, datada de 19.01.2005, extrai-se que parte das peças foram entregues, porém outras não:

“AT. Marcelo

Pedido feito dia 29/12/04, recebemos hoje dia 19/01/05

Estão faltando os seguintes itens

01-1908807 porta direita

01 -1908808 porta esquerda

01- 8143208 parede lateral

01-8143416 marco para-brisas

24-503120249 elemento combustível

04-503120248 elemento filtro ar

Pedimos a tecar que verifique com urgência estas peças, estamos com veículo parado na ...

Obrigado “

A Apelante/Autora afirmou e a não houve contraposição pela Apelada/Ré Firenze, de que o conserto deveria ser feito no prazo de 30 (trinta) dias.

Tem-se então, que a Apelante/Ré Iveco demorou de 29.12.04 até março/05 (dia não especificado), para entregar a totalidade das peças. A magistrada descontou o período até a primeira entrega (20 dias – 29.12.04 a 19.01.05) (sendo que até se poderia falar em 30 dias, já que não se sabe o dia exato da segunda entrega em março) e condenou a Apelante/Ré Iveco pelos dois meses excedentes.

No que se refere a Apelada/Ré Firenze, considerou a data do recebimento (março/05), descontou os 30 (trinta) dias avençados e a condenou ao pagamento pelo mês excedente (maio/05).

Não há assim, retificação a ser feita.

Inexistente alteração no julgado, restam mantidos os ônus de sucumbência tal qual estabelecidos em primeiro grau.

6. Conclusão

Ante o exposto, voto por conhecer do Agravo Retido e da Apelação interpostos pela Ré Iveco e negar-lhes provimento; conhecer em parte da Apelação manejada pela Autora e nesta, negar-lhe provimento.

Este é o voto.

Apelação Cível n. 0000768-14.2009.8.24.0018, de Chapecó

Relator: Des. Álvaro Luiz Pereira de Andrade

APELAÇÕES CÍVEIS. AÇÃO ORDINÁRIA DE CUMPRIMENTO DE CONTRATO CUMULADA COM PERDAS E DANOS E ABALO ANÍMICO. TERMO DE PERMUTA FIRMADO PELOS AUTORES COM UM DOS SÓCIOS DA CONSTRUTORA PROPRIETÁRIA DO BEM PERMUTADO. EFICÁCIA DO NEGÓCIO. TEORIA DA APARÊNCIA. INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO À SEGURANÇA JURÍDICA. PERDAS E DANOS. POSSIBILIDADE. CULPA PELA INCONCLUSÃO DA TRANSFERÊNCIA IMOBILIÁRIA ATRIBUÍDA AOS RÉUS. APLICAÇÃO DO ART. 475 DO CÓDIGO CIVIL. DANO MORAL EXISTENTE. SITUAÇÃO QUE EXTRAPOLOU O MERO DESCUMPRIMENTO CONTRATUAL. RISCO DE DESALOJAMENTO E PERDA DE PATRIMÔNIO.

“[...] Aplica-se a teoria da aparência para resguardar os princípios da boa-fé contratual, quando a situação descrita nos autos impulsiona a Autora a efetuar a aquisição de um lote com quem, aparentemente, detinha poderes para realizar a alienação do imóvel de terceiro/proprietário, pagando grande parte do preço ajustado, por crer na validade do negócio jurídico. Dessa forma, os atos praticados por quem aparentava legitimidade, perante a comunidade local, para alienar o imóvel litigioso, são considerados válidos ao terceiro de boa-fé, impondo aos Réus o compromisso contratual de efetuarem a outorga da escritura pública do bem após o cumprimento total do contrato” (TJSC, Apelação Cível n. 0008352-51.2009.8.24.0045, de Palhoça, rel. Des. João Batista Góes Ulysséa, Segunda Câmara de Direito Civil, j. 19-04-2018).

RECURSOS CONHECIDOS E PARCIALMENTE PROVIDOS.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0000768-14.2009.8.24.0018, da comarca de Chapecó (3ª Vara Cível), em que é apelante Zelino Bollis e outro e apelada Construtora Condá Ltda e outro.

A 2ª Câmara de Enfrentamento de Acervos decidiu, por votação unânime, conhecer dos recursos e dar provimento, em parte, para ambos. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, as Exmas. Sras. Desas. Haidée Denise Grin e Bettina Maria Maresch de Moura.

Florianópolis, 07 de março de 2019.

Álvaro Luiz Pereira de Andrade
PRESIDENTE E RELATOR

RELATÓRIO

Trata-se de duas apelações cíveis, ambas interpostas da sentença de parcial procedência dos pedidos formulados na “Ação Ordinária com Pedido de Tutela Antecipada”, ajuizada por Zelino Bollis e Geni Bollis, em desfavor de Iliseu Arens e Construtora Condá Ltda.

Na petição inicial (fls. 2-15), disseram os autores que em 26-10-2007, realizaram a permuta de um imóvel de sua propriedade (lote rural), com outro de propriedade da segunda ré (lote urbano).

Afirmaram que o negócio foi firmado em um “Termo de Acordo”, assinado pelo primeiro demandado, o qual também é sócio da segunda requerida.

Pontuaram que, como o lote rural era de maior valor, ficou ao encargo do primeiro réu a finalização da casa construída sobre o terreno urbano.

Acresceram que ocorreu a imediata ocupação dos imóveis e que os réus, por intermédio da Imobiliária Ademir Imóveis, venderam aquele que receberam, tendo os autores assinado um contrato de promessa compra e venda a pedido do primeiro demandado e do representante legal da imobiliária, em que se obrigaram a transferir o imóvel quando solicitado pela instituição bancária que financiaria a aquisição do bem.

Assentaram que se negaram a transferir a propriedade rural em razão do descumprimento da obrigação dos demandados (transferência do imóvel urbano e realização das benfeitorias acordadas).

Aduziram que foram notificados extrajudicialmente pela construtora ré, a fim de que desocupassem o imóvel urbano, sob o argumento de que a posse era ilegítima e precária.

Discorreram acerca da promessa de fato de terceiro e pediram:

Ante o exposto, requer a vossa Excelência:

[...]

1. Declarar hígido o contrato de permuta feito entre os autores e o primeiro requerido, com a promessa desse em face da segunda demandada, oportunizando os autores a transmitirem o imóvel ao primeiro demandado;
2. Caso não haja o cumprimento da promessa, seja condenado o primeiro demandado a indenizar aos autores as perdas e danos consistentes equivalentes ao valor do imóvel rural dos autores, ou seja, R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais) e os danos morais a serem fixados por Vossa Excelência, bem como condenar a indenizar de forma solidária com a segunda demandada os investimentos feitos pelos autores no imóvel urbano relativo à colocação de sacada e grades no valor de R\$ 500,00 (quinhentos reais), janelas, cerâmica, caixa d'água e encanamento, no valor de R\$ 2.680,00 (dois mil, seiscientos e oitenta reais), árvores frutíferas no valor de R\$ 300,00 (trezentos reais), além dos impostos pagos no valor de R\$ 255,75 (duzentos e cinquenta e cinco reais e setenta e cinco centavos), tudo devidamente corrigido e acrescido dos juros legais.
3. Seja, ainda, condenado o primeiro demandado a pagar aos autores as despesas relativas ao aluguel de imóvel residencial, caso não seja deferida a tutela antecipada para manter os autores no imóvel urbano permutado;
4. Por fim, sejam condenados os demandados nas custas e honorários a serem fixados por Vossa Excelência nos termos do art. 20, § 3º, do CPC;

Em decisão interlocutória, foram concedidos os benefícios da justiça gratuita aos autores e indeferido o pedido de tutela antecipada (fls. 56-60).

Os réus apresentaram contestação de forma conjunta (fls. 68-77), em suma, afirmaram que o “termo de acordo” não tem validade, pois foi firmado por quem não era proprietário do bem e tampouco tinha poderes para representar a construtora em tais avenças.

Asseveraram que a gravação apresentada pelos demandantes não pode ser utilizada, uma vez que obtida de forma ilícita.

Realizada audiência (fls. 156-160), momento em que foi tomado o depoimento pessoal do primeiro réu e inquiridas três testemunhas dos autores.

Em precatória, foram colhidos os depoimentos de três testemunhas e um informante (fls. 221 e 242).

O feito foi sentenciado (fls. 263-275). Do dispositivo publicado em 27-04-2015, colhe-se:

Posto isso, resolvo o mérito e JULGO PROCEDENTES, EM PARTE, os pedidos formulado na inicial com fulcro no artigo 269, I, do Código de Processo Civil e DECLARO INEFICAZ o “Termo de Acordo” de folha 18, motivo pelo qual determino o retorno das partes ao status quo ante, com a consequente restituição do imóvel rural ao autor. Além disso,condeno o réu ILISEU ARENS ao pagamento dos danos decorrentes da ineficácia do documento, quais sejam:

(a) O montante relativo à derrubada da casa e dos eucaliptos existentes anteriormente na propriedade dos autores, a ser delimitado em fase de liquidação;

(b) O valor de R\$ 800,00 (oitocentos reais) referente à colocação de sacada e grades na residência construída sobre o imóvel urbano (R\$ 500,00), bem assim à plantação de árvores frutíferas no local (R\$ 300,00), montantes que devem ser devidamente corrigidos desde o desembolso e acrescido de juros moratórios a partir da citação.

Condeno o réu, ainda, ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, estes fixados em 15% (quinze por cento) do quantum indenizatório, considerando-se a complexidade do caso e o limite estabelecido pelo artigo 11, § 1.º, da Lei n. 1060/50.

As partes opuseram embargos de declaração (fls. 278-281 e 282-285), os quais foram providos para que conste no dispositivo da sentença:

Concedo o prazo de 120 (cento e vinte) dias para que o réu Iliseu Arens indenize os autores, pagando o montante relativo à derrubada da casa e dos eucaliptos existentes anteriormente na propriedade. O montante será delimitado em fase de liquidação, a ser promovida com a maior brevidade pelas partes. Dentro desse lapso, ficam os autores autorizados a permanecer no imóvel urbano em que se encontram.

Inconformados, os autores recorreram (fls. 294-309). Alegaram: I – a eficácia do negócio estabelecido; II – aplicabilidade da teoria da aparência; III – existência de danos morais.

No mais, prequestionaram a interpretação do art. 422 do CC e pediram:

[...]

1. Declarar eficaz o contrato de permuta feito entre os apelantes, o primeiro apelado e em relação a segunda demandada em face da aplicação, no caso, da teoria da aparência, determinando a transferência dos imóveis conforme negócio entabulado;
2. Alternativamente, mantida a ineficácia do negócio, condenar o primeiro apelado à indenizar aos autores os danos morais a serem fixados por Vossas Excelências;
3. Condenar o primeiro apelado em face da litigância de má-fé, vez que configurada a conduta do artigo 17, II, III e V, do CPC, aplicando-se a multa de 1% sobre o valor da causa (art. 18) e fixando indenização a parte contrária no percentual de 20% sobre o valor da causa (§ 2º).

Os réus também apelaram (fls. 311-317). Fundamentaram na impossibilidade de retorno ao “*status quo ante*”, pois o imóvel dos apelados foi vendido para terceiros.

Acresceram que quem arrancou os eucaliptos e derrubou a casa existente no terreno rural foram os terceiros compradores, os quais estavam amparados pelo contrato de promessa de compra e venda firmado com os autores.

Requereram: “Ante o exposto, conclui-se por conhecer do recurso e dar-lhe provimento, condenando-se os apelados nos encargos judiciais e sucumbenciais”.

As partes apresentaram contrarrazões.

É o suficiente relatório.

VOTO

A publicação da decisão recorrida precede a entrada em vigor da Lei 13.105/2015, ocorrida em 18-03-2016 (artigo 1.045).

Por tal razão, os requisitos de admissibilidade recursal não de seguir a regulamentação preconizada pelo Código de Processo Civil de 1973, consoante o estabelecido no Enunciado Administrativo n. 2 do Superior Tribunal de Justiça, assim redigido:

Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas, até então, pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

Presentes os respectivos pressupostos de admissibilidade, passa-se à análise do objeto recursal.

1 Da apelação dos autores

1.1 Da eficácia do termo de acordo

Na sentença, em síntese, fundamentou o magistrado que a permuta realizada foi a “*non domino*”, uma vez que o primeiro réu não era o proprietário do imóvel, ao passo que o negócio perdeu a eficácia com o manifesto desacordo da pessoa jurídica proprietária.

Na apelação, consignaram os autores que ao caso aplica-se a teoria da aparência, pois o primeiro réu era sócio da proprietária do bem no tempo da negociação.

Assiste razão aos recorrentes.

É importante esclarecer que a probidade e a boa-fé são princípios basilares que orientam as relações contratuais.

Sobre o assunto ensina Arnaldo Rizzardo:

[...] As partes são obrigadas a dirigir a manifestação da vontade dentro dos interesses que as levaram a se aproximarem, de forma clara e autêntica, sem o uso de subterfúgios ou intenções outras que as não expressas no instrumento formalizado. 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 probidade e boa-fé, ou sinceridade das vontades ao firmarem os direitos e obrigações. Sem os princípios, fica viciado o consentimento das partes. Embora a contraposição de interesses, as condutas dos estipulantes subordinam-se as regras comuns e básicas da honestidade, reconhecidas tão só em face da justiça e boa-fé que impregnam as mentes. O Código de 2002 implantou um dispositivo específico os princípios, ao estatuir no art. 422: “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão, como em execução, os princípios de probidade e boa-fé” (Contratos. 17. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 32).

Nessa linha, a teoria da aparência pressupõe que:

[...] uma situação irreal (simples aparência) seja aceita como verídica, desde que presentes determinados requisitos, quais sejam, objetivamente: a) situação de fato cercada de circunstâncias tais que manifestamente se apresentem como se fora uma segura situação de direito; b) situação de fato que assim passa ser considerada segundo a ordem geral e normal das coisas - *error communis facti* - c) que, nas mesmas condições acima, apresente o titular aparente como se fora titular legítimo, ou direito como se realmente existisse. E subjetivamente: a) a incidência em erro de quem, de boa-fé, a mencionada situação de fato como situação de direito considera: b) a escusabilidade desse erro apreciada segundo a situação pessoal de quem nele incorreu (TJRJ – Ap. 586-89, 28.11.89, 1ª CC, Rel. Des. Renato Maneschy, in ADV JUR, 1990, p. 136, v. 48146).

A descrição amolda-se perfeitamente ao caso em análise. O primeiro réu (Iliseu), além de sócio da segunda demandada, confessou a realização do pacto e, sobretudo, que tomaria as providências necessárias para que a segunda ré aceitasse o acordo por si entabulado.

Veja-se o depoimento em questão:

[...] O réu confirma ter realizado negócio com os autores conforme termo de acordo de fl. 18, que apenas ratificou contrato verbal entre as partes. Afirma que o imóvel pertencia a segunda ré, porém deixou de informar ao seu sócio do negócio que estava sendo realizado. Desde a época do acerto os autores passaram a ocupar o imóvel pertencente a segunda ré, porém não transferiram o imóvel rural, não sabendo o réu por qual motivo. Afirma que pelo motivo de os autores não efetuarem a transferência também não realizou a do outro imóvel. Que não sabia se na época o contrato social da segunda ré permitia que um dos sócios alienasse bens sem a anuência do outro sócio. Às perguntas formuladas pelo procurador dos autores, passou a responder: Foi o réu quem permitiu que os autores passassem a usar o imóvel, registrando que até então seu sócio desconhecia o negócio. Que outros imóveis da empresa também foram vendidos, esse porém com anuência dos demais sócios. Que esses outros negócios foram realizados tanto pelo réu quanto pelo seu sócio Altair. Que pelo acordo que realizou os autores iriam colocar o imóvel rural a venda para repassar dinheiro ao réu. Pelo que tem conhecimento a venda seria realizada através de Ademir Imóveis. Que só iria realizar a transferência do imóvel após receber dos autores o dinheiro da venda do imóvel rural. Que quando recebesse o pagamento o imóvel rural já teria sido repassado ao terceiro que o adquiriu. Então o réu transferiria o imóvel de Chapecó aos autores. Que o réu se encarregaria de resolver a situação com a segunda ré.

É necessário esclarecer que os autores são pessoas humildes, conforme consta no “termo de acordo” (ele servente de obra e ela doméstica), bem como analfabetos, segundo depoimento de Fabiana Cristina Bollis (fl. 159).

Se o próprio réu Iliseu não soube esclarecer na audiência se na época em que assinou o “termo de acordo” tinha poderes para fazê-lo em nome da pessoa jurídica proprietária, não é justo imputar aos demandantes, dentro de suas perspectivas, que tivessem atuado de forma diversa.

Ademais, da leitura dos autos, percebe-se que era de conhecimento da comunidade que o primeiro demandado era sócio da segunda ré.

Extrai-se do corpo de julgado de relatoria do douto Desembargador Luiz Felipe Schuch (TJSC, Apelação Cível n. 0000407-60.2013.8.24.0081, de Xaxim, 1ª Câmara de Enfrentamento de Acervos, j. 12-12-2018):

A respeito, esclarecem Antônio Carlos Amaral Leão e Gérson Ferreira do Rêgo, no artigo A Aplicabilidade da Teoria da Aparência nos Negócios Jurídicos:

Na vida dos negócios não se pode imputar ao contratante a obrigação de reclamar a prova de qualidade da pessoa com a qual contrata. Não é costume impor-se a um caixa num estabelecimento comercial a exibição de seu contrato de trabalho, nem, em uma repartição pública, o ato de nomeação do funcionário

que atende e assina um documento. Há grande quantidade de situações comuns com as quais convivemos diariamente e nos forçam a um comportamento de confiança e crença franca diante delas. Não duvidamos que um vendedor esteja autorizado a aceitar preços e entregar mercadorias. Firmamos documentos sem conjecturar quanto à real representatividade do outro envolvido. Estamos habituados a efetuar pagamentos a representantes de credores, advogados e mandatários, não nos preocupando em examinar ou solicitar a autorização em receber. Em resumo, a vida nos coloca diante de eventos cotidianos, em que a necessidade determina a crença naquilo que os outros representam. Criar-se-ia um estado de coisas caótico, de verdadeiro tumulto, se a cada passo reclamarmos a comprovação da qualidade da pessoa com a qual nos relacionamos (Revista dos Tribunais. v. 618, p. 30-33).

Em casos semelhantes decidiu esta Egrégia Corte de Justiça:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE VALIDADE DE NEGÓCIO JURÍDICO. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE BEM IMÓVEL. ALIENAÇÃO POR PESSOA COM APARENTE PODERES PARA TAL NA COMUNIDADE LOCAL. TEORIA DA APARÊNCIA. APLICABILIDADE. MANUTENÇÃO DO CONTRATO FIRMADO COM TERCEIRO DE BOA-FÉ. RECURSO DESPROVIDO.

Aplica-se a teoria da aparência para resguardar os princípios da boa-fé contratual, quando a situação descrita nos autos impulsiona a Autora a efetuar a aquisição de um lote com quem, aparentemente, detinha poderes para realizar a alienação do imóvel de terceiro/proprietário, pagando grande parte do preço ajustado, por crer na validade do negócio jurídico. Dessa forma, os atos praticados por quem aparentava legitimidade, perante a comunidade local, para alienar o imóvel litigioso, são considerados válidos ao terceiro de boa-fé, impondo aos Réus o compromisso contratual de efetuarem a outorga da escritura pública do bem após o cumprimento total do contrato (Apelação Cível n. 0008352-51.2009.8.24.0045, de Palhoça, rel. Des. João Batista Góes Ulysséa, Segunda Câmara de Direito Civil, j. 19-04-2018, grifou-se).

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL C/C COBRANÇA DE MULTA E INDENIZAÇÃO. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA. RECURSO DA RÉ. CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. COMPRA DE TERRENO REALIZADA POR ASSOCIAÇÃO DEVIDAMENTE APROVADA EM ASSEMBLEIA GERAL EXTRAORDINÁRIA. CONCRETIZAÇÃO DO ATO REPRESENTADA POR MEMBROS DO CONSELHO DE ADMINISTRAÇÃO E FISCAL. COMPRADORA DE BOA-FÉ. LIMITAÇÃO ESTATUÁRIA INSUFICIENTE PARA ANULAR NEGÓCIO. APLICAÇÃO DA TEORIA DA APARÊNCIA. EXIGÊNCIAS INTERNA CORPORIS QUE NÃO SÃO Oponíveis A TERCEIROS.

“As limitações estatutárias ao exercício de atos por parte da Diretoria da Sociedade Anônima, em princípio, são, de fato, matéria interna corporis, inoponíveis a terceiros de boa fé que com a sociedade venham a contratar. Por outro lado, a adequada representação da pessoa jurídica e a boa-fé do terceiro contratante devem ser somadas ao fato de ter ou não a sociedade praticado o ato nos limites do seu objeto social, por intermédio de pessoa que ostentava ao menos aparência de poder. [...]” (REsp n. 887.277/SC, rel. Ministro Luis Felipe Salomão, j. 4-11-2010). SENTENÇA MANTIDA. RECURSO IMPROVIDO (Apelação Cível n. 0004825-13.2013.8.24.0058, de São Bento do Sul, rel. Des. João Batista Góes Ulysséa, Segunda Câmara de Direito Civil, j. 19-04-2018, grifou-se e sublinhou-se).

CIVIL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/ INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS.

CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE UNIDADE IMOBILIÁRIA FUTURA. CONSTRUTORA QUE FIRMOU CONTRATO E POSTERIORMENTE DESISTIU DA EXECUÇÃO DO EMPREENDIMENTO, REALIZANDO DISTRATO COM O PROPRIETÁRIO DO TERRENO. FUNDAÇÕES DA OBRA PRONTAS. EMPRESA APELANTE QUE ASSUMIU A EXECUÇÃO DA EMPREITADA. DISTRATO E NOVO CONTRATO QUE NÃO PREVÊEM A ALIENAÇÃO DAS UNIDADES REALIZADAS PELA ANTIGA CONSTRUTORA. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA QUE CONDENOU APELANTE A INDENIZAR O APELADO, FUNDAMENTADA NA SUCESSÃO DAS EMPRESAS NO EMPREENDIMENTO. IRRESIGNAÇÃO. SUSTENTADA A ILEGITIMIDADE PASSIVA. ALEGAÇÃO DE QUE NÃO HÁ ELEMENTOS QUE CONFIGUREM A SUCESSÃO E DE QUE O CONTRATO FOI FORMALIZADO ENTRE O AUTOR E A ANTIGA EMPRESA. SUSTENTADO DESCONHECIMENTO DA ALIENAÇÃO DA UNIDADE AO APELADO. INSUBSISTÊNCIA. ADOÇÃO DA TEORIA DA APARÊNCIA. NEGÓCIO JURÍDICO REALIZADO POR INTERMÉDIO DE UM DOS SÓCIOS DA EMPRESA QUE ASSUMIU A CONSTRUÇÃO DO EDIFÍCIO, QUE NA ÉPOCA TRABALHAVA COMO CORRETOR DE IMÓVEIS. ASSINATURA DESTA COMO TESTEMUNHA NO CONTRATO DE COMPRA E VENDA REALIZADO ENTRE O AUTOR E A ANTIGA EMPRESA CONSTRUTORA. ELEMENTOS E INDÍCIOS DE QUE HOVEU A SUCESSÃO NO EMPREENDIMENTO. PROJETO ARQUITETÔNICO IDÊNTICO E MESMO MATERIAL PUBLICITÁRIO, ALTERANDO APENAS O NOME DO RESIDENCIAL DE “BELLEVILLE” PARA “BELVEDERE”. APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR NA RELAÇÃO NEGOCIAL MANTIDA. RESPONSABILIDADE CIVIL EVIDENCIADA. DEVER DE INDENIZAR CONFIGURADO. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO. “A empresa que permite a utilização da sua logomarca, de seu endereço, instalações e telefones, fazendo crer, através da publicidade e da prática comercial, que era responsável pelo empreendimento consorcial, é parte passiva legítima para responder pela ação indenizatória proposta pelo consorciado fundamentada nesses fatos” (REsp. n. 139400/MG, Min. Cesar Asfor Rocha) (Apelação Cível n. 2011.032498-0, de Itapema, rel. Des. Marcus Tulio Sartorato, Terceira Câmara de Direito Civil, j. 19-07-2011, grifou-se).

CIVIL. AÇÃO ANULATÓRIA DE ATO JURÍDICO. CONTRATO FIRMADO POR PESSOA SEM PODERES PARA TANTO. SUBSCRITOR QUE SE APRESENTA COMO “GERENTE DE MARKETING”, INFORMA COM PRECISÃO DADOS DA EMPRESA E UTILIZA CARIMBO PRÓPRIO DA PESSOA JURÍDICA. APLICAÇÃO DA TEORIA DA APARÊNCIA. NEGÓCIO JURÍDICO VÁLIDO. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO. “Aplica-se a teoria da aparência quando o subscritor de negócio publicitário apresenta-se como gerente geral (estado de fato), por conseguinte, representante para todos os efeitos, prevalecendo a realidade aparente ou exterior frente a terceiros de boa-fé, sendo secundária a verdadeira distribuição de poderes da empresa contratante (estado de direito) suplantada pela segurança jurídica que deve circundar os contratos” (Desembargador Gastaldi Buzzi) (Apelação Cível n. 2007.020145-2, de Blumenau, rel. Des. Luiz Carlos Freyesleben, Segunda Câmara de Direito Civil, j. 10-12-2009).

Outro ponto que merece atenção é o fato de que, ao que tudo indica, a “permuta” era de conhecimento da segunda ré.

Na notificação extrajudicial (fls. 33-34) enviada pela construtora ré para os demandantes em outubro de 2008, foi consignado que estes ocupavam o imóvel urbano (recebido na permuta) desde outubro de 2005.

No teor da referida notificação não foi esclarecido o motivo que ensejou a anuência com a posse e tão só foi suscitada a precariedade e ilegitimidade dessa.

De igual modo, nas peças de defesa deste processo, inexistiu impugnação da construtora quanto à existência da permuta. A segunda ré limitou-se a apontar a ineficácia do negócio por ter sido firmado por quem não era proprietário.

Em conclusão, no ano de 2005, foi firmado um contrato verbal de permuta entre os autores (pessoas analfabetas) e o primeiro réu (sócio da construtora proprietária do bem).

Referido termo foi ratificado através do documento de fl. 18 em 26-10-2007.

Apenas três anos após a realização do negócio com a efetiva transferência da posse, a segunda ré, de forma injustificada, buscou reaver o imóvel entregue por seu sócio na permuta.

Dito isso, não há prejuízo à segurança jurídica na manutenção do contrato.

De toda sorte, o voto deve limitar-se aos pedidos insculpidos na petição inicial.

Inferre-se do requerimento em questão, que os autores pugnaram estritamente para: “declarar hígido o contrato de permuta feito entre os autores e o primeiro requerido, com a promessa desse em face da segunda demandada, oportunizando os autores a transmitirem o imóvel ao primeiro demandado”.

O pedido de adjudicação dos imóveis foi formulado apenas na apelação cível, o que caracteriza inovação recursal.

Necessário esclarecer que o que se discute nos autos é unicamente a validade da permuta realizada entre as partes, ao passo que a obrigação de transmissão de imóvel em favor dos terceiros adquirentes do lote rural não pode ser apreciada.

Dessume-se, portanto, que se não cumprido o pacto, as partes deverão ingressar com ações autônomas para adjudicarem os imóveis constantes no termo de acordo.

Com relação à promessa de compra e venda, esta também deverá ser discutida em ação própria.

1.2 Das perdas e danos

Na sentença, o magistrado deixou de condenar o primeiro réu ao pagamento da indenização pela integralidade do imóvel (R\$ 60.000,00) em razão do retorno ao “*status quo ante*”.

Estabelece o art. 475 do Código Civil que: “A parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, **em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos**” (grifou-se e sublinhou-se).

Em atenção ao dispositivo supracitado, o CEJ publicou o enunciado 31, com a seguinte redação: “As perdas e danos mencionadas no art. 475 do novo Código Civil dependem da imputabilidade da causa da possível resolução” (Negrão, Theotônio, Código Civil e Legislação Civil em vigor – 35. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2017. p. 241).

A culpa pelo descumprimento contratual deve ser imputada aos réus, de forma solidária, pois reconhecida a validade do contrato.

Os depoimentos das testemunhas e informantes foram ao encontro do relato fático dos autores, no sentido de que o primeiro réu assumiu a responsabilidade de efetuar reformas na residência urbana entregue na permuta e, por não ter cumprido seu encargo, o entrave teve início.

Destaca-se trecho do depoimento da testemunha Ricardo Branco, corretor que intermediou a venda do imóvel rural dos autores (fl. 158): “[...] teve conhecimento de que o réu Iliseu não teria cumprido parte do que teria sido acordado, ou seja, reparos que deveria realizar no imóvel em Chapecó [...]”.

Logo, diante da prova de culpa pelo inadimplemento, a indenização é devida no importe requerido, o qual corresponde ao valor de mercado do imóvel.

Referido importe deverá ser acrescido de correção monetária desde o recebimento da notificação extrajudicial (16-10-2008) e juros de mora a contar da citação.

1.3 Dos danos morais

Na sentença, entendeu o juiz que a situação fática constante nos autos não caracterizou dano moral, em especial, pois derivou da culpa de todos os participantes no negócio.

Discorda-se da conclusão.

A má-fé dos réus, conforme descrito no tópico “1.1”, é evidente. Em adição, aponta-se que os demandados não cumpriram o contrato avençado e buscaram, sem qualquer fundamento, desalojar os autores.

Percebe-se que se extrapolou a esfera do mero descumprimento contratual, pois os autores se encontraram em situação de total desamparo, com possibilidades reais de perderem todo seu patrimônio e ficarem desabrigados.

Acerca do dano moral:

A indenização por danos morais - que tem por escopo atender, além da reparação ou compensação da dor em si, ao elemento pedagógico, consistente na observação pelo ofensor de maior cuidado de forma a evitar a reiteração da ação ou omissão danosa - deve harmonizar-se com a intensidade da culpa do lesante, o grau de sofrimento do indenizado e a situação econômica de ambos, para não ensejar a ruína ou a impunidade daquele, bem como o enriquecimento sem causa ou a insatisfação deste (Ap. Cív. n. 2006.017547-7, de São José, rel. Des. Marcus Tulio Sartorato, j. em 11-3-2008)

Quanto ao valor, em consideração aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, bem como em atenção ao caráter pedagógico, impõe-se a fixação do importe de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), os quais deverão ser acrescidos de correção monetária desde o arbitramento (Súmula 362 do STJ) e juros de mora a contar da citação (obrigação contratual).

Por fim, não há que se falar em litigância de má-fé, pois não foi demonstrada nenhuma deslealdade processual e tão só de conduta, conforme acima exposto.

2 Da apelação dos réus

2.1 Da entrega do imóvel

Conforme disposto no tópico anterior, as questões relativas à adjudicação dos imóveis e cumprimento do contrato de promessa de compra e venda deverão ser resolvidas em demandas próprias, de forma que resta prejudicada a análise do ponto.

2.2 Das perdas e danos

Consignaram os demandados que não podem ser condenados no pagamento da indenização relativa à derrubada da casa e dos eucaliptos, pois a testemunha Jair Paulo Kloeckner afirmou que eles próprios realizaram os atos.

Discorreram também acerca da previsão legal no contrato de compra e venda entabulado pelos demandantes com os terceiros, que autorizava a derrubada dos eucaliptos.

Nas contrarrazões não houve combate específico sobre a referida insurgência.

Por fundamento diverso, assiste razão aos apelantes.

As questões relativas à extração dos eucaliptos assim como a derrubada da casa, não fazem parte do pedido inicial da ação e, por esse motivo, devem ser excluídas da condenação.

A questão é de julgamento “extra petita” e por ser matéria de ordem pública, deve ser revista.

Ante o exposto, o voto é no sentido de conhecer dos recursos e dar provimento, em parte, para ambos, a fim de reconhecer a eficácia do termo de acordo entabulado entre as partes e, em consequência, condenar os réus de forma solidária a:

I – indenizarem os autores em perdas e danos, no valor de R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais), acrescidos de correção monetária desde o recebimento da notificação extrajudicial e juros de mora a contar da citação;

Relativamente às perdas e danos, devem ser mantidas as demais cominações constantes na sentença, excetuando-se a derrubada da casa e extração dos eucaliptos.

II – indenizarem os demandantes em danos morais, no importe de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), os quais deverão ser acrescidos de correção monetária desde o arbitramento (Súmula 362 do STJ) e juros de mora a contar da citação (obrigação contratual).

Por fim, estabelece-se que ficam os requerentes autorizados a permanecer no imóvel urbano que receberam na permuta, até que os réus efetuem o pagamento dos valores apurados nesta demanda. Isentos do pagamento de alugueres.

Mantidas as verbas de sucumbência conforme disposto na sentença.

Ação Rescisória n. 0226592-40.2012.8.24.0000, da Capital

Relator: Des. Gerson Cherm II

AÇÃO RESCISÓRIA DE ARESTO PROFERIDO EM USUCAPIÃO. VIOLAÇÃO À LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI E ERRO DE FATO (ART. 485, V E IX, DO CPC/73) INDEMONSTRADOS. ACÓRDÃO CONFIRMANTE DA SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA, FULCRADO NA INDEMONSTRAÇÃO DOS REQUISITOS NECESSÁRIOS À USUCAPIÃO.

1) VIOLAÇÃO À LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI. ALEGADO DESRESPEITO AO DISPOSTO NO ART. 13, II, CPC/73. PRETENDIDA DECRETAÇÃO DE REVELIA E APLICABILIDADE DE SEUS EFEITOS EM VIRTUDE DE FALTA DE RESPOSTA DOS HERDEIROS DO DEMANDADO. DESCABIMENTO. RÉU CITADO POR EDITAL. NOMEAÇÃO DE CURADOR. RESPOSTA APRESENTADA PELO REPRESENTANTE NOMEADO. SUPERVENIENTE NOTÍCIA SOBRE O FALECIMENTO DO RÉU. TRÂMITE DA LIDE SEM A DEVIDA INCLUSÃO DOS HERDEIROS NO POLO PASSIVO. INOCORRÊNCIA DE REVELIA. TESE RECHAÇADA.

2) ERRO DE FATO. ALEGADA IMPOSSIBILIDADE DE SOPESAMENTO DOS SUBSTRATOS LANÇADOS EM OPOSIÇÃO QUE VEIO A SER EXTINTA. INEXISTÊNCIA DE ERRO RELATIVO AOS FATOS EMBASADORES DO ARESTO. DECISÃO PAUTADA NO CONTEÚDO PROBATÓRIO ENCARTADO. AUSÊNCIA DE VÍCIO. INTENTO DE REDISCUSSÃO DA MATÉRIA.

“Se fundada no inc. V, a violação à lei deve ser “aberrante (AR nº 464/RJ, Relator o Ministro Barros Monteiro, DJ de 19/12/03), extravagante (AgRg na AR nº 1.882/SC, Relator o Ministro Hamilton Carvalhido, DJ de 19/12/03), direta e não deduzível a partir de interpretações possíveis (EDcI na AR nº 720/PR, Relatora a Ministra Nancy Andrichi, DJ de 17/2/03), ultrapassar o limite do razoável e beirar o extravagante (AgRg na AR nº 1.854/SP, Relator o Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ de 2/9/02)” (REsp n. 595.874, Min. Carlos Alberto Menezes Direito); se fundada no inc. VIII, é imprescindível: “i) que o erro de fato seja relevante para o julgamento da questão, ou seja, que sem ele a conclusão do julgamento necessariamente houvesse de ser diferente; ii) que seja apurável mediante simples exame das provas já constantes dos autos da ação matriz, sendo inadmissível a produção, na rescisória, de novas provas para demonstrá-lo; e iii) que não tenha havido controvérsia nem pronunciamento judicial sobre o fato” (AR n. 1.421, Min. Massami Uyeda).

02. Não há “erro de fato” no acórdão se a tese em que fundada a pretensão do autor da ação rescisória foi minudentemente examinada na sentença e no acórdão.

Eventual “injustiça” no exame da prova, no julgamento da causa e do recurso, não autoriza a rescisão do acórdão.” (AR n. 4010593-84.2017.8.24.0000, rel. Des. Newton Trisotto, j. em 23.07.2018).

PRETENSÃO RESCISÓRIA IMPROCEDENTE.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Rescisória n. 0226592-40.2012.8.24.0000, da comarca da Capital – Norte da Ilha Juizado Espacial Cível e Criminal da Trindade em que é Autor Pedro João Soares Júnior e outro e Réu Rosane dos Santos Ribeiro e outros.

A Grupo de Câmaras de Direito Civil decidiu, por votação unânime, julgar improcedente o pleito formulado na inicial da ação rescisória, condenando os autores ao pagamento das despesas processuais e dos honorários advocatícios, estes fixados em 10% (dez por cento) do valor atualizado da causa, conforme dispõe o art. 85, § 2º e 6º do CPC/2015, ficando suspensa a exigibilidade tendo em vista a concessão da gratuidade da justiça aos postulantes (art. 98, § 3º, do CPC/2015), nos termos do voto do relator. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Luiz César Medeiros, com voto, e dele participaram os Exmos. Srs. Des. José Agenor de Aragão, Selso de Oliveira, Ricardo Fontes, Raulino Jacó Brüning, João Batista Góes Ulysséa, Denise Volpato, Sebastião César Evangelista, Stanley Braga, Rodolfo Tridapalli, Cláudia Lambert de Faria, Rubens Schulz, Fernando Carioni, Marcus Túlio Sartorato, Maria do Rocio Luz Santa Ritta, Jorge Luis Costa Beber, Álvaro Luiz Pereira de Andrade, Haidée Denise Grin, André Carvalho e Rosane Portella Wolff.

Participou como representante do Ministério Público o Dr. Mário Gemin.

Florianópolis, 13 de fevereiro de 2019.

Gerson Cherem II
RELATOR

RELATÓRIO

Trata-se de ação rescisória manejada por Pedro João Soares Júnior e Genilson Soares, embasada no art. 485, incisos V e IX, do CPC/1973, tencionando a rescisão do acórdão proferido na Apelação Cível n. 2010.085022-4, o qual confirmou a sentença prolatada no proc. n. 090.05.004753-1, que decidiu pela improcedência da pretensão, forte no art. 269, I, do CPC/1973.

Discorreram os autores que ajuizaram ação de usucapião extraordinária, com o objetivo de ver reconhecida a prescrição aquisitiva do imóvel matriculado sob o n. 20.258, consistente em uma casa de madeira e respectivo terreno. Naquela demanda, o magistrado de primeiro grau julgou improcedentes os pleitos iniciais, sentença posteriormente confirmada por acórdão da Terceira Câmara de Direito Civil desta Corte (fls. 266/270). Suscitaram assim violação à literal dispositivo de lei, perfectibilizada na infração ao art. 13, inciso II, do CPC/1973, então vigente. Afirmaram que, ante a declaração de inadequação das oposições apresentadas, deveriam os réus apresentar resposta no bojo da ação de usucapião e, não o fazendo, impunha-se a decretação de revelia, com a exclusão do terceiro interessado Valmir Ribeiro do polo passivo da lide. Em caráter eventual, asseveraram que o aresto pautou-se também em erro fático, amparado em alegações trazidas naquela oposição, ou seja, argumentações inoportunas e inadequadas, as quais deveriam ser desconsideradas. Por derradeiro, postularam fosse rescindido o acórdão e reformada a sentença, reconhecendo-se os vinte anos de posse mansa, pacífica e ininterrupta do imóvel (fl. 25).

Citados, os réus apresentaram contestação, pontuando que o intento dos demandantes era

no sentido de rediscutir a matéria. Aduziram ser infundada e inadmissível a demanda rescisória. Outrossim, apontaram a existência de testemunha dos próprios autores, a qual infirmaria os fatos por eles articulados, notadamente a posse com *animus domini*. Alfim, pugnaram pela improcedência da pretensão rescisória e condenação dos autores ao pagamento dos encargos sucumbenciais, além de pleitearam a gratuidade da justiça em seu favor (fls. 305/313).

Aberto prazo para pronunciarem-se quanto à contestação (fl. 331), os autores ficaram-se inertes (fl. 335).

Em seguida, foram juntadas aos presentes autos as Oposições de ns. 090.07.005306-5 e 090.08.001521-2 (fl. 350), as quais se encontravam arquivadas.

Remetido o feito, a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra da Dra. Gladys Afonso, manifestou-se pela improcedência da rescisória (fls. 357/364).

Vieram os autos conclusos.

É o relatório.

VOTO

Ab initio, deve-se atentar para as regras de direito intertemporal no Novo CPC:

Art. 14. A norma processual não retroagirá e será aplicável imediatamente aos processos em curso, respeitados os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada.

Art. 1.046. Ao entrar em vigor este Código, suas disposições se aplicarão desde logo aos processos pendentes, ficando revogada a Lei n o 5.869, de 11 de janeiro de 1973.

Explicitam Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery:

O efeito retroativo da lei nova é sua aplicação dentro do passado e o efeito imediato é a aplicação da lei nova dentro do presente. [...]. O nosso sistema proíbe a aplicação da lei nova dentro do passado, isto é para os fatos ocorridos no passado. Os fatos pendentes (*facta pendentia*) são, na verdade, os fatos presentes, regulados pela eficácia imediata da lei nova, vale dizer, que se aplica dentro do presente.

[...] A lei processual tem vigência imediata e se aplica aos processos pendentes, mas rege sempre para o futuro [...]. Para justificar a aplicação da lei nova aos feitos pendentes, a doutrina fala em “retroatividade apenas na aparência” [...]. Os atos processuais já praticados sob a égide da lei antiga caracterizam-se como atos jurídicos processuais perfeitos, estando protegidos pela garantia constitucional da CF 5º XXXVI, não podendo ser atingidos pela lei nova. (in Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: RT, 2015. p. 2234/2235).

Calha transcrever trecho do acórdão prolatado pelo ilustre Des. Vanderlei Romer:

[...] Nunca é demais lembrar que as normas de natureza processual não podem ser aplicadas retroativamente. [...] 'A novatio legis, de cunho processual, tem aplicação imediata e alcança o processo em curso no ponto em que este se encontra, respeitando os atos processuais praticados e disciplinando os realizados a partir de sua vigência' (STJ, REsp. n. 35.160/SP, rel. Min. Cid Flaquer Scartezzini, DJU de 18-3-96). [...] 'Também as normas processuais, inobstante terem aplicação imediata, alcançando os processos em curso, devem respeito à cláusula constitucional que resguarda o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, formados em data anterior' (REsp 718.432/SC, rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ 2-5-2005). [...]'" (AC n. 2007.041693-6, rel. Des. Vanderlei Romer, j. em 13.12.2007).

Em decorrência, o diploma legal aplicável ao caso, mormente quanto aos requisitos da rescisória, é o Código de Processo Civil de 1973, vigente no momento do ajuizamento da lide.

Deve-se observar, contudo, o novo Código de Processo Civil no que tange às regras de julgamento e instrução, dada a aplicação da teoria do isolamento dos atos processuais.

Feitas tais considerações, parte-se para o exame da rescisória.

Primeiramente, calha destacar os pressupostos da demanda, segundo o art. 488, do CPC/73 (vigente à época da propositura):

Art. 488. A petição inicial será elaborada com observância dos requisitos essenciais do art. 282, devendo o autor:

I - cumular ao pedido de rescisão, se for o caso, o de novo julgamento da causa;

II - depositar a importância de 5% (cinco por cento) sobre o valor da causa, a título de multa, caso a ação seja, por unanimidade de votos, declarada inadmissível, ou improcedente.

O inciso I do supracitado dispositivo foi cumprido pela peça inicial, conforme se depreende dos requerimentos de fl. 25 . Veja-se:

[...]

F) a procedência desta ação para **reformular** a decisão e declarar cumpridos os vinte anos de posse mansa, pacífica e ininterrupta, a fim de que lhes seja outorgado o domínio em relação ao imóvel supramencionado, o que servirá de título para transcrição do Registro de Imóveis competente; (grifou-se).

Relativamente ao depósito referido no inciso II, do art. 488, do CPC/73, tem-se que os demandantes pugnaram pela concessão da justiça gratuita e pela dispensa do respectivo desembolso

(fl. 24, item “a”). No despacho de fl. 296, o ilustre Des. Eládio Torret Rocha deferiu o benefício da justiça gratuita aos autores, dispensando-os daquele depósito prévio.

Presentes, portanto, os requisitos da ação rescisória, analisa-se o mérito da demanda, com fundamento nos arts. 355, I, e 972, ambos do Código de Processo Civil/2015, em virtude da prescindibilidade da dilação probatória, julgando-se antecipadamente o feito.

Nesse sentido:

I - CARÊNCIA DE AÇÃO - ALEGADA SENTENÇA HOMOLOGATÓRIA DE ACORDO - IMPOSSIBILIDADE DE SER OBJETO DE AÇÃO RESCISÓRIA - DECISÃO RESCINDENDA OBJETO DE APRECIÇÃO DOS REQUISITOS DA BUSCA E APREENSÃO E QUE NÃO SE REFERE A ACORDO - PREFACIAL REJEITADA. - Não constituindo a sentença rescindenda em homologatória de acordo, inaplicável o art. 486 do CPC, e com isso, perfeitamente possível ser objeto da ação rescisória. II - CARÊNCIA DE AÇÃO - ALEGAÇÃO DE IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO PELA OCORRÊNCIA DA CITAÇÃO - CAUSA DE PEDIR FUNDAMENTADA NA AUSÊNCIA DE OPORTUNIDADE PARA CONTESTAR E PURGAR A MORA - PROCESSO QUE ESTAVA SUSPENSO PARA PAGAMENTOS DOS VALORES EXTRAJUDICIALMENTE - PRELIMINAR AFASTADA. - A causa de pedir desta ação rescisória está na ausência de oportunidade ao contraditório e purgação da mora, e, não na falta de citação. Por isso, a preliminar de carência de ação não merece prosperar. III - JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE - MATÉRIA EXCLUSIVAMENTE DE DIREITO - PROVA ORAL E PERICIAL DESNECESSÁRIA - APLICAÇÃO DOS ARTS. 130 E 330 DO CPC. - “**Constantes dos autos elementos de prova documental suficientes para formar o convencimento do julgador, incorre cerceamento de defesa se julgada antecipadamente a controvérsia**” (AGA n. 14.952-DE, Min. Sálvio de Figueiredo). IV - AÇÃO RESCISÓRIA - VIOLAÇÃO LITERAL DE DISPOSITIVO DE LEI E ERRO DE FATO - CONTRADITÓRIO NÃO ATENDIDO - OFENSA CARACTERIZADA AO ART. 5º LV DA CF - PROCEDÊNCIA. - Constitui ofensa destacada ao princípio constitucional do contraditório, o oferecimento de sentença com resolução de mérito, sem a oportunidade de resposta, porquanto após a citação o processo restou suspenso e a parte residente no polo passivo não foi intimado para considerar vencido o respectivo prazo. - Ao tempo da ofensa ao princípio do contraditório, na espécie, não vigia o parágrafo único do art. 238 do CPC, impossibilitando sua aplicação. Ação rescisória procedente com fulcro no art. 485, V, do CPC. (AR n. 2007.049793-6, rel. Des. Guilherme Nunes Born, j. em 13.03.2012). (Grifou-se).

A mesma inteligência esposaram o Des. Jaime Ramos, no julgamento da AR n. 2013.015744-0, em 22.08.2013, e a Des^a. Soraya Nunes Lins na AR n. 2012.076117-4, na data de 10.09.2014.

Tencionam os autores a rescisão do aresto que decidiu a Apelação Cível autuada sob o n. 2010.085022-4, relativa à sentença da ação de usucapião extraordinária n. 090.05.004753-1, na qual figuraram como autores os ora demandantes, tendo sido julgados improcedentes os pleitos exordiais, com fulcro no art. 269, I, do CPC/73.

Melhor sorte não lhes acode, todavia.

Os postulantes Pedro e Genilson noticiam o aforamento da ação de usucapião para adquirir a propriedade de um terreno, que teria sido doado à mãe dos autores, Ivonete Francisca Soares, por

seu tio José Ribeiro, no ano de 1975. Narram que a genitora faleceu no ano de 1991, quando seus filhos contavam com 9 e 14 anos, os quais permaneceram morando no terreno sob os cuidados de outro tio, Vilmar Ribeiro. Apontam que este parente, ao ser chamado na ação de usucapião como testemunha, afirmou ser o verdadeiro proprietário do imóvel, representando o dono primitivo José Ribeiro, vindo a ajuizar, na sequência, a ação de oposição (proc n. 090.07.005306-5). Esclarecem que, um ano depois destes fatos, Rosane dos Santos Ribeiro e outros apresentaram-se na condição de herdeiros de José Ribeiro, manifestando interesse no bem por meio de outra oposição (proc. n. 090.08.001521-2). Asseveram que as oposições foram consideradas inadmissíveis, vindo a ser extintas. Apontam que, apesar da extinção das oposições, o pleito de usucapião equivocadamente julgado improcedente, motivo pelo qual pretendem a rescisão do acórdão que confirmou a sentença.

Diante do cenário em tela, sustentam os autores que: 1) extintas as oposições sem julgamento de mérito, inexistiria resistência válida ou interrupção da posse pacífica e com *animus domini* dos autores; 2) tendo os interessados deixado de responder à usucapião, ao escolher meio processual equivocado para resistirem à pretensão de usucapir o bem, incidiriam dos efeitos da revelia.

Logo, argumentam que houve violação à literal disposição legislativa (art. 485, V, CPC/1973), pois foi inobservado o art. 13, inciso II, do CPC/1973, não tendo sido decretada a revelia na ação de usucapião, com suas consequências legais e a exclusão do terceiro interessado.

Em caráter subsidiário, apontam a existência de erro de fato (art. 485, inciso IX, do CPC/1973), porque a sentença fulcrou-se em assertivas lançadas nas oposições de forma inoportuna e inadequada. Reproduzem trechos da sentença e do acórdão, indicando que os argumentos que compõem a fundamentação são relatos que foram suscitados somente nas oposições, impertinentes à usucapião, ou seja, estranhos aos autos. Assim, reputam a ocorrência de erro de fato, pois a sentença baseou-se em informações alheias ao processo.

Posta a questão, passa-se ao mérito da lide:

1) Da alegada ofensa à literal disposição de lei:

Tocante à suposta violação à disposição literal de lei, dispunha a norma processual civil então vigente (CPC/1973):

Art. 485. A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:

[...]

IV - ofender a coisa julgada;

Os autores apontam malferimento ao art. 13, inciso II, do CPC/1973, que assim estabelecia:

Art. 13. Verificando a incapacidade processual ou a irregularidade da representação das partes, o juiz, suspendendo o processo, marcará prazo razoável para ser sanado o defeito.

Não sendo cumprido o despacho dentro do prazo, se a providência couber:

[...]

II - ao réu, reputar-se-á revel;

Contudo, não ocorreu a revelia na hipótese em tela.

In casu, os demandantes ajuizaram a ação de usucapião em face do senhor José Ribeiro, que supostamente teria doado o imóvel à genitora dos autores. Foram citados ainda os proprietários dos imóveis confrontantes (fl. 39).

Nesse eito, como o réu José Ribeiro restou citado por edital, conforme pleiteado pelos demandantes (fl. 39), sobreveio a nomeação de curador especial (fl. 130 e 154), que apresentou contestação à lide (fls. 157/161).

Na sequência, houve a notícia de que o demandado José Ribeiro era falecido, quando do depoimento do seu irmão, Sr. Valdir Ribeiro (fl. 164), o qual lançou também informações contrárias à narrativa inicial, refutando a tese de que os autores possuíam *animus domini*.

A par disso, ocorrera o aforamento de oposição, que suspendeu a usucapião, para determinar-se aos demandantes que comunicassem o nome de todos os litisconsórcios necessários para compor o polo ativo ou passivo (fl. 191).

Constou ainda nova manifestação da curadora do réu (fls. 209/212), na qual foram prestadas informações, bem como oferecida resistência à aquisição da propriedade pelos postulantes.

Merece destaque, então, o surgimento nesse ponto de uma evidente nulidade, porém dela não se deve conhecer, na medida em que transitou em julgado o acórdão e o vício não é objeto da presente rescisória.

A nulidade consiste na existência de pronunciamentos em nome de réu, por meio da curadora especial, mesmo após a comprovação de ser ele falecido, conforme certidão de óbito juntada à fl. 11 da oposição n. 090.08.001521-2. Isto sem que se promovesse a devida correção do polo passivo da usucapião, para incluir os herdeiros do *de cuius*. Entretanto, exsurge inviável reconhecê-la de ofício, porque operou-se a coisa julgada.

Deveras, a presente rescisória não possui como objeto o reconhecimento daquele ato nulo, o qual desafiaria – em tese – outra ação rescisória. A atual demanda deve respeitar os lindes do pleito formulado, ou seja, observar o princípio da congruência.

O juízo rescisório possui natureza de ação autônoma de impugnação, alheia a mais uma instância recursal, na qual caberia reconhecer de ofício nulidades; cuida-se de novo processo, que conta com pedido e fundamentação certos, vinculatórios da prestação jurisdicional.

Dessarte, eventual reconhecimento de vício não aventado pela parte implicaria em julgamento *extra petita*.

Consta precedente do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. PROCEDÊNCIA. NULIDADE. RECONHECIMENTO EX OFFICIO. FUNDAMENTO NÃO INCLUÍDO NA CAUSA DE PEDIR. DECISÃO EXTRA PETITA. CPC, ARTS. 128 E 460.

I - Se a ação rescisória é proposta com fulcro no art. 485, V, do CPC, alegando-se violação aos arts. 37, XI, e 92, XII, da CF, é vedado ao órgão jurisdicional julgá-la procedente por reconhecer, de ofício, nulidade no processo em que fora proferida a decisão rescindenda - falta de citação de suposto litisconsorte passivo necessário -, nulidade essa que não foi incluída na causa de pedir pelo autor.

II - Impossibilidade de se proferir decreto de procedência com base em fundamentos distintos dos expendidos na petição inicial. Ofensa aos arts. 128 e 460 caracterizada. Recurso especial provido. (REsp n. 162018, rel. Min. Félix Fischer, j. em 04.04.2000).

Ademais, estar-se-ia declarando uma eiva sem que haja dano efetivo, pois os beneficiários da declaração nulidade (herdeiros do réu) não foram prejudicados na usucapião, cujo pleito foi julgado improcedente e, por lógico, a eles favorável.

Por derradeiro, reconhecer como nula a citação do demandado implicaria efetivamente em beneficiar os autores, os quais concorreram para a existência do vício. Deveras, mesmo após saberem do falecimento do réu e da resistência dos herdeiros (via oposição), eles se abstiveram de diligenciar para trazer os sucessores ao polo passivo de feito, de molde a viabilizar a adequada angularidade processual.

Assim, revela-se inviável o reconhecimento da latente nulidade nos presentes autos.

Sob outro vértice, tencionam os autores atribuir os efeitos da revelia aos herdeiros do réu José Ribeiro, bem como excluir Valmir Ribeiro do processo (fl. 10, parágrafo 3º), sob o fundamento de não terem apresentado resposta à usucapião, sendo inadmitidas as oposições. Em decorrência, pretendem o julgamento favorável de sua pretensão.

Avulta, no entanto, a ausência de razoabilidade da tese esgrimida.

Inicialmente, calha esclarecer que os autores mencionam em sua petição o nome “Valmir Ribeiro” e apontam-no como o tio que ficou responsável por cuidar dos demandantes após o óbito da genitora. Dizem ainda que aquele senhor teria ajuizado ação de oposição, porém tudo indica que eles se referem ao tio Vilmar Ribeiro, demandante na oposição autuada sob n. 090.07.005306-5, supondo-se que houve equívoco na inserção do nome “Valmir”. Por isto, considera-se que as menções são atribuídas à pessoa de Vilmar Ribeiro.

Realizado o esclarecimento, expõem-se as razões da insubsistência da tese.

Os herdeiros de José Ribeiro sequer foram réus no processo, nunca foram citados ou apontados como ocupantes do polo passivo. Outrossim, contrariamente ao que alegam os rescindentes (fl. 22), Vilmar Ribeiro jamais fora indicado como testemunha dos autores nos autos principais, tendo sido colhido o depoimento do Sr. “Valdir Ribeiro” (fl. 131 da ação de usucapião), este último irmão do Sr. Vilmar Ribeiro.

Assim, o Sr. Vilmar Ribeiro não se apresentou nos autos formalmente como terceiro interessado, em verdade sequer compareceu na condição de depoente, pois quem fora indicado como testemunha em tal ocasião foi o Sr. Valdir Ribeiro (fls. 08 e 132).

Emerge incorreta, portanto, a alegação de que o senhor Vilmar teria sido arrolado como testemunha na lide de usucapião.

Diante desse cenário, inexistente violação ao art. 13, inciso II, do CPC/1973, pois houve a revelia do réu citado por edital, mas sem incidir os respectivos efeitos por força da curadora atuante no feito. Quanto ao herdeiros, jamais foram incluídos no polo passivo da lide.

Ademais, a tese da revelia somente veio a ser aventada nesta ação rescisória. O acórdão rescindendo nunca examinou a eventual ocorrência de revelia, porque a matéria não foi apresentada pela parte interessada, motivo pelo qual se torna impossível reconhecer que o aresto violou literal disposição de lei.

Da análise do dispositivo apontado como malferido, constata-se que inexistiu implemento de condição alguma para que fosse aplicada a pena de revelia, pois não foi verificada incapacidade processual ou irregularidade da representação das partes, nem concedido prazo para sanar o defeito.

Calha trazer à luz excerto do parecer da douta Procuradora de Justiça, Dra. Gladys Afonso, *in verbis* (fl. 363):

[...] a forma como foi redigido o artigo 13 do Código de Processo Civil deixa claro que o réu só será reputado revel e o terceiro excluído do processo se o juiz verificar a incapacidade processual ou a irregularidade da representação das partes, suspender o processo, marcar prazo razoável para ser sanado o defeito e não for cumprido o despacho dentro de prazo, sendo que, no processo de usucapião, nenhuma dessas medidas sucessivas foram determinadas pelo juízo ou requeridas pela parte autora, impossibilitando o reconhecimento dos efeitos que dependem desta escala de ações.

Enfatize-se que *“a violação de dispositivo de lei que propicia o manejo da ação rescisória, na forma do art. 485, V, do CPC, pressupõe que a norma legal tenha sido ofendida na sua literalidade pela decisão rescindenda, ou seja, é a decisão de tal modo teratológica que consubstancia o desprezo do sistema de normas pelo julgado rescindendo. Deste modo a verificação da violação a dispositivo literal de lei requer exame minucioso do julgador, a fim de evitar que essa ação de natureza desconstitutiva negativa seja utilizada como sucedâneo de recurso, tendo lugar apenas nos casos em que a transgressão à lei é flagrante, conferindo-lhe o acórdão rescindendo interpretação teratológica e*

em sentido diametralmente oposto ao conteúdo da norma, sendo vedado, para tanto, qualquer tipo de inovação argumentativa deixada de ser feita in oportune tempore, pois essa não se cuida de via recursal com prazo de dois anos” (STJ, AR n. 4.591/PE, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. em 08.11.2017). (Grifou-se).

Nesse pensar, indemonstrada a violação à literal disposição de lei, exsurge impróspera a pretensão .

Haure-se da jurisprudência:

AÇÃO RESCISÓRIA. INSURGÊNCIA CONTRA ACÓRDÃO PROFERIDO EM APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE DE TRÂNSITO. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. ALEGADA VIOLAÇÃO LITERAL À DISPOSIÇÃO DE LEI. CERCEAMENTO DE DEFESA. OITIVA DE TESTEMUNHA. TESE NÃO SUSCITADA NA AÇÃO ORIGINÁRIA OU NAS RAZÕES DE APELAÇÃO. VIOLAÇÃO LITERAL À NORMAL LEGAL NÃO CARACTERIZADA. ERRO DE FATO. ALEGAÇÃO DE QUE NÃO FORAM CONSIDERADOS FATOS CAPAZES DE DETERMINAR UM RESULTADO DIVERSO PARA A AÇÃO. EXISTÊNCIA DE CONTROVÉRSIA ENTRE AS PARTES E PRONUNCIAMENTO JUDICIAL SOBRE A MATÉRIA. ERRO DE FATO. NÃO OCORRÊNCIA. PRETENSÃO EXCLUSIVA DE REAPRECIAÇÃO DA MATÉRIA. UTILIZAÇÃO DA VIA RESCINDENDA COMO SUCEDÂNEO RECURSAL. INVIABILIDADE. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO.

“A violação de dispositivo de lei que propicia o manejo da ação rescisória, na forma do art. 485, V, do CPC, pressupõe que a norma legal tenha sido ofendida na sua literalidade pela decisão rescindenda, ou seja, é a decisão de tal modo teratológica que consubstancia o desprezo do sistema de normas pelo julgado rescindendo. Deste modo a verificação da violação a dispositivo literal de lei requer exame minucioso do julgador, a fim de evitar que essa ação de natureza desconstitutiva negativa seja utilizada como sucedâneo de recurso, tendo lugar apenas nos casos em que a transgressão à lei é flagrante, conferindo-lhe o acórdão rescindendo interpretação teratológica e em sentido diametralmente oposto ao conteúdo da norma, sendo vedado, para tanto, qualquer tipo de inovação argumentativa deixada de ser feita in oportune tempore, pois essa não se cuida de via recursal com prazo de dois anos” (STJ, AR 4.591/PE, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, j. em 8-11-2017)”

[...] (AR n. 0121082-67.2014.8.24.0000, rel. Des. Fernando Carioni, j. em 15.05.2018).

AÇÃO RESCISÓRIA. ART. 485, V, DO CPC. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO À DISPOSITIVO LITERAL DE LEI. ART. 5, LIV E LV, DA CF E ARTS. 425, 433 E 434 DO CPC. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO. AÇÃO RESCISÓRIA QUE DEVE SER JULGADA IMPROCEDENTE. Inexistindo violação à dispositivo literal de lei, a improcedência da ação rescisória é medida que se impõe. (AR n. 2014.027657-8, rel. Des. Subst. Francisco Oliveira Neto, j. em 18.11.2014).

AÇÃO RESCISÓRIA. AVENTADA VIOLAÇÃO LITERAL DE DISPOSITIVO DE LEI E ERRO DE FATO (ART. 485, V E IX, DO CPC). INSURGÊNCIA DO SEGURADO EM FACE DO MARCO INICIAL DO BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO (AUXÍLIO-DOENÇA) FIXADO NO ACÓRDÃO VERGASTADO. AUSÊNCIA DE RECURSO CABÍVEL NO MOMENTO PROCESSUAL OPORTUNO. PRETENSÃO MANIFESTA DE REANALISAR O CONJUNTO PROBATÓRIO E REDISCUTIR A MATÉRIA. IMPOSSIBILIDADE. VEÍCULO JURÍDICO INADEQUADO. COISA JULGADA INTRANSPONÍVEL PARA O CASO FOCADO. ESTABILIDADE DAS RELAÇÕES JURÍDICAS. PLEITO RESCISÓRIO JULGADO IMPROCEDENTE. “A via estreita da ação rescisória não se presta a rediscutir a justiça da

decisão ou a servir como meio de recurso para que a parte vencida busque a sua reforma. ‘Não se configurando qualquer dos pressupostos do art. 485 do CPC, inviável a ação rescisória. Nela é vedada a rediscussão da causa, pois, não se definindo como instância recursal, o reexame de questões já apreciadas configuraria desrespeito à coisa julgada’ (RT 609/153)”. (Ação Rescisória n. 2010.080824-9, de Joaçaba, rel. Des. Luiz César Medeiros, DJe de 18/5/2011). (AR n. 2011.045327-4, rel. Des. Carlos Adilson Silva, j. em 08.10.2014). (Grifou-se).

AÇÃO RESCISÓRIA. INSURGÊNCIA CONTRA ACÓRDÃO PROFERIDO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO QUE RECONHECEU EXCESSO DE EXECUÇÃO. ALEGADA VIOLAÇÃO LITERAL A DISPOSIÇÃO DE LEI E AFRONTA À COISA JULGADA. PRETENSÃO EXCLUSIVA DE REAPRECIÇÃO DA MATÉRIA. UTILIZAÇÃO DA AÇÃO RESCISÓRIA COMO SUCEDÂNEO RECURSAL. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO. “A ação rescisória não é sucedâneo de recurso não interposto no momento apropriado, nem se destina a corrigir eventual injustiça de decisão. Constitui demanda de natureza excepcional, de sorte que seus pressupostos devem ser observados com rigor, sob pena de ser transformada em espécie de recurso ordinário para rever decisão já ao abrigo da coisa julgada” (STJ, AR 3.219/RS, Rel. Ministro Jorge Scartezini, rel. p/ Acórdão Ministro Castro Filho, Segunda Seção, j. em 14-2-2007). (AR n. 2012.053653-3, rel. Des. Fernando Carioni, j. em 14.08.2013).

PROCESSUAL CIVIL - VIOLAÇÃO À LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI - CPC, ART. 485, V - INOCORRÊNCIA 1 A via estreita da ação rescisória não se presta a rediscutir a justiça da decisão ou a servir como meio de recurso para que a parte vencida busque a sua reforma., 2 Não há como conhecer a ação rescisória se não verificada a afronta à literal disposição da Constituição Federal ou da lei de regência. Concernente ao limite de idade para ingresso no Corpo de Bombeiros Militar do Estado de Santa Catarina, houve no julgado rescindendo a interpretação pela Corte Estadual dos dispositivos tidos por inobservados, a fim de aplicá-los no caso concreto, já que defrontava-se com a necessidade de ser regulamentado o requisito expressamente previsto em lei (Lei n. 6.218/83, art. 11). Entendeu-se, assim, suprida a exigência de previsão em lei dos critérios de ingresso com a especificação dos parâmetros necessários no regulamento do concurso. **“Não se configurando qualquer dos pressupostos do art. 485 do CPC, inviável a ação rescisória. Nela é vedada a rediscussão da causa, pois, não se definindo como instância recursal, o reexame de questões já apreciadas configuraria desrespeito à coisa julgada”** (RT 609/153). (AR n. 2007.024762-3, rel. Des. Luiz César Medeiros, j. em 25.03.2009).(Grifou-se).

Afasta-se, portanto, o pleito nesse aspecto.

b) Do alegado erro de fato:

Atinente à tese da existência de erro de fato, de plano merece ser arredada, segundo os parágrafos do art. 485, do CPC/73:

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.

Leciona Humberto Theodoro Júnior:

Deve-se, por isso, interpretar restritivamente a permissão de rescindir a sentença por erro de fato e sempre tendo em vista que a rescisória não é remédio próprio para verificação do acerto ou da injustiça da decisão judicial, nem tampouco meio de reconstituição de fatos ou provas deficientemente expostos e apreciados em processo findo.

[...]

São os seguintes os requisitos para que o erro de fato dê lugar à rescindibilidade da sentença:

- a) o erro deve ser a causa da conclusão a que chegou a sentença;
- b) o erro há de ser apurável mediante simples exame das peças do processo, “não se admitindo, de modo algum, na rescisória, a produção de quaisquer outras provas tendentes a demonstrar que não existia o fato admitido pelo juiz ou que ocorrera o fato por ele considerado inexistente;
- c) não pode ter havido controvérsia, nem pronunciamento judicial no processo anterior sobre o fato (art. 485, § 2º). (*in* Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. 50. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 705).

Ora, o fato que embasou o decisório de improcedência, qual seja, a falta de comprovação dos pressupostos necessários à usucapião, foi esquadrihado de modo amplo no julgado, tornando descabido o redebate com fulcro no art. 485, IX, do CPC/73.

O convencimento do magistrado no primeiro grau, bem como do Órgão Colegiado, sustentou-se na ausência de demonstração do *animus domini*, à luz do fato de que os herdeiros do falecido pagaram os impostos, bem assim que o imóvel fora cedido à genitora dos autores e a eles sob comodato.

Por seu turno, os demandantes não apresentam substrato algum para desconstituir a situação fática na qual se sustentou o convencimento do aresto, restringindo-se a alegar que o Judiciário não deveria conhecer tais elementos, pois foram-lhe submetidos por via “inadequada”.

Incorre nos autos, assim, adminículo probatório de que os fatos embastradores do veredicto estejam equivocados.

A assertiva de que aqueles elementos somente foram mencionados nas oposições revela-se frágil, porquanto na própria usucapião há referência a eles, por ocasião do depoimento do Sr. Valdir Ribeiro, além dos posteriores pronunciamentos da curadora nomeada ao réu.

Malgrado haver na sentença e no aresto alusão a documentos constantes nas oposições, isto não traz nenhum prejuízo ou invalidade, na medida em que os processos tramitaram concomitantemente. Deveras, a extinção da oposição não invalida seu conteúdo, à luz do conúbio de provas nas demandas apensas.

Nessa ordem de ideias, descaracteriza-se a hipótese legal invocada, porque os fatos considerados no acórdão jamais incorreram em erronia .

Decidiu a Corte Catarinense:

DIREITO CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. VIOLAÇÃO MANIFESTA A “NORMA JURÍDICA” E “ERRO DE FATO” (CPC/2015, ART. 966, INCS. V E VIII). INOCORRÊNCIA. PRETENSÃO JULGADA IMPROCEDENTE.

01. “A decisão de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida” (CPC, art. 966), entre outras hipóteses, quando: I) “violiar manifestamente norma jurídica” (inc. V); II) “for fundada em erro de fato verificável do exame dos autos” (inc. VIII).

Se fundada no inc. V, a violação à lei deve ser “aberrante (AR nº 464/RJ, Relator o Ministro Barros Monteiro, DJ de 19/12/03), extravagante (AgRg na AR nº 1.882/SC, Relator o Ministro Hamilton Carvalhido, DJ de 19/12/03), direta e não deduzível a partir de interpretações possíveis (EDcI na AR nº 720/PR, Relatora a Ministra Nancy Andrighi, DJ de 17/2/03), ultrapassar o limite do razoável e beirar o extravagante (AgRg na AR nº 1.854/SP, Relator o Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ de 2/9/02)” (REsp n. 595.874, Min. Carlos Alberto Menezes Direito); se fundada no inc. VIII, é imprescindível: “i) que o erro de fato seja relevante para o julgamento da questão, ou seja, que sem ele a conclusão do julgamento necessariamente houvesse de ser diferente; ii) que seja apurável mediante simples exame das provas já constantes dos autos da ação matriz, sendo inadmissível a produção, na rescisória, de novas provas para demonstrá-lo; e iii) que não tenha havido controvérsia nem pronunciamento judicial sobre o fato” (AR n. 1.421, Min. Massami Uyeda).

02. Não há “erro de fato” no acórdão se a tese em que fundada a pretensão do autor da ação rescisória foi minudentemente examinada na sentença e no acórdão.

Eventual “injustiça” no exame da prova, no julgamento da causa e do recurso, não autoriza a rescisão do acórdão. (AR n. 4010593-84.2017.8.24.0000, rel. Des. Newton Trisotto, j. em 23.07.2018).

AÇÃO RESCISÓRIA. ACORDÃO PROLATADO EM AÇÃO DE USUCAPIÃO. DECISUM QUE DESPROVEU O RECURSO DA AUTORA, SOB O ARGUMENTO DE NÃO RESTAR DEMONSTRADA A POSSE AD USUCAPIONEM. ALEGAÇÃO DE MALFERIMENTO AO ARTIGO 5º, INCISO XXIII, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL E DE ERRO DE FATO, A TEOR DOS INCISOS V E IX DO ARTIGO 485 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. OFENSA À NORMA CONSTITUCIONAL. ACÓRDÃO RESCINDENDO QUE ENTENDEU NÃO RESTAR DEVIDAMENTE DEMONSTRADO O ANIMUS DOMINI. PARA QUE A PROPRIEDADE ESPECIAL URBANA GANHE CONTORNOS DE FUNÇÃO SOCIAL, SUBMETE-SE À CONFLUÊNCIA DE DIVERSOS REQUISITOS JURÍDICOS, COMO O TEMPO DE POSSE, METRAGEM MÁXIMA E, SOBRETUDO, ÂNIMO DE DONO. INEXISTÊNCIA DE OFENSA À LITERAL DISPOSITIVO LEGAL. INTERPRETAÇÃO, ADEMAIS, AJUSTADA AOS PRECEDENTES JUDICIAIS E AOS INTERESSES EM CONFLITO NO CASO CONCRETO. ERRO DE FATO NÃO EVIDENCIADO. MATÉRIA FÁTICA QUE POR SER O CERNE DO LITÍGIO - NATUREZA DA POSSE EXERCIDA - MOSTROU-SE EXAUSTIVAMENTE DEBATIDA. O CRITÉRIO INTERPRETATIVO DO ÓRGÃO JULGADOR JAMAIS PODE CONFIGURAR ERRO DE FATO QUE, ADEMAIS, SOMENTE SE CARACTERIZA SOBRE CIRCUNSTÂNCIA INCONTROVERSA, DESPERCEBIDA PELO MAGISTRADO, A PONTO DE INFLUENCIAR ERRONEAMENTE SUA CONVICÇÃO, EM CLARA RELAÇÃO CAUSAL. NA HIPÓTESE NÃO HOUVE ERRO DE JULGAMENTO, TAMPOUCO OFENSA À DISPOSITIVO LEGAL, SENÃO HERMENÊUTICA DESFAVORÁVEL À PRETENSÃO DA AUTORA. INOCORRÊNCIA DAS HIPÓTESES ENSEJADORAS DA RESCISÓRIA, DESCRITAS NOS INCISOS V E IX DA LEGISLAÇÃO PROCESSUAL CIVIL. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO. (AR n. 2010.069875-8, rel. Des. Ronei Danielli, j. em 13.06.2012).

Logo, improcede o pleito rescisório esteado no inciso IX, do art. 485, do CPC/73.

Da detida análise dos autos, conclui-se que a pretensão dos autores intenta, em verdade, reavivar a matéria e os fundamentos que motivaram o aresto, sem ostentar os pressupostos da ação rescisória.

Forçoso concluir-se que a presente demanda “*revela inescandível tentativa, por vias transversas, de rediscutir o mérito, com o nítido escopo de modificar o julgado para se coadunar ao entendimento defendido pela autora, o que é inadmissível na via eleita, sob pena de ofensa à coisa julgada*” (AR n. 2010.080295-5, rel. Des. Carlos Adilson Silva, j. em 12.11.2014).

A respeito, destaca-se do STJ:

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO RESCISÓRIA. ERRO DE FATO. RESCISÓRIA COMO SUCEDÂNEO RECURSAL. IMPOSSIBILIDADE. ACÓRDÃO EM SINTONIA COM O ENTENDIMENTO FIRMADO NO STJ. SÚMULA 83 DO STJ. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO.

1. “A jurisprudência do STJ possui o entendimento de que a Ação Rescisória não é o meio adequado para a correção de suposta injustiça da Sentença, apreciação de má interpretação dos fatos ou de reexame de provas produzidas, tampouco para complementá-la. 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 [...]”. (REsp 1691712 / SP, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe 19/12/2017) (AgInt no AREsp n. 1214345/RS, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. em 24.04.2018).

Por conseguinte, ausentes os pressupostos ensejadores da rescisão do acórdão, sobreleva o respeito ao instituto da coisa julgada material.

O Des. Carlos Prudêncio, citando o eminente Ministro Celso de Mello, no julgamento da AR n. 2011.045327-4, em 08.10.2014, ponderou:

“Entendo que se deve preservar a autoridade da coisa julgada em razão de exigências de ordem social que impõem a preponderância da segurança jurídica, que representa, em nosso sistema constitucional, um dos subprincípios do Estado Democrático de Direito.

A análise da situação processual que resulta desta causa revela que a ora recorrente postula, na realidade, o reexame do fundo de uma controvérsia que já constituiu objeto de decisão irrecorrível. Torna-se importante rememorar, por isso mesmo, considerado esse contexto processual, o alto significado de que se reveste, em nosso sistema jurídico, o instituto da “res judicata”, que configura atributo específico da jurisdição e que se projeta na dupla qualidade que tipifica os efeitos emergentes do ato sentencial: a imutabilidade, de um lado, e a coercibilidade, de outro.

A proteção constitucional dispensada à coisa julgada em sentido material revela-se tão intensa que impede sejam alterados os atributos que lhe são inerentes, a significar, como já salientado, que nenhum ato estatal posterior poderá, validamente, afetar-lhe a integridade. Esses atributos que caracterizam a coisa julgada em sentido material, notadamente a imutabilidade dos efeitos inerentes ao comando sentencial, recebem,

diretamente, da própria Constituição, especial proteção destinada a preservar a inalterabilidade dos pronunciamentos emanados dos Juízes e Tribunais, criando, desse modo, situação de certeza, de estabilidade e de segurança para as relações jurídicas.

É por essa razão que HUMBERTO THEODORO JÚNIOR (“Curso de Direito Processual Civil”, vol. I/539-540, item n. 509, 51ª ed., 2010, Forense), discorrendo sobre o fundamento da autoridade da coisa julgada, esclarece que o legislador, ao instituir a “res judicata”, objetivou atender, tão-somente, “uma exigência de ordem prática (...), de não mais permitir que se volte a discutir acerca das questões já soberanamente decididas pelo Poder Judiciário”, expressando, desse modo, a verdadeira razão de ser do instituto em questão: a preocupação em garantir a segurança nas relações jurídicas e a necessidade de preservar a paz no convívio social. Mostra-se tão intensa a intangibilidade da coisa julgada, considerada a própria disciplina constitucional que a rege, que nem mesmo lei posterior - que haja alterado (ou, até mesmo, revogado) prescrições normativas que tenham sido aplicadas, jurisdicionalmente, na resolução do litígio - tem o poder de afetar ou de desconstituir a autoridade da coisa julgada.

Daí o preciso magistério de JOSÉ FREDERICO MARQUES (“Manual de Direito Processual Civil”, vol. III/329, item n. 687, 2ª ed./2ª tir., 2000, Millennium Editora) em torno das relações entre a coisa julgada e a Constituição: “A coisa julgada cria, para a segurança dos direitos subjetivos, situação de imutabilidade que nem mesmo a lei pode destruir ou vulnerar - é o que se infere do art. 5º, XXXVI, da Lei Maior. E sob esse aspecto é que se pode qualificar a ‘res iudicata’ como garantia constitucional de tutela a direito individual. Por outro lado, essa garantia, outorgada na Constituição, dá mais ênfase e realce àquela da tutela jurisdicional, constitucionalmente consagrada, no art. 5º, XXXV, para a defesa de direito atingido por ato lesivo, visto que a torna intangível até mesmo em face de ‘lex posterior’, depois que o Judiciário exaure o exercício da referida tutela, decidindo e compondo a lide.”

Dessarte, em reverência à segurança jurídica e por faltarem os requisitos da rescisão, julga-se improcedente o pleito exordial.

Alfim, percebe-se que os autores remanescem como únicos sucumbentes da demanda, devendo arcar com a totalidade das despesas processuais e honorários advocatícios, os quais restam arbitrados em 10% (dez por cento) do valor atualizado da causa, levando-se em conta o trabalho desenvolvido pelo procurador dos réus, seu grau de zelo e o local da prestação do serviço (escritório no mesmo local da sede do Tribunal – fl. 314), além da pouca complexidade da causa, consoante preconiza o art. 85, §§ 2º e 6º, do CPC/2015; atentando-se, inclusive, aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Todavia, fica suspensa a exigibilidade, consoante o art. 98, §3º, do CPC/2015, em face da justiça gratuita concedida aos postulantes (fl. 296).

Ante o exposto, julgam-se improcedentes os pleitos iniciais. Por conseguinte, condenam-se os autores ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em 10% (dez por cento) do valor atualizado da causa (art. 85, §§ 2º e 6º, do CPC/15), sustados nos termos do art. 98, § 3º, do CPC/15.

É como voto.

Ação Rescisória n. 0191793-68.2012.8.24.0000, de Curitiba

Relator: Desembargador João Batista Góes Ulysséa

AÇÃO RESCISÓRIA. AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE DOAÇÕES. RESCISÃO DO JULGAMENTO DO APELO QUE MANTEVE A SENTENÇA QUE RECONHECEU INFLUÊNCIA DOLOSA DO PAI DOS ORA AUTORES À EXCLUSÃO DO RÉU, PELA DOADORA, DO TESTAMENTO E PARTILHA DOS BENS.

RÉPLICA. ALEGADA INCAPACIDADE POSTULATÓRIA DO ADVOGADO DO RÉU, VISTO SER SERVIDOR PÚBLICO. ASSUNÇÃO NO CARGO PÚBLICO APÓS OFERECIDA A PEÇA CONTESTATÓRIA. ARGUMENTO RECHAÇADO.

Não procede a alegação de que o advogado subscritor da peça defensiva não possui capacidade postulatória, quando comprovado documentalmente que a sua posse em cargo público ocorreu após ter oferecido a contestação.

RESCISÃO DO ACÓRDÃO POR DOLO PROCESSUAL. IMPUTAÇÃO DE ALTERAÇÃO DA VERDADE DOS FATOS. INOCORRÊNCIA. CONDUITA PROCESSUAL CALCADA NA LEGISLAÇÃO PROCESSUAL E SEM INFLUÊNCIA NO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO DOS JULGADORES. PLEITO AFASTADO.

“A hipótese de cabimento da ação rescisória insculpida no inciso III, primeira parte, do artigo 485 do Código de Processo Civil/1973 (dolo da parte vencedora em detrimento da parte vencida) deve estar estampada em atos intencionais graves, que configurem deslealdade processual, de modo a influenciar negativamente a decisão judicial.” (REsp n. 1.590.902/SP, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 26-4-2016).

VIOLAÇÃO LITERAL DE LEI. DISPOSITIVO LEGAL GENÉRICO. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO CLARA, FRONTAL E TERATOLÓGICA AO CONTEÚDO NORMATIVO. *ACTIO* RESCISÓRIA QUE NÃO SERVE DE SUCEDÂNEO RECURSAL. PEDIDO RESCISÓRIO INCABÍVEL.

“A ‘violação literal de lei’, exigida pelo art. 485, V, CPC, há de ultrapassar o limite do razoável e beirar o extravagante, não alcançando essa expressão a interpretação que se extraia entre mais de uma possível.” (STJ, AgRg na AR n. 1854/SP, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 26-6-2002).

ERRO DE FATO. AUTORES QUE ASSEVERAM QUE A DECISÃO IMPUGNADA NÃO CONSIDEROU TENTATIVA DE HOMICÍDIO PELO RÉU CONTRA A DOADORA. FATO CONTROVERSO E IRRELEVANTE PARA O DESLINDE DA QUESTÃO. AUSÊNCIA DE PROVAS CONSTANTES NOS AUTOS ORIGINÁRIOS QUE CONDUZAM A TAL CONCLUSÃO. HIPÓTESE DE RESCISÃO NÃO ACOLHIDO.

“De acordo com a jurisprudência desta Corte, “para que haja plausibilidade jurídica ao pleito de rescisão do julgado com base na alegação de erro de fato (art. 485, inciso IX, do Código de Processo Civil), é indispensável, em síntese: i) que o erro de fato seja relevante para o julgamento da questão, ou seja, que sem ele a conclusão do julgamento necessariamente houvesse de ser diferente; ii) que seja apurável mediante simples exame das provas já constantes dos autos da ação matriz, sendo inadmissível a produção, na rescisória, de novas provas para demonstrá-lo; e iii) que não tenha havido controvérsia nem pronunciamento judicial sobre o fato” (AR 1.421/PB, Rel. Ministro Massami Uyeda, Segunda Seção, DJe de 08.10.2010).” (AgInt no AREsp 870.245/MT, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, j. 13-3-2018).

AÇÃO RESCISÓRIA IMPROCEDENTE.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Rescisória n. 0191793-68.2012.8.24.0000, da comarca de Curitiba (2ª Vara Cível) em que são Autores Natália Sartor de Moraes e Osvaldo Goetten Neto e Réu Fernando Gatner de Moraes.

O Grupo de Câmaras de Direito Civil decidiu, por votação unânime, julgar improcedentes os pedidos formulados na peça exordial, condenando os Autores ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios de sucumbência, estes fixados em 15% sobre o valor atualizado da causa, suspensa a exigibilidade diante da concessão dos benefícios da justiça gratuita (decisão de fls. 867/868). Custas legais.

O julgamento, realizado em 13 de fevereiro de 2019, foi presidido pelo Exmo. Sr. Desembargador Luiz César Medeiros, com voto, e dele participaram os Exmos. Srs. Desembargadores Denise Volpato, Sebastião César Evangelista, Stanley Braga, Rodolfo Tridapalli, Cláudia Lambert de Faria, Rubens Schulz, André Carvalho, Jorge Luis Costa Beber, Gerson Cherem II, Rosane Portella Wolff, José Agenor de Aragão, Selso de Oliveira, Ricardo Fontes, Fernando Carioni, Marcus Tulio Sartorato, Maria do Rocio Luz Santa Ritta, Raulino Jacó Brüning, Álvaro Luiz Pereira de Andrade e Haidée Denise Grin.

Florianópolis, 22 de fevereiro de 2019.

[assinado digitalmente]

Desembargador João Batista Goés Ulysséa

Relator

RELATÓRIO

Natália Sartor de Moraes e Osvaldo Goetten Neto ajuizaram ação rescisória com base no art. 485, incisos III, V e IX, do Código de Processo Civil/1973, contra Fernando Gatner de Moraes, objetivando a rescisão do acórdão proferido na Apelação Cível n. 2006.023802-3, alegando que: (a) o ora Réu ajuizou a ação declaratória de nulidade de ato jurídico n. 022.05.002505-0, objetivando a anulação de doações de bens procedida por Ilma Goetten Granemann, porque os genitores dos ora Demandantes viciou a vontade da doadora contra o ora Demandado, anteriormente beneficiário em dois testamentos, lavrados em 1977 e 1993, sem motivo excluído da partilha; (b) a sentença julgou procedente o pedido inicial e reconheceu o vício de vontade da doadora, sobrevivendo recurso apelatório que confirmou a sentença, considerando suficiente o conjunto probatório sobre a influência dos pais dos ora Autores na vontade da doadora e a ausência de motivação à exclusão do ora Réu; (c) está caracterizado o dolo do ora Réu na ação anulatória, tendo ele alterado a verdade dos fatos, sendo que sempre soube dos motivos para não ser contemplado na divisão dos bens; (d) o Requerido foi criado pela doadora com mais dois sobrinhos, e ela, como não possuía filhos, poderia dispor de seus bens como quisesse, tendo elaborado, em 1977, o primeiro testamento, deixando para um de seus sobrinhos uma fazenda em Curitiba e o terreno rural objeto do litígio ao ora Réu; (e) em 1993, a doadora revogou o testamento de 1977, alterando o beneficiário da fazenda

de Curitiba, mas mantendo o ora Demandado como beneficiário do terreno rural; (f) após, Ilma Goetten Granemann resolveu doar os terrenos, revogando tacitamente o testamento, visto ter ela reunido motivos para excluir Fernando Gartner de Moraes da partilha de seus bens, pois não concordava com suas atitudes, sem retidão em sua vida particular, uma vez que trocava de mulher de forma constante, contraindo três casamentos, além de gastar o que ganhava da doadora, motivos estes que conduziram ao afastamento da doadora do sobrinho, embora este buscasse tirar dinheiro da tia; (g) em 1999, o ora Réu escreveu carta à doadora solicitando a divisão dos lucros dos seus imóveis, mas ciente da desaprovação da tia, informou à operadora do plano de saúde, com qual ela mantinha contrato, o seu óbito, em 2001, embora ocorrido em 2003, enfrentando o indeferimento da liberação de valores pleiteada, por não apresentar a certidão de óbito, além de enfurecer a tia ao descobrir o fato, aumentando a distância do sobrinho; (h) em 2001, Fernando Gartner de Moraes tentou matar a sua tia por envenenamento, servindo-lhe pedaço de fruta, fato preponderante para a sua exclusão da partilha de bens, conforme atestam testemunhas em declarações juntadas, com a doadora, após o atentado, adquirindo certeza à revogação do testamento e efetivando a doação aos ora Autores; (i) comprova o dolo do Réu a data do ajuizamento da ação anulatória, dois anos após o falecimento da doadora, pois somente a propôs após a morte para dificultar a defesa dos Réus naquela demanda, que não poderiam contar com o testemunho da doadora; (j) o ora Réu, ao negar em seu depoimento pessoal motivação para sua exclusão da partilha, induziu o juízo de origem em erro, como esta Corte de Justiça quando do julgamento do apelo; (k) ocorreu violação a literal disposição de lei em relação ao art. 147, inciso II, do Código Civil de 1916, visto que a sentença e o acórdão não apontam provas das hipóteses (vício decorrente de erro, dolo, coação, simulação ou fraude) aptas a ensejar a anulação do ato jurídico perfeito, que é doação por meio de escritura pública procedida por escrivão juramentado e acompanhada de atestados médicos que apontam a plena capacidade mental da doadora; (l) a decisão rescindenda não está embasada em prova robusta para comprovar o vício de vontade da doadora, baseando-se em depoimentos vagos e presunções, violando o art. 128 do Código de Processo Civil/1973, como afrontando o art. 333 do CPC/1973, porque era ônus do então Demandante comprovar os fatos constitutivos do seu direito, mas a decisão impôs aos Réus a comprovação de que não houve influência na vontade da doadora; (l) o acórdão não observou o art. 334, incisos II e IV, do CPC/1973, ao não conceder presunção de veracidade ao documento público à doação e a própria declaração do Oficial do Registro Público, que afirmou expressamente que a doadora não demonstrou influenciada ao doar bem à pessoa diversa do ora Réu; (m) foi violado o art. 400 do CPC/1973 quando a decisão desconsiderou os depoimentos testemunhais produzidos pelos ora Autores, mas se baseou em prova testemunhal, o que é vedado pelo art. 401 do CPC/1973; (n) o acórdão afrontou o art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal que protege o ato jurídico perfeito; e, (o) a decisão rescindenda incorreu em erro de fato ao considerar a ausência de motivo à alteração no comportamento da doadora em relação ao sobrinho ora Requerido, inexistindo motivo para exclusão da partilha, pois tal motivação está delineada e foi o atentado deste contra a vida da doadora, fato este reconhecido no depoimento dele em juízo, reforçado por nova prova, consistente nas declarações de Maria José de Souza e Ires Teresinha Melo, conduzindo ao reconhecimento de que tal evento impede o ora Réu de figurar como donatário dos bens, conforme o art. 183, inciso I, do CC/1916.

Postularam a procedência do pedido, para que seja rescindido o acórdão proferido na Apelação Cível n. 2006.023802-3, com o rejuízo da demanda originária e a improcedência dos pleitos deduzidos na ação declaratória de nulidade de doações.

Citado, o Réu Fernando Gatner de Moraes ofertou contestação (fls. 876/897), na qual aduziu que: (a) em 1993, Ilma Goetten Granemann formalizou testamento público que lhe beneficiava com a maioria de seus bens, como o pai dos Autores também foi agraciado com boa parte dos bens dela, mas, por meio de doações em 2001 e 2002, através de escrituras, direcionando praticamente a totalidade dos bens da doadora aos ora Demandantes e seu genitor, sendo que a doadora faleceu logo depois, em 2003; (b) a presente demanda rescisória está fundamentada em diversas teses temerárias, destacando-se a adulteração do documento particular juntado pelos Autores à fl. 36, na data da referida carta, além de outras modificações; (c) os Demandantes pretendem rediscutir na ação rescisória o objeto da ação anulatória, além da tentativa de complementar provas já produzidas na demanda originária, não servindo a presente ação para eternizar a instrução probatória e o litígio; (d) os Autores pinçaram trechos da sentença e do acórdão para aparentar julgamentos não baseados em prova e induzir em erro os julgadores, mas o juízo de origem proferiu a sentença em provas constantes dos autos, especialmente os depoimentos de Rosa Bubela Corrêa e Rivaldo de Almeida, inclusive com a representante do Ministério Público que atuou no feito de origem concluindo pela fragilidade psicológica da doadora e a atuação dolosa do genitor dos Demandantes; (e) na ação originária existem documentos do Hospital Municipal de Curitiba das internações da doadora à época das doações, tendo sido aberrante a situação, visto que a escritura pública de doação objeto da ação foi subscrita em 21-5-2001, seis dias após a doadora ter dado entrada na UTI do nosocômio, ou seja, o histórico hospitalar da doadora é diverso dos atestados médicos apresentados ao Tabelionato de Notas, concluindo-se pela existência de farto volume de provas que contrastam com os argumentos dos Autores; (f) a alegação de sua confissão aos fatos não encontra amparo nas provas, como a questão da mudança de comportamento da doadora já foi amplamente discutida na ação; (g) jamais alegou na ação anulatória que a nulidade das escrituras públicas de doação decorreram da ausência de motivação para a mudança da vontade da doadora, mas da influência dolosa que contaminou sua vontade; (h) as declarações juntadas pelos Autores, referentes aos depoimentos de Ires Terezinha Mello e Maria José de Souza não comprovam as alegações, visto que apenas citam questões relatadas pela doadora, o que confirma que ela estava sendo influenciada dolosamente pelo genitor dos Requerentes, mesmo porque tais depoimentos deveriam ter sido prestados em audiência, a teor do art. 336, *caput*, do CPC/1973, inclusive sendo imprestável como prova a declaração de Ires Terezinha de Melo que litigou contra o ora Réu em outra ação, ao lado do pai dos Demandantes; (i) a declaração da Oficial do cartório também não modifica a decisão rescindenda, visto que não foi alegada coação, mas dolo, que levou a doadora em erro quanto a sua pessoa; (j) o documento de fl. 37 relativo a morte da doadora e o pedido de liberação de valores é mera comunicação interna da empresa, sem citar seu nome; (k) a alegação de dolo por ter ajuizado a demanda apenas após o falecimento da doadora não prospera, porque seu interesse jurídico nasceu com o óbito, quando o testamento que lhe beneficiava não produziu efeitos; (l) o dolo previsto no art. 485, inciso III, do CPC/1973, que enseja a ação rescisória incide ao dolo processual e não material como pretendem os Requerentes, que se limitaram a apontar que o Réu silenciou sobre os

motivos para a mudança de comportamento da doadora, mas não houve deslealdade processual ou cerceamento de defesa dos então Demandantes que pudessem afastar o juiz da verdade real; (m) não incide no caso violação a literal disposição de lei, com a aplicação correta dos dispositivos legais incidentes, especialmente o art. 147, inciso II, do CC/1916, que prevê a anulação do ato jurídico por dolo; (n) a violação ao art. 333 do CPC/1973 deve ser rechaçada, não tendo ocorrido a inversão do ônus da prova contra os ora Autores, pois o ora Réu conseguiu arcar com o seu ônus probatório, qual seja, dos fatos constitutivos do seu direito; (o) não se vislumbra violação ao art. 334, incisos II e IV, do CPC/1973, à presunção de legalidade das escrituras públicas e das declarações da Oficial do Tabelionato de Notas, porque as presunções referidas são relativas e admitem prova contrária, o que ocorreu nos autos; (p) não houve violação aos arts. 400 e 401 do CPC/1973, sendo livre a apreciação das provas pelo juiz, conforme o art. 131 do CPC/1973, além de jamais ter pretendido comprovar negócio jurídico, mas vício de consentimento, que permite a prova testemunhal; (q) não foi afrontado o art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal, mesmo porque o ato jurídico perfeito também pode ser anulado quando viciado, nos termos do art. 171 do CC/2002 (art. 147 do CC/1916); e, (r) o erro de fato para ensejar a ação rescisória deve ser aquele que permite sua verificação de pronto nos autos, na análise de provas já produzidas e não por meio de novas provas, como querem os Autores por meio de declarações juntadas apenas na *actio* rescisória, da suposta tentativa de homicídio, sendo que tais declarações não respaldam a existência de tal fato.

Requeru a improcedência dos pedidos deduzidos na peça exordial e a condenação dos Autores do ônus de sucumbência.

Os Autores apresentaram réplica (fls. 913/914), destacando que o subscritor da contestação não possui capacidade postulatória, visto que está impedido para a advocacia em razão de ser Oficial de Justiça na comarca de Curitiba, além de, no mérito, refutar as assertivas dos Réus.

Diante da alegação deduzida na réplica foi determinada expedição de ofícios à Diretoria de Gestão de Pessoas desta Corte de Justiça e à Ordem dos Advogados do Brasil (OAB/SC), para a prestação de informações, sobreindo os documentos de fls. 937/950 e 951.

Foi indeferido (fls. 986/990) o pedido dos Autores de concessão de antecipação da tutela para o sobrestamento do cumprimento de sentença e de recurso apelatório (fls. 953/956).

Esse é o relatório.

VOTO

Objetivam os Autores a rescisão do acórdão proferido pela egrégia Terceira Câmara de Direito Civil, na Apelação Cível n. 2006.023802-3, de Curitiba, que manteve a sentença proferida na Ação Declaratória de Nulidade de Doações n. 022.05.002505-0, que foi promovida pelo ora Réu.

(a) Réplica. Ausência de capacidade postulatória do advogado subscritor da contestação.

Preliminarmente, necessário examinar a alegação de que o advogado que subscreveu a

contestação, Dr. Fabrício de Moraes (OAB/SC n. 20.102), dos Demandantes, não possuía capacidade postulatória ao tempo da resposta (fls. 913/914), visto estar impedido ao exercício da advocacia por ser servidor público, ocupante do cargo de Oficial de Justiça da comarca de Curitiba.

Diante da alegação procedida na réplica de irregularidade na atuação do advogado do Réu, foi determinada a expedição de ofícios à Ordem dos Advogados do Brasil – Seccional de Santa Catarina para informações acerca da inscrição, e eventual cancelamento, do Dr. Fabrício de Moraes em seus quadros, bem como à Diretoria de Recursos Humanos (atual Diretoria de Gestão de Pessoas) desta Corte de Justiça, a fim de apontar se ele é servidor do Poder Judiciário de Santa Catarina, com o esclarecimento das datas de nomeação, posse e entrada em exercício.

Pelo Ofício n. 615/2015-SEC, a Ordem dos Advogados do Brasil -Seccional de Santa Catarina esclareceu (fl. 951):

Senhora Secretária,

De ordem da Senhora Secretária Geral desta Seção, Dra. Ana Cristina Ferro Blasi (Portaria nº 001/2013-SEC), informamos que o Bacharel Fabrício de Moraes esteve inscrito no Quadro de Advogados desta Seccional, sob o número 20102, no período de 02.12.2004 à 11.12.2012, quando a inscrição foi cancelada, a pedido, nos termos do inciso IV do artigo 11 da Lei 8.906/94.

Informamos também, que referido Bacharel protocolizou o pedido de cancelamento da inscrição em 28.09.2012 e instruiu com o ATO Nº 2089, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, no qual foi nomeado para exercer o cargo de Oficial da Infância e da Juventude, na Comarca de Curitiba/SC.

Por sua vez, o Diretor de Recursos Humanos desta Corte de Justiça, Raphael Jaques de Souza, por meio do Ofício n. 13/2015/DRH, destacou (fl. 937):

Senhor Desembargador Relator,

Em cumprimento ao determinado no despacho proferido na Ação Rescisória n. 2012.012707-3, informo a Vossa Excelência que o Sr. Fabrício de Moraes, [...], é servidor público do Poder Judiciário do Estado de Santa Catarina, sob a matrícula n. 31533, ocupante atualmente do cargo efetivo de Analista Administrativo da comarca de Curitiba, nomeado por força do Ato n. 2915/2015, de 2-12-2014, disponibilizado no Diário da Justiça eletrônico de 3-12-2014, com publicação em 4-12-2014, tendo tomado posse e assumido o exercício em 12-1-2015.

Saliento, por oportuno, que o referido servidor exerceu atividades de estágio na comarca de Curitiba, sob a matrícula n. 10313, no período de 4-9-2001 a 3-1-2002, bem como ocupou o cargo efetivo de Oficial da Infância e Juventude da comarca de Curitiba no período de 10-8-2012 a 11-1-2015.

Anote-se que a resposta do Réu, por meio de contestação, e subscrita pelo causídico acima mencionado, foi enviada em 9-8-2012, por meio de correspondência dos Correios (fls. 876v), com

sua protocolização em 10-8-2012 (fl. 876), atentando-se para a Resolução Conjunta n. 4/2005 deste Tribunal de Justiça, que, em seu 7º, parágrafo único: “Para efeito de contagem dos prazos judiciais, deverão ser observados a data e o horário da postagem”.

Diante dos esclarecimentos prestados pela Ordem dos Advogados do Brasil - Seccional de Santa Catarina de que Fabrício Moraes requereu o cancelamento de sua inscrição no Quadro de Advogados em 28-9-2012, instruído com o ato administrativo referente a sua nomeação para o cargo de Oficial da Infância e Juventude vinculado ao Poder Judiciário de Santa Catarina, bem como a informação da Diretoria de Gestão de Pessoas desta Corte de Justiça de que ele assumiu o referido cargo em 10-8-2012, ou seja, um dia após o oferecimento da contestação subscrita pelo advogado, conclui-se que não houve irregularidade. Por consequência, a contestação subscrita foi enviada para esta Corte de Justiça quando o seu subscritor ainda detinha capacidade postulatória.

Portanto, afasta-se a prefacial suscitada na réplica.

(b) Da ação rescisória

A ação rescisória tem por objeto a rescisão do acórdão proferida na Apelação Cível n. 2006.023802-3, que manteve a sentença prolatada na ação declaratória de nulidade de doações.

A fim de contextualizar os fatos tratados nos autos, anote-se que, em 2005, Fernando Gatner de Moraes ajuizou ação delaratória de nulidade de doações contra Valderi Goetten de Moraes, sua esposa Roseni Aparecida Sartor de Moraes e seus filhos Natalia Sartor de Moraes e Osvaldo Goetten Neto, pretendendo a nulidade ou anulabilidade das doações realizadas por sua tia Ilma Goetten Granemann aos então Réus, afirmando que foi filho de criação de seus tios e estava contemplado em seu testamento, mas o Réu passou a denegrir a sua imagem para a tia, motivo pelo qual, quando de sua morte, em 2003, tomou conhecimento de que os bens que lhe haviam sido anteriormente destinados no testamento foram doados aos Requeridos, nos anos de 2001 e 2002, o que violou o art. 1.175 do Código Civil de 1916.

Após a regular tramitação do feito, sobreveio sentença de procedência dos pedidos deduzidos na peça exordial, nos seguintes termos:

[...].

Em linhas gerais, a contenda respeita a doações feitas pela sra. Ilma Goetten Granemann, na condição de viúva e sem descendentes, aos réus, quando havia disposto em testamento parte de tais bens doados, em favor do autor.

Apontam os acionados a necessidade de o referido testamento ter sido juntado aos autos. Têm razão, já que tal instrumento, como fundamento da demanda, se faz imprescindível. Como a inicial postula o apensamento da ação aos autos de inventário onde está o testamento, justifica-se a ausência do instrumento nestes autos. Não tendo havido o apensamento, a omissão do documento restou suprida com a juntada em fls. 250/260.

A prescrição foi apreciada pela decisão de fls. 156/157, sendo que as razões ali alinhadas persistem para o fim de rechaçar a alegativa.

Apóia o autor seu pedido na nulidade da doação universal, ainda sob a égide do Código Civil revogado, hipótese prevista em seu art. 1.175.

As doações feitas em momentos separados, em maio/2001 e dezembro/2002, não atenuam a regra do dispositivo supra, se se verificar que a doadora ficou privada de rendimentos suficientes para sua sobrevivência, segundo suas condições socioeconômicas.

Em análise das Escrituras Públicas de doação constata-se a instituição de usufruto a seu favor, direito real que lhe propiciava todas as vantagens produzidas pelos bens, com apenas a restrição de disposição dos mesmos.

Neste sentido a proficiência de Carvalho Santos:

Em regra, portanto, em uma única hipótese, o doador poderá fazer doação de todos os seus bens: é quando reservar para si o usufruto desses bens. (Código Civil Brasileiro Interpretado, 11ª edição, Rio de Janeiro, tomo XVI, p. 390).

Não se poderá, com efeito, ter-se que, na condição de usufrutuária, viu-se carecedora de meios de vida, em razão das doações realizadas.

Outro fundamento de nulidade invocado é a incapacidade da doadora por ocasião das contratações com os réus, em razão de seu precário estado de saúde, faltando-lhe a acuidade mental.

Tal hipótese não desponta clara do contexto, uma vez que a doadora não mais vive para dizer e para ser avaliada.

É possível, contudo, estivesse a transmitente desprovida da noção exata de seus atos, considerado o seu depauperamento físico e possivelmente mental que lhe antecedeu o óbito, tratando-se de paciente com histórico de coma hipoglicêmico e conseqüente deficiência visual, além de hipertensão e outros males.

Vendo-se na senilidade ou no limiar dela, portadora de graves comprometimentos da sua saúde e desprovida, ao que tudo indica, de uma pessoa amiga, desinteressada a ampará-la na decrepitude, torna-se aceitável tivesse, mercê da situação adversa, perdido em parte o tirocínio relativamente ao seu expressivo patrimônio, sendo levada a praticar atos não queridos.

A dedução resulta dos fatos positivados, que constituem presunção, como meio de prova (art. 136 V CC 1916) da fragilidade psíquica e emocional da doadora, não da perda total da sua capacidade para os atos da vida civil, e sim de um afrouxamento do caráter, com ensanchas a influências variadas.

Desse modo, não se pode reconhecer a incapacidade plena, que conduz à nulidade dos atos impugnados, sendo a natureza, extensão e circunstâncias em que os mesmos ocorreram reveladoras de possíveis vícios de vontade, o que se verá a seguir.

Há notícias de que o réu varão teria intoxicado a vontade da doadora/testadora contra o autor, razão da sua postura, até radical, de revogar indiretamente o testamento, através das doações feitas e ora contestadas.

A intenção desta de contemplar o acionante com parte de seu patrimônio remonta o ano de 1977, quando da lavratura do primeiro testamento, sendo ratificada em 1993, por ocasião do segundo testamento, e persistiu até o momento em que dispôs, por doação, do patrimônio que era destinado ao postulante por disposição de última vontade.

Assim é que refere a testemunha de fls. 235, de que a partir da aproximação do réu, a sra. Ilma passou a ver o autor com reservas e que *o motivo desse afastamento, segundo dizia a sra. Ilma, é que Valderi lhe dizia que Fernando era sem vergonha, ladrão, etc. (...) acho que Ilma foi influenciada porque na sua cabeça só entravam as palavras de Valderi.*

De outro modo, o conjunto das provas refere ao relacionamento filial que havia entre ambos, o autor e a sra. Ilma, sendo aquele pessoa de confiança desta e querido como filho, até que a ligação afetiva cedeu lugar à repulsa e à desconfiança.

Relata o processado ainda que o acionado Valderi levou e acompanhou a doadora a consultórios médicos a fim de obter atestados sobre sua higidez mental para realizar as doações, indicativo de que gestionava, arditosamente, para a obtenção de vantagens econômicas.

Em circunstâncias assim, é inafastável a formação de um juízo pouco louvável da conduta do réu, reveladora esta de cobiça e com o propósito de prejudicar o demandante, açambarcando-lhe o patrimônio que lhe fora destinado em testamento.

Não há prova contundente da sua ação dolosa, mas que pode ser extraída do contexto, pelos elementos probantes e que ganha maior verossimilhança ainda com o apoio da presunção, pela qual se deduz fatos a partir de outros comprovados ou incontrovertidos.

A presunção, neste caso, é simples ou comum, não estabelecida legalmente, o que não impede seja utilizada como meio de prova, na forma do art. 136 V do Código Civil de 1916 e art. 212 IV do CC de 2002.

Para JOSE FREDERICO MARQUES, *a presunção comum ou **praesumptio hominis**, ao reverso da presunção legal, tende a levar ao processo a verdade real dos fatos, através de ilações construídas com o que o Código de Processo Civil denomina, no art. 335, de “regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece”.*

(...)

A presunção comum ou de fato é a chamada prova circunstancial do Direito anglo-saxão, prova essa em que o juiz muito se aproxima da verdade real, porquanto oriunda de regras da experiência comum, e não de normas legais. A convicção do magistrado aí se forma com base em fatos e na observação, para que de um acontecimento conhecido e demonstrado possa concluir pela existência ou inexistência, veracidade ou falsidade de outro fato. (Manual de Direito Processual Civil, Saraiva, 2º volume, p. 252/25)

Deveras, esclarecido como está de que o autor criou-se com a doadora e seu consorte, mantendo com a mesma laços afetivos, tanto que foi, ainda em 1977, instituído herdeiro por testamento desta, condição confirmada pelo segundo testamento de 1993, comporta sérias suspeitas a aproximação do réu, que as circunstâncias fazem presumir tenha sido dolosa, com o intuito de alterar o ânimo da testadora em relação à destinação do seu patrimônio, para beneficiar a si próprio e a seus filhos menores, aqui demandados.

Na ausência de razões plausíveis para a revogação indireta do testamento, desponta o ardid do acionado a fim de obter da doadora declaração de vontade a seu favor e a favor dos filhos, incutindo-lhe falsamente fatos e condutas impróprios da parte do herdeiro Fernando, a ponto de situá-lo na condição de desonra e merecedor do repúdio daquela que lhe serviu de mãe desde a infância.

Para a doutrina, *o dolo é o erro provocado por terceiro, e não pelo próprio sujeito enganado. Seria, portanto, todo artifício malicioso empregado por uma das partes ou por terceiro com o propósito de prejudicar outrem, quando da celebração do negócio jurídico.* (Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, Curso de Direito Civil, Saraiva, 4ª ed., 2003, p. 361).

Silvo Rodrigues aduz que *o dolo em muita se avizinha do erro, e, se representa uma limitação à eficácia do ato jurídico, isso ocorre porque a vontade que o constituiu manifestou-se enganada. Entretanto, enquanto no erro o engano é espontâneo, no dolo é provocado. Ele advém do embuste do outro contratante, de sua malícia, de sua manha no sentido de ludibriar a vítima.* (Curso de Direito Civil, Saraiva, 32ª ed., 2002, p. 194).

Esta a situação posta a juízo, em que a vítima, após contemplar o autor, em testamento, com parte de seu

patrimônio, mercê de vínculos familiares que os ligavam desde a infância deste, culminou por deserdá-lo, por via transversa, direcionando aos réus grande parte dos bens que lhe fora destinada, por força de uma perniciosa influência exercida pelo primeiro réu com o fim de tornar indigno o peticionário.

O julgado a seguir, *mutatis mutandis*, aplica-se ao caso, em face do induzimento à prática de ato jurídico:

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO ANULATÓRIA DE PARTILHA CUMULADA COM SOBREPARTILHA DE BENS SONEGADOS - INCAPACIDADE PARA PRÁTICA DO ATO DE PARTILHA DE BENS VERIFICADA - DELICADO ESTADO DE SAÚDE DA AUTORA - INTELIGÊNCIA DO ART. 82 DO CÓDIGO CIVIL DE 1916 - PROVAS TESTEMUNHAL E DOCUMENTAL SÓLIDAS - VÍCIO DO CONSENTIMENTO - DOLO PRESUMIDO - ANULAÇÃO DA PARTILHA - POSSIBILIDADE - OBSERVÂNCIA AOS ART. 92 E 147, II, AMBOS DO CÓDIGO CIVIL DE 1916 - SONEGAÇÃO DE BENS PARTILHÁVEIS - DEMONSTRAÇÃO PARCIAL - SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Presume-se o dolo daquele que, aproveitando-se do delicado estado de saúde da consorte, conduz a partilha dos bens comuns do casal, em ação de separação consensual, em evidente prejuízo àquela, a autorizar a anulação do ato jurídico, forte nos arts. 92 e 147, II, do Código Civil de 1916. (Apelação Cível nº 2003.016651-3, 3ª Câmara de Direito Civil do TJSC, Laguna, Rel. Des. Wilson Augusto do Nascimento. unânime, DJ 08.07.2005).

Ao tempo dos negócios inquinados vigia o Código Civil de 1916 que, no seu art. 147 II, dispunha sobre a anulabilidade do ato jurídico por vício de dolo.

Do mesmo modo estabelece o novel diploma de 2002 em seu art. 145, cabendo o registro de que na espécie o dolo é essencial, por ser a causa determinante do ato, ou seja, em razão da conduta dolosa do demandado é que a testadora dispôs, em seguida, por doação, dos bens a que contemplara o autor.

Verificado o vício do ato jurídico, a conseqüência é a sua anulação, retirando-lhe os efeitos.

Assim é que a testadora, em 21/05/2001, transferiu, por doação, aos menores acionados, filhos do réu Valderi, a área de 2.729.781,00 m², gleba formada pelas áreas menores de 1.097.127,00, 1.097.127,00 e de 535.527,00 metros quadrados, registrada junto ao Registro de Imóveis da Comarca de Campos Novos sob nº 1.862, imóveis estes testados em favor do postulante.

Por igual, em 20/12/2002, a testadora alienou, pelo mesmo modo, ao réu Valderi, os imóveis urbanos matriculados sob nºs 10.367 e 1.279 do Registro de Imóveis desta Comarca. Tais bens não constituíam legado ao autor, sendo o mesmo beneficiário, pelo testamento de fls. 252/260, da metade dos bens não atribuídos aos herdeiros instituídos.

Considerando que as doações acham-se enodoadas, como visto, os imóveis devem retornar ao acervo hereditário para partilha nos autos do inventário, de conformidade com o testamento.

Isto posto, DECLARO ANULADAS as doações feitas:

- pela Escritura Pública lavrada no Livro 029, fls. 136/137, do Segundo Tabelionato desta Comarca, em 21/12/2001, referente à área de 2.729.781,00 m², objeto da matrícula nº 1.862 do Registro de Imóveis da Comarca de Campos Novos SC, compreendendo o imóvel, árvores e somoventes (fls. 25/26);
- pela Escritura Pública lavrada no Livro 034, fls. 68/69, do Segundo Tabelionato desta Comarca, em 20/12/2002, referente ao lote urbano localizado nesta cidade e matriculado no Registro de Imóveis sob nº 10.367 (fls. 27/28);
- e pela Escritura Pública lavrada no Livro 034, fls. 70/71, do Segundo Tabelionato desta Comarca, em 20/12/2002, referente ao lote urbano localizado nesta cidade, matrícula 1.279 (fls. 20/30).

Conseqüentemente, anulados os títulos, declaro ANULADOS os respectivos registros pelos Ofícios de Registro de Imóveis.

Tais bens devem retornar ao acervo hereditário de ILMA GOETTEM GRANEMANN e partilhados na forma estabelecida pelo Testamento de fls. 252/260.

Ao trânsito em julgado, expedir Mandado de Anulação das Escrituras Públicas referidas e dos atos registrares correspondentes aos respectivos Tabelionatos e Oficiais Registradores de Imóveis.

CONDENO os primeiros réus ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios arbitrados em R\$15.000,00(quinze mil reais), na forma do art. 20 § 4º do CPC.

P. R. I.

Contra tal decisão, os Réus (agora Autores) interpuseram a Apelação Cível n. 2006.023802-3, tendo a Terceira Câmara de Direito Civil, em julgamento realizado em 16-1-2007, sob a relatoria do eminente Desembargador Fernando Carioni, negado provimento ao recurso, conforme se infere da ementa do julgado:

AGRAVO RETIDO - AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE DOAÇÕES - PRESCRIÇÃO - PRAZO QUADRIENAL - INTELIGÊNCIA DO 178, § 9º, V, "B", DO CÓDIGO CIVIL DE 1916 - RECURSO DESPROVIDO prazo prescricional da ação que objetiva a anulação das escrituras públicas de doação por vício de consentimento é de 4 (quatro) anos, conforme o artigo 178, § 9º, V, b, do Código Civil de 1916.

APELAÇÃO CÍVEL - INCAPACIDADE POSTULATÓRIA - IMPEDIMENTO DO ADVOGADO - IRREGULARIDADE SANÁVEL - EXEGESE DO ARTIGO 13 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL - RATIFICAÇÃO DOS ATOS PROCESSUAIS - NULIDADE DO PROCESSO AFASTADA - JUNTADA POSTERIOR DE DOCUMENTO INDISPENSÁVEL A SOLUÇÃO DA LIDE - ATO JUSTIFICÁVEL - EXISTÊNCIA DE PEDIDO NA EXORDIAL DE APENSAMENTO AOS AUTOS DE CODICILO - CERCEAMENTO DE DEFESA - AUSÊNCIA DE VISTAS DOS DOCUMENTOS JUNTADOS - AFASTABILIDADE - CONSTATAÇÃO DE IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA NAS ALEGAÇÕES FINAIS - ESCRITURAS PÚBLICAS DE DOAÇÃO - VÍCIO NAS DECLARAÇÕES DE VONTADE DA DOADORA - INFLUÊNCIA DO DONATÁRIO PARA BENEFÍCIO PRÓPRIO E DE SEUS FAMILIARES - DOLO COMPROVADO - NULIDADE CONFIGURADA - PEDIDO DE REDUÇÃO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - QUANTUM ADEQUADO - DESPROVIMENTO.

Afasta-se a nulidade do processo, por incapacidade postulatória, dado o impedimento do advogado para exercer a advocacia, quando, permitindo a lei a regularização do defeito, são ratificados os atos processuais por novo causídico constituído nos autos.

O pedido constante na exordial de apensamento dos autos a processo instruído com documento indispensável ao deslinde do primeiro, justifica a juntada ulterior deste e, por conseqüência, derriba a violação aos artigos 283 e 396 do Código de Processo Civil.

Não configura cerceamento de defesa, pela ausência de vistas do documento juntado posteriormente aos autos, quando constatada a impugnação específica da parte a seu respeito.

De acordo com o artigo 147, II, do antigo Código Civil, "é anulável o ato jurídico por vício resultante de erro, dolo, coação, simulação, ou fraude (arts. 86 a 113)".

Mostrando-se pelo conjunto probatório que a doadora tinha capacidade mental à época das escrituras públicas de doação, mas que a sua debilidade física e a sujeição aos cuidados do donatário, bem como a mudança repentina e imotivada de comportamento com relação a um dos herdeiros tiveram a influência

daquele para benefício próprio, é medida de rigor declarar a nulidade dos atos colimados por vício na declaração de vontade.

Na fixação dos honorários advocatícios, consoante entendimentos doutrinário e jurisprudencial, o magistrado deverá avaliar, efetivamente, o trabalho realizado pelo advogado, conforme os parâmetros previstos no § 3º do artigo 20 do Código de Processo Civil, ainda que nas hipóteses disciplinadas pelo § 4º do mesmo dispositivo de lei. (TJSC, Apelação Cível n. 2006.023802-3, de Curitiba, rel. Des. Fernando Carioni, Terceira Câmara de Direito Civil, j. 16-01-2007).

Destaque-se que, após a oposição de embargos declaratórios (Embargos de Declaração em Apelação Cível n. 2006.023802-3/0001) que foram rejeitados, os Demandados daquela ação interpuseram Recurso Especial, que foi admitido nesta Corte de Justiça (Recurso Especial em Apelação Cível n. 2006.023802-3/0002.00).

No Superior Tribunal de Justiça, o REsp n. 1.018.698/SC foi a julgamento pela Quarta Turma, em 24-11-2009, sob a relatoria do Ministro Fernando Gonçalves, com a decisão colegiada, por unanimidade, não conhecendo do recurso, conforme se observa da ementa do aresto:

RECURSO ESPECIAL. ANULAÇÃO DE DOAÇÃO. VÍCIO DO CONSENTIMENTO. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO. INVERSÃO INDEVIDA DO ÔNUS DA PROVA. NÃO OCORRÊNCIA. PROVA TESTEMUNHAL. INSUFICIÊNCIA. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO.

1. Vigora no processo civil o princípio da persuasão racional, segundo o qual o juiz apreciará livremente a prova colhida, formando sua convicção, devendo, porém, indicar os motivos que o levaram à conclusão firmada. No caso em comento, o Tribunal catarinense, avaliando soberanamente o conjunto fático-probatório, adota a tese relativa à ocorrência de vício de consentimento, apontando os trechos dos depoimentos prestados na instância de piso que melhor amparam suas conclusões, restando, portanto, atendido o imperativo da motivação. Nesse passo, não caracteriza omissão o fato de a Corte de origem não consignar no aresto outros tantos fragmentos de depoimentos tidos por relevantes pelos recorrentes, com o que vai afastada a alegação de maltrato ao art. 535 do Código de Processo Civil.

2. O julgado apenas se apresenta como omisso quando, sem analisar as questões colocadas sob apreciação judicial, ou mesmo promovendo o necessário debate, deixa, entretanto, num caso ou no outro, de ministrar a solução reclamada, o que não ocorre na espécie.

3. Sem pertinência o dissenso no que diz respeito à letra do art. 535 do Código de Processo Civil, pois o exame e debate acerca de eventual maltrato desta norma legal reclama a apreciação das particularidades de cada caso, impedindo a demonstração da divergência em virtude da diversidade das hipóteses colocadas em confronto.

4. Afastar as conclusões do acórdão recorrido no sentido de restar configurada a conduta dolosa do primeiro recorrente demanda incursão no conjunto fático-probatório dos autos, providência que esbarra na censura da súmula 07 do Superior Tribunal de Justiça.

5. Se a comprovação da similitude fática entre os arestos confrontados impõe reexame de prova, não há como se ter por caracterizado o dissídio jurisprudencial. Precedentes.

6. Não há se falar em equivocada inversão do ônus da prova, se o Tribunal considera ter o autor demonstrado os fatos constitutivos de seu direito, afastando a presunção de validade das escrituras públicas de doação.

7. No que concerne à impossibilidade de anulação de escritura pública por prova exclusivamente testemunhal, a matéria não foi objeto de decisão pelo acórdão recorrido, ressentindo-se o recurso especial, no particular, do indispensável prequestionamento.

8. Recurso especial não conhecido. (REsp n. 1.018.698/SC, Rel. Ministro Fernando Gonçalves, Quarta Turma, j. 24-11-2009, DJe 18-2-2010).

Foram opostos embargos de declaração contra o citado acórdão, que foram rejeitados;

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. RECURSO ESPECIAL. OMISSÃO. MATÉRIA NÃO SUSCITADA EM APELAÇÃO. PRECLUSÃO. AUSÊNCIA DE PREGUNSTIONAMENTO.

1. Não demonstrando os embargantes a omissão alegada, tampouco qualquer contradição ou obscuridade no acórdão embargado, não merecem acolhida os embargos.

2. Não é possível se exigir da Corte de origem pronunciamento acerca de questão não abordada nas razões da apelação, salvo se a matéria for de ordem pública.

3. A matéria que não foi objeto de decisão pelo Tribunal a quo não pode alcançar pronunciamento desta Corte em face da falta de prequestionamento.

4. Embargos de declaração rejeitados. (EDcl no REsp n. 1.018.698/SC, Rel. Ministro Fernando Gonçalves, Quarta Turma, j. 16-3-2010, DJe 12-4-2010).

Publicada tal decisão, ocorreu o trânsito em julgado do processo.

Feitas tais considerações, tem-se que a presente ação rescisória foi ajuizada por dois dos Réus da demanda originária, com base no art. 485, incisos III (dolo), V (violação a literal disposição de lei) e IX (erro de fato), do Código de Processo Civil/1973, que correspondem ao art. 966, incisos III, V e VIII, do CPC/2015.

E, sobre a incidência no caso presente, tem-se:

(b.1) Da alegação da ocorrência de dolo.

Na peça exordial, os Autores alegam a ocorrência de dolo do ora Réu na ação de origem, destacando que incorreu na prática do art. 17, inciso II, do CPC/1973, referente a alteração da verdade dos fatos, a fim de buscar sucesso na demanda judicial. Isso porque, segundo os Demandantes, Fernando Gatner de Moraes sempre soube a motivação para que sua tia/doadora dele se afastasse e o excluísse da partilha dos bens, especialmente quanto a tentativa de recebimento de valores perante instituição financeira em razão de óbito da tia falsamente comunicado e a tentativa de matá-la, em 2001.

Ademais, alegaram a configuração do dolo o fato do ajuizamento da ação originária ter ocorrido apenas dois anos após o falecimento da doadora, o que, por certo, foi com o objetivo de que ela não pudesse expressar em juízo sua vontade, que era de excluí-lo do recebimento de seus

bens. Nessa liha, salientou que o dolo também se caracterizou quando em seu depoimento pessoal negou a existência de motivos para a referida exclusão da partilha, o que induziu em erro o juízo de origem e esta Corte de Justiça no julgamento do apelo.

Anote-se que o art. 485, inciso III, do CPC/1973 (correspondente ao art. 966, inciso III, do CPC/2015) dispunha:

Art. 485. A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:

[...]

III – resultar de dolo da parte vencedora em detrimento da parte vencida, ou de colusão entre as partes, a fim de fraudar a lei;

Acerca do dolo que enseja a ação rescisória, ensina Alexandre Freitas Câmara:

[...]

Em primeiro lugar, é rescindível o provimento judicial de mérito transitado em julgado que seja fruto de dolo da parte vencedora em detrimento da parte vencida. O dolo a que se refere a lei processual civil não se confunde, porém, com o vício de consentimento previsto nos arts. 145 a 150 do Código Civil.

[...]

Há dolo (no plano do direito substancial), pois, quando há induzimento ao erro. Este não se confunde, porém, com o dolo processual, a que se refere o art. 485, III, do CPC.

[...].

Daí se extrai que o dolo processual, conceito juridicamente indeterminado que é, acaba por ser mais amplo do que o dolo substancial. Haverá dolo processual sempre que uma das partes, agindo sem observar o dever de lealdade e boa-fé, tentar influir no convencimento do julgador para obter um resultado que lhe seja favorável. Pois é o que se tem no caso previsto na parte inicial do inciso III do art. 485, em que o dolo é da parte vencedora em detrimento da vencida.

Não se pense, porém, que a lei trata do caso em que a parte vencedora induz ao erro a parte vencida. O dolo da parte vencedora que vicia a sentença, tornando-a (após transitada em julgado) rescindível, é o induzimento ao erro do juiz prolator da decisão que se quer rescindir. O juiz é, portanto, o destinatário do dolo processual.

O dolo capaz de tornar rescindível o provimento judicial precisa ter sido dotado de influência decisiva, ainda que não exclusiva, sobre o convencimento do juiz. [...]. (*Ação Rescisória*. 2ª ed. Ed. Atlas, São Paulo: 2012. p. 45/46).

No caso, não se vislumbra que a decisão rescindenda – acórdão proferido na apelação cível – tenha sido influenciada pelo fato de o ora Réu ter declarado que não sabia da motivação pela qual não ter sido contemplado na divisão do bens. Esse aspecto não configura alteração da verdade dos

fatos que possa ensejar o reconhecimento de dolo processual. O fato dele ter escrito carta à doadora se desculpando por seus atos não é prova inconteste de que sabia da motivação de ter sido afastado da referida divisão, especialmente quando a decisão alvo da demanda rescisória está embasada justamente no fato de que o outro donatário influenciou a doadora a retirar o ora Réu do testamento.

Portanto, reconhecido na decisão que o outro donatário influenciou a doadora negativamente contra o ora Réu, sendo este o fato decisivo para a revogação/retirada de anterior doação/testamento, por certo, não era de seu conhecimento esta influência, sendo irrelevante uma carta com pedido de desculpas.

Assim, não se verifica qualquer dolo processual por parte do Réu, que tenha influenciado na decisão dos julgadores, especialmente em relação ao seu depoimento. Ao contrário, a decisão está embasada em provas documentais e testemunhais produzidas, sob o crivo do contraditório, e que conduziram ao livre convencimento motivado dos julgadores.

De igual sorte, revela-se descabido o argumento de que o dolo processual está configurado pelo fato de a ação originária ter sido ajuizada após a morte da doadora, dificultando a defesa dos ora Autores, que não puderam contar com seu testemunho. Ora, se a própria legislação prevê o prazo prescricional para o ajuizamento da demanda e a parte observa o lapso temporal legalmente previsto, por certo, tal fato não lhe pode ser imputado como dolo ou manobra.

Portanto, não se vislumbra nos autos conduta do Réu que possa ser considerado dolo processual apto a ensejar ação rescisória ou que tenha influenciado na decisão dos eminentes desembargadores que julgaram o recurso apelatório.

Inclusive, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO ESPECIAL. LOCAÇÃO DE IMÓVEIS. AÇÃO INDENIZATÓRIA. AÇÃO RESCISÓRIA. DOLO PROCESSUAL. ERRO DE FATO. NÃO CARACTERIZAÇÃO. FUNDAMENTAÇÃO SUCINTA. NULIDADE. AUSÊNCIA. REAPRECIÇÃO DE PROVAS. INVIABILIDADE. FORMAS DE LIQUIDAÇÃO. FUNGIBILIDADE. JULGAMENTO EXTRA OU ULTRA PETITA. NÃO OCORRÊNCIA. PRESCRIÇÃO. DIREITO PESSOAL. REGRA GERAL.

[...].

3. A hipótese de cabimento da ação rescisória insculpida no inciso III, primeira parte, do artigo 485 do Código de Processo Civil/1973 (dolo da parte vencedora em detrimento da parte vencida) deve estar estampada em atos intencionais graves, que configurem deslealdade processual, de modo a influenciar negativamente a decisão judicial.

[...].

7. Recurso especial não provido. (REsp n. 1.590.902/SP, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 26-4-2016, sem grifo na original).

Assim, afasta-se a ocorrência de dolo para ação rescisória.

(b.2) *Da violação literal de disposição de lei*

Sustentam os Demandantes que a decisão rescindenda violou literal disposição de lei: (i) art. 147, inciso II, do Código Civil, pois não existe no acórdão provas para ensejar a anulação do ato jurídico perfeito, procedido por escrivão juramentado e com atestados médicos que apontam a capacidade mental da doadora; (ii) art. 128 do CPC/1973, uma vez que a decisão está embasada em depoimentos vagos e presunções; (iii) art. 333 do CPC/1973, na medida em que o ônus da prova na ação de origem era do Autor, ora Réu; (iv) art. 334, inciso II e IV, do CPC/1973, haja vista o acórdão não ter concedido presunção de veracidade ao documento público da doação e a declaração do Oficial do Registro Público; (v) arts. 400 e 401 do CPC/1973, pois o aresto não considerou os depoimentos testemunhais dos testigos dos então Réus, mas se baseou em prova exclusivamente testemunhal; e, (vi) art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal, diante da violação do ato jurídico perfeito.

Acerca da ação rescisória por violar manifestamente norma jurídica, ensinam Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero:

Cabe ação rescisória em face de violação manifesta de norma jurídica (art. 966, V, CPC). A norma jurídica violada pode ser de direito material ou de direito processual, de direito público ou de direito privado, pode ter origem internacional, nacional, legal, jurisdicional ou consuetudinária. O que interesse é que a sua violação seja manifesta, isto é, não demande atividade probatória no processo para a sua demonstração. (*Ação Rescisória – Do Juízo Rescindente ao Juízo Rescisório*. Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo: 2017. P. 181, sem grifo no original)

Conclui-se que a ação rescisória com base na violação literal à disposição de lei impõe que a referida afronta seja direta, ou seja, que a norma dita violada seja clara diante do julgamento que se pretende rescindir, não podendo tal argumento servir para amparar a revisão de provas.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça é assente:

O cabimento da ação rescisória fundada no inciso V do art. 485 do Código de Processo Civil, pressupõe que o julgado rescindendo, ao aplicar determinada norma na decisão da causa, tenha violado sua literalidade, seu sentido, seu propósito. Tal infringência deve ser evidente e direta, dispensando-se o reexame dos fatos da causa. Precedentes. (AR n. 2.968/SC, rel. Mina. Laurita Vaz, j. 12-12-2007).

A jurisprudência do STJ possui entendimento no sentido de que a ação rescisória com base no art. 485, V, do CPC exige que a afronta seja direta e inequívoca ao texto legal, de forma que a interpretação dada pelo acórdão rescindendo seja de tal modo teratológica que viole o dispositivo legal em sua literalidade. (AgRg no AREsp n. 820.479/SP, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 1º-3-2016).

Partindo da premissa estabelecida pela Corte Superior, não se vislumbra que o acórdão rescindendo tenha violado diretamente as normas citadas na peça exordial. Observe-se que todos

os dispositivos legais que os Autores entendem por violados são genéricos e abertos, ou seja, questionam o convencimento do Magistrado, sem mencionar qual a parte da norma jurídica foi afrontada.

Em resumo, as alegações procedidas pelos Autores exigem o reexame de provas (testemunhal e documental), o que não conduz ao reconhecimento da violação direta e evidente dos dispositivos legais. Ao contrário, as afirmações na *actio* rescisória apontam claramente para a tentativa de rediscussão da avaliação das provas, o que não é permitido em sede de ação rescisória, sob pena de transformar esta ação em sucedâneo recursal.

Nesse sentido, uma vez mais do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO RESCISÓRIA. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. VIOLAÇÃO AO ART. 489, § 1º DO CPC/2015. NÃO OCORRÊNCIA. OFENSA EVIDENTE E DIRETA À LEI. INOCORRÊNCIA.

1. Não ocorreu omissão no aresto combatido, na medida em que o Tribunal de origem dirimiu, fundamentadamente, as questões que lhe foram submetidas, apreciando integralmente a controvérsia posta nos autos, não se podendo, ademais, confundir julgamento desfavorável ao interesse da parte com negativa ou ausência de prestação jurisdicional.

2. A ofensa a dispositivo de lei capaz de ensejar o ajuizamento da ação rescisória é aquela evidente, direta, porquanto a via rescisória não é adequada para corrigir alegada interpretação equivocada dos fatos, tampouco para ser utilizada como sucedâneo recursal ou corrigir suposta injustiça do julgado que se pretende rescindir.

3. Agravo interno a que se nega provimento. (AgInt no REsp n. 1.647.486/RO, Rel. Ministro Sérgio Kukina, j. 26-6-2018, sem grifo no original)

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO RESCISÓRIA. VIOLAÇÃO LITERAL DE DISPOSIÇÃO DE LEI. NÃO OCORRÊNCIA. RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE AUTOMOBILÍSTICO. ANIMAL EM RODOVIA. LEGITIMIDADE PASSIVA DO DNIT. PRECEDENTES.

1. Na ação rescisória fundada no art. 485, V, do CPC/1973, a violação de lei deve ser direta e evidente, descabendo a utilização desse instrumento para mera rediscussão da causa ou questionamento de interpretação legal possível.

[...]. (REsp n. 1.625.384/PE, Rel. Ministro Og Fernandes, j. 2-2-2017).

Assim, improcedente o pleito rescisório por violação literal de lei.

(b.3) Do erro de fato

Por fim, os Demandantes alegam que o acórdão impugnado incorreu em erro de fato, visto que considerou a ausência de motivos para a alteração de comportamento da doadora em relação ao Réu, com sua exclusão da partilha de bens, pois a referida motivação está bem delineada, qual seja, o atentado deste contra a vida dela, conforme reconhecido em juízo e reforçado por prova nova, consistente nas declarações em cartório extrajudicial de Maria José de Souza e Ires Teresinha Melo.

O art. 485, § 1º, do CPC/1973 era claro: “Há erro, quando a sentença admitir um fato inexistente, ou quando considerar inexistente um fato efetivamente ocorrido.”

Acerca do erro de fato como fator para a ação rescisória, leciona Alexandre Freitas Câmara:

É rescindível, portanto, o provimento de mérito que seja resultado de um erro de fato emergente dos autos, dos documentos da causa. É preciso que o erro salte aos olhos (como se dá, por exemplo, quando o juiz considera que não houve pagamento mas há, nos autos, um recibo de quitação).

[...].

Fundamental, porém, é que o erro seja perceptível pelo mero exame dos autos, sem necessidade de recurso a nenhum outro elemento (ou não será um erro de fato emergente dos autos ou documentos da causa). [...]. (*Ação Rescisória*. 2ª ed. Ed. Atlas, São Paulo: 2012. p. 79/80).

Nesse aspecto, não há como se reconhecer a possibilidade da rescisão do acórdão. Isso porque, o apontado erro de fato não está claro e emergente nos autos. Uma vez mais, a alegação dos Autores impõe a revisão do convencimento dos julgadores do recurso apelatório, com a revisão das provas constantes nos autos.

Vale observar-se que o acórdão impugnado foi claro ao reconhecer que a doação ao ora Réu foi revogada justamente pela influência negativa que Valderi Goetten de Moraes, outro donatário, que conduziu à mudança repentina no comportamento da doadora.

Nesse sentido, extrai-se do aresto:

Pela análise do conjunto de provas, indiscutível que o Sr. Valderi dolosamente influenciou a vontade da doadora.

Tal entendimento decorre do fato, em um primeiro momento, de que o autor, em meados de 1977 e 1993, era um dos beneficiários do legado da Sra. Ilma Goetten Granemann e somente nos últimos anos de vida desta, quando o seu filho Valderi, ora apelante, estava a administrar os seus bens, ajudando a cuidá-la, doou o legado exclusivamente ao último e seus familiares.

Como já exposto, a saúde da doadora era frágil, demonstrando a suscetibilidade a influência de terceiro.

Por sua vez, a relação entre a doadora e o autor, sempre foi de mãe e filho, tendo ocorrido mudança apenas nos últimos anos, quando influenciada por Valderi, passou a nutrir um temor por parte do autor.

Os depoimentos colhidos de Rosa Bubela Corrêa (fl. 233), Lorisval Goetten (fl. 235), Sônia Ap. Guetten Ribaski (fl. 238), Luiz de Almeida (fl. 239) e Erio Osni Gasparet (fl. 240), comprovam a relação filial entre a doadora e o autor, não por acaso, pois o último foi contemplado como herdeiro nos testamentos de 1977 e 1993.

A mudança de comportamento, por seu turno, fica evidenciada pelo testemunho de Rosa Bubela Corrêa (fl. 233), mais primordialmente, pelo depoimento de Lorisval Goetten (fl. 235), que afirmou “*posteriormente quando Valderi passou a cuidar dos negócios de Ilma a mesma se afastou de Fernando e passou a odiá-lo. O*

motivo desse afastamento, segundo dizia a Sra. Ilma, é que Valderi lhe dizia que Fernando era sem vergonha, ladrão, etc. Ilma passou a acreditar na palavra de Valderi e não de Fernando”.

Em síntese, mostra-se pelo conjunto probatório que a doadora tinha capacidade mental à época das escrituras públicas de doação, mas que a sua debilidade física e a sujeição aos cuidados do Sr. Valderi, bem como a mudança repentina e imotivada de comportamento com o autor, evidenciam a influência deste na declaração de vontade da mesma, em benefício próprio, nulificando o ato.

Tal conclusão não tem qualquer relação com atentado contra a vida da doadora e que não pode ser considerado erro de fato, porque não influenciou na decisão. Até mesmo a carta em que os Autores se apegam é de discutível validade, haja vista alteração de sua data a olho nú, uma vez que tal carta data de 7-7-1990, com rabiscos que conduzem a transformação do 0 em 9, para que tal escrita passe a datar de 1999. Ainda que tal fato dependesse de perícia grafotécnica, ela é desnecessária ante as demais provas e conclusões que conduziram à solução do litígio.

Em síntese, a existência ou não do citado atentado contra a vida da doadora não foi fato considerado como relevante no julgamento do apelo e, por esse motivo, não há como dizer que sobre ele houve erro de fato.

Ademais, as declarações em cartório extrajudicial de Maria José de Souza e Ires Teresinha Melo sequer podem ser consideradas como prova nova, na medida em que tais depoimentos deveriam ter sido prestados em juízo durante a instrução probatória do processo de origem, não detendo validade sem o crivo do contraditório. A propósito, causa estranheza que esses depoimentos surjam apenas em 2011, quase quatro anos após o julgamento do apelo.

Na realidade, os Autores não comprovaram qualquer impedimento para que as pessoas que deram as declarações extrajudiciais não pudessem ter comparecido em juízo na ação originária e tivessem sido ouvidas como testemunhas, compromissadas e sob o crivo do contraditório, não podendo ser caracterizada a prova nova.

Sobre a questão, esta Corte de Justiça já decidiu:

AÇÃO RESCISÓRIA. AUSÊNCIA DE MANIFESTA VIOLAÇÃO DE NORMA JURÍDICA. ALEGAÇÃO DE EXISTÊNCIA DE PROVA NOVA. EXIGÊNCIA LEGAL INATENDIDA. DOCUMENTOS CONTEMPORÂNEOS À DEMANDA PRIMITIVA. CONHECIMENTO INEQUÍVOCO PELO AUTOR. ÓBICE À SUA OBTENÇÃO INDEMONSTRADO. DECISÃO FUNDADA EM PROVA FALSA. INOCORRÊNCIA. ACÓRDÃO RESCINDENDO MANTENEDOR DA SENTENÇA. NÃO CARACTERIZAÇÃO DAS HIPÓTESES LEGAIS AVENTADAS (ART. 966, INCISOS V, VI E VII, DO CPC). TENTATIVA DE REANÁLISE DA QUAESTIO. VIA RESCINDENDA UTILIZADA COMO SUCEDÂNEO RECURSAL. INADEQUAÇÃO. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO RESCISÓRIO.

“Com efeito, a via rescisória não se presta a rediscutir a matéria já apreciada nos autos, nem mesmo a analisar a Justiça da decisão fustigada, desde que, por óbvio, a interpretação aplicada se mostre possível, razoável e devidamente fundamentada, sob pena de transformar a via excepcional da ação rescisória em verdadeiro sucedâneo recursal” (in AgInt na Ação Rescisória n. 5.062 - PE, Relator: Min. Benedito

Gonçalves, j. 4/5/2018). (TJSC, Ação Rescisória n. 4016072-58.2017.8.24.0000, da Capital, rel. Des. Paulo Ricardo Bruschi, Grupo de Câmaras de Direito Público, j. 22-08-2018, sem grifo no original).

Especificamente sobre a prova testemunhal posterior, esse Grupo de Câmaras já decidiu:

AGRAVO REGIMENTAL EM AÇÃO RESCISÓRIA. RECEBIMENTO COMO AGRAVO INTERNO (ART. 1.021 CPC/2015). AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS. AÇÃO INDENIZATÓRIA. ASSASSINATO DE EMPREGADO NAS DEPENDÊNCIAS DA EMPRESA. ALEGAÇÃO DE OBTENÇÃO DE PROVA TESTEMUNHAL NOVA CAPAZ DE AFASTAR A RESPONSABILIDADE CIVIL DA EMPREGADORA. TESTEMUNHA INQUIRIDA NO INQUÉRITO POLICIAL. MUDANÇA NA VERSÃO DOS FATOS ENTÃO APRESENTADA. FRAGILIDADE DA DECLARAÇÃO. EXISTÊNCIA DA PROVA NÃO IGNORADA E POSSIBILIDADE DE FAZER USO NO PROCESSO. DEPOIMENTO INCAPAZ DE, POR SI SÓ, ASSEGURAR PRONUNCIAMENTO FAVORÁVEL. NÃO OCORRÊNCIA DA HIPÓTESE INDICADA NO ART. 966, VII, DO CPC/2015. IMPOSSIBILIDADE DE REDISCUSSÃO DO JULGADO. CARÊNCIA DE AÇÃO POR FALTA DE INTERESSE DE AGIR. INDEFERIMENTO DA PETIÇÃO INICIAL. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. DECISÃO MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO. AGRAVO CONSIDERADO MANIFESTAMENTE IMPROCEDENTE POR DECISÃO UNÂNIME DO ÓRGÃO COLEGIADO. INCIDÊNCIA DA MULTA PREVISTA NO ART. 1.021, § 4º, DO CPC/2015.

I - Não está configurada, na situação vertente, a hipótese do art. 966, VII, do Código de Processo Civil de 2015, pois a existência da prova indicada pela Autora era de seu conhecimento na ação originária e dela podia ter feito uso à época, não se tratando, a rigor, de testemunha descoberta posteriormente, mas apenas de mudança no relato dos acontecimentos por pessoa que já havia apresentado sua versão dos fatos.

Ademais, apenas para argumentar, não seria a prova testemunhal isolada do contorno probatório, por si só, capaz de assegurar pronunciamento favorável na demanda rescisória acerca da lide em exame.

Assim, sob pena de estar-se admitindo a possibilidade de desconstituição da sentença em qualquer situação de inconformismo do litigante vencido, comprometendo, assim, sobremaneira a tão decantada coisa julgada, não se pode permitir o ajuizamento de ação rescisória com base em mera mudança de depoimento de suposta testemunha ocular dos fatos, sem que haja, comprovadamente, forte razão que justifique ter ocultado a verdade anteriormente.

[...]. (TJSC, Agravo n. 4014326-92.2016.8.24.0000, de Xanxerê, rel. Des. Joel Figueira Júnior, Grupo de Câmaras de Direito Civil, j. 14-06-2017).

Portanto, não se tratando de fato que seja relevante ao deslinde da ação, nem de erro de fato reconhecível pela simples análise das provas já existentes, como ausente prova nova a ensejar qualquer alteração fática reconhecida no acórdão impugnado, afasta-se a alegação, conforme já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO RESCISÓRIA EM FACE DE ACÓRDÃO QUE RECONHECEU A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS E ARBITROU

A VERBA HONORÁRIA CORRESPONDENTE. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL NÃO ACOLHIDA. VIOLAÇÃO LITERAL DE DISPOSIÇÃO DE LEI E ERRO DE FATO NÃO CARACTERIZADOS.

[...].

4. De acordo com a jurisprudência desta Corte, “para que haja plausibilidade jurídica ao pleito de rescisão do julgado com base na alegação de erro de fato (art. 485, inciso IX, do Código de Processo Civil), é indispensável, em síntese: i) que o erro de fato seja relevante para o julgamento da questão, ou seja, que sem ele a conclusão do julgamento necessariamente houvesse de ser diferente; ii) que seja apurável mediante simples exame das provas já constantes dos autos da ação matriz, sendo inadmissível a produção, na rescisória, de novas provas para demonstrá-lo; e iii) que não tenha havido controvérsia nem pronunciamento judicial sobre o fato” (AR 1.421/PB, Rel. Ministro Massami Uyeda, Segunda Seção, DJe de 08.10.2010). [...]. (AgInt no AREsp 870.245/MT, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, j. 13-3-2018).

À vista de todo o exposto, não estão caracterizadas as hipóteses de dolo, violação à literal disposição de lei ou erro de fato, motivo pelo qual julga-se improcedentes os pedidos deduzidos na peça exordial. Em consequência, incide aos Autores o pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios de sucumbência, estes fixados em 15% sobre o valor atualizado da causa, suspensa a exigibilidade diante da concessão dos benefícios da justiça gratuita (decisão de fls. 867/868).

Esse é o voto

Ação Rescisória n. 0196610-78.2012.8.24.0000, de Joinville

Relator: Desembargador João Batista Góes Ulysséa

AÇÃO RESCISÓRIA. AÇÃO COMINATÓRIA PROMOVIDA PELO CONSELHO FEDERAL DE OFTALMOLOGIA E SOCIEDADE CATARINENSE DE OFTALMOLOGIA, VISANDO LIMITAR A ATUAÇÃO DA AUTORA COMO OPTOMETRISTA. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. RECURSO APELATÓRIO QUE REFORMA O COMANDO SENTENCIAL E LIMITA O EXERCÍCIO DAS ATIVIDADES DA OPTOMETRISTA EM RAZÃO DE ATIVIDADE MÉDICA PRIVATIVA. PRETENSÃO DE RESCISÃO DO JULGADO.

ALEGADO ERRO DE FATO. ART. 485, INCISO IX, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL/1973. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO NA PEÇA EXORDIAL NO QUE CONSISTIRIA TAL ERRO. ARGUMENTO INFUNDADO.

A pretensão da rescisão do julgado por erro de fato deve estar fundamentada na peça exordial, não podendo ser analisada quando não consta qualquer indicação no que consistiu o referido erro.

RESCISÃO DO ACÓRDÃO POR DOLO PROCESSUAL. ARGUMENTO DE QUE A TENTATIVA DE EQUIPARAÇÃO DE OPTOMETRISTA COM FORMAÇÃO SUPERIOR AO PRÁTICO INDUZIU EM ERRO OS DESEMBARGADORES. INOCORRÊNCIA. CONDUTA PROCESSUAL CALCADA NA LEGISLAÇÃO PROCESSUAL E SEM INFLUÊNCIA NO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO DOS JULGADORES. PLEITO AFASTADO.

“A hipótese de cabimento da ação rescisória inculpada no inciso III, primeira parte, do artigo 485 do Código de Processo Civil/1973 (dolo da parte vencedora em detrimento da parte vencida) deve estar estampada em atos intencionais graves, que configurem deslealdade processual, de modo a influenciar negativamente a decisão judicial.” (REsp n. 1.590.902/SP, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 26-4-2016).

PLEITO RESCISÓRIO SUSTENTADO NA EXISTÊNCIA DE DOCUMENTO NOVO, REPRESENTADO EM DECISÃO SUPERVENIENTE DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. CONCEITO DE DOCUMENTO NOVO, QUE DEVE SER AQUELE JÁ EXISTENTE À ÉPOCA DO PROCESSO E QUE NÃO PÔDE SER USADO, OU ERA DESCONHECIDO. DOCUMENTO SUPERVENIENTE QUE NÃO ENQUADRA NA HIPÓTESE DO ART. 485, INCISO VII, DO CPC/1973. PEDIDO IMPROCEDENTE.

“Para fins de ação rescisória, documento novo é aquele que já existia ao tempo da demanda originária, mas que não pode ser trazido aos autos. Fatos supervenientes, ainda que documentados, não podem ser considerados documentos novos. [...]” (AR n. 4.878/DF, Rel. Ministro Moura Ribeiro, Segunda Seção, j. 25-4-2018, DJe 7-6-2018).

VIOLAÇÃO LITERAL DE LEI. NORMAS CONSTITUCIONAIS E INFRACONSTITUCIONAIS APLICADAS NO ACÓRDÃO EM CONSONÂNCIA COM OS ENTENDIMENTOS JURISPRUDENCIAIS ACERCA DA MATÉRIA. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO CLARA, FRONTAL E TERATOLÓGICA AO CONTEÚDO NORMATIVO. *ACTIO* RESCISÓRIA QUE NÃO SERVE DE SUCEDÂNEO RECURSAL. PEDIDO RESCISÓRIO INCABÍVEL.

“Esta Corte de justiça firmou entendimento, no sentido de que os dispositivos do Decreto 20.931/1932 que tratam do profissional de optometria, estão em vigor e que a “Portaria 397/2002 do Ministério do Trabalho e Emprego é parcialmente inconstitucional, uma vez que extrapolou a previsão legal ao permitir que os profissionais optométricos realizem exames e consultas, bem como prescrevam a utilização de óculos e lentes” (REsp 1.169.991/RO, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA).” (AgRg no REsp n.

1.413.107/SC, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, j. 15-9-2015, DJe 23-9-2015).

“A jurisprudência desta Corte Superior possui entendimento de que reconhecida a formação profissional em optometria, inclusive pelo Ministério da Educação, não se pode negar a concessão de alvará sanitário para instalação e funcionamento do estabelecimento onde profissional devidamente habilitado irá desenvolver o seu labor, ressaltando-se que devem ser respeitados os limites legalmente impostos para o desempenho da atividade. Precedentes: REsp 975.322/RS, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 14/10/2008, DJe 3/11/2008; REsp 1.194.552/SC e REsp 1.261.642/SC, ambos de relatoria do Ministro Herman Benjamin; REsp 1.373.840/PR, Relator Ministro Castro Meira, REsp 1.308.813/MG e REsp 1.401.529 de minha relatoria”. (REsp n. 1.601.283/BA, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, j. 13-9-2016, DJe 20-9-2016).

“Verificada, portanto, jurisprudência que confirma a razoabilidade da exegese adotada no ato judicial que se pretende rescindir, tanto na época de sua prolação como até os dias atuais, não há como reputar configurada a hipótese de violação a literal disposição de lei para os fins do art. 485, V, do CPC/1973, devendo ser confirmado o julgamento de improcedência do pedido deduzido na Ação Rescisória.” (REsp n. 1.354.585/PE, Rel. Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, j. 23-11-2016, DJe 19-5-2017).

ACÇÃO RESCISÓRIA IMPROCEDENTE.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Rescisória n. 0196610-78.2012.8.24.0000, da comarca de Joinville (2ª Vara Cível) em que é Autora Rochelli Grendene e Réus Conselho Brasileiro de Oftalmologia – CBO e Sociedade Catarinense de Oftalmologia – SCO.

O Grupo de Câmaras de Direito Civil decidiu, por votação unânime, julgar improcedentes os pedidos formulados na peça exordial, condenando a Autora ao pagamento dos ônus sucumbenciais. Custas legais.

O julgamento, realizado em 8 de maio de 2019, foi presidido pelo Exmo. Sr. Desembargador Fernando Carioni, com voto, e dele participaram os Exmos. Srs. Desembargadores Denise Volpato, Stanley Braga, Cláudia Lambert de Faria, Rubens Schulz, André Carvalho, André Luiz Dacol, Gerson Cherem II, Rosane Portella Wolff, José Agenor de Aragão, Selso de Oliveira, Ricardo Fontes, Marcus Tulio Sartorato, Maria do Rocio Luz Santa Ritta, Joel Figueira Júnior, Jairo Fernandes Gonçalves, Helio David Vieira Figueira dos Santos, Álvaro Luiz Pereira De Andrade, Haidée Denise Grin e Carlos Roberto da Silva.

Funcionou pela douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Mário Gemin, tendo lavrado parecer a Exma. Sra. Dra. Eliana Volcato Nunes.

Florianópolis, 17 de maio de 2019.

[assinado digitalmente]

Desembargador João Batista Góes Ulysséa

Relator

RELATÓRIO

Rocheli Grendene ajuizou ação rescisória com base no art. 485, incisos III, V, VII, e IX do Código de Processo Civil/1973, contra Conselho Brasileiro de Oftalmologia (CBO) e Sociedade Catarinense de Oftalmologia (SCO), objetivando a rescisão do acórdão que, proferido na Apelação Cível n. 2008.080822-8, concedeu provimento ao mencionado recurso e julgou procedente os pedidos formulados na ação cominatória n. 038.06.056664-4, ajuizada pelas ora Rés, para determinar que a ora Demandante se abstenha de atender pacientes, de proceder exames de refração e testes de visão, de prescrever o uso de lentes corretivas e utilizar aparelhos profissionais para as referidas atividades, além de condená-la ao pagamento dos ônus sucumbenciais.

Em sua peça exordial, alega a Autora que: (a) os ora Requeridos promoveram ação cominatória apontando a realização de exames de visão e indicação de lentes de contato e de grau, excedendo a sua competência e adentrando nas atividades privativas da medicina; (b) tal situação viola os Decretos ns. 20.931/1932 e 24.492/1934, causando risco à saúde da população, motivo pelo qual postularam seu impedimento de proceder o exame de refração, indicação de lentes e de utilizar equipamentos de uso exclusivo dos médicos oftalmologistas; (c) o juízo de origem deferiu o pleito antecipatório, mas, após ofertar contestação com farta prova documental de que possui qualificação e habilitação ao exercício da optometria, com curso superior e pós graduação, como jamais ter realizado ato médico, sobreveio a sentença que julgou improcedentes os pedidos articulados na peça exordial; (d) os então Demandantes interpuseram apelação, que foi provida, determinando que se abstenha de atender pacientes, realizar exames de refração e de visão, além de vedar a prescrição de lentes corretivas e utilizar equipamentos profissionais para tais fins; (e) interpôs recursos especial e extraordinário, que tiveram seus seguimentos negados, com o trânsito em julgado da decisão; (f) o acórdão deve ser rescindido, visto que violou dispositivos da Constituição Federal, como os ora Requeridos atuaram com dolo para obter pronunciamento judicial favorável, conduzindo os julgadores ao erro, além de existir documento novo apto a ensejar nova decisão; (g) a optometria é ciência que estuda a visão, atuando nos cuidados primários da saúde visual, estando seu profissional, com formação superior, habilitado para identificar e compensar alterações visuais de origens não patológicas, sem utilizar medicamentos ou técnica invasiva, com a avaliação qualitativa e quantitativa na visão, ou seja, não praticando atos médicos; (h) ainda que não exista lei federal regulamentando a profissão de optometrista no Brasil, o exercício da profissão não está impedido, pois a omissão na regulamentação da matéria não pode afrontar a garantia constitucional do livre exercício ao trabalho, nos termos do art. 5º, inciso XIII, da Constituição Federal; (i) a profissão de técnico em optometria é reconhecida pelo Ministério do Trabalho e Emprego na Portaria n. 397/2002, que cuida da Classificação Brasileira de Ocupações, com a descrição de suas atividades, equipamentos que podem ser utilizados na profissão e local de trabalho; (j) se existe previsão à atuação do técnico em optometria, sua atuação prepondera, visto que é graduada em curso superior de optometria, reconhecido pelo Ministério do Educação, com pós-graduação em alta optometria, sendo descabida discussão da legalidade e autorização do curso superior e a sua habilitação para o exercício profissional; (k) as atividades do optometrista e do oftalmologista não se confundem, mas se complementam, sendo que, como optometrista qualificada, está preparada para identificar

alteração ocular, e, caso verificada questão patológica, encaminhar o cliente ao profissional da área médica, jamais praticando atos médicos e excesso de atuação como optometrista; (l) o acórdão deve ser rescindido por violação literal a dispositivos de lei - art. 485, inciso V, do CPC -, quais sejam: (l.1) art. 5º, incisos II e XIII, da Constituição da República, por ausência de lei federal regulamentando ou proibindo o exercício da optometria, sendo que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei, além de ser livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão quando atendidas as qualificações; (l.2) art. 22, inciso XVI, da Constituição Federal, visto que é competência privativa da União legislar sobre a organização do emprego e condições para exercício das profissões e sua omissão não pode impedir a sua atuação como optometrista; (l.3) art. 170, *caput*, incisos IV, VII e VIII, e parágrafo único, da CF, à valorização do trabalho, livre iniciativa, livre concorrência, redução de desigualdades regionais e sociais, busca do pleno emprego e livre exercício de qualquer atividade econômica, independente de autorização; e (l.4) art. 196, *caput*, da Constituição da República ao impor que todos tem o direito à saúde, não sendo privativa de qualquer profissão, nem mesmo da medicina; (m) a decisão afrontou princípios constitucionais, especialmente os da isonomia, da dignidade da pessoa humana, da eficácia e eficiência do processo educacional como qualificador para o trabalho, da segurança jurídica e da proporcionalidade; (n) o acórdão afrontou, ainda, o princípio da razoabilidade ao conferir supremacia aos Decretos 20.931/1932 e 24.492/1934, que impõem restrições arcaicas e incompatíveis com os mandamentos constitucionais, ou seja, são incompatíveis com a norma constitucional, devendo ser destacado que a Classificação Brasileira de Ocupações, editada pelo Ministério do Trabalho, supre as lacunas dos Decretos mencionados e observa a ordem legal e constitucional, motivo pelo qual a decisão ignorou os arts. 84, 86 e 87 da CF; (o) a rescisão do acórdão também deve ocorrer pelo dolo da parte vencedora e por ter induzido em erro os julgadores, nos termos do art. 485, inciso III, do CPC/1973, uma vez que, de forma absurda, tentaram equiparar a Demandante, profissional com formação superior e pós graduada, com um profissional prático e sem qualificação aludido nas normas da década de 1930, sem distinguir as referidas profissões e fazendo crer que estivesse cometendo ilegalidades e exercendo a medicina, o que não ocorreu; (p) existe documento novo apto a ensejar a rescisão do julgado, com amparo no art. 485, inciso VII, do CPC/1973, porque o Superior Tribunal de Justiça proferiu decisão, transitada em julgado, no REsp n. 1.194.552/SC, que concedeu provimento ao seu recurso especial e reformou decisão prolatada em apelação cível em mandado de segurança, concedendo-lhe a segurança para estabelecer seu consultório de optometria, inclusive com o direito de realizar exames de visão e indicação de lentes corretivas, o que configura causa superveniente que modificou a situação jurídica decidida no acórdão ora impugnado; e, (q) no seio do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, diante da divergência jurisprudencial existente, foi instaurado o Pedido de Uniformização de Jurisprudência n. 2006.030031-7/0001.00, de São José, no qual o Grupo de Câmaras de Direito Público entendeu favoravelmente ao exercício da optometria de forma plena, incluídas as atividades mencionadas na Classificação Brasileira de Ocupações, o que não foi observado pelo acórdão objeto da rescisão.

Requeru a concessão de tutela antecipada, com a suspensão dos efeitos do acórdão rescindendo, para, no mérito, ser julgado procedente o pedido e rescindido o acórdão proferido na Apelação Cível n. 2008.080822-8, com novo julgamento da causa, autorizando que exerça a

profissão de optometrista sem limitações, conforme a Classificação Brasileira de Ocupações, em especial que possa proceder a correção de ametropias visuais com indicação de óculos de grau e lentes corretivas, restabelecendo a sentença de improcedência.

Pela decisão de fls. 2.027/2.042, o então relator, Desembargador Nelson Schaefer Martins, afastou a rescisão do acórdão em relação a existência de documento novo (art. 485, inciso VII, do CPC/1973) e de erro de fato (art. 485, inciso IX, do CPC/1973), como considerou infundado o pleito rescisório por dolo (art. 485, inciso III, do CPC/1973), mas, de outro lado, concedeu o pleito de antecipação de tutela, determinando a suspensão do acórdão rescindendo, por entender que ocorreu violação literal à disposição de lei (art. 485, inciso V, do CPC), apontando que a decisão do apelo violou os arts. 5º, inciso XIII, e 170, inciso VIII, da Constituição da República.

Contra referida decisão, interpôs a Ré Sociedade Catarinense de Oftalmologia (SCO) agravo regimental (fls. 2.078/2.090), que não foi conhecido pela decisão de fls. 2.110/2.112, em razão da deserção.

Devidamente citadas, as Rés ofertaram respostas.

Em sua peça contestatória, a Demandada Sociedade Catarinense de Oftalmologia pugnou pela improcedência dos pedidos articulados na peça exordial e asseverou, que: (a) a ausência de violação a literal disposição de lei que ampare o pleito rescisório, visto que a Autora pretende rediscutir dispositivos legais incidentes já examinados no acórdão rescindente, sem que a decisão tenha incorrido em interpretação aberrante ou grosseira, devendo ser observada a Súmula 343 do Supremo Tribunal Federal; (b) não está caracterizado o dolo para a rescisão do julgado, porque a discussão na ação originária foi baseada nas normas legais vigentes e em argumentos técnicos, sem a prática de ato que revele litigância de má-fé ou fraude processual; (c) se revela absurda a pretensão de rescisão por documento novo, porque o referido documento é decisão superveniente proferida pelo Superior Tribunal de Justiça que representa divergência jurisprudencial, o que não caracteriza documento novo; (d) deve ser afastada a alegação de erro de fato (art. 485, inciso IX, do CPC/1973), pois as questões fáticas foram analisadas e ponderadas no acórdão do apelo; (e) não procede violação literal aos arts. 5º, incisos II e XIII, art. 22, inciso XVI, art. 170, *caput*, e incisos IV, VII, VIII, e parágrafo único, e art. 196, *caput*, todos da Constituição da República; (f) a Autora ao propalar a proteção ao direito à saúde distorce o sentido da liberdade profissional prevista no inciso XIII do art. 5º da Carta Magna, que é norma de eficácia contida, ou seja, o livre exercício profissional pode ser limitado por lei, para que se atendam as qualificações profissionais, como em relação aos demais dispositivos constitucionais; (g) os Decretos ns. 20.931/1932 e 24.492/1934 foram recepcionados pelas Constituições subsequentes, inclusive pela Constituição Federal/1988, estando em plena vigência e eficácia, com força de Lei Federal, sendo que tais normas impõem como incumbência dos médicos os exames de acuidade visual e tratamento de pacientes com baixa visão, excluindo formalmente os optometristas, destacando que a prescrição de lentes de grau é ato médico, visto que implica em diagnóstico e tratamento, ou seja, os decretos proíbem os optometristas de prescrever lentes e instalar consultórios; (h) os citados Decretos estão em vigor, conforme já decidiu o Supremo Tribunal Federal, na ADI 533-2, não existindo revogações tácita ou expressamente,

além do Pretório Excelso, no julgamento o Recurso Extraordinário n. 511.961/SP, rel. Min. Gilmar Mendes, ter decidido que a formação superior do profissional optometrista não tem influência na regulamentação profissional, nem o autoriza a praticar atos exclusivamente médicos, ou seja, ao optometrista cabe a prática dos atos não vedados nos Decretos supracitados; (i) a Classificação Brasileira de Ocupações não é espécie normativa, mas mero documento classificatório aprovado pela Portaria do Ministério do Trabalho e Emprego n. 397/2002, que reconhece tal classificação apenas à produção de dados estatísticos, não podendo prevalecer em conflito com Leis Federal acerca da matéria, aliando-se que a regulamentação de profissão é atividade exclusiva da União, nos termos do art. 22, inciso XVI, da CF/1988 e Lei n. 9.394/1996, como deve ser observada a Lei n. 12.842/2013, denominada Lei do Ato Médico; e, (j) revela-se uma falácia aludida o exame de acuidade visual não como ato médico, sendo ilícita atividade não médica para diagnosticar e tratar doenças de acuidade visual e prescrição de solução óptica, tais como astigmatismo, miopia e hipermetropia, doenças estas elencadas na Classificação Internacional de Doenças (CID) elaborada pela Organização Mundial de Saúde (OMS).

De igual sorte, o Requerido Conselho Brasileiro de Oftalmologia (CBO), em sua resposta, aduziu que: (a) é descabida a ação rescisória, pretendendo a Autora impor nova interpretação aos fatos anteriormente analisados, com o reexame de provas e alteração do entendimento em seu benefício; (b) inexistente prova de litigância de má-fé na ação de origem, afastando o alegado dolo à rescisão do acórdão, mesmo porque o entendimento adotado na decisão rescindenda observou uníssona e abundante jurisprudência acerca da matéria; (c) não ocorreu violação de dispositivo legal, porque em vigor os Decretos ns. 20.931/1932 e 24.492/1934, como o aresto está em consonância com os dispositivos e princípios constitucionais; (d) inexistente documento novo que ampare a rescisória, visto que o aludido pela Autora foi constituído após a decisão, além do referido documento não bastar à reforma do entendimento esposado no acórdão, com a decisão do Superior Tribunal de Justiça, no REsp n. 1.194.552/SC, se limitando à expedição de alvará sanitário, sem exame da matéria debatida nestes autos; (e) não configurado o erro de fato aludido pela Autora; (f) deve ser rechaçada a afronta aos arts. 5º, incisos II e XIII, 22, inciso XVI, 170, *caput*, e 196, *caput*, da Constituição Federal, porque, embora não exista regulamentação à atuação do optometrista, existe a Lei n. 12.842/2013 que define as atividades médicas, denominada Lei do Ato Médico, sendo que apenas o médico é o profissional habilitado para diagnóstico clínico, que perpassa a anamnese, exame clínico, requisição de exames e definição das hipóteses de diagnóstico, além do livre exercício profissional exigir as qualificações que a norma legal estabelecer; e, (g) não ocorreu violação aos arts. 84 e 87 da Constituição Federal, porque a Classificação Brasileira de Ocupações, oriunda da Portaria n. 397/2002 do Ministério do Trabalho, traz em seu bojo definições meramente administrativas, para fins estatísticos.

Postulou a extinção do feito, sem resolução de mérito, pela ausência dos requisitos ao ajuizamento da ação rescisória, ou, no mérito, a improcedência dos pleitos deduzidos na petição inicial.

Intimada, a Autora apresentou manifestação às contestações (fls. 2.210/2.244), reiterando as alegações deduzidas na peça vestibular.

A Douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da Exma. Sra. Dra. Eliana Volcato Nunes, opinou pela procedência dos pedidos iniciais, com o reconhecimento do exercício da profissão de optometrista pela Autora, segundo a Portaria n. 397/2002 do Ministério do Trabalho e Emprego.

Esse é o relatório.

VOTO

Objetiva a Demandante a rescisão do acórdão proferido na Apelação Cível n. 2008.080822-8, que, acolhendo recurso das ora Demandadas, reformou a sentença proferida na Ação Cominatória n. 038.06.056664-4, julgando procedente o pleito deduzido na peça exordial, para determinar que se abstenha de atender pacientes, de proceder exames de refração e testes de visão, de prescrever o uso de lentes corretivas e utilizar aparelhos profissionais em tais atividades.

A discussão que perpassou nos autos originários e que também é objeto desta ação rescisória é a possibilidade da Autora em exercer a atividade laborativa de optometrista e os limites desta atuação. Nesse aspecto, para contextualizar a matéria, deve-se apontar que a sentença proferida na ação cominatória n. 038.06.056664-4 julgou improcedente o pedido inicial, sob os seguintes fundamentos:

[...].

Importante observar, que atualmente a atividade do profissional formado em curso superior de optometria é um tema muito discutido no judiciário, pelo fato de que a referida profissão não encontrar-se legalizada no Brasil.

Muito embora o curso superior de optometria tenha sido devidamente autorizado pelo Ministério de Educação, e obedeça a todos os dispositivos legais, para regular funcionamento, ainda não há no ordenamento jurídico qualquer lei que delimite as atividades do Optometrista.

No entanto, encontra-se tramitando no Congresso Nacional o Projeto Lei nº 2.783, de 2003, que regulamenta a profissão de optometrista, dando-lhe o direito de exercer as atividades que a parte autora vista coibir a parte ré de praticar.

Se existe curso superior reconhecido pelo Ministério da Educação que habilita profissionais para o exercício das atividades de optometria, não tem sentido impedir que aqueles que colam grau e providenciam o registro no respectivo órgão fiscalizador exerçam em toda a sua plenitude a profissão que escolheram.

Importante ressaltar que as normas que legitimam a ação da vigilância sanitária a impedir a atuação do optometrista em estabelecimentos do ramo ótico são vetustas e não mais se ajustam à realidade hodierna, observando que já encontram-se ultrapassadas a realidade social atual.

O disposto nos ultrapassados Decretos ns. 20.931/32 e 24.492/34, época em que, sequer existia médico oftalmologista e curso superior de optometria.

A situação dos optometristas é paradoxal: a profissão é reconhecida pelo Estado, pois consta da Classificação Brasileira de Ocupações; esses profissionais se submetem a um curso com carga horária mínima de 2.400

horas, com grade curricular aprovada pelo Ministério da Educação e depois de formados não podem exercer o seu mister por conta da aplicação de um Decreto que tinha razão de ser em um contexto totalmente diverso do atual.

A situação é muito bem retratada no excerto da sentença prolatada pelo Juiz de Direito da Vara dos Feitos da Fazenda Pública da Comarca de Itajaí no Mandado de Segurança n. 033.05.017900-7, o qual passo a reproduzir:

“Mesmo com todos os fundamentos legais apresentados, a ousadia de alguns médicos oftalmologistas é tanta, que parte desses profissionais tenta de forma inverídica confundir as autoridades brasileiras, não se preocupando em omitir que na escolaridade médica, não existe provisão para sua formação, das matérias CONTATOLOGIA e OPTOMETRIA esquece também, que na complementação que buscam, freqüentam cursos de especialização em oftalmologia, dentre os quais não existe um sequer que trate do assunto com profundidade, situação divergente do Técnico em Óptica que como já foi demonstrado, tem que provar sua capacidade técnica profissional havida pela freqüência de curso regular com carga horária mínima de 1230 horas mais 620 horas de especialização em Optometria (cerca de 2 anos de curso) e exames de suficiência. Isso sem falar nos Optometristas com formação universitária em curso de oito semestres, como é o caso dos autos. Fala-se ainda sobre ‘ato médico’ e seu conceito: Entende-se que ele se exaure naquilo que por sua natureza é reconhecidamente privativo de médico. Como exemplo, podemos citar a administração de medicamentos ou a prática cirúrgica por se tratar de procedimentos invasivos. Em oftalmologia podemos citar o implante de lente intra-ocular. Essa prática envolve não só conhecimentos de anatomia e fisiologia do olho. Do sistema respiratório, circulatório e outros, mas também por exigir técnicas de procedimento cirúrgico, bem como envolver tratamento clínico pós operatório. Difere o implante intra-ocular de uma adaptação de lentes de contato, na medida em que o primeiro é um ato cirúrgico de risco não só na execução como também, no pós operatório uma cirurgia mal sucedida pode levar o paciente à cegueira ou até mesmo a morte, em contrapartida as lentes de contatos não passam de órteses não invasivas, cujo objetivo final é compensar opticamente as ametropias (miopia, hipermetropia, astigmatismo, etc.) quando se faz necessário.”

“Destaca-se que a prática da optometria, atividade inerente ao óptico em mais de 130 países, compreende uma série de testes visuais com o intuito de avaliar e melhorar, quando necessário for, a performance visual do interessado” (grifou-se)

O Superior Tribunal de Justiça reconheceu a validade e a legalidade da Classificação Brasileira de Ocupações e dos cursos superiores de óptica e optometria:

“ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. ENSINO SUPERIOR. CURSO SUPERIOR DE TECNOLOGIA EM OPTOMETRIA. RECONHECIMENTO PELO MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. LEGITIMIDADE DO ATO.

1. A manifestação prévia do Conselho Nacional de Saúde é exigida apenas para os casos de criação de cursos de graduação em medicina, em odontologia e em psicologia (art. 27 do Decreto n. 3.860/2001), não estando prevista para outros cursos superiores, ainda que da área de saúde.

2. Em nosso sistema, de Constituição rígida e de supremacia das normas constitucionais, a inconstitucionalidade de um preceito normativo acarreta a sua nulidade desde a origem. Assim, a suspensão ou a anulação, por vício de inconstitucionalidade, da norma revogadora, importa o reconhecimento da vigência, ex tunc, da norma anterior tida por revogada (RE 259.339, Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 16.06.2000 e na ADIn 652/MA, Min. Celso de Mello, RTJ 146:461; art. 11, § 2º da Lei 9.868/99). Estão em vigor, portanto, os Decretos 20.931, de 11.1.1932 e 24.492, de 28 de junho de 1934, que regulam a fiscalização e o exercício da medicina, já que o ato normativo superveniente que os revogou (art. 4º do Decreto n. 99.678/90) foi suspenso pelo STF na ADIn 533-2/MC, por vício de inconstitucionalidade formal.

3. A profissão de optometrista está prevista em nosso direito desde 1932 (art. 3º do Decreto 20.931/32). O conteúdo de suas atividades está descrito na Classificação Brasileira de Ocupações - CBO, editada pelo Ministério do Trabalho e Emprego (Portaria n. 397, de 09.10.2002).

4. Ainda que se possa questionar a legitimidade do exercício, pelos optometristas, de algumas daquelas atividades, por pertencerem ao domínio próprio da medicina, não há dúvida quanto à legitimidade do exercício da maioria delas, algumas das quais se confundem com as de ótico, já previstas no art. 9º do Decreto 24.492/34.

5. Reconhecida a existência da profissão e não havendo dúvida quanto à legitimidade do seu exercício (pelo menos em certo campo de atividades), nada impede a existência de um curso próprio de formação profissional de optometrista.

6. O ato atacado (Portaria n. 2.948, de 21.10.03) nada dispôs sobre as atividades do optometrista, limitando-se a reconhecer o Curso Superior de Tecnologia em Optometria, criado por entidade de ensino superior. Assim, a alegação de ilegitimidade do exercício, por optometristas, de certas atividades previstas na Classificação Brasileira de Ocupações é matéria estranha ao referido ato e, ainda que fosse procedente, não constituiria causa suficiente para comprometer a sua validade.

7. Ordem denegada” (MS n. 9.469-DF, Min. Teori Albino Zavascki).

E do corpo do erudito voto merece destaque:

“3. A profissão de optometrista está prevista em nosso direito desde 1932 (art. 3º do Decreto 20.931/32). O conteúdo de suas atividades está descrito na Classificação Brasileira de Ocupações - CBO, editada pelo Ministério do Trabalho e Emprego (Portaria n. 397, de 09.10.2002).

4. Ainda que se possa questionar a legitimidade do exercício, pelos optometristas, de algumas daquelas atividades, por pertencerem ao domínio próprio da medicina, não há dúvida quanto à legitimidade do exercício da maioria delas, algumas das quais se confundem com as de ótico, já previstas no art. 9º do Decreto 24.492/34.

7. A profissão de optometrista está prevista em nosso direito desde 1932, pelo menos. A própria legislação invocada pelos Impetrantes previa, expressamente, o seu exercício. Assim, o art. 3º do Decreto 20.931/32, dispôs:

‘Art. 3º - Os optometristas, práticos de farmácia, massagistas e duchistas estão também sujeitos à fiscalização, só podendo exercer a profissão respectiva se provarem a sua habilitação, a juízo da autoridade sanitária’

O próprio artigo 38 do Decreto, ao proibir aos optometristas certas práticas, reconhece, de forma indireta, não apenas a existência da profissão, como também a legitimidade do exercício das demais atividades não incluídas na proibição. Diz o art. 38:

‘Art. 38 - É terminantemente proibido aos enfermeiros, massagistas, optometristas e ortopedistas a instalação de consultórios para atender clientes, devendo o material aí encontrado ser apreendido e remetido para o depósito público, onde será vendido judicialmente a requerimento da Procuradoria dos leitos da Saúde Pública e a quem a autoridade competente officiará nesse sentido. O produto do leilão judicial será recolhido ao Tesouro, pelo mesmo processo que as multas sanitárias.’

A profissão de optometrista está, atualmente, prevista e descrita na Classificação Brasileira de Ocupações - CBO, editada pelo Ministério do Trabalho e Emprego - MTE (Portaria n. 397, de 09.10.2002), em cujo item 3223, arrola-se como de sua especialidade:

‘A - REALIZAR EXAMES OPTOMÉTRICOS

‘1. Fazer anamnese; 2. Medir acuidade visual; 3. Analisar estruturas externas e internas do olho; 4. Mensurar estruturas externas e internas do olho; 5. Medir córnea (queratonometria, paquimetria e topografia); 6. Avaliar fundo do olho (oftomoscopia); 7. Medir pressão intraocular (tonometria); 8. Identificar deficiências e anomalias visuais; 9. Encaminhar casos patológicos a médicos; 10. Realizar testes motores e sensoriais; 11. Realizar exames complementares; 12. Prescrever compensação óptica; 14. Recomendar auxílios ópticos; 15. Realizar perícias optométricas em auxílios ópticos.

‘B - ADAPTAR LENTES DE CONTATO.

‘1. Fazer avaliação lacrimal; 2. Definir tipo de lente; 3. Calcular parâmetros das lentes; 4. Selecionar lentes de teste; 5. Colocar lentes de teste no olho; 6. Combinar uso de lentes (sobre-refração); 7. Avaliar teste; 8. Retocar lentes de contato; 9. Recomendar produtos de assepsia; 10. Executar revisões de controle.

‘C - CONFECCIONAR LENTES

‘1. Interpretar ordem de serviço; 2. Fundir materiais orgânicos e minerais; 3. Escolher materiais orgânicos e minerais; 4. Separar insumos e ferramentas; 5. Projetar lentes (curvas, espessura, prismas); 6. Bloquear materiais orgânicos e minerais; 7. Usinar materiais orgânicos e minerais; 8. Dar acabamento às lentes; 9. Adicionar tratamento as lentes (endurecimento, anti-reflexo, coloração, hidratação e filtros); 10. Aferir lentes; 11. Retificar lentes.

(omissis)

‘F - PROMOVER EDUCAÇÃO EM SAÚDE VISUAL

‘1. Assessorar órgãos públicos na promoção da saúde visual; 2. Ministras palestras e cursos; 3. Promover campanhas de saúde visual; 4. Promover a reeducação visual; 5. Formar grupos multiplicadores de educação em saúde visual.

‘G - VENDER PRODUTOS E SERVIÇOS ÓPTICOS E OPTOMÉTRICOS.

‘1. Detectar necessidades do cliente; 2. Interpretar prescrição; 3. Assistir cliente na escolha de armações e óculos solares; 4. Indicar tipos de lentes; 5. Coletar medidas complementares; 6. Aviar prescrições de especialistas; 7. Ajustar óculos em rosto de cliente; 8. Consertar auxílios ópticos.

‘H - GERENCIAR ESTABELECIMENTO

‘1. Organizar local de trabalho; 2. Gerir recursos humanos; 3. Preparar ordem de serviço; 4. Gerenciar compras e vendas; 5. Controlar estoque de mercadorias e materiais; 6. Controlar estoque de mercadorias e materiais; 6. Controlar qualidade de produtos e serviços; 7. Administrar finanças; 8. Providenciar manutenção do estabelecimento.

‘Y. COMUNICAR-SE

‘1. Manter registros de cliente; 2. Enviar ordem de serviço a laboratório; 3. Orientar cliente sobre o uso e conservação de auxílios ópticos; 4. Orientar família do cliente; 5. Emitir laudos e pareceres; 6. Orientar a ergonomia da visão; 7. Solicitar exames e pareceres de outros especialistas.

‘6) RECURSOS DE TRABALHO

‘Queratômetro; Máquinas surfaçadoras; Lâmpada de burton; Filtros e Feltro; Lâmpada de fenda (biomicroscópio); Produtos para assepsia abrasivos; Retinoscópio; Lensômetro; Refrator; Oftalmoscópio (direto-indireto); Pupilômetro; Topógrafo; Caixas de prova e armação para auxílios ópticos; Calibradores; Alicates; chaves de fenda; Máquinas para montagem; Tabela de Projetor de Optótipos; Torno; Tonômetro; Corantes e fluoescéina; Soventes Polidores e lixas; Foróptero, Espessímetro, Moldes e modelos Títmus Resinas.’

Sobre a impropriedade da tentativa de subsumir o exercício da optometria aos comentados Decretos de 1932 e 1934, exortou o eminente Ministro Sepúlveda Pertence, quando do julgamento do Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 26.199-B/DF:

“É claro que não me aventuraria, aqui, a descer a pormenores de saber se há atividades postas no Código Brasileiro de Ocupações que invadam ou não esta área tão bem-defendida do exercício médico.

O que creio, no entanto, é que seria um exercício de anacronismo julgar este caso, com base nestes decretos de 1932 e de 1934. Eu não tenho a menor dúvida. A não ser a questão formal de não se ter manifestado o Conselho Nacional de Saúde, o que se tem é um reconhecimento do Ministério da Educação de um curso em funcionamento, há longos anos, absolutamente regular. E seria, efetivamente, kafkiano que a esta altura, com base num decreto evidentemente defasado em termos de tecnologia da saúde, simplesmente eliminássemos essas profissões e atrás delas muitas outras de pacífico reconhecimento internacional como, por exemplo, o da neurociência.”

Se existe um curso superior reconhecido pelo Ministério da Educação que habilita profissionais para o exercício das atividades de optometria, não há sentido em impedir que aqueles que colam grau e providenciam o registro no respectivo órgão fiscalizador exerçam em toda a sua plenitude a profissão que escolheram.

Ademais, por simples pesquisa em *site* de busca na *internet* sobre o curso superior em optometria, os resultados demonstram que, em tese, os profissionais da área estariam habilitados a realizarem os exames que a parte autora busca a proibição, os quais encontram-se regulamentados pela Portaria n. 397, de 2002, da Classificação Brasileira de Ocupações.

Seria um contrasenso que o profissional que se graduou em optometria, após a formatura não possa a exercer a profissão para a qual se dedicou durante alguns anos de sua vida, para isso dispendendo de seu tempo e investimentos financeiros.

Não há que se discutir a invasão da área média, uma vez que o profissional optometrista, não pode medicar, nem realizar tratamentos do globo ocular. Sua atividade esta restrita a testes de uso de lentes de contato e lentes de grau, com a utilização dos respectivos equipamentos.

Tal atividade, esta longe de invadir a área médica, uma vez que sua atividade é restrita, se comparado ao médico oftalmologista e não prejudica o paciente, observando-se novamente que não pode realizar tratamento, nem cirurgias.

Portanto, a improcedência da presente demanda é medida que se impõe.

Ante o exposto, **julgo improcedente o pedido proposto na inicial (art. 269, I, do CPC)**, revogando a tutela antecipada anteriormente deferida.

Condeno a parte autora ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, os quais fixo em 10% sobre o valor da ação, art. 20, § 3º, do CPC.

P.R.I.

Contudo, após recurso apelatório das então Requeridas, a Terceira Câmara de Direito Civil desta Corte de Justiça, sob a relatoria do eminente Desembargador Fernando Carioni, j. 10-3-2009, reformou o *decisum*, acolhendo o pleito cominatório, em acórdão assim ementado:

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO COMINATÓRIA – OPTOMETRIA – EXAMES DE REFRAÇÃO E

PRESCRIÇÃO DE LENTES CORRETIVAS – ATIVIDADES RESTRITAS AO MÉDICO OFTALMOLOGISTA – EXEGESE DOS DECRETOS N. 20.931/32 E N. 24.492/34 – SENTENÇA REFORMADA – RECURSO PROVIDO.

Compete aos médicos oftalmologistas a realização de exames de refração, bem como o diagnóstico e prescrição do uso de lentes corretivas para compensar as ametropias, atividades vedadas aos optometristas, a teor do disciplinado pelos Decretos n. 20.931/32 e n. 24.492/34.

“Os limites à atuação profissional dos tecnólogos em optometria, nos pontos em que há choque com a medicina oftalmológica, são objeto de regulamentação pelos Decretos n. 20.931/32 e 24.492/34, cujas normas remanescem em vigor com força de ato normativo primário (cf ADI/MC 533-2), em ordem a regular o exercício coexistencial das profissões” (TJSC, AC n. 2007.007911-6, de Tubarão, rela. Des. Maria do Rocio Luz Santa Ritta, j. em 19-2-2008).

E, extrai-se do corpo do mencionado aresto:

Pois bem, na hipótese em comento a discussão travada entre as partes está consubstanciada na possibilidade de os optometristas realizarem exames de visão e indicarem o uso de lentes corretivas.

De início, cabe ressaltar que apesar de a Constituição Federal assegurar o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos (parágrafo único do artigo 170), é certo também que os serviços relacionados à saúde, por serem de relevância pública, devem ser devidamente regulamentados pelo Poder Público, na forma preconizada pelo artigo 197 da Carta Magna, vejamos:

Art. 197. São de relevância pública as atividades e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

Dito isso, verifica-se que a defesa funda-se no fato de que o curso superior em optometria é reconhecido e autorizado pelo Ministério da Educação e Cultura – MEC, bem como que a atividade é devidamente reconhecida pelo Ministério do Trabalho e Emprego, por meio da Classificação Brasileira das Ocupações (Portaria n. 397, de 9-10-2002).

Ocorre que o Decreto n. 20.931/32 que regula e fiscaliza o exercício da medicina, determina em seu artigo 38 que é terminantemente proibida aos optometristas a instalação de consultórios para atender clientes, ao passo que o artigo 39 dispõe que *“é vedado às casas de ótica confeccionar e vender lentes de grau sem prescrição médica, bem como instalar consultórios médicos nas dependências dos seus estabelecimentos”*.

Além disso, o Decreto n. 24.492/1934, que regulamenta o decreto anteriormente citado na parte alusiva à venda de lentes de grau, estabelece:

Art. 9º Ao ótico prático do estabelecimento compete:

- a) a manipulação ou fabrico das lentes de grau;
- b) o aviamento perfeito das fórmulas óticas fornecidas por médico oculista;
- c) substituir por lentes de grau idêntico aquelas que lhe forem apresentadas danificadas;
- d) datar e assinar diariamente o livro de registro do receituário de ótica.

[...]

Art. 13 É expressamente proibido ao proprietário, sócio gerente, ótico prático e demais empregados do estabelecimento, escolher ou permitir escolher, indicar ou aconselhar o uso de lentes de grau, sob pena de processo por exercício ilegal da medicina, além das outras penalidades previstas em lei.

Art. 14 O estabelecimento de venda de lentes de grau só poderá fornecer lentes de grau mediante apresentação da fórmula ótica de médico, cujo diploma se ache devidamente registrado na repartição competente.

[...]

Art. 16 O estabelecimento comercial de venda de lentes de grau não pode ter consultório médico, em qualquer de seus compartimentos ou dependências, não sendo permitido ao médico sua instalação em lugar de acesso obrigatório pelo estabelecimento.

§ 1º É vedado ao estabelecimento comercial manter consultório médico mesmo fora das suas dependências; indicar médico oculista que dê aos seus recomendados vantagens não concedidos aos demais clientes e a distribuir cartões ou vales que deem direito a consultas gratuitas, remuneradas ou com redução de preço.

§ 2º É proibido aos médicos oftalmologistas, seja por que procesco for, indicar determinado estabelecimento de venda de lentes de grau para o aviamento de suas prescrições.

Art. 17 É proibida a existência de câmara escura no estabelecimento de venda de lentes de grau, bem assim ter em pleno funcionamento aparelhos próprios para o exame dos olhos, cartazes e anúncios com oferecimento de exame da vista.

Percebe-se, assim, que os dispositivos citados vedam aos optometristas instalar consultórios, realizar exames visuais e comercializar lentes de grau sem prescrição médica, porquanto a realização de exames de visão e a prescrição de lentes corretivas é atividade privativa dos médicos oftalmologistas.

A respeito, esta Corte tem validado a função do optometrista, desde que se abstenha de praticar atos restritos ao médico oftalmologista. Vejamos:

ACÇÃO COMINATÓRIA. OPTOMETRIA E MEDICINA OFTALMOLÓGICA: CONFIGURAÇÕES PROFISSIONAIS – DECRETOS N. 20.931/32 E 24.492/34. REALIZAÇÃO DE EXAMES DE REFRAÇÃO, PRESCRIÇÃO DE LENTES CORRETIVAS E USO DOS APARELHOS EMPREGADOS EM TAIS MISTERES. ATOS PRIVATIVOS DOS MÉDICOS.

1. Os limites à atuação profissional dos tecnólogos em optometria, nos pontos em que há choque com a medicina oftalmológica, são objeto de regulamentação pelos Decretos n. 20.931/32 e 24.492/34, cujas normas remanescem em vigor com força de ato normativo primário (cf ADI/MC 533-2), em ordem a regular o exercício coexistencial das profissões.

2. Nos termos dos Decretos n. 20.931 e 24.492 (arts. 38 e 39 e arts. 9º, 13, 14 e 17), é defeso aos optometristas instalar consultórios para atender clientes, realizar testes visuais e vender lentes de grau sem prescrição médica, por isso que somente os profissionais da medicina oftalmológica possuem habilitação para proceder a consultas, exames de refração e diagnósticos de debilidades no globo ocular, prescrevendo os tratamentos correlatos. Aos optometristas é reservada a missão de, havendo prescrição médica, confeccionar e vender as lentes receitadas, espectro de atuação não ampliado pelas Portarias n. 2.498/03 e 1.475/05 do Ministério da Educação, nem pela Classificação Brasileira de Ocupações - CBO do Ministério de Trabalho e Emprego.

3. Sendo incontroversa a realização, por optometrista, de atos privativos da medicina oftalmológica, com a incursão em prática invasiva, procede o pedido cominatório deduzido pelo Conselho Brasileiro de Oftalmologia – CBO e pela Sociedade Catarinense de Oftalmologia – SCO no sentido de que o tecnólogo, sob pena de multa por descumprimento, se abstenha de agir para além das restrições legais à profissão (Ap. Cív. n. 2007.007911-6, de Tubarão, rela. Desa. Maria do Rocio Luz Santa Ritta, j. em 19-2-2008).

MANDADO DE SEGURANÇA – ADMINISTRATIVO – OPTOMETRISTA – ALVARÁ SANITÁRIO – EXAMES DE ACUIDADE VISUAL – PRESCRIÇÃO DE SOLUÇÕES ÓPTICAS – ESPECIALIZAÇÃO MÉDICA OFTALMOLÓGICA – ATIVIDADES VEDADAS PELOS DECRETOS N. 20.931/32 E N. 24.492/34 – DECRETOS RECEPCIONADOS PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – AUSÊNCIA DE FUMUS BONI IURIS – LIMINAR INDEFERIDA – RECURSO IMPROVIDO.

A pretensão do agravante, consistente na obtenção de alvará sanitário para a prestação de serviço de avaliação visual ao público, a fim de identificar, diagnosticar, corrigir e prescrever soluções ópticas para compensar problemas como a miopia, hipermetropia e astigmatismo, esbarra nos dispositivos dos Decretos Federais ns. 20.931/32 e 24.492/34, pois, ao que tudo indica, essas atividades dizem respeito à especialização médica oftalmológica, não estando o optometrista habilitado para a realização de exames de acuidade visual.

“Os Decretos n. 20.931, de 11.01.1932, e 24.492, de 28.06.1934, editados pelo Governo Provisório de Getúlio Vargas, após a Revolução de 1930, são considerados primários, portanto, com força de lei, daí porque foram recepcionados pelas Constituições posteriores, com as quais se compatibilizam, e não podem ser revogados por Decretos de índole secundária (STF, ADI 533/2, Rel. Min. Carlos Velloso).” (Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 2006.019762-4, rel. Des. Jaime Ramos) (AI n. 2007.041495-6, de Garuva, rel. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz, j. em 30-4-2008).

REEXAMENECESÁRIO – MANDADO DE SEGURANÇA – ADMINISTRATIVO – ALVARÁ SANITÁRIO – OPTOMETRIA – ATIVIDADE RESTRITA À MANIPULAÇÃO, CONFECÇÃO E SUBSTITUIÇÃO DE LENTES DE GRAU, MEDIANTE RECEITUÁRIO MÉDICO – EXEGESE DOS DECRETOS N. 20.931/32 E N. 24.492/34 – DIREITO LÍQUIDO E CERTO INEXISTENTE – PRECEDENTES – ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA – SENTENÇA CONFIRMADA.

Consoante dispõe o art. 9º do Decreto n. 24.492/34, compete aos técnicos ópticos somente a manipulação ou confecção de lentes de grau, substituição por lentes de grau idênticas àquelas que foram aposentadas ou danificadas, desde que munidos do devido receituário médico. Outras funções como examinar, diagnosticar e/ou tratar de disfunções visuais, são sempre privativas de médicos oftalmologistas (Ap. Cív. em MS n. 2006.038111-1, de Tubarão, rel. Des. Rui Fortes, j. em 19-12-2007).

ADMINISTRAÇÃO. OPTOMETRISTA E TÉCNICO EM ÓPTICA. PEDIDO DE UTILIZAÇÃO DE EQUIPAMENTOS PARA O EXERCÍCIO DE TAIS PROFISSÕES. POSSIBILIDADE, DESDE QUE EMPREGADOS CONFORME AS DISPOSIÇÕES DOS ARTIGO 38 E 39 DO DECRETO FEDERAL N. 20.931/32, O QUAL ESTÁ EM VIGOR. PROVA, NO CASO VERTENTE, DE QUE OS CITADOS INSTRUMENTOS TAMBÉM FORAM USADOS PARA REALIZAÇÃO DA ATIVIDADE DE ADAPTAÇÃO DE LENTES DE CONTATO. INVIABILIDADE. EXERCÍCIO PERMITIDO, TÃO-SOMENTE, AO MÉDICO OFTALMOLOGISTA. JURISPRUDÊNCIA NESSE SENTIDO. REMESSA NECESSÁRIA PROVIDA PARCIALMENTE.

É assente que o Optometrista e o Técnico Óptico podem exercer tais profissões, bem como utilizar os instrumentos necessários para tanto, mas não podem instalar consultórios para atendimento de pacientes, etc., conforme precedente da egrégia Primeira Câmara de Direito Público (Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 2007.008477-7, de Joinville, relator Des. Volnei Carlin, j. 13-9-07), uma vez que determinadas funções são reservadas ao médico oftalmologista.

Não cabe ao Poder Judiciário especificar quais as atividades que são próprias da profissão, uma vez que essa regulamentação deve ser feita no âmbito legislativo e não por ato administrativo do Ministério da Educação ou do Ministério do Trabalho e do Emprego (Mandado de Segurança n. 9.469/DF, relator Ministro Teori Albino Zavascki).

Inexiste qualquer irregularidade no ato praticado pela administração pública com o fim de coibir a utilização

de equipamentos e materiais na adaptação de lentes de contato pelos citados profissionais, podendo utilizá-los, todavia, nas demais atividades que possam ser exercidas sem restrições (Ap. Cív. em MS n. 2007.003760-6, da Capital, rel. Des. Vanderlei Romer, j. em 16-10-2007).

Não divergem os Tribunais pátrios:

APELAÇÃO CÍVEL. OPTOMETRIA. EXERCÍCIO DE ATIVIDADES PRIVATIVAS DA MEDICINA OFTALMOLÓGICA. VEDAÇÃO. RECURSO DESPROVIDO.

O optometrista não é habilitado para realizar consultas médicas, diagnosticar debilidades oculares em geral, prescrever o tratamento correspondente e receitar o uso de lentes de grau (Inteligência dos arts. 38/39 do Dec. 20.931/32 e 13,14,16 e 17 do Dec 24.492/34) (TJMT, RAC n. 53079/2006, de Campo Verde, rel. Des. Juracy Persiani, j. em 13-12-2006).

APELAÇÃO. AÇÃO DECLARATÓRIA. TÉCNICO EM OPTOMETRIA. EXAME DE ACUIDADE VISUAL.

A pretensão de obter provimento no sentido de permitir ao técnico em optometria a realização de exames de acuidade visual com o intuito de prescrever óculos ou lentes de contato a terceiros sem a previa consulta ao médico oftalmologista não pode ser alcançada judicialmente por contrariar as normas que disciplinam a atividade de referidos técnicos [...] (TJGO, Ap. Cív. n. 91489-3/188, Proc. n. 200501862891, de Firminópolis, rel. Des. Carlos Escher, j. em 16-2-2006).

DIREITO ADMINISTRATIVO. ALVARÁ SANITÁRIO. EXERCÍCIO DA OPTOMETRIA NAS DEPENDÊNCIAS DE ÓTICAS. DECRETOS 20.931/32 E 24.492/34. IMPOSSIBILIDADE.

Os Decretos 20.931/32 e 24.492/34 não deixam dúvida de que, nas dependências de óticas, não pode ser realizado qualquer tipo de exame oftalmológico, bem como é vedada a comercialização de lentes corretivas sem prescrição médica. Dessa forma, impossível se afigura a prática da optometria nas dependências de estabelecimentos que comercializam lentes de contato e lentes corretivas (TJMG, Ap. Cív. n. 1.0702.04.188518-8/001, de Uberlândia, rel. Des. José Carlos Moreira Diniz, j. em 15-12-2005).

Vale, ainda, lembrar, como bem ponderado pela Desembargadora Maria do Rocio Luz Santa Ritta, na Apelação Cível n. 2007.007911-6, *“que o conteúdo desses atos normativos primários (Decretos n. 20.931/32 e 24.492/34) não foi, nem poderia sê-lo, tirado de cena pelas Portarias n. 2.498/03 e n. 1.475/05, do Ministério da Educação, tampouco pela Classificação Brasileira de Ocupações – CBO a cargo do Ministério do Trabalho e do Emprego. Na hierarquia do ordenamento jurídico, interligada ao sistema de legitimação democrática, as leis e os diplomas normativos que a elas se equiparam superpõem-se aos atos administrativos, os quais, mesmo entre si, encontram delimitação hierárquica definida. Portarias e Classificações Ministeriais, portanto, não se prestam a, inovando o cenário jurídico, criar ou derruir originariamente direitos e obrigações, alterando os parâmetros de normas de nível superior, que lhes condicionam as expedições. Além disso, certo é que as citadas Portarias n. 2.498/03 e n. 1.475/05, de um lado, limitam-se a reconhecer, ‘apenas para fins de emissão e registro de diplomas dos alunos’, o curso de tecnólogo em optometria. De outro lado, a Classificação Brasileira de Ocupações – CBO possui a função de mero catálogo administrativo, para fins classificatórios, sem função de regulamentação profissional (www.mte.gov.br). Nenhum de tais atos, assim, possui o alcance de autorizar o demandado a atuar como vinha atuando, atendendo pacientes, realizando exames e prescrevendo tratamentos. A regulamentação de profissões e serviços na área de saúde é matéria posta sob a reserva de lei (art. 197, CF), não se podendo extraí-la de atos inferiores a que falta, inclusive, essa pretensão”*.

Por derradeiro, deve ser dito que tais Decretos são válidos e foram recepcionados pela Constituição Federal, como reconhecido pelo Superior Tribunal de Justiça, vejamos:

Em nosso sistema, de Constituição rígida e de supremacia das normas constitucionais, a inconstitucionalidade

de um preceito normativo acarreta a sua nulidade desde a origem. Assim, a suspensão ou a anulação, por vício de inconstitucionalidade, da norma revogadora, importa o reconhecimento da vigência, ex tunc, da norma anterior tida por revogada (RE 259.339, Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 16.06.2000 e na ADIn 652/MA, Min. Celso de Mello, RTJ 146:461; art. 11, § 2º da Lei 9.868/99). Estão em vigor, portanto, os Decretos 20.931, de 11.1.1932 e 24.492, de 28 de junho de 1934, que regulam a fiscalização e o exercício da medicina, já que o ato normativo superveniente que os revogou (art. 4º do Decreto n. 99.678/90) foi suspenso pelo STF na ADIn 533-2/MC, por vício de inconstitucionalidade formal (MS n. 9469/DF, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. em 10-8-2005).

Assim, considerando que a legislação que regula a matéria, Decretos n. 20.931/32 e n. 24.492/34, é válida e que não há lei que regulamente o exercício da optometria com força bastante para revogar os Decretos antes mencionados, é vedado aos optometristas realizar exames de visão e prescrever o uso de lentes corretivas para compensar as ametropias, razão pela qual merece reforma a sentença de primeiro grau.

E, a ora Demandante pretende a rescisão desta decisão com base no art. 485, incisos III (dolo), V (violação literal de disposição de lei), VII (existência de documento novo) e IX (erro de fato), do Código de Processo Civil de 1973.

(a) Do erro de fato

Por primeiro, ainda que conste na petição inicial estar fundada a ação rescisória no inciso IX do art. 485 do CPC/1973, ou seja, em erro de fato, como bem assentou o ilustre Desembargador Nelson Schaefer Martins, então relator, na decisão de fls. 2.027/2.042, a Autora não apontou no que consistiria o mencionado erro de fato, não descrevendo em qualquer momento da peça póstica qual o fato foi considerado inexistente ou que tenha ocorrido e foi tido por inexistente.

Assim, inviabilizado o exame da ação rescisória nesta hipótese.

(b) Do dolo

Alega a Autora que o acórdão deve ser rescindido em razão do dolo da parte vencedora, que induziu os julgadores em erro, pois, de forma absurda, os ora Réus tentaram equipar a Demandante, profissional com formação superior e pós graduada, com um profissional da década de 1930, fazendo crer que estava cometendo ilegalidades e exercendo indevidamente a medicina.

Anote-se que o art. 485, inciso III, do CPC/1973 (art. 966, inciso III, do CPC/2015) dispunha:

Art. 485. A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:

[...]

III - resultar de dolo da parte vencedora em detrimento da parte vencida, ou de colusão entre as partes, a fim de fraudar a lei;

Acerca do dolo que enseja a ação rescisória, ensina Alexandre Freitas Câmara:

[...]

Em primeiro lugar, é rescindível o provimento judicial de mérito transitado em julgado que seja fruto de dolo da parte vencedora em detrimento da parte vencida. O dolo a que se refere a lei processual civil não se confunde, porém, com o vício de consentimento previsto nos arts. 145 a 150 do Código Civil.

[...]

Há dolo (no plano do direito substancial), pois, quando há induzimento ao erro. Este não se confunde, porém, com o dolo processual, a que se refere o art. 485, III, do CPC.

[...].

Daí se extrai que o dolo processual, conceito juridicamente indeterminado que é, acaba por ser mais amplo do que o dolo substancial. Haverá dolo processual sempre que uma das partes, agindo sem observar o dever de lealdade e boa-fé, tentar influir no convencimento do julgador para obter um resultado que lhe seja favorável. Pois é o que se tem no caso previsto na parte inicial do inciso III do art. 485, em que o dolo é da parte vencedora em detrimento da vencida.

Não se pense, porém, que a lei trata do caso em que a parte vencedora induz ao erro a parte vencida. O dolo da parte vencedora que vicia a sentença, tornando-a (após transitada em julgado) rescindível, é o induzimento ao erro do juiz prolator da decisão que se quer rescindir. O juiz é, portanto, o destinatário do dolo processual.

O dolo capaz de tornar rescindível o provimento judicial precisa ter sido dotado de influência decisiva, ainda que não exclusiva, sobre o convencimento do juiz. [...]. (*Ação Rescisória*. 2ª ed. Ed. Atlas, São Paulo: 2012. p. 45/46).

Nesse rumo, não se verifica qualquer conduta dolosa das então Autoras que pudesse ter influenciado na decisão dos julgadores, que distinguiram com precisão o exercício da atividade do optometrista e em nenhum momento do acórdão rescindendo compararam a formação da ora Demandante com a profissão da década de 1930.

Ademais, a decisão não decorre de qualquer ato de litigância de má-fé, o que afasta o dolo. Inclusive, na decisão que deferiu parcialmente o pedido de tutela antecipada, o então relator, Desembargador Nelson Schaefer Martins, bem destacou (fls. 2.040/2.041):

[...]

Contudo, no caso em exame os fatos narrados pela autora não configuram a utilização de expedientes e artifícios maliciosos por parte dos demandados capazes de influenciar o juízo dos julgadores.

[...].

Desta forma, é manifestamente infundada a rescisória com base no inciso III do art. 485 do Código de Processo Civil.

Portanto, não se vislumbra nos autos conduta das Rés que possa ser considerado dolo processual apto a ensejar ação rescisória ou que tenha influenciado na decisão dos eminentes desembargadores que julgaram o recurso apelatório.

Inclusive, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO ESPECIAL. LOCAÇÃO DE IMÓVEIS. AÇÃO INDENIZATÓRIA. AÇÃO RESCISÓRIA. DOLO PROCESSUAL. ERRO DE FATO. NÃO CARACTERIZAÇÃO. FUNDAMENTAÇÃO SUCINTA. NULIDADE. AUSÊNCIA. REAPRECIÇÃO DE PROVAS. INVIABILIDADE. FORMAS DE LIQUIDAÇÃO. FUNGIBILIDADE. JULGAMENTO EXTRA OU ULTRA PETITA. NÃO OCORRÊNCIA. PRESCRIÇÃO. DIREITO PESSOAL. REGRA GERAL.

[...].

3. A hipótese de cabimento da ação rescisória insculpida no inciso III, primeira parte, do artigo 485 do Código de Processo Civil/1973 (dolo da parte vencedora em detrimento da parte vencida) deve estar estampada em atos intencionais graves, que configurem deslealdade processual, de modo a influenciar negativamente a decisão judicial.

[...].

7. Recurso especial não provido. (REsp n. 1.590.902/SP, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 26-4-2016, sem grifo na original).

Assim, afasta-se a ocorrência de dolo para ação rescisória.

(c) Da rescisão por existência de documento novo

Sustenta a Autora que o acórdão deve ser rescindido em razão da existência de documento novo, sendo referido documento a decisão transitada em julgado pelo Superior Tribunal de Justiça no REsp n. 1.194.552/SC, que concedeu provimento ao seu recurso especial e reformou decisão prolatada em apelação cível em mandado de segurança, assegurando seu direito de estabelecer seu consultório de optometria, inclusive com a realização de exames de visão e indicação de lentes corretivas.

Anote-se que, de fato, supervenientemente ao julgamento do apelo que ora se pretende rescindir houve o julgamento do REsp n. 1.194.552/SC em favor da ora Autora. Contudo, tal decisão não envolve as partes ora Demandadas e se relaciona com matéria no âmbito do direito administrativo à concessão de alvará pelo Município para o funcionamento de sua clínica. Portanto, o objeto daquela decisão se restringiu ao âmbito administrativo da concessão do alvará, não podendo surtir efeito em relação ao acórdão, transitado em julgado, que decidiu acerca da atuação profissional da pessoa física, ora Autora.

Ainda que assim não fosse, anote-se que o art. 485, inciso VII, do CPC/1973 (correspondente ao art. 966, inciso VII, do CPC/2015) dispunha:

Art. 485. A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:

[...]

VII – depois da sentença, o autor obtiver documento novo, cuja existência ignorava, ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável;

Nesse aspecto, deve-se atentar para o conceito de documento novo para fins de amparar ação rescisória, como bem leciona Alexandre Freitas Câmara:

Documento novo, registre-se, não é o documento superveniente. Pelo contrário, o documento novo a que se refere o dispositivo legal é, necessária e inevitavelmente, um documento velho. Facilmente se conclui assim quando se verifica que fala a lei de um “documento novo” cuja existência se ignorava. Ora, só se pode ignorar a existência – passe o truísmo – do que existe. Assim, só se pode admitir a apresentação de documento novo quando já existia e, portanto, não é tão novo assim.

[...].

Como se vê pela leitura da ementa transcrita, o STF expressamente afirmou que o documento novo a que se refere o inciso VII do art. 485 do CPC não é o documento superveniente, mas o documento que já existia e não pôde ser usado, ou que era desconhecido. O Superior Tribunal de Justiça tem o mesmo entendimento: [...]. (*Ação Rescisória*. 2ª ed. Ed. Atlas, São Paulo: 2012. p. 65/66).

Diante de tais ensinamentos, no caso, como exposto acima, a decisão judicial do Superior Tribunal de Justiça mencionado pela Autora não pode ser considerado prova nova para embasar o pleito rescisório, na medida em que não existia ao tempo do julgamento do acórdão rescindendo, sendo ele superveniente.

Acerca da questão, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA MANEJADA SOB A ÉGIDE DO CPC/73. AÇÃO ORIGINÁRIA: EMBARGOS DE TERCEIROS. AUSÊNCIA DE OFENSA A LITERAL DISPOSITIVO DE LEI. AUSÊNCIA DE DOCUMENTO NOVO. PRETENSÃO DE REVOLVIMENTO FÁTICO DA CAUSA ORIGINÁRIA. NÃO CABIMENTO. IMPROCEDÊNCIA.

[...].

2. Não se pode admitir ação rescisória fundada em dispositivo de lei não discutido na ação originária. Tal proceder implicaria rejuízo da causa com base em fundamento não arguido no momento oportuno, o que não é permitido, sob pena de se romper com o devido processo legal.

3. Para fins de ação rescisória, documento novo é aquele que já existia ao tempo da demanda originária, mas que não pode ser trazido aos autos. Fatos supervenientes, ainda que documentados, não podem ser considerados documentos novos. Hipótese em que a alegação de colusão não foi cabalmente demonstrada, configurando conjectura.

[...].

5. Ação rescisória improcedente. (AR n. 4.878/DF, Rel. Ministro Moura Ribeiro, Segunda Seção, j. 25-4-2018, DJe 7-6-2018, sem grifo no original).

Portanto, improcede o pedido rescisório por documento novo.

(d) Da alegação da violação a literal disposição de lei. Art. 485, inciso V, do CPC/1973

Embasa a Demandante a ação rescisória na violação a literal disposição de lei, nos termos do art. 485, inciso V, do Código de Processo Civil de 1973, que, no Código de Processo Civil de 2015, encontra amparo no inciso V do art. 966, que dispõe ser cabível ação rescisória quando a decisão violar manifestamente norma jurídica.

Sustenta que o acórdão rescindendo afronta os arts. 5º, incisos II e XIII, da Constituição da República, haja vista a ausência de lei federal que regularmente ou proíba o exercício da optometria, mesmo porque ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei, destacando, ademais, ser livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão quando atendidas as qualificações.

Outrossim, apontou violação aos arts. 22, inciso XVI (competência da União para legislar sobre organização do emprego) e 170, *caput*, e incisos IV, VII e VIII, e parágrafo único, da CF/1988, referente à valorização do trabalho, livre iniciativa, livre concorrência, redução das desigualdades regionais e sociais, busca do pleno emprego e livre exercício de qualquer atividade econômica, independente de autorização, como ressaltou afronta ao art. 196, *caput*, da Constituição Federal, na medida em que a saúde é direito de todos, não sendo privativa do ramo da medicina.

Por fim, ainda que não tenha destacado dispositivos legais, a Autora reclama que o acórdão violou os princípios constitucionais da isonomia, da dignidade da pessoa humana, da eficácia e da eficiência do processo educacional como qualificador para o trabalho, da segurança jurídica e da proporcionalidade, além de afrontar o princípio da razoabilidade ao dar supremacia aos Decretos ns. 20.931/1932 e 24.492/1934, que se revelam arcaicos e incompatíveis com as normas constitucionais, merecendo ser aplicada a Classificação Brasileira de Ocupações prevista pela Portaria n. 397/2002 do Ministério do Trabalho e Emprego.

No caso, a questão a ser decidida adentra a matéria que sempre apresentou divergências e polêmicas na seara jurisprudencial: o exercício da profissão de optometrista e suas limitações.

Antes do exame da questão, necessário apontar quais os casos que ensejam ação rescisória por “violação a literal disposição de lei”.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça é assente:

O cabimento da ação rescisória fundada no inciso V do art. 485 do Código de Processo Civil, pressupõe que o julgado rescindendo, ao aplicar determinada norma na decisão da causa, tenha violado sua literalidade, seu sentido, seu propósito. Tal infringência deve ser evidente e direta, dispensando-se o reexame dos fatos da causa. Precedentes. (AR n. 2.968/SC, rel. Mina. Laurita Vaz, j. 12-12-2007).

A jurisprudência do STJ possui entendimento no sentido de que a ação rescisória com base no art. 485, V, do CPC exige que a afronta seja direta e inequívoca ao texto legal, de forma que a interpretação dada pelo

acórdão rescindendo seja de tal modo teratológica que viole o dispositivo legal em sua literalidade. (AgRg no AREsp n. 820.479/SP, rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 1º-3-2016).

Conforme orientação jurisprudencial do STJ, na Ação Rescisória fundada no inciso V do art. 485 do CPC/73, vigente no momento da data da publicação do provimento jurisdicional impugnado, a violação de lei deve ser literal, direta, evidente, dispensando o reexame dos fatos da causa, sendo vedado, para tanto, qualquer tipo de inovação argumentativa. (AR 2.872/PR, rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, j. 28-9-2016).

Partindo desta premissa estabelecida pela Corte Superior, deve-se examinar se os dispositivos legais incidentes na espécie foram violados pelo acórdão.

Vale observar que o acórdão ora rescindendo, em sua fundamentação é claro ao reconhecer a existência e validade da profissão de optometrista, mas com seu exercício observando as limitações impostas pelo Decretos ns. 20.931/1932 e 24.492/1934, ou seja, “é vedado aos optometristas realizar exames de visão e prescrever o uso de lentes corretivas para compensar as ametropias, razão pela qual merece reforma a sentença de primeiro grau.”

Nesse aspecto, os argumentos utilizados no julgamento do apelo não violam literalmente, direta e inequivocamente, qualquer dos dispositivos legais mencionados pela Autora na petição inicial e, mais do que isso, está amparada nas interpretações conferidas por esta Corte de Justiça e mesmo pelos Tribunais Superiores acerca da matéria. Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça firmou seu posicionamento:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. ART. 535 DO CPC/73. CONTROVÉRSIA INTEGRALMENTE APRECIADA. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. NÃO OCORRÊNCIA. . DECRETOS N. 20.931/32 E 24.492/34. VIGÊNCIA. OPTOMETRISTAS. EXERCÍCIO DE ATIVIDADES PRIVATIVAS DE MÉDICO. VEDAÇÃO.

1. Verifica-se não ter ocorrido ofensa ao art. 535 do CPC/73, na medida em que o Tribunal de origem dirimiu, fundamentadamente, as questões que lhe foram submetidas, apreciando integralmente a controvérsia posta nos autos, não se podendo, ademais, confundir julgamento desfavorável ao interesse da parte com negativa ou ausência de prestação jurisdicional.

2. O Tribunal não fica obrigado a examinar todos os artigos de lei invocados no recurso, desde que decida a matéria questionada sob fundamento suficiente para sustentar a manifestação jurisdicional, sendo dispensável a análise dos dispositivos que pareçam para a parte significativos, mas que, para o julgador, se não irrelevantes, constituem questões superadas pelas razões de julgar.

3. A instância recorrida, aplicando os Decretos n. 20.931/32 e 24.492/34, concluiu que é vedado aos optometristas a realização de atividades clínicas ou a prescrição de lentes de grau, as quais são exclusivas dos profissionais médicos. Ao assim decidir, alinhou-se à jurisprudência firmada nesse Sodalício, segundo a qual os Decretos supracitados estão em plena vigência, de modo que os optometristas estão impedidos de exercer as atividades pretendidas, consideradas privativas de profissional da medicina.

4. Agravo interno a que se nega provimento. (AgInt no REsp n. 1.756.269/MT, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, j. 19-2-2019, DJe 22-2-2019, sem grifo no original).

AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL.

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. PRÁTICA DE ATOS POR OPTOMETRISTA PRIVATIVOS DE OFTALMOLOGISTA. VIGÊNCIA DOS DECRETOS 20.931/32 E 24.492/34. AGRAVO INTERNO DO PARTICULAR DESPROVIDO.

1. Suspenso o ato normativo que revogou os dispositivos dos Decretos 20.931/32 e 24.492/34 que regulam a atividade profissional de optometria (Decreto 99.678/1990) pelo STF na ADIn 533-2/MC, por vício de inconstitucionalidade formal, seguem em vigor as normas originais. Precedentes: AgInt no REsp. 1.369.360/SC, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, DJe 24.8.2017; REsp. 1.261.642/SC, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJe 3.6.2013; MS 9.469/DF, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJ 5.9.2005.

2. Importa ressaltar que não se trata aqui de reconstituição dos Decretos, já que, declarada a inconstitucionalidade formal da lei revogadora, reconhece-se a vigência ex tunc da norma anterior tida por revogada.

3. Agravo Interno do Particular desprovido. (AgInt nos EDcl no AREsp n. 440.940/PR, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, j. 1º-3-2018, DJe 12-3-2018, sem grifo no original).

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. ATUAÇÃO DOS OPTOMETRISTAS. ANÁLISE DA RECEPÇÃO MATERIAL DE NORMAS PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. IMPOSSIBILIDADE. COMPETÊNCIA DO STF. VIGÊNCIA DO DECRETO 20.931/1932 EM RELAÇÃO AO OPTOMETRISTA. PRECEDENTES. FISCALIZAÇÃO QUE VERIFICOU A ATUAÇÃO EM EXCESSO AO PERMITIDO. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. DIREITO SUPERVENIENTE INVOCADO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO.

1. A análise da recepção material de normas (Decretos 20.931, de 11/1/1932, e 24.492, de 28/06/1934) pela Constituição de 1988 é inviável em sede recurso especial, pois refoge à competência deste Tribunal Superior, uma vez que possui nítido caráter constitucional.

2. Esta Corte tem entendimento de que estão em vigor os dispositivos do Decreto 20.931/1932 que tratam do profissional de optometria, tendo em vista que o ato normativo superveniente que os revogou (Decreto 99.678/90) foi suspenso pelo STF na ADIn 533-2/MC, por vício de inconstitucionalidade formal. Precedentes: REsp 1.169.991/RO, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 13/5/2010; REsp 1.261.642/SC, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 3/6/2013; REsp 975.322/RS, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 3/11/2008.

3. A revisão da conclusão a que chegou o Tribunal de origem sobre a questão demanda o reexame dos fatos e provas constantes nos autos, o que é vedado no âmbito do recurso especial pela Súmula 7/STJ.

4. A falta de prequestionamento do direito superveniente invocado impede o seu conhecimento.

5. Agravo interno não provido. (AgInt no REsp n. 1.369.360/SC, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, j. 15-8-2017, DJe 24-8-2017).

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. ATUAÇÃO DOS OPTOMETRISTAS. DECRETOS 20.931/32 E 24.492/34. VEDAÇÃO DA PRÁTICA PELOS TÉCNICOS DA ÓPTICA DE ATOS PRIVATIVOS DE MÉDICOS OFTALMOLOGISTAS.

1. A decisão proferida preencheu os requisitos do art. 557 do CPC, em vista de que a jurisprudência colacionada é dominante nesta Corte Superior.

2. Não ocorre julgamento extra petita quando o juiz aplica o direito ao caso concreto com base em fundamentos diversos aos apresentados pela parte. Não há falar, assim, in casu, em violação dos arts. 128 e 460 do CPC.

3. Não cabe a apreciação de direito superveniente invocado pela parte, somente perante o Superior Tribunal

de Justiça, em razão do não cumprimento do requisito constitucional do prequestionamento. Nesse sentido: AgRg nos EDcl no REsp 1.498.380/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 22/05/2015; EREsp 805.804/ES, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Corte Especial, DJe 01/07/2015; REsp 1.137.738/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, DJe 1º/2/2010.

4. Consigne-se que a análise de tese por meio de recurso especial requer o indispensável requisito do prequestionamento, ainda que seja matéria de ordem pública, entendimento este reiterado pela Corte Especial do STJ, em precedente de relatoria do Min. Castro Meira (AgRg nos EREsp 999.342/SP).

5. Esta Corte de justiça firmou entendimento, no sentido de que os dispositivos do Decreto 20.931/1932 que tratam do profissional de optometria, estão em vigor e que a “Portaria 397/2002 do Ministério do Trabalho e Emprego é parcialmente inconstitucional, uma vez que extrapolou a previsão legal ao permitir que os profissionais optométricos realizem exames e consultas, bem como prescrevam a utilização de óculos e lentes” (REsp 1.169.991/RO, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA).

Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp n. 1.413.107/SC, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, j. 15-9-2015, DJe 23-9-2015, sem grifo no original).

ADMINISTRATIVO. OPTOMETRISTAS. LIMITES DO CAMPO DE ATUAÇÃO. VIGÊNCIA DOS DECRETOS 20.931/1932 E 24.492/1934. VEDAÇÃO DA PRÁTICA DE ATOS PRIVATIVOS DE MÉDICOS OFTALMOLOGISTAS. PORTARIA DO MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO 397/2002. INCONSTITUCIONALIDADE PARCIAL RECONHECIDA PELO STF.

1. Cinge-se a controvérsia aos limites do campo de atuação dos optometristas e de eventuais excessos ou interferências indevidas de suas atividades com as próprias e exclusivas de médicos oftalmologistas, considerado o que dispõem os Decretos 20.931, de 11.1.1932, e 24.492, de 28 de junho de 1934, que regulam e fiscalizam o exercício da medicina.

2. Ressalte-se, desde logo, que tais diplomas continuam em vigor. Isso porque o ato normativo superveniente que os revogou (art. 4º do Decreto 99.678/1990) foi suspenso pelo Supremo Tribunal Federal, na ADI 533-2/MC, por vício de inconstitucionalidade formal.

3. A Portaria 397/2002 do Ministério do Trabalho e Emprego é parcialmente inconstitucional, uma vez que extrapolou a previsão legal ao permitir que os profissionais optométricos realizem exames e consultas, bem como prescrevam a utilização de óculos e lentes.

4. Desse modo, tenho por correto o posicionamento adotado pela instância ordinária, ao impor aos profissionais, ora recorridos, “a obrigação de não praticar atos privativos dos médicos oftalmologistas, tais como adaptar lentes de contato e realizar exames de refração, ou de vistas, ou teste de visão” (fl. 572-573, e-STJ).

5. Recurso Especial provido, para restabelecer a sentença de primeiro grau. (REsp n. 1.261.642/SC, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, j. 28-5-2013, DJe 3-6-2013, sem grifo no original).

Nesse aspecto, abra-se parênteses para, com a devida *venia*, reconhecer que a decisão proferida no Pedido de Uniformização de Jurisprudência n. 2006.030031-7/0001.00, julgado pelo Grupo de Câmaras de Direito Público desta Corte de Justiça, em 24-3-2009, contraria o posicionamento consolidado no Superior Tribunal de Justiça, não podendo, portanto, ter aplicação imediata, nem mesmo incidindo com aplicação vinculante.

Como se observa, a possível divergência acerca do tema pode ter sido grande e complexa e,

partindo-se desta premissa, o fato da decisão optar por uma das interpretações que a norma legal permite não pode ser motivo a ensejar o acolhimento de ação rescisória. Isso porque, justamente, não há uma violação clara e direta à lei.

Assim, a interpretação no acórdão proferido na Apelação Cível n. 2008.080822-8 não violou literal disposição de lei, que, repita-se, deve ser clara, direta, teratógica, aberrante e/ou extravagante.

Ademais, com a devida *venia*, o argumento esposado pelo eminente Desembargador Nelson Schaefer Martins na decisão de fls. 2.027/2.042, que deferiu a tutela antecipada e suspendeu o acórdão ora rescindendo, de que não incidiriam às disposições dos Decretos ns. 20.931/1932 e 24.492/1934 aos optometristas com curso superior, mas apenas aos “práticos”, não encontra amparo na jurisprudência do STJ, que já proclamou:.

PROCESSO CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. PROFISSIONAL DA OPTOMETRIA. RECONHECIMENTO PELO MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. PRECEDENTE/STJ. LEGITIMIDADE DO ATO. EXPEDIÇÃO DE ALVARÁ. DIREITO GARANTIDO SE PREENCHIDOS OS REQUISITOS SANITÁRIOS ESTIPULADOS NA LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA.

1. A jurisprudência desta Corte Superior possui entendimento de que reconhecida a formação profissional em optometria, inclusive pelo Ministério da Educação, não se pode negar a concessão de alvará sanitário para instalação e funcionamento do estabelecimento onde profissional devidamente habilitado irá desenvolver o seu labor, ressalvando-se que devem ser respeitados os limites legalmente impostos para o desempenho da atividade. Precedentes: REsp 975.322/RS, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 14/10/2008, DJe 3/11/2008; REsp 1.194.552/SC e REsp 1.261.642/SC, ambos de relatoria do Ministro Herman Benjamin; REsp 1.373.840/PR, Relator Ministro Castro Meira, REsp 1.308.813/MG e REsp 1.401.529 de minha relatoria.

2. Recurso especial a que se nega provimento. (REsp n. 1.601.283/BA, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, j. 13-9-2016, DJe 20-9-2016, sem grifo no original)

Em resumo, a formação superior em optometria apenas reconhece a profissão e possibilita seu exercício, mas, ainda assim, devem ser observadas as limitações legais existentes para o exercício da atividade que, justamente, estão previstas nos Decretos ns. Decretos ns. 20.931/1932 e 24.492/1934, ou seja, mesmo o optometrista com formação superior tem que observar os limites existentes pela legislação que está em vigor. Inclusive, nesse sentido, este Grupo de Câmaras de Direito Civil analisou a matéria no julgamento dos Embargos Infringentes n. 2008.052823-4, de Tubarão, da relatoria do Desembargador Eládio Torret Rocha, j. 9-11-2011, quando reconheceu que “Ao profissional da optometria que haja concluído com êxito curso superior devidamente reconhecido pelo Estado não se aplicam as vedações constantes dos aludidos Decretos, revelando-se-lhe lícito, pois, realizar exames de acuidade do sentido da visão utilizando-se, a tal desiderato, dos equipamentos necessários, e, ainda, prescrever o uso de lentes corretivas, excluídos, de seu mister, por via de consequência, todo o ato médico afeto ao estudo, ao diagnóstico e ao tratamento de patologias oftálmicas.”

Contudo, recentemente, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp n. 1.394.665/

SC, rel. Min. Sérgio Kukina, acolheu o recurso da Sociedade Catarinense de Oftalmologia – SCO, restabelecendo o acórdão da prolatado na Apelação Cível n. 2007.007911-6, de Tubarão, rel. Des. Maria do Rocio Luz Santa Ritta, Primeira Câmara de Direito Civil, j. 19-02-2008, com o ilustre Ministro consignando em seu voto:

Denota-se, pois, que a Corte recorrida, ao analisar os embargos infringentes opostos pelo réu da ação cominatória, houve por bem desconstituir o acórdão que determinou ao recorrido que se abstinisse “de atender pacientes, proceder a exames de refração e testes de visão, prescrever o uso de lentes corretivas e de utilizar os aparelhos profissionais usados em tais misteres, como ceratômetro, auto-refrator, dentre outros” (fl. 325), sob o fundamento de que os Decretos n. 20.931/32 e 24.492/34 não teriam sido recepcionados pela Constituição Federal.

Note-se que, ao assim decidir, a instância a quo dissentiu da jurisprudência firmada nesse Sodalício, segundo a qual os Decretos supracitados se encontram em plena vigência, de modo que os optometristas estão impedidos de exercer as atividades pretendidas, consideradas privativas de profissional da medicina, conforme se evidencia nos julgados a seguir:

[...].

Ante o exposto, conheço parcialmente do recurso especial e, nessa extensão, dou-lhe provimento para restabelecer o acórdão de fls. 299/366.

Portanto, não há violação direta ao art. 5º, inciso II, da Constituição Federal, na medida em que não existe vedação ao exercício da optometria, apenas a limitação de atividades com base em legislação vigente, como não se vislumbra empecilho ao pleno emprego aludido no art. 170, inciso VIII, da CF.

Ademais, a matéria é complexa e polêmica, sendo objeto de Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 131 perante o Supremo Tribunal Federal, rel. Ministro Gilmar Mendes, na qual é Arguente o Conselho Brasileiro de Óptica e Optometria (CBOO) e distribuída em 20-2-2008. Nesse feito, ainda que esteja pendente de julgamento, colhe-se o interessante parecer do Ministério Público Federal, subscrito, em 16-12-2009, pela Vice-Procuradora-Geral da República, Dra. Deborah Macedo Duprat de Britto Pereira, e pelo Procurador-Geral da República, Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos, assim ementado:

Arguição de descumprimento de preceito fundamental. Ação fundada em alegação de que os artigos 38, 39 e 41 do Decreto n.º 20.931/32 e os artigos 13 e 14 do Decreto n.º 24.492/34, que proíbem os optometristas de instalar consultórios e de avaliar a acuidade visual de seus pacientes, indicando meios ópticos adequados à correção de erros refrativos, não foram recepcionados pela Constituição Federal de 1988, pois estabeleceram restrições típicas de uma época pretérita, ultrapassadas pela atual formação (nível superior) do optometrista. A formação superior do optometrista será de serventia para o melhor desempenho de suas atribuições, mas isso não autoriza eventual atuação em área em que se reconheça como sendo de exclusiva natureza médica. A mera identificação da ametropia como vício de refração, e não como sintoma de doença, já é um diagnóstico médico. Razoabilidade da legislação ainda em vigor, que estabelece as citadas restrições

à atuação do optometrista, impedindo que realize exame de acuidade visual e prescreva lentes corretivas. Respeito ao direito fundamental à saúde. Parecer pela improcedência dos pedidos.

Interessantes são os fundamentos do supracitado parecer:

[...].

27. Para o arguente, os optometristas graduados por Instituição de Ensino Superior têm qualificação técnica e científica para realizar exame de acuidade visual e prescrever o uso de lentes corretivas, não havendo razão para que tais atividades sejam prevativas do médico.

28. Contudo, não lhe assiste razão. Não se nega que os optometristas contemporâneos rebém formação em cursos de nível superior reconhecidos pelo Estado, ao contrário do que ocorria com os profissionais da década de 30, os quais eram meros práticos e autodidatas. Efetivamente, há pelo menos cinco cursos de nível superior em Optometria, como os da Universidade Luterana do Brasil – ULBRA, em Canoas/RS, Universidade do Contestado – UnC, em Canoinhas/SC, Universidade Estácio de Sá no Rio de Janeiro/RJ, Faculdade Filosófica e Teológica Rattio, em Fortaleza/CE, e ainda Universidade Braz Cubas, em Mogi das Cruzes/SP.

29. Essa formação, todavia, não assegura *ipso facto* o desempenho das funções vedadas pelos decretos ora atacados. [...].

30. Por sua vez, a Classificação Brasileira de Ocupações – CBO/2002 (Portaria n. 397, de 09.10.2002 – doc. 13) nada acrescenta à lide, ao contrário do que quer crer o autor, já que a descrição das atribuições profissionais da Família 3223 – Ópticos/Optométristas foi realizada por representantes da própria categoria, conforme informa o Ministério do Trabalho (f. 1118), confirmando sua conclusão de que tal estudo classificatório não tem a pretensão de regular profissões (f. 1119).

31. Já a autorização para a abertura e funcionamento de Curso Superior em Optometria tampouco repercute no desfecho do feito. Como ficou evidente no Recurso Extraordinário 511.961-SP, Relator Min. Gilmar Mendes, a formação superior não vai influenciar, positiva ou negativamente, na regulamentação profissional. Ou seja, a formação superior do optometrista será de serventia para o melhor desempenho de suas atribuições, mas isso não autoriza eventual atuação em área em que se reconheça como sendo de exclusiva natureza médica.

[...].

34. Em contrapartida, vê-se que, no presente feito, está atendida a racionalidade da restrição imposta aos optometristas justamente por se basear em uma necessidade científica: o diagnóstico médico da natureza e condições das ametropias. De fato, em que pesem os esforços do arguente em demonstrar que a identificação das chamadas ametropias (vícios de refração) não compreendem nenhum ato de diagnóstico médico, não há como tratar separadamente estes vícios e as doenças oculares ou doenças com repercussões oculares.

35. Não se trata aqui de questionar a habilitação técnica do optometrista em estudos de refratometria (medida da acuidade visual) e contatologia (adaptação de lentes de contato), mas sim de rechaçar a tese de que esse profissional pode realizar o exame de acuidade visual e a prescrição de lentes corretivas, identificando e separando os casos em que há doenças para, em seguida, encaminhar o paciente para o médico habilitado.

[...].

37. O raciocínio acima descrito peca justamente naquilo que seria a atividade não-médica do optometrista,

o diagnóstico da necessidade de lentes para corrigir vício de refração, pois este diagnóstico descarta outras intercorrências médicas sem que o optometrista tenha habilitação, até o momento, para tanto.

38. Há defeito óbvio da argumentação do autor, ao considerar, de um lado, que o vício de refração não é uma patologia, mas sim “alterações visuais não patológicas” (f. 33), e, de outro, reconhecer que o optometrista deve encaminhar o paciente ao médico responsável ao suspeitar de doenças. Assim como também reconhece que sequer dilatação de pupila pode ser feita pelo optometrista, por envolver prescrição e uso de fármacos e tratamento invasivo (f. 32). Isso sem contar que as ametropias constam do CID – Código Internacional de Doenças (f. 1146).

39. Pelo que consta dos autos, fica claro que não há como tornar estanque o diagnóstico de ametropias (vícios de refração) e doenças oculares e mesmo de outros órgãos que possuem repercussão ocular. Para que sejam indicadas lentes de correção, há de ser excluído o diagnóstico destas doenças, o que é de responsabilidade médica.

40. Por isso, entende-se ser razoável a legislação ainda em vigor, que estabelece as citadas restrições à atuação do optometrista, impedindo que realize o exame de acuidade visual e prescreva lentes corretivas.

41. É certo também que nada impede que essa profissão forneça apoio à ação do médico oftalmologista, no que tange ao desenvolvimento de técnicas e aparelhos de medição da refração ocular, bem como na confecção, aperfeiçoamento e adaptação de óculos e lentes de correção visual. Mas o diagnóstico do que necessita o paciente com sintomatologia de deficiência visual exige a intervenção médica, com a exclusão de doenças oculares e outras de repercussão ocular.

42. Não adianta o autor alegar que o profissional da Optometria não realiza diagnóstico médico. A mera identificação da ametropia como vício de refração, e não como sintoma de doença, já é um diagnóstico médico.

43. A saúde visual não pode ser tratada de modo segregado: os vícios de refração, como abundantemente demonstrado nesse feito, podem ser consequência de doenças ou não, é claro; mas separar se a queixa visual é vício de refração comum ou sintoma de doença é diagnóstico médico, e justamente tal atribuição nem o autor deseja. Sequer deseja a dilatação da pupila e outros tratamentos invasivos, que podem auxiliar no diagnóstico de doenças oculares e outras.

44. Se não deseja assumir uma atribuição médica nesse momento, não pode querer considerar ilegítimas e desproporcionais as restrições previstas nos decretos referidos.

45. Não que tal situação não possa ser alterada no futuro, mediante lei que autorize o profissional da optometria a atuar na área média. Mas, para tanto, é necessário que essa hipotética regulamentação legal leve em consideração o respeito ao direito fundamental à saúde.

Pelo exposto, o parecer é pela improcedência dos pedidos.

Portanto, a interpretação conferida no julgamento do acórdão do apelo é plausível, amparado em legislação e jurisprudência acerca da matéria, não ensejando ação rescisória, tendo reconhecido o julgado a possibilidade do exercício da atividade de optometria pela Autora, apenas limitando sua atuação dentro dos parâmetros estabelecidos na legislação de regência em vigor.

Extrai-se da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSO CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. AGRAVO INTERNO. VIOLAÇÃO LITERAL DE LEI. ART. 485, V, CPC. INTERPRETAÇÃO CONTROVERTIDA. PRECEDENTES. AGRAVO DESPROVIDO.

I - A “violação literal de lei”, exigida pelo art. 485, V, CPC, há de ultrapassar o limite do razoável e beirar o extravagante, não alcançando essa expressão a interpretação que se extraia entre mais de uma possível.

[...]. (AgRg na AR n. 1854/SP, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 26-6-2002, grifamos).

Processual civil. Recurso especial. Ação rescisória. Embargos de declaração. Ausência de hipóteses de cabimento. Violação a literal disposição de lei. Texto legal. interpretação controvertida.

- Não se conhece do recurso especial que alega violação ao art. 535 do CPC se ausentes as hipóteses de cabimento dos embargos de declaração.

- Não prospera o pedido rescisório arrimado em violação a literal disposição de lei se a decisão rescindenda fundamentou-se em texto legal cuja interpretação é controvertida nos tribunais.

- A afronta deve ser direta - contra a literalidade da norma jurídica - e não deduzível a partir de interpretações possíveis, restritivas ou extensivas que dão ensejo a debates na seara judicial.

Recurso especial não conhecido. (REsp n. 576.056/MG, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 16-6-2005, sem grifo no original).

Embargos de declaração. Recurso especial. Ação rescisória. Violação literal de lei. Descabimento. Interpretação razoável.

1. A razoabilidade da interpretação de dispositivo legal para efeito de verificar o cabimento, ou não, da ação rescisória, dispensa um exame aprofundado de tal dispositivo, sendo certo que basta verificar se ocorreu, ou não, interpretação aberrante ou extravagante. Ausente, assim, qualquer omissão no acórdão embargado, que está suficientemente fundamentado.

2. Embargos de declaração rejeitados. (EDcl no REsp n. 595.874/DF, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 16-6-2005).

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. MERA REITERAÇÃO DA TESE EXAMINADA. AÇÃO RESCISÓRIA. VIOLAÇÃO LITERAL DA LEI. INTERPRETAÇÃO RAZOÁVEL. AUSÊNCIA DE AFRONTA DIRETA. SÚMULA Nº 83/STJ. MANUTENÇÃO INTEGRAL DA DECISÃO.

1. O entendimento esposado no aresto atacado encontra-se em perfeita sintonia com a jurisprudência consolidada por este Tribunal Superior, pois, para que a ação rescisória fundada no art. 485, V, do Código de Processo Civil prospere, é necessário que a interpretação dada pelo acórdão rescindendo seja de tal modo aberrante que viole o dispositivo legal em sua literalidade.

Precedentes.

2. Agravo regimental não provido. (AgRg no REsp n. 1.162.451/RS, rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 5-8-2014).

PROCESSO CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. VIOLAÇÃO DE LITERAL DISPOSITIVO DE LEI. INTERPRETAÇÃO RAZOÁVEL. NEGÓCIO JURÍDICO ANULADO POR ERRO SUBSTANCIAL.

1. Quando o julgado rescindendo reconhece que o negócio jurídico está viciado em razão de erro substancial, já que a parte foi levada a crer na prática de negócio que somente existiu na mente daqueles que a induziram a fazê-lo, e aplica o direito à espécie, recorrendo a uma das soluções possíveis para a situação fática apresentada, inexistente contrariedade às disposições indicadas como fundamento do pleito rescisório, pois o julgado rescindendo deu interpretação razoável à questão.

[...]

5. Recurso especial conhecido e desprovido. (REsp n. 1.260.772/MG, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 5-3-2015).

O pleito rescisório, com base no art. 485, V, do CPC, pressupõe ofensa direta e frontal a dispositivo legal. Tratando-se, porém, de decisão que adota uma dentre outras possíveis interpretações para específico texto de lei, não há cogitar da ocorrência de sua violação literal, revelando-se desinfluyente a posterior consolidação da jurisprudência no sentido almejado pelo autor da rescisória. (AR n. 5.326/RS, rel. Min. Sérgio Kukina, j. 28-10-2015).

Na mesma direção, deste Tribunal de Justiça:

AÇÃO RESCISÓRIA – MANDADO DE SEGURANÇA IMPETRADO POR PENSIONISTA DE MAGISTRADO – ORDEM CONCEDIDA – VIOLAÇÃO A LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI NÃO CARACTERIZADA – PRETENSÃO IMPROCEDENTE

“A violação de Lei para ensejar a rescisão deve ser frontal e indubitosa. Se a lei comportava mais de uma interpretação razoável, não incide o dispositivo, se a sentença optou por uma delas. A ação rescisória não é uma revisão da justiça da decisão” (Vicente Greco Filho). (Ação Rescisória n. 2007.059362-3, da Capital, rel. Des. Newton Trisotto, j. 8-7-2009).

AÇÃO RESCISÓRIA. DEMANDA PREVIDENCIÁRIA. PLEITO DE DESCONSTITUIÇÃO DE ACÓRDÃO DA SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO POR SUPOSTA VIOLAÇÃO À LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI. AGRICULTOR. SEGURADO ESPECIAL. CONCESSÃO DE AUXÍLIO-ACIDENTE. DESNECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DE CONTRIBUIÇÃO FACULTATIVA. OFENSA À LEGISLAÇÃO NÃO EVIDENCIADA. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS MÍNIMOS A ABALAR A TESE ADOTADA NO JULGADO IMPUGNADO. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO.

É cabível a ação rescisória quando houver inobservância do sentido literal da norma tida por ofendida, ou, de forma mais flexível, o entendimento que predominantemente lhe vem sendo destinado.

Não se evidencia afronta a qualquer dispositivo legal quando a decisão rescindenda encontra amparo em interpretação adequada à situação concreta. (Ação Rescisória n. 0153803-72.2014.8.24.0000, rel. Des. Ronei Danielli, j. 11-5-2016, grifamos).

Ao contrário, as afirmações na *actio* rescisória apontam claramente a tentativa de rediscussão da avaliação dos fatos e provas, o que não é permitido em sede de ação rescisória, sob pena de transformar-se esta ação em sucedâneo recursal.

Nesse sentido, uma vez mais do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO RESCISÓRIA. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. VIOLAÇÃO AO ART. 489, § 1º DO CPC/2015. NÃO OCORRÊNCIA. OFENSA EVIDENTE E DIRETA À LEI. INOCORRÊNCIA.

1. Não ocorreu omissão no aresto combatido, na medida em que o Tribunal de origem dirimiu, fundamentadamente, as questões que lhe foram submetidas, apreciando integralmente a controvérsia posta nos autos, não se podendo, ademais, confundir julgamento desfavorável ao interesse da parte com negativa ou ausência de prestação jurisdicional.

2. A ofensa a dispositivo de lei capaz de ensejar o ajuizamento da ação rescisória é aquela evidente, direta, porquanto a via rescisória não é adequada para corrigir alegada interpretação equivocada dos fatos, tampouco para ser utilizada como sucedâneo recursal ou corrigir suposta injustiça do julgado que se pretende rescindir.

3. Agravo interno a que se nega provimento. (AgInt no REsp n. 1.647.486/RO, Rel. Ministro Sérgio Kukina, j. 26-6-2018, sem grifo no original)

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO RESCISÓRIA. VIOLAÇÃO LITERAL DE DISPOSIÇÃO DE LEI. NÃO OCORRÊNCIA. RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE AUTOMOBILÍSTICO. ANIMAL EM RODOVIA. LEGITIMIDADE PASSIVA DO DNIT. PRECEDENTES.

1. Na ação rescisória fundada no art. 485, V, do CPC/1973, a violação de lei deve ser direta e evidente, descabendo a utilização desse instrumento para mera rediscussão da causa ou questionamento de interpretação legal possível.

[...]. (REsp n. 1.625.384/PE, Rel. Ministro Og Fernandes, j. 2-2-2017).

Para encerrar, em situação semelhante ao presente caso, o Superior Tribunal de Justiça, em ação rescisória promovida pelo Conselho Regional de Óptica e Optometria de Pernambuco – CROO-PE, decidiu:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO RESCISÓRIA FUNDADA NO ART. 485, V, DO CPC/1973. OFENSA AO ART. 535 DO CPC/1973. AUSÊNCIA DE OMISSÃO. INCOMPETÊNCIA DA VIGILÂNCIA SANITÁRIA. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO COMPROVADO. OPTOMETRISTAS. LIMITES DO CAMPO DE ATUAÇÃO. VIGÊNCIA DOS DECRETOS 20.931/1932 E 24.492/1934. VEDAÇÃO DA PRÁTICA DE ATOS PRIVATIVOS DE MÉDICOS OFTALMOLOGISTAS. VIOLAÇÃO DE LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI NÃO CARACTERIZADA.

1. Cuida-se, na origem, de Ação Rescisória ajuizada pelo Conselho Regional de Óptica e Optometria de Pernambuco - CROO/PE, com fundamento no artigo 485, V, do CPC/1973, objetivando desconstituir sentença prolatada em 21.2.2008 nos autos da Ação Ordinária 2006.83.00.012654-0, na qual foi julgado improcedente o pedido que visava a obstar o Estado de Pernambuco de fiscalizar e combater, nos termos do artigo 1º do Decreto 24.492/1934, o eventual exercício, por profissionais habilitados na área de optometria, de atividades privativas de profissional da área médica (oftalmologistas).

2. Inicialmente, deve ser rejeitada a alegada violação do art. 535 do CPC/1973, na medida em que o Tribunal de origem julgou integralmente a lide, fundamentando seu proceder de acordo com os fatos apresentados e com a interpretação dos regramentos legais que entendeu aplicáveis, demonstrando as razões de seu convencimento.

3. A apontada divergência deve ser comprovada, cabendo a quem recorre demonstrar as circunstâncias que identificam ou assemelham os casos confrontados, com indicação da similitude fática e jurídica entre eles. Indispensável a transcrição de trechos do relatório e do voto dos acórdãos recorrido e paradigma,

realizando-se o cotejo analítico entre ambos, com o intuito de bem caracterizar a interpretação legal divergente. O desrespeito a esses requisitos legais e regimentais (art. 541, parágrafo único, do CPC/1973 - vigente ao tempo de interposição deste apelo - e art. 255 do RI/STJ) impede o conhecimento do Recurso Especial com base na alínea “c”, III, do art. 105 da Constituição Federal.

4. Cuidando-se de Recurso Especial interposto contra acórdão em Ação Rescisória, é indispensável, como se sabe, que a parte demonstre primeiramente a violação do art. 485, V, do CPC/1973 (reproduzido no art. 966, V, do CPC/2015).

5. A interpretação do STJ é de que não há desrespeito a “literal disposição de lei” quando o acórdão adota, entre as existentes, exegese razoável da legislação. Da mesma forma, não se configura a hipótese específica do art. 485, V, do CPC/1973 quando o tema não for objeto de jurisprudência pacífica nos tribunais. No caso concreto, a sentença que se pretende rescindir entendeu que não é possível vedar ao Estado o direito de fiscalizar e combater a prática, pelos optometristas, da atividade de realizar exames que levam à prescrição de óculos e/ou lentes de contatos de grau, pois esta constituiria atribuição privativa de profissional da medicina (oftalmologista).

6. Vale lembrar que o ato judicial que se pretende rescindir data de 2008, e ainda hoje há jurisprudência do STJ favorável ao entendimento adotado na decisão transitada em julgado. Precedentes do STJ: AgRg no REsp 1.413.107/SC, Rel. Ministro Humberto Martins, DJe 23/9/2015; REsp 1.261.642/SC, Rel. Ministro Herman Benjamin, DJe 3/6/2013; REsp 1.169.991/RO, Rel. Ministra Eliana Calmon, DJe 13/5/2010.

7. Verificada, portanto, jurisprudência que confirma a razoabilidade da exegese adotada no ato judicial que se pretende rescindir, tanto na época de sua prolação como até os dias atuais, não há como reputar configurada a hipótese de violação a literal disposição de lei para os fins do art. 485, V, do CPC/1973, devendo ser confirmado o julgamento de improcedência do pedido deduzido na Ação Rescisória.

8. Recurso Especial não provido. (REsp n. 1.354.585/PE, Rel. Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, j. 23-11-2016, DJe 19-5-2017, sem grifo no original).

Assim, improcedente o pleito rescisório por violação literal de lei.

Ante o exposto, julga-se improcedentes os pedidos formulados na peça exordial, mantendo-se o acórdão proferido na Apelação Cível n. 2008.080822-8, revogando-se a decisão de fls. 2.027/2.042. Em consequência, condena-se a Autora ao pagamentos das custas processuais e dos honorários advocatícios de sucumbência, estes arbitrados em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) em favor de cada uma das Rés, revertendo-se, outrossim, o depósito aludido no art. 488, inciso II, do CPC/1973 (art. 968, inciso II, do CPC/2015) em favor das Requeridas.

Esse é o voto.

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

Apelação Cível n. 0302967-16.2014.8.24.0064, de São José

Relator: Desembargador Raulino Jacó Bruning

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RESTITUIÇÃO DE VALORES PAGOS INDEVIDAMENTE AJUIZADA EM FACE DE CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇOS PÚBLICOS. CASAN. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. RECURSO DA RÉ. 1. ALEGADA A RESPONSABILIDADE DO CONSUMIDOR DE INFORMAR A MUDANÇA DE TITULARIDADE COM O OBJETIVO DE QUE SEJA POSSÍVEL ALTERAR A CLASSE DE CONSUMO E, VIA DE CONSEQUÊNCIA, A TARIFA COBRADA. INSURGÊNCIA ACOLHIDA. INEXISTÊNCIA DE MONTANTE PAGO DE FORMA INDEVIDA, PORQUANTO OBSERVADAS AS INFORMAÇÕES CONSTANTES NA SITUAÇÃO CADASTRAL DO USUÁRIO FINAL. SENTENÇA REFORMADA, A FIM DE JULGAR IMPROCEDENTE O PEDIDO INICIAL. 2. REDISTRIBUIÇÃO DOS ÔNUS SUCUMBENCIAIS. ENCARGO QUE DEVE RECAIR UNICAMENTE SOBRE A PARTE AUTORA, NOS TERMOS DO ART. 20, § 4º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DO 1973, VIGENTE À ÉPOCA (CORRESPONDENTE, COM ALGUMAS ALTERAÇÕES, AO ATUAL ART. 85, §8º). 3. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0302967-16.2014.8.24.0064, da comarca de São José (1ª Vara Cível), em que é apelante Companhia Catarinense de Águas e Saneamento CASAN e apelado Condomínio Residencial Villa Itália:

A Primeira Câmara de Direito Civil decidiu, por meio eletrônico, por votação unânime, conhecer do recurso e dar-lhe provimento, a fim de julgar improcedente o pedido inicial. Ademais, redistribuir os ônus sucumbenciais, nos termos da fundamentação. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido por este Relator e dele participaram os Desembargadores Gerson Cherem II e Rosane Portella Wolff.

Florianópolis, 11 de julho de 2019.

[assinado digitalmente]

Desembargador Raulino Jacó Bruning
PRESIDENTE E RELATOR

RELATÓRIO

Adoto o relatório da r. sentença de fls. 93/95, da lavra do Magistrado Roberto Márius Fávero, por refletir fielmente o contido no presente feito, *in verbis*:

Condomínio Residencial Villa Itália ajuizou “ação de restituição de valores pagos indevidamente” contra Companhia Catarinense de Águas e Saneamento - CASAN, alegando, em síntese, ser usuário da unidade consumidora de número 1413855-7 desde o mês de dezembro do ano de 2010. Relatou que antes da data mencionada, o responsável pelo pagamento das faturas era a construtora responsável pelo empreendimento e que, muito embora após a constituição do condomínio a titularidade da unidade tenha permanecido em nome da empresa MIMA Engenharia e Construções Ltda., eram os proprietários/moradores do condomínio autor os responsáveis pelo pagamento das faturas. Disse que somente em janeiro de 2013 modificou a titularidade da unidade consumidora, momento em que tomou conhecimento de que a partir da mudança seria aplicada tarifa residencial de consumo inferior à tarifa industrial que vinha sendo cobrada até então, em razão da titularidade em nome de construtora. Asseverou que requereu administrativamente a devolução dos valores cobrados a maior desde dezembro de 2012, sem sucesso, motivo pelo qual rogou pela repetição do indébito. Valorou a causa e juntou documentos (fls. 7-66).

Devidamente citada, a concessionária ré contestou o feito (fls. 72-76), afirmando que a responsabilidade pela mudança de titularidade e tipo de consumo é do consumidor, pois não é atribuição da concessionária diligenciar nas unidades de consumo a classe de tarifa aplicada. Rogou pela improcedência do feito. Acostou documentos (fls. 77-85).

Houve réplica (fls. 89-92).

Vieram-me conclusos os autos.

Acresço que o Juiz *a quo* julgou parcialmente procedente o pedido, porquanto reconheceu a prescrição da pretensão de repetição de indébito relativa às faturas quitadas antes de abril de 2011, conforme parte dispositiva que segue:

Ante o exposto, julgo procedente o pedido formulado, o que faço com fulcro no art. 269, I, do Código de Processo Civil, para condenar a parte ré a reembolsar a parte autora os valores correspondentes à diferença no cálculo entre o enquadramento da classe de consumo “industrial” para “residencial”, das faturas pagas a partir de 2-4-2011 até a efetiva mudança (janeiro de 2013), que deverá ser corrigido monetariamente a partir de cada pagamento, acrescido de juros de mora de 1% ao mês a partir da citação.

Condene a parte ré no pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, que fixo em 15% do valor da condenação atualizado, forte no art. 20, §3º, do Código de Processo Civil.

Inconformada, Companhia Catarinense de Águas e Saneamento CASAN apela, sustentando que é indevida a restituição de valores, pois: a) não tinha como saber que a obra estava concluída e entregue e que, portanto, deveria ser alterada a classificação do consumidor de “industrial” para “residencial”; b) é de responsabilidade do representante legal do Condomínio manter o cadastro atualizado junto à ré, nos termos da Resolução n. 4/2011 da Agência Reguladora de Serviços de Saneamento Básico do Estado de Santa Catarina, não podendo alegar desconhecimento da referida norma como justificativa para o seu descumprimento (fls. 99/106).

Contrarrazões às fls. 111/115, pugnando pela manutenção da sentença.

VOTO

1. Da admissibilidade

O recurso é tempestivo (conforme consulta feita no SAJ) e está munido de preparo (fl. 107).

2. Do apelo

Adianta-se, o recurso da ré merece prosperar.

Não se olvida a aplicação do Código de Defesa do Consumidor ao caso em apreço. Sobre o tema, decidiu a Corte Superior de Justiça:

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça reconhece ser aplicável o Código de Defesa do Consumidor às relações entre concessionária de serviço público e o usuário final, para o fornecimento de serviços públicos essenciais, tais como energia elétrica. Nesse sentido: AgRg no AREsp nº 468.064/RS, Relator Ministro Og Fernandes, DJe 07/04/2014 e AgRg no AREsp nº 354.991/RJ, Relator Ministro Mauro Campbell Marques, DJe 11/09/2013 (STJ, Agravo Regimental no recurso Especial n. 1421766/RS, rel. Min. Olindo Menezes, j. 17-12-2015).

Não obstante, tal fato não exime o consumidor de manter o fornecedor informado acerca de quem está, de fato, recebendo a prestação do serviço público, ou seja, compete ao usuário final manter atualizada sua titularidade junto à concessionária. Desse modo, a presunção lógica é a de que o nome indicado nos cadastros e boletos de pagamento seja o de quem está usufruindo do fornecimento de água, consoante entendimento sedimentado:

A jurisprudência, de forma pacífica, reconhece que a responsabilidade pelo pagamento de débito referente ao fornecimento de água tem natureza pessoal, ou seja, é do consumidor, proprietário ou não do imóvel. Para tanto, necessário verificar quem efetivamente era o consumidor perante a concessionária, vale dizer, quem solicitou o fornecimento de água, **presumindo-se aquele que consta nas faturas emitidas** (TJSC, Apelação Cível n. 2008.019632-9, de Porto Belo, rel. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz, Primeira Câmara de Direito Público, j. 29-07-2008, grifo acrescido).

Isso porque *“a concessionária pública [...] não tem o dom de saber se e quando determinado imóvel passou à posse direta de outra pessoa. Assim, se o novo proprietário, possuidor ou ocupante, não informa ou não providencia a alteração da situação cadastral não lhe é dado reclamar [...]”* (TJSC, Apelação Cível n. 2009.023282-4, de Turvo, rel. Des. Newton Janke, Segunda Câmara de Direito Público, j. 30-11-2010).

Corroborando o entendimento, tem-se a Resolução n. 4/2011 da Agência Reguladora de Serviços de Saneamento Básico – AGESAN, que assim disciplina:

Art. 73. O prestador de serviços classificará a unidade usuária de acordo com a atividade nela exercida, ressalvadas as exceções previstas nesta Resolução.

Art. 74. A fim de permitir a correta classificação da unidade usuária, caberá ao interessado informar ao prestador de serviços a natureza da atividade nela desenvolvida e a finalidade da utilização da água, bem como as alterações supervenientes que importarem em reclassificação respondendo o usuário, na forma da lei, por declarações falsas ou omissão de informações.

No presente caso, o condomínio alega que lhe foi cobrado valor a maior pelo fornecimento de água, porquanto aplicada “tarifa industrial”, pugnando, assim, pela devolução da quantia paga supostamente de forma indevida.

Compulsando-se os autos, constata-se que, em 16/8/2010, o Condomínio Residencial Villa D’ Itália, autor e ora apelado, realizou uma Assembleia Geral Extraordinária com seus condôminos para, dentre outros temas, abordar a: a) ratificação de aprovações anteriores relativas à constituição do condomínio; b) criação do seu CNPJ; c) alteração do regimento interno; e d) data da conclusão da obra pela construtora (fls. 10/11).

Afirma o requerente que, oficialmente, o prédio fora entregue pela empresa responsável por sua construção em 16/8/2010. E, a partir de janeiro de 2011, o Condomínio assumiu o pagamento das despesas com o fornecimento de água (fl. 2).

Contudo, em análise aos documentos dos autos, verifica-se que constava na situação cadastral junto à concessionária ré a empresa MIMA Engenharia e Construções como titular e usuária do serviço de água/esgoto, consoante demonstram as faturas de fls. 14/38. Ou seja, mesmo que o Condomínio estivesse efetuando a quitação mensal das faturas, não houve comunicação à Casan acerca da mudança de titularidade.

Consoante entendimento anteriormente exposto, “[...] *caberia ao consumidor simplesmente requerer à concessionária que efetuassem a alteração de titularidade das contas, pois ocorreu mudança do responsável pelo pagamento, bem como do usuário dos serviços*” (TJSC, Apelação Cível n. 2009.020873-7, de Balneário Camboriú, rel. Des. Luiz César Medeiros, Terceira Câmara de Direito Público, j. 28-07-2009). Tal pleito, no caso concreto, implicaria, via de consequência, a alteração da modalidade de tarifa exigida (de “industrial” para “residencial”).

Se assim o é, uma vez que o consumidor não cumpriu com o seu papel de manter a fornecedora informada acerca da modificação do usuário final a tempo e modo, não há que se falar em cobrança indevida por parte da demandada. Isso porque não se pode exigir dela o conhecimento da realidade fática do usuário final. São assuntos internos do condomínio.

Ressalta-se que, em geral, a restituição do indébito está atrelada ao pagamento de serviço não contratado pelo consumidor ou a algum erro cometido pela fornecedora. Por exemplo: situação diferente seria se o Condomínio tivesse requerido a modificação da titularidade e a concessionária de serviço público continuasse a exigir o pagamento pelo fornecimento de água/esgoto na modalidade

“industrial” (que se aplica à construtora). Nesse caso, porquanto verificada falha por parte da ré, ser-lhe-ia sua obrigação restituir o que houvesse cobrado indevidamente. Neste sentido, já me manifestei em outra oportunidade:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. RECURSO DA RÉ. 1. CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO DE ABASTECIMENTO DE ÁGUA E TRATAMENTO DE ESGOTO. INCIDÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. AUTORIZADA INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA EM FAVOR DA PARTE HIPOSSUFICIENTE, NOS MOLDES DO ARTIGO 6º, VIII, DA LEI N. 8.078/1990. 2. **IMÓVEL EQUIVOCADAMENTE CADASTRADO NA CASAN COMO “NÃO RESIDENCIAL”. RECONHECIMENTO DO ERRO PELA CONCESSIONÁRIA. ALTERAÇÃO DO CADASTRO.** CONTUDO, INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE DEVOLUÇÃO DOS MONTANTES COBRADOS INDEVIDAMENTE. 3. **ERRO INESCUSÁVEL DA REQUERIDA. REPETIÇÃO EM DOBRO DOS VALORES EXCEDENTES. EXEGESE DO ARTIGO 42 DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.** [...] RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO (TJSC, Apelação Cível n. 0005917-10.2013.8.24.0031, de Indaial, Primeira Câmara de Direito Civil, j. 20-07-2017, grifos acrescidos).

No entanto, esta não é a realidade dos autos. Não houve nenhum ilícito por parte da concessionária de serviços públicos, de modo que não há que se falar em pagamento indevido. Pelo contrário, verifica-se que, quando o autor pleiteou, ainda que tardiamente em 5/2/2013, a abertura de protocolo para a troca de titularidade junto à ré, com modificação também da categoria “industrial” para “residencial”, teve seu pedido atendido de pronto (fls. 12/13).

Destarte, pelos motivos expostos, merece provimento o recurso, a fim de reformar a sentença e julgar improcedente o pedido inicial.

3. Dos ônus sucumbenciais

Em vista do provimento do recurso, a fim de julgar improcedentes os pedidos, mister a redistribuição dos ônus sucumbenciais, condenando-se o autor ao pagamento integral das custas e honorários advocatícios, os quais arbitro em R\$ 2.000,00, nos termos do art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil de 1973, vigente à época (correspondente, com algumas alterações, ao atual art. 85, §8º).

4. Dos honorários recursais

De acordo com o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, para o arbitramento de honorários advocatícios recursais, imprescindível o preenchimento cumulativo dos seguintes requisitos:

1. Direito Intertemporal: deve haver incidência imediata, ao processo em curso, da norma do art. 85, § 11, do CPC de 2015, observada a data em que o ato processual de recorrer tem seu nascedouro, ou seja, a publicação da decisão recorrida, nos termos do Enunciado 7 do Plenário do STJ: “Somente nos recursos interpostos contra decisão publicada a partir de 18 de março de 2016, será possível o

arbitramento de honorários sucumbenciais recursais, na forma do art. 85, § 11, do novo CPC”;

2. o não conhecimento integral ou o improvimento do recurso pelo Relator, monocraticamente, ou pelo órgão colegiado competente;
3. a verba honorária sucumbencial deve ser devida desde a origem no feito em que interposto o recurso;
4. não haverá majoração de honorários no julgamento de agravo interno e de embargos de declaração oferecidos pela parte que teve seu recurso não conhecido integralmente ou não provido;
5. não terem sido atingidos na origem os limites previstos nos §§ 2º e 3º do art. 85 do Código de Processo Civil de 2015, para cada fase do processo;
6. não é exigível a comprovação de trabalho adicional do advogado do recorrido no grau recursal, tratando-se apenas de critério de quantificação da verba (STJ, Agravo Interno nos Embargos de Declaração no Recurso Especial n. 1357561/MG, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 4-4-2017, DJe 19-4-2017, grifo acrescido).

Logo, deixa-se de majorar os honorários sucumbenciais, porquanto não preenchidos os pressupostos citados.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, o voto é no sentido de conhecer do recurso e dar-lhe provimento, a fim de julgar improcedente o pedido inicial. Ademais, redistribuir os ônus sucumbenciais, nos termos da fundamentação.

Agravo de Instrumento n. 4004080-32.2019.8.24.0000, da Capital

Relatora: Desembargadora Rosane Portela Wolff

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE ALIENAÇÃO PARENTAL CUMULADA COM MODIFICAÇÃO DE GUARDA. DECISÃO INTERLOCUTÓRIA QUE DEFERE O PLEITO DE TUTELA DE URGÊNCIA PARA QUE A GUARDA SEJA COMPARTILHADA. INCONFORMISMO DA RÉ.

ACORDO EXTRAJUDICIAL HOMOLOGADO EM AÇÃO DE DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL, NA QUAL FOI CONVENCIONADO QUE A CRIANÇA FICARIA SOB A GUARDA DA MÃE, COM DIREITO DE VISITAÇÃO DO PAI EM DIAS E HORÁRIOS PREESTABELECIDOS. PRÁTICA DE ALIENAÇÃO PARENTAL PELA MÃE, OMISSÃO DE INFORMAÇÕES E ÓBICE AO CONTATO DO PAI COM A FILHA. INVIABILIDADE DE ALBERGUE. E-MAILS E FOTOS QUE SÃO INSUFICIENTES PARA ENSEJAR A MODIFICAÇÃO DA GUARDA NA ATUAL FASE DO PROCESSO. NECESSIDADE DE ESTUDO SOCIAL, DE LAUDO PSICOLÓGICO E DA PRODUÇÃO DE OUTRAS PROVAS EM JUÍZO. PAIS COM HISTÓRICO DE CONFLITOS RECORRENTES E VIOLENTOS, SENDO DESACONSELHÁVEL O CONTATO DIÁRIO COMO FORMA DE GARANTIR O BEM-ESTAR DA CRIANÇA. DECISÃO AGRAVADA REFORMADA, PARA RESTABELECER A GUARDA DA INFANTE EM FAVOR DA MÃE E O DIREITO DE VISITAS DO PAI.

RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 4004080-32.2019.8.24.0000, da 2ª Vara da Família da comarca da Capital – Eduardo Luz, em que é Agravante P.S. da S. e Agravado F.V.M.:

A Primeira Câmara de Direito Civil decidiu, por unanimidade, conhecer e dar provimento ao Recurso. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Raulino Jacó Brüning, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. Gerson Cherem II.

Florianópolis, 18 de julho de 2019.

Desembargadora Rosane Portela Wolff

Relatora

RELATÓRIO

P.S. da S. interpôs Agravo de Instrumento contra a decisão interlocutória prolatada pelo magistrado Luiz Cláudio Broering, da 2ª Vara da Família da comarca de Capital – Eduardo Luz que, na ação declaratória de alienação parental, cumulada com modificação de guarda e direito de convivência, deferiu o pleito de tutela de urgência, para estabelecer a guarda compartilhada das Partes em relação à filha menor.

Em suas razões, argui, em resumo que: a) em face das agressões físicas e psicológicas praticadas pelo Agravado foi deferida medida protetiva em seu favor, que impede a aproximação deste a menos de 500 (quinhentos) metros; b) após a dissolução da união estável o Recorrido está usando a filha para forçar o contato com a Agravante, enviando diversas mensagens por dia, exigindo explicações de tudo e provocando conflitos; c) nunca impediu o contato do Recorrido com a filha e que apenas está cumprindo o acordo homologado na ação de dissolução de união estável n. 0303214-08.2017.8.24.0091, que estabeleceu a guarda da filha em seu favor; d) o Agravado falta com a verdade, pois na forma disposta no acordo pode conviver com a menor por cerca de 4 (quatro) dias da semana, além do contato telefônico ilimitado; e) a filha não atendeu as ligações do pai por esquecimento de ligar o celular, ou porque já era tarde e estava dormindo; f) a guarda compartilhada será prejudicial e poderá ocasionar danos irreversíveis à criança, pois o contato diário entre os pais irá expo-la a eventuais desentendimentos, a exemplo do que já ocorreu quando da separação dos pais; g) a criança demonstrou constrangimento e medo do pai, pois já presenciou seu comportamento descontrolado e violento; h) o Magistrado de origem sequer ouviu a criança antes de modificar a guarda, ignorando seu desejo de morar com a mãe; e i) a decisão agravada representa cerceamento de defesa, pois não lhe foi oportunizado o contraditório.

Ao final, postulou pela concessão de tutela de urgência, para restabelecimento de sua guarda unilateral e o provimento do Recurso.

Com as contrarrazões (pp. 40-61), o Inconformismo foi encaminhado ao Ministério Público que, em parecer da lavra do Procurador Mário Gemin, manifestou-se pelo conhecimento e provimento do Recurso (pp. 112-115).

Empós, vieram os autos conclusos.

Este é o relatório.

VOTO

Atendidos os pressupostos de admissibilidade, conhece-se do Recurso.

A Recorrente pugna pela modificação da decisão interlocutória de pp. 54-55 dos autos de origem, no que determinou a guarda compartilhada dos Litigantes em relação à filha menor.

Na decisão agravada, o Juiz de primeiro grau deferiu a tutela de urgência pleiteada na exordial (pp. 54-55), modificando a modalidade da guarda nos seguintes termos:

Trata-se de alteração de guarda e regime de visitas.

Da análise dos autos, observa-se que a menor é filha das partes (fl.19). Em relação a guarda, não há motivos para não ser deferida, por ora, a guarda da menor na modalidade compartilhada, de modo que o genitor, diante do interesse, possa participar mais ativamente das decisões referentes à vida da filha, além de saber das questões relevantes do dia a dia da infante, como assuntos escolares, médicos ou extraordinários. Diante

disso, defiro liminarmente o pedido pela alteração da guarda para na modalidade compartilhada, sendo a base da residência da infante a materna, em Florianópolis.

No tocante a convivência do genitor com a filha, uma vez que há suspeita de alienação parental por parte da requerida, defiro de forma liminar, regime de convivência do pai com a infante, sendo em finais de semana alternados, de sexta a domingo, buscando na sexta-feira às 19h na casa materna, e devolvendo no domingo no mesmo local e horário. Ademais, durante o período de férias, o genitor poderá ficar um dia na semana (terça ou quarta feira), pernoitando com a criança, mediante prévio acordo com a requerida.

Ademais, o autor poderá manter contato com a filha via telefone, todos os dias às 18h. [...]

Ocorre que a guarda, assim como o direito de visitas foram estabelecidos no acordo homologado em juízo na Ação de Dissolução de União Estável e de Guarda n. 0303223-67.2017.8.24.0091 (pp. 67-68) e que abrangeu a Ação Cautelar de separação de Corpos n. 0303214-08.2017.8.24.0091 e a Ação de Alimentos n. 0304189-30.2017.8.24.0091. Confira-se:

Aberta a audiência, proposta a conciliação entre as partes, a mesma resultou frutífera, nos seguintes termos: 1) A filha ficará sob a guarda da mãe; 2) O genitor ficará responsável pelo pagamento da escola particular da filha, material escolar, uniforme, o transporte escolar e plano de saúde para a filha. A escola será no padrão da escola Ferreira Neto, cuja a mensalidade está em R\$ 800,00; 3) O pai terá o direito de visitar a filha nos finais de semana alternados, podendo buscá-la na sexta na saída do colégio e devolvendo na segunda no início das atividades escolares. Havendo feriados na segunda feira ou na sexta feira que antecede ou precede as visitas do pai, as visitas se anteciparão ou prorrogarão. Durante todas as semanas, o genitor terá direito a um ou dois pernoite, sendo que no final de semana que o pai vai ficar com a filha, naquela semana passará com a filha um pernoite, e na semana seguinte dois pernoites. Nas festividades de natal e ano novo, carnaval e páscoa, haverá alternância a cada ano. No dia dos pais, das mães, aniversário dos genitores, a filha passará com o respectivo homenageado. Nas férias de inverno, a filha passará uma semana com o genitor. Nas férias de verão, a filha passará períodos alternados de sete dias com cada genitor; [...]. (destacou-se).

Pois bem.

Sobre a guarda, dispõe o Código Civil:

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.

[...]

§ 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.

Por sua vez, o Estatuto da Criança e do Adolescente, assenta que:

Art. 22. Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.

Parágrafo único. A mãe e o pai, ou os responsáveis, têm direitos iguais e deveres e responsabilidades compartilhados no cuidado e na educação da criança, devendo ser resguardado o direito de transmissão familiar de suas crenças e culturas, assegurados os direitos da criança estabelecidos nesta Lei. (sublinhou-se).

O caso vertente não pode ser analisado de forma isolada, pois é mais um dos processos decorrentes da dissolução da união estável dos Litigantes, que ocorreu de forma conturbada, inclusive envolvendo violência doméstica.

Os documentos de pp. 15-25 demonstram as discussões recorrentes entre as Partes, inclusive com violência física e psicológica, sendo deferida medida de proteção em favor da Agravante (p. 116), proibindo o Recorrido de se aproximar a menos de 500 (quinhentos) metros, bem como de manter contato de qualquer tipo.

Dos áudios juntados à p. 141, extrai-se que a criança S., que conta com 10 (dez) anos, gosta da companhia de ambos genitores. A infante afirma que prefere residir na casa da mãe, sem, contudo, deixar de visitar o pai. Seu relato demonstra que presenciou as brigas dos Litigantes e que sente-se “constrangida” em confrontar o pai.

Outrossim, não há qualquer elemento que desabone a conduta da mãe a ponto de ensejar a modificação da guarda convencionada na ação de dissolução de união estável.

Ademais, a prática da alienação parental, utilizada pelo Juízo *a quo* como fundamentação para modificação da guarda, necessita de maior dilação probatória, porquanto constitui matéria de mérito que deve ser apreciada, primeiramente, pelo Juízo *a quo*.

Contudo, mostra-se prematuro a mudança da guarda sem a realização de laudo psicológico dos envolvidos e de estudo social da dinâmica familiar na qual a criança está inserida.

Isto porque, o perigo de dano também está demonstrado pela instabilidade que a guarda compartilhada irá causar na rotina diária da criança e pelos eventuais traumas que poderá suportar, caso os pais passem a ter contato amiúde e com discussões diárias.

Em casos análogos, já assentou este Areópago:

MODIFICAÇÃO DE GUARDA - ALIENAÇÃO PARENTAL - PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA INDEFERIDO - AUSÊNCIA DE PROVAS - MERAS ALEGAÇÕES CONSTANTES DA INICIAL QUE PRECISAM DE CORROBORAÇÃO NA INSTRUÇÃO PROCESSUAL - DECISÃO MONOCRÁTICA RECURSAL QUE NÃO CONCEDEU O EFEITO SUSPENSIVO ATIVO - MINISTÉRIO PÚBLICO QUE SE POSICIONA PELA MANUTENÇÃO DA DECISÃO RECORRIDA - RECURSO NÃO PROVIDO.

(Agravado de Instrumento n. 4012442-57.2018.8.24.0000, rel. Des. Helio David Vieira Figueira dos Santos, Quarta Câmara de Direito Civil, j. em 13-06-19).

E ainda:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE GUARDA. DECISÃO QUE INDEFERIU O PLEITO DE MODIFICAÇÃO DO REGIME DE CONVIVÊNCIA PATERNA. INSURGÊNCIA DO RÉU/GENITOR. VISITAS. MODIFICAÇÃO. PRETENSE FIXAÇÃO DE PERNOITE SEMANAL. NECESSIDADE DE PARTICIPAR DO CRESCIMENTO DA INFANTE. GENITORA QUE CRIA OBSTÁCULOS AO CONVÍVIO. SUPOSTA PRIVAÇÃO DO CONTATO COM A PEQUENA. ARGUMENTOS RECHAÇADOS. AUSÊNCIA DE PROVAS DE DESABONEM A CONDUTA DA GENITORA COMO GUARDIÃ. CRIANÇA DE 1 (UM) ANO DE IDADE QUE PRECISA DE ROTINA ESTÁVEL PARA SEU PLENO DESENVOLVIMENTO. MANUTENÇÃO DO REGIME ANTERIOR. MELHOR INTERESSE DA PEQUENA. PAI QUE JÁ VISITA A INFANTE SEMANALMENTE. RECURSO DESPROVIDO.

(Agravado de Instrumento n. 4004278-69.2019.8.24.0000, rel. Des. Ricardo Fontes, Quinta Câmara de Direito Civil, j. em 30-04-19).

Portanto, demonstrada a plausibilidade do direito invocado e o perigo de dano, o *decisum* deve ser modificado neste ponto, para restabelecer a guarda em favor da Agravante e as visitas do Recorrido nos termos do acordo homologado na ação de dissolução de união estável.

É o quanto basta.

Ante o exposto, por unanimidade, conhece-se e dá-se provimento ao Recurso, para restabelecer a guarda da mãe em relação à filha, sem prejuízo das visitas do Agravado, nos termos do acordo homologado.

Apelação Cível n. 0043307-77.2009.8.24.0023, da Capital

Relator: Desembargador Raulino Jacó Bruning

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. CONTRATO DE UTILIZAÇÃO DE CANAL PERMANENTE EM TV A CABO ENTABULADO ENTRE AS PARTES. RESCISÃO UNILATERAL E DESMOTIVADA DO INSTRUMENTO PELA CONCESSIONÁRIA DE TELECOMUNICAÇÕES. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. RECURSO DA AUTORA. 1. CANAIS DESTINADOS À PRESTAÇÃO PERMANENTE DE SERVIÇO. DISPONIBILIZAÇÃO OBRIGATÓRIA. EXEGESE DO INCISO II DO ART. 23 DA LEI DE TV A CABO. NORMA N. 13/96 – REV/97 DA ANATEL QUE VEDA A RESCISÃO UNILATERAL DE INSTRUMENTOS DESTES JAEZ. 2. DANO MORAL. PESSOA JURÍDICA. POSSIBILIDADE. ENUNCIADO DA SÚMULA 227 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. SINAL DA REDE TELEVISIVA INTERROMPIDO. EMPRESA QUE FOI IMPOSSIBILITADA DE CUMPRIR SEU OBJETIVO SOCIAL. OFENSA À HONRA OBJETIVA QUE RESTOU SUFICIENTEMENTE DEMONSTRADA. 2.1. QUANTUM INDENIZATÓRIO QUE, EM CONSONÂNCIA COM OS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE DEVE SER FIXADO EM R\$50.000,00. 3. DANOS MATERIAIS NA MODALIDADE LUCROS CESSANTES. POSSIBILIDADE. REQUERENTE QUE TEVE SUA EXPECTATIVA DE LUCRO FRUSTRADA COM O ENCERRAMENTO DO CANAL. 4. SENTENÇA REFORMADA. 5. ÔNUS SUCUMBENCIAIS. IMPOSITIVA REDISTRIBUIÇÃO. 6. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0043307-77.2009.8.24.0023, da comarca da Capital (3ª Vara Cível), em que é apelante RBN TV Comunicações Ltda. e apelada Santa Catarina Clara Sistemas de Antenas Comunitárias Ltda.:

A Primeira Câmara de Direito Civil decidiu, por meio eletrônico, por votação unânime, conhecer do recurso e dar-lhe provimento, a fim de: a) condenar a ré ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R\$50.000,00, corrigidos monetariamente pelo INPC a partir do arbitramento e acrescido de juros de mora de 1% ao mês a contar da citação; b) condenar a demandada a reparar o pagamento de R\$16.480,79, atualizados monetariamente pelo INPC a partir do efetivo prejuízo e acrescidos de juros moratórios de 1% ao mês a partir da citação. Ressalvado, em ambos os casos, o entendimento pessoal deste Relator, no sentido de que os juros de mora devem fluir a partir do evento danoso. Por fim, redistribuir os ônus sucumbenciais, nos termos da fundamentação. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido por este Relator e dele participaram os Desembargadores Gerson Cherem II e Rosane Portella Wolff.

Florianópolis, 11 de julho de 2019.

[assinado digitalmente]

Desembargador Raulino Jacó Bruning

PRESIDENTE E RELATOR

RELATÓRIO

Adoto o relatório da r. sentença de fls. 304/313, da lavra da Magistrada Denise de Souza Luiz Francoski, por refletir fielmente o contido no presente feito, *in verbis*:

RBN TV COMUNICAÇÕES LTDA., pessoa jurídica de direito privado devidamente qualificada nos autos em epígrafe, por intermédio de procurador legalmente habilitado, veio ajuizar a presente **AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS E MORAIS** contra **SANTA CLARA SISTEMA DE ANTENAS COMUNITÁRIAS LTDA.**, pessoa jurídica de direito privado igualmente qualificada na exordial.

Sustentou que celebrou com a requerida, em 01/11/2002, contrato de utilização de canal permanente de TV – canal 21 da Net de Jaraguá do Sul, SC – sendo que pelo referido contrato a autora nele nominada de usuária, poderia exibir durante 24 horas diárias programação inédita ou reproduções, estas desde que previamente autorizadas pelos seus produtores.

Aduziu que o contrato inicialmente firmado, tinha prazo de duração de 16 meses, mediante o pagamento de um aluguel mensal, à época, de R\$3.000,00 (três mil reais).

Ressaltou, porém, que os contratos posteriores foram sendo renovados ano a ano, mediante estipulação de novos valores e alugueres, sendo que tais contratos, embora celebrados por escrito e subscritos pelas partes, nunca foram entregues à autora.

Esclareceu que quando da celebração do negócio jurídico em questão, a autora teve que fazer investimentos de elevada monta, pois, ao invés de reproduzir a programação alheia, teve que produzir toda a sua programação diária.

Noticiou, entretanto, que para a sua surpresa, no dia 19/02/2019, foi notificada pela requerida de que o contrato de utilização do canal permanente de TV a cabo não seria mais renovado, ou seja, seria ele rescindido unilateralmente no primeiro dia do último dia do contrato, sem a concessão de qualquer prazo e sem motivo justificado para tanto.

Sustentou que a referida atitude se afigurou ilegal, diante da natureza permanente do contrato firmado entre as partes, motivo porque veio postular pela total procedência da ação, para condenar a requerida ao pagamento de lucros cessantes no valor de R\$219.473,91 (duzentos e dezenove mil, quatrocentos e setenta e três reais e noventa e um centavos) devidamente atualizados, bem como ao pagamento de danos morais a serem arbitrados pelo juízo no mínimo de R\$800.000,00 (oitocentos mil reais), além dos ônus de sucumbência.

Valorou a causa em R\$1.019.473,91 (um milhão, dezenove mil, quatrocentos e setenta e três reais e noventa e um centavos) e juntou os documentos de fls. 16/197.

Citada, a requerida apresentou resposta em forma de contestação (fls. 207/226), sustentando, em resumo, a possibilidade legal de rescisão unilateral do contrato, por não estar obrigada a renovar o negócio jurídico firmado com a demandante. Anexou os documentos de fls. 227/238.

Houve réplica.

Intimadas a especificarem as provas efetivamente pretendidas, ambas as partes postularam pelo julgamento antecipado da lide (fls. 280 e 282).

Designada audiência conciliatória, a composição não foi alcançada (fl. 303).

Acresço que a Togada *a quo* julgou improcedentes as pretensões autorais, por entender que a cláusula 13 do contrato firmado entre as litigantes traz previsão expressa para a resolução unilateral, além de haver prova de que a requerida notificou a autora acerca da sua intenção de rescindir a avença. Segue parte dispositiva da decisão:

Ante o exposto, **JULGO IMPROCEDENTES** os pedidos formulados na presente **AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS E MORAIS** por **RBN TV COMUNICAÇÕES LTDA.** contra **SANTA CLARA SISTEMAS DE ANTENAS COMUNITÁRIAS LTDA.**, com fulcro no art. 269, I, do Código de Processo Civil.

Por consequência, **CONDENO** a requerente ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios sucumbenciais, estes fixados em R\$3.000,00 (três mil reais), conforme prevê o § 4º do art. 20 do CPC.

Publique-se.

Registre-se.

Intimem-se.

A demandante interpôs embargos de declaração (fls. 319/320), os quais restaram rejeitados (fl. 324).

Inconformada com a prestação jurisdicional entregue RBN TV Comunicações Ltda. interpôs o presente recurso de apelação, sustentando que: a) a natureza pública do instrumento celebrado entre as partes não autoriza sua rescisão unilateral; b) “*a data do vencimento do contrato, no caso em espécie, só teria validade para a apelante, caso esta não tivesse mais interesse em prosseguir com suas atividades, já que em relação a apelada, a disponibilização é de natureza permanente e compulsória*” (fl. 331); c) “*o simples fato da apelada não querer renovar o contrato é sinônimo de negativa da disponibilização obrigatória de um canal de serviço permanente*” (fl. 331). Por todo o esposado, pugnou pela reforma do *decisum*, a fim de que sejam julgados procedentes os pleitos iniciais. Ademais, requereu a manifestação expressa acerca dos dispositivos legais elencados nas razões recursais, para fins de prequestionamento (fls. 327/332).

Sem a apresentação de contrarrazões (fl. 338), os autos ascenderam a esta Corte de Justiça.

Em sessão de julgamento realizada no dia 28/8/2014, este Órgão Fracionário, decidiu, em aresto de minha relatoria, não conhecer da insurgência e determinar a sua redistribuição a uma das Câmaras de Direito Público deste Sodalício (fls. 347/351).

Após redistribuição, a Segunda Câmara de Direito Público, em acórdão da lavra do Eminentíssimo Des. Francisco Oliveira Neto, suscitou conflito negativo de competência (fls. 357/363).

Em 7/11/2018, a Câmara de Agravos Internos em Recursos Constitucionais e Conflitos de Competência decidiu acolher o conflito negativo suscitado, declarando esta Primeira Câmara competente para processar e julgar o feito (fls. 378/387).

É o necessário escorço dos autos.

VOTO

1. Da admissibilidade

O recurso é tempestivo (fls. 325/327) e está munido de preparo (fl. 333).

2. Do recurso

2.1. Do ato ilícito

Colhe-se do processado que a autora firmara com a ré, em 1º/11/2002, **contrato de utilização permanente em TV a cabo.**

A RBN TV passou, então, a ocupar o canal 21 da grade televisiva da NET no município de Jaraguá do Sul, transmitindo programas e noticiários locais.

O referido instrumento foi renovado ano a ano, até que, em 19/2/2009, a requerida notificou a demandante de que não detinha mais interesse em renová-lo. Ou seja, rescindiu o pacto unilateralmente, sem justificativa para tanto.

Por conta disso, em 1º/4/2009 a empresa requerida suspendeu a transmissão do sinal de TV, fato que encerrou as transmissões televisivas e, supostamente, obrigou a autora a encerrar os seus contratos de publicidade e demitir seus funcionários, causando-lhe prejuízos de ordem moral e material.

Antes de adentrar no mérito da *quaestio*, cumpre fazer uma breve digressão acerca do serviço de TV a cabo.

A Lei n. 8.977/1995 dispõe que: “*Serviço de TV a Cabo é o serviço de telecomunicações que consiste na distribuição de sinais de vídeo e/ou áudio, a assinantes, mediante transporte por meios físicos*” (art. 2º do referido diploma legal – vigente há época dos fatos).

O art. 5º do dispositivo legal em comento preceitua que:

Art. 5º Para os efeitos desta Lei são adotadas as seguintes definições:

I - Concessão - é o ato de outorga através do qual o Poder Executivo confere a uma pessoa jurídica de direito privado o direito de executar e explorar o Serviço de TV a Cabo;

II - Assinante - é a pessoa física ou jurídica que recebe o Serviço de TV a Cabo mediante contrato;

III - Concessionária de Telecomunicações - é a empresa que detém concessão para prestação dos serviços de telecomunicações numa determinada região;

IV - Área de Prestação do Serviço de TV a Cabo - é a área geográfica constante da outorga de concessão, onde o Serviço de TV a Cabo pode ser executado e explorado, considerando-se sua viabilidade econômica e

a compatibilidade com o interesse público, de acordo com critérios definidos em regulamento baixado pelo Poder Executivo;

V - Operadora de TV a Cabo - é a pessoa jurídica de direito privado que atua mediante concessão, por meio de um conjunto de equipamentos e instalações que possibilitam a recepção, processamento e geração de programação e de sinais próprios ou de terceiros, e sua distribuição através de redes, de sua propriedade ou não, a assinantes localizados dentro de uma área determinada;

VI - Programadora - é a pessoa jurídica produtora e/ou fornecedora de programas ou programações audiovisuais;

VII - Canal - é o conjunto de meios necessários para o estabelecimento de um enlace físico, ótico ou radioelétrico, para a transmissão de sinais de TV entre dois pontos;

VIII - Canais Básicos de Utilização Gratuita - é o conjunto integrado pelos canais destinados à transmissão dos sinais das emissoras geradoras locais de TV em circuito aberto, não codificados, e pelos canais disponíveis para o serviço conforme o disposto nas alíneas a a g do inciso I do art. 23 desta Lei;

IX - Canais Destinados à Prestação Eventual de Serviço - é o conjunto de canais destinado à transmissão e distribuição eventual, mediante remuneração, de programas tais como manifestações, palestras, congressos e eventos, requisitada por qualquer pessoa jurídica;

X - Canais Destinados à Prestação Permanente de Serviço - é o conjunto de canais destinado à transmissão e distribuição de programas e sinais a assinantes, mediante contrato, de forma permanente, em tempo integral ou parcial;

XI - Canais de Livre Programação da Operadora - é o conjunto de canais destinado à transmissão e distribuição de programas e sinais a assinantes, mediante contrato, em tempo integral ou parcial, nos quais a operadora de TV a Cabo tem plena liberdade de programação;

XII - Cabeçal - é o conjunto de meios de geração, recepção, tratamento, transmissão de programas e programações e sinais de TV necessários às atividades da operadora do Serviço de TV a Cabo;

XIII - Rede de Transporte de Telecomunicações - é o meio físico destinado ao transporte de sinais de TV e outros sinais de telecomunicações, utilizado para interligar o cabeçal de uma operadora do serviço de TV a Cabo a uma ou várias Redes Locais de Distribuição de Sinais de TV e ao Sistema Nacional de Telecomunicações;

XIV - Rede Local de Distribuição de Sinais de TV - é o meio físico destinado à distribuição de sinais de TV e, eventualmente, de outros serviços de telecomunicações, que interligam os assinantes deste serviço à Rede de Transporte de Telecomunicações ou diretamente a um cabeçal, quando este estiver no âmbito geográfico desta rede;

XV - Rede Única - é a característica que se atribui às redes capacitadas para o transporte e a distribuição de sinais de TV, visando a máxima conectividade e racionalização das instalações dos meios físicos, de modo a obter a maior abrangência possível na prestação integrada dos diversos serviços de telecomunicações;

XVI - Rede Pública - é a característica que se atribui às redes capacitadas para o transporte e a distribuição de sinais de TV, utilizado pela operadora do serviço de TV a Cabo, de sua propriedade ou da concessionária de telecomunicações, possibilitando o acesso de qualquer interessado, nos termos desta Lei, mediante prévia contratação. (sem grifos no original)

Vê-se, portanto, que a empresa ré é uma concessionária de telecomunicações. A autora, por sua

vez, é usuária da concessão ofertada à demandada e habilitou-se, por intermédio da avença entre elas celebrada, para utilização do **canal de prestação de serviços permanente** em Jaraguá do Sul.

Sabe-se, ademais, que a operadora de TV a cabo, deverá tornar disponíveis, na sua área de transmissão, **canais destinados à prestação permanente de serviço** (inciso II do art. 23 da Lei n. 8.977/1995, grifo acrescido).

O § 6º do art. 23 da Lei da TV a cabo, por sua vez, estabelece que cada operadora deverá garantir dois canais para a referida função.

Daí se extrai o interesse público, tanto do Estado, quanto da população, na disponibilização de canais locais, o que pressupõe a continuidade diária da programação.

Nessa perspectiva, a Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL estabelece que: “A operadora de TV a Cabo não poderá, **arbitrariamente ou unilateralmente, rescindir, alterar ou suspender o contrato com a prestadora de serviço permanente, bem como degradar a qualidade de transmissão ou as condições de manutenção e reparo dos correspondentes canais**” (item 7.5.3, da Norma n. 13/96 – REV/97, grifou-se)

Pois bem.

Em que pesem as disposições legais supramencionadas, no caso *sub judice* a empresa ré rescindiu de forma unilateral o instrumento firmado entre as partes, sem fornecer qualquer justificativa para tanto.

Ora, como cediço, o caso em apreço deve ser analisado à luz da responsabilidade objetiva.

Nesta modalidade, desnecessária a comprovação da culpa do agente, bastando que se constate: a) conduta lesiva; b) dano e c) nexo de causalidade entre ambos.

Uma vez demonstrada a ilicitude da conduta da ré – consubstanciada na resolução unilateral do contrato de utilização de canal de canal permanente de serviço – passa-se a analisar os prejuízos supostamente suportados pela autora.

2.2. Do dano moral

É plenamente possível à pessoa jurídica ser vítima de abalo moral, consoante dicção da Súmula 227 do Superior Tribunal de Justiça, a saber: “A pessoa jurídica pode sofrer dano moral”.

No entanto, diferentemente da pessoa física, a pessoa jurídica é indenizada apenas em caso de ofensa à sua honra objetiva, ou seja, mácula à sua credibilidade, imagem e reputação no mercado.

Sobre o tema, extrai-se o seguinte ensinamento de Antônio Jeová dos Santos:

Embora não seja titular de honra subjetiva que vem a ser a dignidade, o decoro e a auto-estima, caracteres exclusivos do ser humano, a pessoa jurídica detém honra em seu substrato objetivo. Sempre que seu bom

nome, reputação ou imagem (no sentido lato da expressão) forem vilipendiados em decorrência de ilicitude cometida por alguém, o direito deve estar presente para sujeitar o agressor à indenização por dano moral. (SANTOS, Antônio Jeová. *Dano Moral Indenizável*. 2. ed. São Paulo: Editora Lejus, 1999, p. 154).

Igualmente relevante é a lição de Yussef Said Cahali:

Na realidade, “a pessoa jurídica, embora não seja titular de honra subjetiva que se caracteriza pela dignidade, decoro, autoestima, exclusiva do ser humano, é detentora de honra objetiva, fazendo jus à indenização por dano moral sempre que seu bom nome, reputação ou imagem forem atingidos no meio comercial por algum ato ilícito (protesto indevido de duplicata). Ademais, após a Constituição de 1988, a noção de dano moral não mais se restringe ao *pretium doloris*, abrangendo também qualquer ataque ao nome ou imagem da pessoa física ou jurídica, com vistas a resguardar a sua credibilidade e respeitabilidade” (2ª Câmara do TJRJ, 08.11.1994, RT 725/336). [...] Acórdão do STJ, relatado pelo eminente Ministro Ruy Rosado de Aguiar, é exaustivo na fundamentação desse entendimento: “Quando se trata de pessoa jurídica, o tema da ofensa à honra propõe uma distinção inicial: a honra subjetiva, inerente à pessoa física, que está no psiquismo de cada um e pode ser ofendida com atos que atinjam a sua dignidade, respeito próprio, auto-estima etc., causadores de dor humilhação, vexame; a honra objetiva, externa ao sujeito, que consiste no respeito, admiração, apreço, consideração que os outros dispensam à pessoa. Por isso se diz ser a injúria um ataque à honra subjetiva, à dignidade da pessoa, enquanto a difamação é ofensa à reputação que o ofendido goza no âmbito social onde vive. **A pessoa jurídica, criação da ordem legal, não tem capacidade de sentir emoção e dor, estando por isso desprovida de honra subjetiva e imune à injúria. Pode padecer, porém, de ataque à honra objetiva, pois goza de uma reputação junto a terceiros, passível de ficar abalada por atos que afetam o seu bom nome no mundo civil ou comercial onde atua.** Essa ofensa pode ter seu efeito limitado à diminuição do conceito público de que goza no seio da comunidade sem repercussão direta ou imediata sobre seu patrimônio (4ª Turma do STJ, 09.08.1995, RSTJ 85/268 e RT 727/123) (CAHALI, Yussef Said. *Dano Moral*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 352/353, grifo acrescido).

Logo, ainda que “a *Súm. nº 227/STJ* preceitue que ‘a pessoa jurídica pode sofrer dano moral’, a aplicação desse enunciado é restrita às hipóteses em que há ferimento à honra objetiva da entidade, ou seja, às situações nas quais a pessoa jurídica tenha seu conceito social abalado pelo ato ilícito, entendendo-se como honra também os valores morais, concernentes à reputação, ao crédito que lhe é atribuído, qualidades essas inteiramente aplicáveis às pessoas jurídicas, [...]” (STJ, REsp n. 1.298.689/RS, rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, j. 23-10-2012).

Em outras palavras, “para a configuração do dano moral a ser suportado por pessoa jurídica, necessário que o ato macule a imagem da empresa de tal forma que prejudique o seu nome perante a sociedade, comprometendo a sua atividade comercial, ou mesmo reduzindo o seu crédito no mercado, consequências estas que, ainda que não abalem a própria saúde financeira da empresa, tenham para tanto potencial ofensivo” (TJSC, Apelação Cível n. 0302604-67.2016.8.24.0061, de São Francisco do Sul, rel. Des. Robson Luz Varela, Segunda Câmara de Direito Comercial, j. 13-03-2018).

E, na hipótese em tela, a ofensa à idoneidade e à honra objetiva da apelante restou efetivamente demonstrada.

Isso porque o ato praticado pela demandada impossibilitou que a autora cumprisse o seu objeto social, pois o sinal do canal que ocupava na rede televisiva fora interrompido e apelante sequer pode explicar o fato a seus clientes/usuários.

Tal fato, por óbvio, maculou a imagem da empresa no meio comercial, sobretudo porque frustrou a expectativa dos telespectadores e parceiros, que a mantinham financeiramente.

Ou seja, a rescisão unilateral da avença, impossibilitou a continuidade dos serviços prestados pela recorrente, prejudicando a sua reputação e bom nome perante a mídia, usuários e também perante outras empresas.

A reportagem veiculada em jornal local, colacionada aos autos, corrobora essa assertiva (fl. 70), pois, conforme alhures demonstrado, *“toda a edificação da teoria acerca da possibilidade de pessoa jurídica experimentar dano moral está calçada na violação da honra objetiva, consubstanciada em atributo externalizado, como uma mácula à imagem, à admiração, ao respeito e à credibilidade no tráfego comercial. Assim, a violação à honra objetiva está intimamente relacionada à publicidade de informações potencialmente lesivas à reputação da pessoa jurídica”* (STJ, AgInt no AgInt no REsp n. 1455454/PR, rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, j. 17-4-2018, DJe 20-4-2018).

Nesse sentido, mudando o que deve ser mudado, já decidiu essa Corte de Justiça:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. EMPRESA DE TELEFONIA. FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. SUSPENSÃO INJUSTIFICADA DA LINHA TELEFÔNICA. INÉRCIA DA EMPRESA RÉ. PESSOA JURÍDICA. **ALEGAÇÃO DE QUE A SUSPENSÃO AFETOU AS RELAÇÕES COMERCIAIS COM ABALO NA CREDIBILIDADE COM OS CLIENTES. DANO MORAL CONFIGURADO.** COMPENSAÇÃO PECUNIÁRIA. MENSURAÇÃO DO *QUANTUM*. PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE. ARBITRAMENTO EM R\$ 25.000,00 (VINTE E CINCO MIL REAIS). RECURSO PROVIDO.

‘A interrupção sem justificativa do serviço de telefonia, aliada ao descaso na solução do defeito, caracteriza falha na prestação de serviço, respondendo, de forma objetiva e solidária, as prestadoras do serviço de telefonia, pelos prejuízos econômicos e psicológicos causados ao consumidor, a teor dos arts. 37, § 6º, da CRFB/88 e 6º, 14 e 22 do CDC’ (TJSC, Apelação Cível n. 0005496-88.2013.8.24.0073, rel. Des. Sebastião César Evangelista, j. 31-8-2017, grifou-se).

2.3. Do *quantum* indenizatório

Bem se sabe que a fixação do valor dos danos morais deve observar os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, de modo que a indenização não seja meramente simbólica, ou, por outro lado, excessiva.

Imperioso que seu arbitramento seja composto levando-se em consideração a ideia de compensação à vítima pelos danos morais, sem importar em enriquecimento, e, simultaneamente, penalização civil ao ofensor, sem lhe ocasionar empobrecimento.

Sobre o tema, Sérgio Cavalieri Filho pontua:

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. (CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 116)

Assim, entre outros critérios, ao estabelecer o montante reparatório, o julgador deve considerar a extensão do dano, a reprovabilidade da conduta ilícita, a intensidade e a duração do sofrimento vivenciado e a capacidade econômica das partes.

Ademais, deve-se atentar à dupla finalidade da condenação: ressarcir o lesado e evitar que o causador do dano reincida na prática do ato danoso. Nesse sentido, Sílvio de Salvo Venosa leciona: “há um duplo sentido na indenização por dano moral: ressarcimento e prevenção. Acrescente-se ainda o cunho educativo, didático ou pedagógico que essas indenizações apresentam para a sociedade” (VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 285).

Em suma, o valor da indenização possui um viés pedagógico, punitivo, sancionador. Cabe ao Judiciário reprimir eficazmente a violação aos direitos da personalidade. Nesse campo, uma indenização em valor baixo beneficiará o ofensor, que não se preocupará em “corrigir” o seu erro, porquanto a mudança de comportamento será mais “cara” do que a certeza da pequena condenação nas decisões judiciais.

Nesse panorama, “a indenização punitiva do dano moral surge como reflexo da mudança de paradigma da responsabilidade civil e atende a dois objetivos bem definidos: a prevenção (através da dissuasão) e a punição (no sentido da redistribuição)” (CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 106).

No caso, para o arbitramento do montante reparatório, deve-se levar em conta a capacidade econômica das empresas demandadas. De um lado, a autora, constituída sob a forma de sociedade limitada, com capital social de R\$30.000,00 (fl. 18) e de outro a ré, também constituída sob o mesmo regime empresarial, atuante no ramo de telecomunicações, que oferece serviços como televisão por assinatura, acesso à *internet* e telefonia fixa, ambas renomadas no Estado de Santa Catarina.

Deve-se sopesar, ainda, que a atividade social da empresa demandante restou frustrada por conta do ato praticado pela requerida. Não há, portanto, como ignorar a gravidade da conduta da ré a extensão do abalo sofrido pela apelante que, conforme dito anteriormente, teve sua imagem sobremaneira prejudicada.

Assim, tendo em vista as particularidades da situação litigiosa, bem como os precedentes desta Corte de Justiça e observados os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, bem como o caráter pedagógico da medida, entende-se que o *quantum* indenizatório deve ser fixado em R\$50.000,00, a serem corrigidos pelo INPC a partir do arbitramento e acrescidos de juros de mora de 1% ao mês, a contar da citação, por se tratar de relação negocial, ressalvado, contudo, o entendimento pessoal deste Relator no sentido de que deviam fluir a partir do evento danoso, quando ocorreu o inadimplemento da ré.

2.4. Do dano material

O art. 402 do Código Civil estabelece que:

Art. 402. Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar.

Neste contexto, os lucros cessantes podem ser conceituados como “*a frustração da expectativa de lucro. É a perda de um ganho esperado*” (GONÇALVES, Carlos Roberto. *Teoria geral das obrigações*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 400).

Ou seja, o lucro cessante, “*não se confunde com o dano hipotético, improvável, eventual e futuro*”, por isso, “*para a sua caracterização é indispensável a conjugação da possibilidade de lucro e da absoluta certeza de que o ganho teria ocorrido sem a interferência do evento danoso*” (TJSC, Apelação Cível n. 0002328-05.2012.8.24.0044, de Orleans, rel. Des. Joel Figueira Júnior, Quarta Câmara de Direito Civil, j. 15-3-2018).

Assim, é devida a indenização por lucros cessantes quando comprovada a redução de ganhos esperados.

No caso vertente, a demandante colacionou os balancetes dos anos de 2003 a 2008, mostrando que obtinha, em média, lucros anuais de R\$21.947,39.

Todavia, a empresa demandada rescindiu a avença celebrada entre as partes, interrompendo o sinal de TV da demandante, que, portanto, encerrou suas atividades.

Dessarte, diante do flagrante prejuízo causado à requerente há de se condenar a requerida ao pagamento de indenização por lucros cessantes, os quais, frisa-se, restaram suficientemente demonstrados (fls. 9 e 72/79).

Todavia, considerando que a transmissão fora encerrada em 1º/4/2009, o valor da reparação deve ser fixado com base apenas nos meses seguintes e não em todo o período de 2009.

Logo, dá-se provimento à insurgência também neste ponto, a fim de que a ré seja compelida a indenizar a recorrente pelos lucros que deixou de auferir, os quais perfazem a monta de R\$16.480,79

e devem ser atualizados monetariamente pelo INPC a partir do efetivo prejuízo e acréscidos de juros moratórios de 1% ao mês a contar da citação. Ressalvando-se, contudo, o entendimento pessoal deste Relator, no sentido de que os juros moratórios deviam incidir a partir do evento danoso (1º/4/2009).

2.5. Ônus sucumbenciais

Com o provimento do recurso da autora, impõe-se a redistribuição dos ônus sucumbenciais, devendo a demandada arcar com a totalidade das custas processuais e dos honorários advocatícios.

Os parâmetros para a fixação da verba honorária devem estar de acordo com o disposto no art. 20, § 3º, do Código de Processo Civil de 1973 (atual art. 85, § 2º):

Art. 20. A sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios. Esta verba honorária será devida, também, nos casos em que o advogado funcionar em causa própria.

§ 3º Os honorários serão fixados entre o mínimo de dez por cento (10%) e o máximo de vinte por cento (20%) sobre o valor da condenação, atendidos:

- a) o grau de zelo do profissional;
- b) o lugar de prestação do serviço;
- c) a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

Fazendo-se a subsunção da norma ao caso em exame, verifica-se que o advogado da requerente desempenhou adequadamente seu mister, dedicando-se à persecução dos direitos de sua cliente, inclusive nesta instância. A lide é de média complexidade e tramita desde 2009. Assim, considerando-se o trabalho desenvolvido pelo causídico e o valor da condenação, faz-se razoável fixar os honorários em 10% sobre o valor atualizado da condenação, patamar que remunera dignamente o profissional.

3. Dos honorários recursais

De acordo com o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, para o arbitramento de honorários advocatícios recursais, imprescindível o preenchimento cumulativo dos seguintes requisitos:

1. Direito Intertemporal: deve haver incidência imediata, ao processo em curso, da norma do art. 85, § 11, do CPC de 2015, observada a data em que o ato processual de recorrer tem seu nascedouro, ou seja, a publicação da decisão recorrida, nos termos do Enunciado 7 do Plenário do STJ: “Somente nos recursos interpostos contra decisão publicada a partir de 18 de março de 2016, será possível o arbitramento de honorários sucumbenciais recursais, na forma do art. 85, § 11, do novo CPC”;

2. o não conhecimento integral ou o improvimento do recurso pelo Relator, monocraticamente, ou pelo órgão colegiado competente;
3. a verba honorária sucumbencial deve ser devida desde a origem no feito em que interposto o recurso;
4. não haverá majoração de honorários no julgamento de agravo interno e de embargos de declaração oferecidos pela parte que teve seu recurso não conhecido integralmente ou não provido;
5. não terem sido atingidos na origem os limites previstos nos §§ 2º e 3º do art. 85 do Código de Processo Civil de 2015, para cada fase do processo;
6. não é exigível a comprovação de trabalho adicional do advogado do recorrido no grau recursal, tratando-se apenas de critério de quantificação da verba (STJ, Agravo Interno nos Embargos de Declaração no Recurso Especial n. 1357561/MG, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, j. 4-4-2017, DJe 19-4-2017).

Logo, deixa-se de majorar os honorários sucumbenciais, porquanto não preenchidos os pressupostos citados.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, o voto é no sentido de conhecer do recurso e dar-lhe provimento, a fim de: a) condenar a ré ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R\$50.000,00, corrigidos monetariamente pelo INPC a partir do arbitramento e acrescido de juros de mora de 1% ao mês a contar da citação; b) condenar a demandada a reparar o pagamento de R\$16.480,79, atualizados monetariamente pelo INPC a partir do efetivo prejuízo e acrescidos de juros moratórios de 1% ao mês a partir da citação. Ressalvado, em ambos os casos, o entendimento pessoal deste Relator, no sentido de que os juros de mora devam fluir a partir do evento danoso. Por fim, redistribuir os ônus sucumbenciais, nos termos da fundamentação.

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

Apelação Cível n. 0113652-04.2014.8.24.0020, de Criciúma

Relator: Desembargador Jorge Luis Costa Beber

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. EXTRAVIO DE BAGAGEM EM VOO INTERNACIONAL. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. INCONFORMISMO DA RÉ.

DANOS MATERIAIS. AUSÊNCIA DE PROVA DA EXTENSÃO DO PREJUÍZO ALEGADO. PARTE QUE NÃO REALIZOU A DECLARAÇÃO ESPECIAL DE VALOR QUANDO DA ENTREGA DA BAGAGEM. NECESSIDADE DE APLICAÇÃO DO TETO INDENIZATÓRIO PREVISTO NO ARTIGO 22 DA CONVENÇÃO DE MONTREAL. ENTENDIMENTO FIRMADO PELO STF EM REPERCUSSÃO GERAL. DECISÃO REFORMADA NO PONTO.

DANOS MORAIS. ANGÚSTIA SOFRIDA PELO AUTOR E FAMÍLIA APÓS HORAS DE VIAGEM, À ESPERA DA BAGAGEM. NECESSIDADE DE SE DESLOCAR ENTRE CIDADES PARA OBTER INFORMAÇÕES JUNTO À COMPANHIA AÉREA. TRANSTORNOS SUPORTADOS PELO AUTOR E POR SUA FAMÍLIA QUE ULTRAPASSARAM A ESFERA DO MERO DISSABOR INERENTE AOS FATOS COTIDIANOS. DEVER DE INDENIZAR. MINORAÇÃO DA VERBA REPARATÓRIA QUE SE AFIGURA INVIÁVEL. TERMO INICIAL DA CORREÇÃO MONETÁRIA E DOS JUROS DE MORA AJUSTADOS, DE OFÍCIO.

A reparação pecuniária envolvendo o constrangimento moral deve sempre ser estabelecida de molde a impor coerente e estreita equivalência entre o montante indenizatório e o interesse jurídico lesado. Exatamente por isso, não se deve atribuir cifra que resulte num ganho extraordinário e desproporcional, tampouco impor minguido valor, dissonante do prejuízo experimentado. A razoabilidade, à luz das especificidades do fato, das condições das partes envolvidas, da intensidade do dano e da sua repercussão, é que deve tutelar o respectivo arbitramento.

RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. **0113652-04.2014.8.24.0020, da comarca de Criciúma** 2ª Vara Cível em que é Apelante Tam Linhas Aéreas S/A e Apelado Marcos Claiton Machado.

A Segunda Câmara de Direito Civil decidiu, em meio eletrônico, por votação unânime, conhecer do recurso e dar-lhe parcial provimento; de ofício, adequar o termo inicial da correção monetária e juros de mora incidentes sobre a indenização por danos morais. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Rubens Schulz, com voto, e dele participou a Exma. Sra. Desa. Bettina Maria Maresch de Moura.

Florianópolis, 25 de julho de 2019.

Desembargador Jorge Luis Costa Beber

Relator

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de apelação interposto por Tam Linhas Aéreas S.A. contra a sentença que julgou procedentes os pedidos formulados na ação indenizatória que lhe move Marcos Claiton Machado, nos seguintes termos:

“Pelo exposto, e com base no art. 14 da Lei n. 8.078/90, julgo procedente o pedido e, em consequência, condeno a ré a pagar ao autor o valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) a título de indenização por danos morais, quantia esta corrigida monetariamente e acrescida de juros moratórios, tudo a partir da data da viagem (23/11/2012), e o valor de R\$ 18.911,38 (dezoito mil novecentos e onze reais e trinta e oito centavos) a título de danos materiais, quantia esta corrigida monetariamente e acrescida de juros moratórios, tudo igualmente a partir da data da viagem (23/11/2012).

Condeno, também, a ré no pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, que fixo em 20% sobre o valor da condenação, conforme art. 85, § 2º, do CPC” (fl. 146).

Sustenta, em suas razões, que as regras relativas ao transporte de bagagens em voos estão previstas no contrato aderido tacitamente pelo autor e na Portaria n. 676/GC5, de 13 de novembro de 2000, da Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC), pontuando que em ambos se exige a declaração do conteúdo despachado, o que não teria sido efeito no caso em foco, importando no afastamento dos danos materiais decorrentes do extravio das malas.

Assevera que os danos morais igualmente não estão caracterizados, cuidando-se de mero dissabor o fato relatado na petição inicial, de sorte que não haveria prejuízo anímico a ser indenizado. Sucessivamente, o *quantum* arbitrado na origem merece ser mitigado para patamar razoável, não gerando enriquecimento indevido por parte do recorrido.

Requer, nesses termos, a reforma integral da sentença.

As contrarrazões repousam às fls. 170/182 e pugnam pelo desprovimento do reclamo e majoração dos honorários advocatícios.

Este o relato do essencial.

VOTO

Satisfeitos os requisitos de admissibilidade, conheço do recurso.

O inconformismo combate sentença que acolheu os pedidos formulados pelo apelado na ação de reparação dos danos materiais (R\$ 18.911,38) e morais (R\$ 10.000,00) originados do extravio de bagagem durante voo internacional.

Pois bem, afirmou o autor, na petição inicial, que é “cidadão brasileiro e americano”, faz “diversas viagens”, e que em 23.11.2012 embarcou com sua família na cidade de Boston (Estados

Unidos) em voo operado pela empresa demandada com destino a Florianópolis, onde foi informado que sua bagagem fora extraviada. Como não foi possível solucionar o impasse naquele momento, seguiu para Criciúma, local de sua residência. Destaca, nesse contexto, que *“após mais de 10 horas de voo, precisou em sua cidade natal comprar novas roupas, pois não tinha nem o que vestir, bem como ficou privado dos seus pertences”*, afirmando que seu prejuízo *“alcançou o montante de US\$ 9.014,00 (nove mil e quatorze dólares), o que correspondia na época a R\$ 18.911,38 (dezoito mil novecentos e onze reais e trinta e oito centavos), considerando a cotação do dólar em 22/11/2012 (R\$ 2,098)”*. Além disso, aduziu que a demandada disponibilizou extrajudicialmente a quantia de R\$ 2.250,00 (dois mil duzentos e cinquenta reais), depois de ter feito oferta de R\$ 99,00 (noventa e nove reais), a título de reparação dos danos, verberando que aceitou nenhum dos valores por entender que *“fogem do bom senso”*. Enfatizou, ainda, a necessidade de se deslocar por duas vezes de Criciúma até Florianópolis para obter informações sobre a recuperação de sua bagagem, justo que por telefone não as prestariam.

À luz desses fundamentos, clamou pela condenação da ré a pagamento de indenização por danos materiais no importe de R\$ 25.166,12 (vinte e cinco mil, cento e sessenta e seis reais e doze centavos) e por danos morais em montante a ser arbitrado pelo juízo.

Em sentido inverso, a peça defensiva oferecida pela ré defende a ausência de responsabilidade pelo ocorrido, pois o autor deixou de observar as normas que recomendam não sejam despachados nas bagagens objetos de valor e dinheiro. Atribui, assim, a culpa exclusivamente ao consumidor, requerendo que a reparação material não ultrapassasse 1000 DES (Direito Especial de Saque), o equivalente a R\$ 4.444,80 (quatro mil quatrocentos e quarenta e quatro reais e oitenta centavos) na data de 29.03.2015.

Saneado o feito e designada audiência de instrução, o autor carrou declaração prestada por Eva Bernadete Aguiar, com firma reconhecida em cartório, cujo teor vale transcrever, porquanto único indício daquilo que alegadamente representaria o conteúdo da bagagem extraviada e dos percalços enfrentados pelo demandante:

“Declaro para os devidos fins e a quem possa interessar que ao fazer a mala, foi colocado calçados, lembro bem de um sapato Prada do Marcos, litros de whisky, dois casacos femininos, chocolates Lindt, brinquedo Pateta da Disney que depois tive que comprar outro para o filho, que ele insistiu muito e ficou muito triste pela sua perda. Lembro de uma estátua egípcia que era meio corpo, várias roupas, calças, muitas camisas de marca, ternos que eu mesma coloquei na mala, perfumes que eram presentes, tênis, uma nécessaire com aparelho de barba, sendo que a maior parte de roupas de uso do Marcos estavam na mala que foi extraviada pela TAM, assim como uma câmera fotográfica que foi comprada especialmente para trazer. Ao chegar no Rio de Janeiro, depois de muito tempo esperando na esteira, todas as malas foram retiradas e a do Marcos não apareceu, e estava com criança junto e tinha um voo de conexão para Florianópolis e Marcos teve que ir atrás de informações, e um funcionário passava para outro, sem resolver, e tinha que se humilhar para os funcionários da TAM, para implorar que achassem a mala, pois perderia a conexão, e finalmente, depois de muito tempo, sem poder fazer um lanche, entre a chegada e a saída para Florianópolis, foi informado pela TAM que deveria seguir viagem e que a companhia enviaria a mala para ser retirada em Florianópolis. Chegando em Florianópolis, foi a mesma coisa, não apareceu a mala, e Marcos ficou

esperando um tempão, enfrentando fila, um funcionário encaminhava pra outro e nada de solução, e o filho Schawn Mitchell com apenas 6 anos de idade, triste, esperando, com fome, cansado, pedindo pra ir embora, tudo isso praticamente vinte e quatro horas de viagem, da saída de Boston para Nova Iorque, depois para Rio de Janeiro e Florianópolis. Na saída de Florianópolis, tanto que demorou, perdeu o ônibus para Criciúma, tendo que ir de Florianópolis para Criciúma com táxi, gastando aproximadamente quinhentos reais. Chegando em Criciúma, totalmente cansados, Marcos totalmente sem roupas, tomou banho e teve que vestir as mesmas roupas, e no dia seguinte, teve que ir fazer compras, tanto de roupas quanto dos objetos de higiene. Nem toalhas não tinha para se secar depois do banho. Assim começou a ligar para TAM para cobrar uma posição, e nada acontecia, nada resolvia, e pelo menos umas quatro vezes teve de ir a Florianópolis exclusivamente para tentar solver o assunto da mala perdida. Depois de algum tempo, chegou uma mala toda quebrada e cheia de papel amassado e caixa de papelão, sem nenhum objeto, pertence, ou roupas, e a própria mala totalmente destruída. Durante todo o tempo Marcos estava estressado, indignado, era uma viagem a passeio e ficou uma viagem estressante, mudou totalmente a programação, pois Marcos estava somente em função disso. Passou todo o período destinado para o passeio e nada pôde ser realizado, pois estava o tempo todo na expectativa da chegada da mala.

E por ser verdade, firmo a presente sob as penas da lei” (fls. 112/113).

O magistrado sentenciante reconheceu que a ré não apresentou prova capaz de contrariar o pleito deduzido na inicial e que o valor postulado, embora elevado, “não pode ser considerado impossível de ser transportado em viagem desenvolvida entre dois países”.

Com a máxima concessão outorgada, o aludido édito merece reforma.

Isso porque, embora não se negue o prejuízo sofrido por qualquer pessoa que tenha sua mala extraviada no retorno de uma viagem internacional, a documentação que instrui a petição inicial não é capaz de comprovar a extensão do prejuízo alegado, não sendo demais registrar que o autor não apresentou recibos, notas fiscais, fatura do cartão de crédito, fotografias, ou outro indício de prova da existência e valor dos pertences que teriam sido extraviados. Curiosamente, sequer prova dos bens que o demandante disse ter adquirido ao chegar no Brasil aportou aos autos.

Não bastasse, observo que o autor não realizou **a declaração especial de valor quando da entrega da bagagem**, de modo que não se pode sujeitar a companhia aérea ao pagamento de indenização em valor superior ao tarifado.

No particular, rememoro que o STF, **através de decisão vinculante** (tema 210 da repercussão geral), reconheceu a aplicabilidade do limite indenizatório estabelecido na Convenção de Varsóvia e demais acordos internacionais no que tange às indenizações por danos materiais decorrentes de extravio de bagagem em voos internacionais, fixando a seguinte tese:

“Nos termos do art. 178 da Constituição da República, as normas e os tratados internacionais limitadores da responsabilidade das transportadoras aéreas de passageiros, especialmente as Convenções de Varsóvia e Montreal, têm prevalência em relação ao Código de Defesa do Consumidor”. 6. Caso concreto. Acórdão que aplicou o Código de Defesa do Consumidor. Indenização superior ao limite previsto no art. 22 da Convenção de Varsóvia, com as modificações efetuadas pelos acordos internacionais posteriores.

Decisão recorrida reformada, para reduzir o valor da condenação por danos materiais, limitando-o ao patamar estabelecido na legislação internacional. 7. Recurso a que se dá provimento". (RE 636331, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 25/05/2017, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-257 DIVULG 10-11-2017 PUBLIC 13-11-2017).

Portanto, sendo incontroverso nos autos o extravio da bagagem, deve ser observado o limite estabelecido no artigo 22 da Convenção de Varsóvia, isto é, 1.000 Direitos Especiais de Saque, tal como sustentado pela requerida na contestação.

Colhe-se da jurisprudência:

“RECURSO ESPECIAL. TRANSPORTE AÉREO INTERNACIONAL DE CARGA. CONTRATO DE TRANSPORTE DE MERCADORIA. RELAÇÃO DE CONSUMO. INEXISTÊNCIA. INDENIZAÇÃO PELO EXTRAVIO. CONVENÇÃO DE MONTREAL. INCIDÊNCIA. REGRA DE SOBREDIREITO CONSTITUCIONAL. DESTRUÇÃO, PERDA OU AVARIA DO BEM TRANSPORTADO. AUSÊNCIA DE DECLARAÇÃO ESPECIAL DE VALOR. PESO DECLARADO NO CONHECIMENTO DE TRANSPORTE AÉREO. CRITÉRIO PARA CÁLCULO DA REPARAÇÃO DO DANO. CULPA GRAVE OU DOLO PELO MERO EXTRAVIO. INEXISTÊNCIA.

1. Consumidor, para fins de tutela pelo CDC, é aquele que exaure a função econômica do bem ou serviço, excluindo-o de forma definitiva do mercado de consumo. Com efeito, na linha da iterativa jurisprudência do STJ, entre a sociedade empresária que contratou o transporte e a transportadora da mercadoria, há liame meramente mercantil.

2. Por um lado, o art. 1º, alínea 1, da Convenção para a Unificação de Certas Regras Relativas ao Transporte Aéreo Internacional (Convenção de Montreal) elucida que esse diploma se aplica a todo transporte internacional de pessoas, bagagem ou carga, efetuado em aeronaves, mediante remuneração. Por outro lado, o Plenário do STF, em precedente julgado sob o rito da repercussão geral, RE 636.331, perfilhou o entendimento de que há uma regra de sobredireito constitucional a impor a prevalência do Diploma transnacional, pois, nos termos do art. 178 da Constituição da República, as normas e os tratados internacionais limitadores da responsabilidade das transportadoras aéreas de passageiros, especialmente as Convenções de Varsóvia e Montreal, têm prevalência em relação ao Código de Defesa do Consumidor.

3. O art. 22, alínea 3, da Convenção de Montreal estabelece que, no transporte de carga, a responsabilidade do transportador em caso de destruição, perda, avaria ou atraso se limita a uma quantia de 17 Direitos Especiais de Saque por quilograma, a menos que o expedidor haja feito ao transportador, ao entregar-lhe o volume, uma declaração especial de valor de sua entrega no lugar de destino, e tenha pago quantia suplementar, se for cabível. Com efeito, o Diploma transnacional não impõe uma forçosa tarifação, mas faculta ao expedidor da mercadoria que se submeta a ela, caso não opte por fazer declaração especial - o que envolve, em regra, pagamento de quantia suplementar.

4. As limitações e tarifações de indenização estabelecidas pela Convenção Internacional estão ancoradas em justificativas relevantes, como: a) indispensabilidade de contratação de seguro, que seria inviabilizada pela inexistência de teto; b) compensação entre, de um lado, a limitação e, do outro, o agravamento do regime de responsabilização (inversão do ônus da prova de culpa ou mesmo imputação objetiva); c) unificação do direito, quanto aos valores indenizatórios pagos.

5. O art. 248 do Código Brasileiro de Aeronáutica tem disposição harmoniosa com o art. 22, alínea 5, da

Convenção de Montreal, que estabelece que a limitação indenizatória não se aplicará se for provado que o dano é resultado de uma ação ou omissão do transportador ou de seus prepostos, com intenção de causar dano, ou de forma temerária e sabendo que provavelmente causaria dano, sempre que, no caso de uma ação ou omissão de preposto, se prove também que este atuava no exercício de suas funções.

6. O extravio da carga é, em todas as hipóteses, o próprio fato gerador da obrigação de indenizar do transportador, não se podendo reconhecer que, sem demonstração de dolo ou culpa grave do transportador ou de seus prepostos, possa ser afastada a aplicação da fórmula convencional, para o cálculo do montante indenizatório.

7. Recurso especial não provido”. (REsp 1341364/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 19/04/2018, DJe 05/06/2018, grifos meus)

“APELAÇÃO CÍVEL. CONSUMIDOR. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. TRANSPORTE AÉREO. EXTRAVIO DE BAGAGEM. PROCEDÊNCIA NA ORIGEM. RECURSO DA COMPANHIA AÉREA. **VIAGEM INTERNACIONAL. DESAPARECIMENTO DOS PERTENCENES PESSOAIS DA PASSAGEIRA. FRUSTRAÇÃO PELO PERDIMENTO DOS BENS ASSOCIADA À NECESSIDADE DE AQUISIÇÃO DE VESTUÁRIO, REMÉDIOS E UTENSÍLIOS DE USO PESSOAL. DANO MATERIAL EVIDENCIADO. LIMITAÇÃO DA INDENIZAÇÃO, CONTUDO, AO TETO INDENIZATÓRIO PREVISTO NA CONVENÇÃO DE MONTREAL. TEMA 210 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.** INCIDÊNCIA DE DIPLOMAS INTERNACIONAIS AO CASO POSTO. DANOS MORAIS. VIAGEM INTERNACIONAL COM INTUITO DE LAZER. ESTADIA CONTURBADA POR NEGLIGÊNCIA DA EMPRESA RÉ AO MANEJAR E EXTRAVIAR A BAGAGEM DA PASSAGEIRA AUTORA. TRANSTORNOS QUE DESBORDAM DO MERO ABORRECIMENTO COTIDIANO. ABALO ANÍMICO CARACTERIZADO. VALOR, TODAVIA, FIXADO EM EXCESSO. MINORAÇÃO QUE SE IMPÕE. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO”. (TJSC, Apelação Cível n. 0301622-07.2015.8.24.0023, da Capital, rel. Des. Jairo Fernandes Gonçalves, Quinta Câmara de Direito Civil, j. 19-03-2019, grifos meus).

APELAÇÃO CÍVEL. REEXAME. RECURSO EXTRAORDINÁRIO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA (RE N. 636.331/RJ). ARTIGO 1.030, II E 1.040 II, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E ART. 5º, DA RESOLUÇÃO N. 42/2008-TJ. RETORNO DOS AUTOS À CÂMARA PARA REAPRECIÇÃO DE QUESTÃO JURÍDICA DESTACADA: TEMA 210 DO STF. **AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. ATRASO E EXTRAVIO DE BAGAGEM EM VOO INTERNACIONAL. PROCEDÊNCIA NA ORIGEM. IRRESIGNAÇÃO DA CIA AÉREA REQUERIDA. JUÍZO DE ADEQUAÇÃO, EM PARTE, DO JULGADO. INAPLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR RELATIVAMENTE A INDENIZAÇÃO POR DANO MATERIAL. RELAÇÃO JURÍDICA REGULADA PELAS CONVENÇÕES DE VARSÓVIA E DE MONTREAL. LIMITAÇÃO DA INDENIZAÇÃO EM 1000 DIREITOS ESPECIAIS DE SAQUE (ART. 22.2). CONVERSÃO DA MOEDA DA DATA DA DECISÃO (ART. 23.1).** CORREÇÃO MONETÁRIA A PARTIR DESTE ARBITRAMENTO. JUROS DE MORA (ART. 22.6) A CONTAR DA CITAÇÃO. RELAÇÃO CONTRATUAL. RETORNO DOS AUTOS À 3ª VICE-PRESIDÊNCIA PARA AVERIGUAÇÃO DAS DEMAIS TESES DO RECURSO ESPECIAL E EXTRAORDINÁRIO. RECURSO CONHECIDO E, EM PARTE, PROVIDO”. (TJSC, Apelação Cível n. 0501349-49.2012.8.24.0023, da Capital, rel. Des. Rubens Schulz, Segunda Câmara de Direito Civil, j. 28-06-2018, grifos meus).

Destarte, é de se acolher parcialmente o apelo no ponto, não para afastar, mas sim limitar a indenização em 1000 direitos especiais de saque, aplicada a conversão da moeda da data desta decisão, com atualização monetária também deste marco, além de juros de mora desde a citação.

De outro giro, deve ser mantida a condenação da ré ao pagamento de indenização pelo dano moral.

Com efeito, em se tratando de danos extrapatrimoniais, lícito é afirmar que não é qualquer situação desagradável que configura o dano moral. Na verdade, para o seu reconhecimento não basta o fator em si do acontecimento. É imprescindível que o suposto ato ilícito tenha carga suficiente para infligir no ofendido um sofrimento moral intenso e extraordinário, causador de sequelas de indubitosa repercussão, não se amoldando, neste panorama, simples descontentamentos no âmbito subjetivo da pessoa, ou, ainda, nas hipóteses em que a anunciada dor ou desconforto seriam normalmente suportados.

É dizer, deve ocorrer uma situação que fuja do razoável, não bastando qualquer sensação de desconforto ou desassossego passageiro, pois frustrações, decepções e desgostos todos temos.

A propósito, colhe-se do magistério de ANTÔNIO JEOVÁ DOS SANTOS:

“O dano moral somente ingressará no mundo jurídico, com a subsequente obrigação de indenizar, em havendo alguma grandeza no ato considerado ofensivo ao direito personalíssimo. Se o ato tido como gerador do dano extrapatrimonial não possui virtualidade de lesionar sentimento ou causar dor e padecimento íntimo, não existiu o dano moral passível de ressarcimento. O reconhecimento do dano moral exige determinada envergadura. Necessário, também, que o dano se prolongue durante algum tempo e que seja a justa medida do ultraje às afeições sentimentais. As sensações desagradáveis, por si sós, que não trazem em seu bojo lesividade e algum direito personalíssimo, não merecerão ser indenizadas. Existe um piso de inconvenientes que o ser humano tem de tolerar, sem que exista o autêntico dano moral” (Dano moral indenizável. 3ª ed., SP: Método, 2001, p. 122, grifos meus).

No caso dos autos, é de se imaginar que o extravio da bagagem teve implicações que ultrapassaram o mero dissabor. Não pode ser considerado aborrecimento do cotidiano a aflição do consumidor frente à perda de sua bagagem, à incerteza da sua restituição e, principalmente, aos percalços suportados por estar acompanhado da família, inclusive de uma criança. Sabe-se a inquietude e a angústia que decorrem de ter que correr em busca de informações a fim de solucionar o imbróglio, entre cidades diferentes, e ao mesmo tempo dar a devida atenção àqueles que o acompanhavam e, ainda, de procurar, às suas expensas, readquirir alguns dos pertences que estavam na mala, notadamente as roupas.

Logo, agiu com acerto o magistrado *a quo* a reconhecer a hipótese de dano anímico indenizável.

Este órgão fracionário, em mais de uma oportunidade, já decidiu:

“O extravio de bagagens em viagem internacional - ato ilícito imputável exclusivamente ao transportador diante de sua responsabilidade objetiva - é capaz de produzir danos morais que prescindem de comprovação, porque presumidos. O arbitramento do valor condenatório por danos morais deve estar alinhado de forma

proporcional e razoável, sem se desvencilhar do efeito pedagógico da condenação, inclusive para obstar a reincidência.” (TJSC, Apelação Cível n. 0300301-90.2015.8.24.0069, de Sombrio, rel. Des. João Batista Góes Ulysséa, Segunda Câmara de Direito Civil, j. 08-11-2018).

No mesmo rumo:

“APELAÇÃO CÍVEL E RECURSO ADESIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL. TRANSPORTE AÉREO. EXTRAVIO DE BAGAGEM. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. PROCEDÊNCIA NA ORIGEM. RESPONSABILIDADE CIVIL. INTELIGÊNCIA DO ART. 14, § 1º, DO CÓDEX CONSUMERISTA E DO ART. 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. EXTRAVIO DE BAGAGEM. INCONTESTE FALHA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. [...] DANOS MORAIS. PRETENSÃO DA COMPANHIA AÉREA DE EXCLUSÃO OU REDUÇÃO. QUANTUM INDENIZATÓRIO. ANGÚSTIA, NERVOSISMO E SENTIMENTO DE IMPOTÊNCIA QUE ULTRAPASSA OS LIMITES DO MERO DISSABOR. DEVER DE INDENIZAR. MONTANTE QUE MERECE READEQUAÇÃO. PEDIDO DE REDUÇÃO ACOLHIDO. ATENÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE.[...]” (TJSC, Apelação Cível n. 0501349-49.2012.8.24.0023, da Capital, rel. Des. Rubens Schulz, Segunda Câmara de Direito Civil, j. 18-05-2017).

Ainda, desse mesmo Sodalício:

“APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. DANOS MORAIS. TRANSPORTE AÉREO NACIONAL. EXTRAVIO DE BAGAGEM. PROCEDÊNCIA NA ORIGEM. RECURSO DA REQUERIDA. DANO MORAL. EXTRAVIO DA BAGAGEM DOS CONSUMIDORES EM VOO NACIONAL DE VOLTA. VIAGEM DE FAMÍLIA COM DUAS CRIANÇAS. FÉRIAS NO PERÍODO ENTRE NATAL E FINAL DE ANO. BAGAGEM NÃO RECUPERADA CONTENDO PERTENCES PESSOAIS DA FAMÍLIA E DOS MENORES, ALÉM DE BRINQUEDOS. SITUAÇÃO QUE CONFIGURA FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO E DESBORDA O MERO ABORRECIMENTO. ABALO MORAL EVIDENTE. DEVER DE INDENIZAR CONFIGURADO. QUANTUM INDENITÁRIO. ESTIPÊNDIO QUE DEVE ADSTRIR-SE AO VIÉS PEDAGÓGICO DA COMPENSAÇÃO PECUNIÁRIA. ARBITRAMENTO EM R\$ 15.000,00 (QUINZE MIL REAIS) PARA CADA AUTOR. MINORAÇÃO QUE SE IMPÕE PARA R\$ 5.000,00 (CINCO MIL REAIS) POR AUTOR. READEQUAÇÃO DOS CONSECTÁRIOS LEGAIS. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. (TJSC, Apelação Cível n. 0301008-57.2016.8.24.0058, de São Bento do Sul, rel. Des. André Carvalho, Sexta Câmara de Direito Civil, j. 28-05-2019).

Finalmente:

“[...] O extravio de bagagem, mesmo que temporário, causa transtornos e dissabores que ultrapassam o mero incômodo, ocasionando dano moral indenizável. [...] (TJSC, Apelação Cível n. 0329990-60.2014.8.24.0023, da Capital, rel. Des. Luiz César Medeiros, j. 18-04-2017).

Por derradeiro, o pedido de redução da verba indenizatória, fixada em R\$ 10.000,00 não prospera. É que ao promover o arbitramento, compete ao julgador mensurar, caso a caso, mesmo com certa dose de subjetividade, aquilo que possa ser razoavelmente justo, quer para o credor, quer para o devedor.

Para tanto, deverá considerar a intensidade do sofrimento moral do ofendido, a gravidade, a repercussão, a posição social daquele, seu grau de cultura, atividade e seus ganhos, requisitos que também deverão ser levados em consideração para exame do perfil do ofensor, acrescido, quanto a este, o exame da sua capacidade econômico-financeira para suportar o encargo que lhe é imposto. E assim deve ser, pois além do aspecto punitivo em desfavor daquele que ofende, há que ser analisado o grau de suportabilidade do encargo.

Essa Corte já proclamou:

“...a indenização por dano moral não pode ser fixada em valor vil, diante da natureza compensatória do abalo psicológico sofrido. Também não deve ser determinado um valor estratosférico, pois não se pode constituir em fonte de enriquecimento. Há que se encontrar uma correspondência entre o sofrimento moral imposto e o valor econômico a ser atribuído. Nesta busca, deve o magistrado se valer do princípio da razoabilidade, tendo em conta o fato concreto e suas particularidades” (Ap. Cív. n. 2002.006981-2, Rel. Des. Nicanor da Silveira).

Nesse mesmo sentido, é o entendimento do STJ:

“A indenização deve ser fixada em termos razoáveis, não se justificando que a reparação venha a constituir-se em enriquecimento indevido, considerando que se recomenda que o arbitramento deva operar-se com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao porte empresarial das partes, às suas atividades comerciais e, ainda, ao valor do negócio, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e do bom senso, atento à realidade da vida, notadamente à situação econômica atual e as peculiaridades de cada caso” (STJ, REsp n. 171.084/MA, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 05/10/98).

Não existem, como se sabe, formas matemáticas para a mensuração do dano moral, mas a indenização deve ser estipulada com moderação e razoabilidade, servindo para reparar o gravame e para intimidar o ofensor na prática de semelhante ato.

Nesse cenário, estimo que o *quantum* arbitrado na origem não comporta minoração, pois atende aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade e não representa enriquecimento ilícito ao autor, tampouco fere a capacidade econômica da apelante.

A correção monetária e os juros de mora, todavia, devem ser adequados, o que faço de ofício, ajustando a primeira para a data da sentença e, os juros, para a data da citação, conforme orientação da Corte Superior e deste Sodalício.

À luz do exposto, conheço do recurso e dou-lhe parcial provimento para liminar a indenização por danos materiais em 1000 direitos especiais de saque, aplicada a conversão da moeda da data do acórdão, com atualização monetária também deste marco, além de juros de mora desde a citação. Outrossim, altero, *ex officio*, o termo inicial da correção monetária incidente sobre a indenização por danos morais para a data da sentença, e os juros para a data da citação.

Reconhecida a sucumbência parcial do autor, partilho igualmente as custas processuais, arcando cada parte com os honorários em favor do patrono da parte adversa, no equivalente a 15% do valor da sua derrota, nos termos do art. 85, §2º, do CPC.

É como voto.

Apelação Cível n. 0304651-06.2017.8.24.0020, de Criciúma

Relator: Desembargador Rubens Schulz

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO DE FAMÍLIA. AÇÃO ANULATÓRIA DE REGISTRO CIVIL. SENTENÇA EXTINTIVA (ART. 485, VI, DO CPC). RECURSO DOS AUTORES.

ILEGITIMIDADE ATIVA *AD CAUSAM*. NÃO OCORRÊNCIA. DEMANDA AJUIZADA PELOS AVÓS PATERNOS EM RAZÃO DE EXAME GENÉTICO (“DNA”) *POST MORTEM*. LEGITIMIDADE (ART. 1.604, DO CC). HIPÓTESE QUE DIFERE DA AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE (ART. 1.601, DO CC). INSTRUÇÃO PROCESSUAL IMPRESCINDÍVEL. INAPLICABILIDADE DO ART. 1.013, § 3º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. SENTENÇA CASSADA.

RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

- “Cuida-se de ação anulatória de registro de nascimento fundada em vício de consentimento, com amparo no art. 1.604 do CC, a qual é suscetível de ser intentada não apenas por parentes próximos do falecido, mas também por outros legítimos interessados, seja por interesse moral ou econômico” (STJ, REsp 1497676/SC, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze).

- “Na ação negatória de paternidade, prevista no art. 1.601, do CC/02, o objeto está restrito à impugnação da paternidade dos filhos havidos no casamento, e a legitimidade ativa para sua propositura é apenas do marido, que possui o vínculo matrimonial necessário para tanto. Na hipótese, contesta-se a paternidade de filho concebido fora do matrimônio, o que aponta a inadequada incidência do art. 1.601, do CC/02 à espécie” (STJ, AgRg no REsp 939.657/RS, rel.^a Min.^a Nancy Andrighi, j. em 01/12/2009). (TJSC, Apelação Cível n. 2014.047070-5, rel. Des. Henry Petry Junior).

- “A ação negatória de paternidade se presta exclusivamente para contestar a presunção *pater is est*, de modo que, se a filiação não surge em decorrência de referida presunção (existente apenas como efeito do matrimônio formal), mas de um ato de vontade do autor, cuida-se, em verdade, de ação anulatória de reconhecimento de paternidade. O reconhecimento voluntário de paternidade seja ele com ou sem dúvida por parte de quem efetuou o reconhecimento é ato irrevogável e irretratável, conforme os arts. 1.609 e 1.610 do Código Civil. Embora seja juridicamente possível o pedido de anulação do reconhecimento espontâneo, com fundamento no art. 1.604 do Código Civil, para tanto é necessária a comprovação de vício de vontade na origem do ato” (TJRS, Apelação Cível n. Rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos).

- “A averiguação da presença de socioafetividade entre as partes é imprescindível, pois o laudo de exame genético não é apto, de forma isolada, a afastar a paternidade. A anulação de registro depende não apenas da ausência de vínculo biológico, mas também da ausência de vínculo familiar, cuja análise resta pendente no caso concreto, sendo ônus do autor atestar a inexistência dos laços de filiação ou eventual mácula no registro público” (STJ, REsp 1664554/SP, rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0304651-06.2017.8.24.0020, da comarca de Criciúma (Vara da Família), em que é Apelante A. D. e outro e Apelado B. N. D.

A Segunda Câmara de Direito Civil decidiu, por votação unânime, dar provimento ao recurso para determinar o retorno dos autos à origem para instrução e julgamento. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, o Exmo. Sr. Des. Rubens Schulz, presidente com voto, o Exmo. Sr. Des. Jorge Luis Costa Beber e a Exma. Sra. Desa. Bettina Maria Maresch de Moura.

Florianópolis, 25 de julho de 2019.

Desembargador Rubens Schulz
Relator

RELATÓRIO

A. D. e A. M. D. ajuizaram a presente “ação de inexistência de filiação c/c anulação do registro civil de nascimento” em face de B. N. D., representada por R. F. N, tendo em vista que, em síntese, o filho do autores, A. D., falecido em 23 de novembro de 2013, registrara a ré, nascida em 29 de novembro de 2008, como filha por erro, visto que teria se relacionado com a sua representante num caso amoroso curto e conturbado. Consta, também, que teriam cuidado da menor desde logo após o período de amamentação até novembro de 2016, quando fizeram exame genético que atestou a não ocorrência da filiação, ano em que firmaram acordo com a genitora/representante e modificaram a guarda. Ainda, afirmam que teriam interesse moral e financeiro na causa, tanto em razão de inventário quanto devido ao recebimento de pensão por morte pela menor. Juntaram documentos (fls. 1 a 39).

Na contestação, a ré impugnou a justiça gratuita, arguiu a ilegitimidade ativa e, no mérito, alegou, em síntese, que: 1) a menor ficou na casa do genitor até a sua morte por ter melhores condições financeiras; 2) o ato se deu espontaneamente; 3) a alteração da guarda não se deu por interesse patrimonial; 4) não concorda com a forma nem o resultado do exame genético, por isso pretende a exumação; e 5) o genitor criou e participou da vida da menor. Por isso, também requereu a condenação dos autores por litigância de má-fé. Juntou documentos (fls. 50 a 231).

Houve réplica (fls. 236 a 242).

O Ministério Público requereu a intimação das partes para a produção de provas (fl. 246).

Em julgamento antecipado da lide, o Magistrado a quo extinguiu o feito sem resolução de mérito, com fulcro no art. 485, VI, do Código de Processo Civil, por ilegitimidade ativa ad causam, assim como rejeitou a impugnação à justiça gratuita, por isso condenou os autores ao pagamento das custas judiciais e honorários advocatícios de R\$ 937,00 (novecentos e trinta e sete reais), suspensa a exigibilidade (fls. 247 a 250).

Irresignados com a prestação jurisdicional entregue, os autores interpuseram recurso de apelação no qual requerem, após o reconhecimento da legitimidade ativa, o retorno dos autos à origem “para prosseguimento do feito, com intimação das partes para especificarem as provas que pretendem produzir, bem como designação de audiência de instrução e julgamento” (fls. 256 a 263).

Foram apresentadas contrarrazões (fls. 267 a 271).

Lavrou parecer pela douta Procuradoria-Geral de Justiça a Excelentíssima Sra. Procuradora Walkyria Ruicir Danielski, que se manifestou pelo conhecimento e desprovimento do apelo (fls. 278 a 281).

Vieram os autos conclusos.

Este é o relatório.

VOTO

Presentes os requisitos objetivos e subjetivos de admissibilidade, conhece-se do recurso e passa-se ao exame do seu objeto.

Os autores alegam, em resumo, que seriam parte legítima para figurar na presente ação, visto que, em suma, o genitor era falecido à época do ajuizamento e que teria incorrido em erro, que tomaram conhecimento poucos meses antes da não filiação e que qualquer pessoa que tivesse interesse moral ou material poderia fazê-lo, nos termos do art. 1.604, do Código Civil.

Assiste-lhes razão.

De fato, há que se diferenciar as demandas aforadas em face da prole insertas nos arts. 1.601 e 1.604 do Código Civil:

Art. 1.601. Cabe ao **marido** o direito de contestar a paternidade dos filhos nascidos de **sua mulher, sendo tal ação imprescritível.**

Parágrafo único. Contestada a filiação, os herdeiros do impugnante têm direito de prosseguir na ação.

Art. 1.604. Ninguém pode vindicar estado contrário ao que resulta do registro de nascimento, salvo provando-se erro ou falsidade do registro.

Como se vê, a denominada ação negatória de paternidade, fundada no primeiro dispositivo supratranscrito, consiste em pretensão imprescritível do marido ou do companheiro, por equiparação constitucional, dirigida contra suposto(a) filho(a) nascido(a) da respectiva esposa ou companheira, porquanto há presunção legal de paternidade, conforme o art. 1.597 do Código Civil:

Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:

I - nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;

II - nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;

III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;

IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;

V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

É que, nesses casos, há manifesto interesse pessoal (honra) do considerado genitor em desconstituir a relação jurídica formada.

A respeito do tema, assinala Arnaldo Rizzardo:

Ao marido reconhece-se a titularidade porque diretamente interessado. A iniciativa depende de sua sensibilidade íntima, ou de sua capacidade de absorver o adultério e de assumir a criança que vai nascer. Somente ele, na exposição de Clóvis Beviláqua, diante da “infidelidade de sua consorte indigna, que não soube manter o culto da honra”, decidirá se vai ou não suportar “o escândalo e o ridículo” (Direitos de Família. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 366).

Por outro vértice, a nominada ação anulatória de registro civil, prevista no segundo dispositivo legal acima reproduzido, refere-se à pretensão ajuizada contra a prole devido a especificamente erro ou falsidade no registro, cuja legitimidade não se restringiu no texto legal.

A propósito, sobre a fundamentação vinculada nessa espécie de ação, aduz Paulo Lôbo:

A validade do registro pode ser impugnada nas hipóteses de erro e falsidade. O erro é o desvio não intencional da declaração do nascimento, concernente ao próprio ato de registro (erro material), imputável ao oficial de registro, ou da informação do declarante legitimado (art. 52 da Lei n. 6.015), concernente à atribuição da paternidade ou maternidade da pessoa. O erro da declaração pode ter derivado de outro erro, como na hipótese de troca voluntária ou involuntária de recém-nascidos por parte do hospital onde ocorreu o parto, invalidando o estado de filiação tanto em face do pai quanto em face da mãe. A falsidade, ao contrário do erro, é a declaração intencionalmente contrária à verdade do nascimento. É atribuir a si ou a outrem (declarantes outros que não os pais) a maternidade ou a paternidade do nascido, ou declarar nascimento inexistente (Direito civil: famílias. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 231).

Outrossim, veja-se a seguinte lição doutrinária:

Caracteriza-se o erro como o engano não intencional na declaração relativo ao próprio ato do registro, por parte do declarante ou do oficial. A falsidade é a declaração intencionalmente contrária à verdade que havia de constar do registro (CARVALHO FILHO, Milton Paulo de. Arts. 1.511 a 1.783-A – Família. In: Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência: Lei n. 10.406, de 10.01.2002. PELUSO, Cezar (Coord.). 9. ed. Barueri: Manole, 2015, p. 1.709)

Conquanto seja o ato jurídico irrevogável e irretroatável (arts. 1.609 e 1.610 do Código Civil),

o que impede o mero arrependimento, esses defeitos tomam contornos que transcendem a relação paterna, com possíveis reflexos patrimoniais indesejados, pois se trata de equívoco registral e/ou manifestação da vontade viciada, de maneira que se justifica a legitimação de terceiros para fins de declaração da nulidade do assento civil.

Em consonância com o aqui exposto, genericamente, quanto aos vícios de consentimento, estabelece o art. 177 do Código Civil: “A anulabilidade não tem efeito antes de julgada por sentença, nem se pronuncia de ofício; só os interessados a podem alegar, e aproveita exclusivamente aos que a alegarem, salvo o caso de solidariedade ou indivisibilidade”.

Portanto, nessa última hipótese, incidente a regra geral (art. 17 do Código de Processo Civil), ou seja, “considera-se que determinado sujeito tem legitimidade para a causa quando, abstratamente, ao menos, ele tiver o direito de pedir o que pede (legitimidade ativa)” (TJSC, Agravo de Instrumento n. 0170413-52.2013.8.24.0000, de Joinville, rel. Des. Francisco Oliveira Neto, Segunda Câmara de Direito Público, j. 14-5-2019).

Noutros dizeres, conforme o seguinte julgado:

“A ‘legitimidade para a causa’ nada mais é do que a ‘capacidade jurídica’ transportada para juízo, traduzida para o plano do processo. A regra é que somente aquele que pode ser titular de direitos e deveres no âmbito do plano material tem legitimidade para ser parte, é dizer, para tutelar, em juízo, ativa ou passivamente, tais direitos e deveres. Assim, a noção de legitimidade para a causa deve ser extraída do plano material, transformando a titularidade da relação jurídica material em parte, entendida, pela doutrina dominante, como aquela que pede ou em face de quem se pede algo em juízo” (BUENO, Cassio Scarpinella. Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 368-370) (TJSC, Apelação Cível n. 0301920-39.2015.8.24.0139, de Porto Belo, rel. Des. Fernando Carioni, Terceira Câmara de Direito Civil, j. 2-4-2019).

No caso, portanto, observa-se que, a despeito do nome da ação, trata-se de pretensão que visa à anulação do registro civil com fundamento em suposto vício de consentimento (erro) em relação à filha havia fora do casamento/união estável, circunstância, aliás, incontroversa.

Consequentemente, ao contrário do que consta da sentença ora objurgada, reconhece-se que não se está diante de demanda fundada no art. 1.601 do Código Civil, mas no art. 1.604 do referido diploma.

Em hipóteses análogas, decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO INTERNO. FAMÍLIA. ANULAÇÃO DE REGISTRO. LEGITIMIDADE ATIVA. EXAME DE DNA JÁ REALIZADO EM OUTRA AÇÃO. VALIDADE. SÚMULA 7/STJ. PETIÇÃO ELETRÔNICA. CERTIFICAÇÃO DIGITAL. PESSOA DIVERSA DO SUBSCRITOR DO RECURSO. TITULAR COM PROCURAÇÃO NOS AUTOS. POSSIBILIDADE. AGRAVO. CPC/1973, ART. 522. PEÇAS NECESSÁRIAS.

JUNTADA. INTIMAÇÃO. PRAZO.

[...]

3. A ação objetivando a declaração de inexistência de filiação somente pode ser ajuizada por quem tenha legítimo interesse jurídico, econômico ou moral no desfecho da causa.

4. Afastada a existência de união estável, mediante decisão transitada em julgado, verifica-se a perda superveniente da legitimidade e interesse da pretensa convivente para figurar no polo ativo de ação na qual objetiva a anulação de registro civil de filho de pessoa já falecida e com a qual manteve simples relacionamento ocasional.

5. A alteração da conclusão do acórdão recorrido de considerar válido exame de DNA produzido em outro processo (ação de reconhecimento de união estável) e a partir de material genético do irmão do de cujus, demandaria o reexame do conjunto fático-probatório dos autos, procedimento vedado no âmbito do recurso especial (Súmula 7 do STJ).

6. Agravo interno a que se nega provimento (AgRg nos EDcl nos EDcl no AREsp 677.722/RJ, rela. Mina Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, j. 17-8-2017).

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE ANULAÇÃO DE REGISTRO DE NASCIMENTO. ART. 1.604 DO CÓDIGO CIVIL. PRETENSÃO QUE VINDICA BEM JURÍDICO PRÓPRIO DOS HERDEIROS. ILEGITIMIDADE ATIVA DO ESPÓLIO. RECURSO DESPROVIDO.

1. Cuida-se de ação anulatória de registro de nascimento fundada em vício de consentimento, com amparo no art. 1.604 do CC, a qual é suscetível de ser intentada não apenas por parentes próximos do falecido, mas também por outros legítimos interessados, seja por interesse moral ou econômico. Precedentes.

2. Todavia, o espólio não detém legitimidade para o ajuizamento da ação, uma vez que a sua capacidade processual é voltada para a defesa de interesses que possam afetar a esfera patrimonial dos bens que compõem a herança, até que ocorra a partilha. Como, no caso, a demanda veicula direito de natureza pessoal, que não importa em aumento ou diminuição do acervo hereditário, a legitimidade ativa deve ser reconhecida apenas em favor dos herdeiros, que poderão ingressar com nova ação, em nome próprio, se assim o desejarem.

3. Recurso especial desprovido (REsp 1497676/SC, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, j. 9-5-2017).

RECURSO ESPECIAL. CIVIL. FAMÍLIA. AÇÃO ANULATÓRIA DE REGISTRO CIVIL (CC/2002, ART. 1.604). FALSIDADE IDEOLÓGICA. FILHOS DO AUTOR FALECIDO. LEGITIMIDADE ATIVA. INTERESSADOS. RECURSO PROVIDO.

1. A anulação do registro de nascimento ajuizada com fulcro no art. 1.604 do Código Civil de 2002, em virtude de falsidade ideológica, pode ser pleiteada por todos que tenham interesse em tornar nula a falsa declaração.

2. Recurso especial provido (REsp 1238393/SP, rel. Min. Raul Araújo, Quarta Turma, j. 2-9-2014).

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. DESCARACTERIZAÇÃO. PEDIDO FORMULADO. ANULAÇÃO DE REGISTRO DE NASCIMENTO. LEGITIMIDADE ATIVA.

- Na ação negatória de paternidade, prevista no art. 1.601, do CC/02, o objeto está restrito à impugnação da paternidade dos filhos havidos no casamento, e a legitimidade ativa para sua propositura é apenas do marido, que possui o vínculo matrimonial necessário para tanto. Na hipótese, contesta-se a paternidade de filho concebido fora do matrimônio, o que aponta a inadequada incidência do art. 1.601, do CC/02 à espécie.

- O pedido de anulação de registro de nascimento, fundamentado em falsidade ideológica do assento, encontra amparo na redação do art. 1.604, do CC/02, cuja aplicação amolda-se ao pedido exposto na exordial.

- Não se tratando de negatória de paternidade, mas de ação declaratória de inexistência de filiação, por alegada falsidade ideológica no registro de nascimento, não apenas o pai é legítimo para intentá-la, mas também outros legítimos interessados.

Recurso especial conhecido e provido (AgRg no REsp 939.657/RS, rel. Mina. Nancy Andrichi, Terceira Turma, j. 1º-12-2009).

Na mesma toada, vejam-se julgados desta Corte e do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que bem discriminam essas situações:

AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE FILIAÇÃO C/C RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL. GENITOR FALECIDO. DEMANDA AJUIZADA PELA IRMÃ DA REQUERIDA. EXTINÇÃO DO FEITO SEM EXAME DO MÉRITO POR ILEGITIMIDADE ATIVA. RECURSO DA AUTORA PRETENDIDA EXCLUSÃO DA PATERNIDADE DA DEMANDADA. ALEGAÇÃO DE QUE O GENITOR FOI LEVADO A ERRO PELA MÃE DA REQUERIDA AO EFETUAR O REGISTRO DE NASCIMENTO. AMPARO LEGAL DA PRETENSÃO. LEGITIMIDADE ATIVA EM OBSERVÂNCIA AO ARTIGO 1.604 DO CÓDIGO CIVIL. REGISTRO CIVIL REALIZADO DE FORMA ESPONTÂNEA. DECLARAÇÕES CONTIDAS NO REGISTRO DE NASCIMENTO QUE SÓ PODEM SER ELIDIDAS POR PROVA DE ERRO OU FALSIDADE DO REGISTRO.

“(…) 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).

“(…) A anulação do registro de nascimento ajuizada com fulcro no art. 1.604 do Código Civil de 2002, em virtude de falsidade ideológica, pode ser pleiteada por todos que tenham interesse em tornar nula a falsa declaração. 2. Recurso especial provido”. (RESP 1.238.393/SP, Quarta Turma, Rel. Ministro Raul Araújo, DJ de 18/9/2014).

FEITO QUE NÃO SE ENCONTRA MADURO PARA JULGAMENTO POR ESTE TRIBUNAL DE JUSTIÇA. NECESSIDADE DE INSTRUÇÃO PROBATÓRIA. INAPLICÁVEL O ART. 1013, § 3º, INCISO I, DO CPC. RETORNO DOS AUTOS À ORIGEM PARA PROSSEGUIMENTO DO FEITO. SENTENÇA CASSADA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO (TJSC, Apelação Cível n. 0301928-30.2016.8.24.0026, de Guaramirim, rel. Des. Cláudia Lambert de Faria, Quinta Câmara de Direito Civil, j. 18-9-2018).

AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE C/C ANULAÇÃO DE REGISTRO CIVIL. GENITOR FALECIDO. DEMANDA AJUIZADA PELA AVÓ PATERNA DA MENOR. REGISTRO CIVIL REALIZADO DE FORMA ESPONTÂNEA. PRETENDIDA EXCLUSÃO DA PATERNIDADE. EXTINÇÃO DO FEITO SEM EXAME DO MÉRITO POR ILEGITIMIDADE DA ATIVA DA AUTORA. AMPARO LEGAL DA PRETENSÃO. LEGITIMIDADE ATIVA EM OBSERVÂNCIA DOS ARTIGOS 1.604 E 1.606, AMBOS DO CÓDIGO CIVIL. ALEGAÇÃO DE QUE O GENITOR FOI LEVADO A ERRO PELA MÃE DA DEMANDADA AO EFETUAR O REGISTRO, DECLARAÇÕES CONTIDAS NO REGISTRO DE NASCIMENTO QUE SÓ PODE SER ELIDIDA POR PROVA DE ERRO OU FALSIDADE DO REGISTRO (ARTIGO 1.604, DO CÓDIGO CIVIL). VÍCIOS NÃO COMPROVADOS. ATO DE REGISTRO IRREVOGÁVEL. MENOR ATUALMENTE COM MAIS DE 7 (SETE) ANOS DE

IDADE. PRESERVAÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. PROTEÇÃO DOS SENTIMENTOS, FORMAÇÃO DE IDENTIDADE E DEFINIÇÃO DA PERSONALIDADE DA CRIANÇA. INTERESSES QUE SE SOBREPÕE À VERDADE REGISTRAL. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

A paternidade espontaneamente reconhecida é ato irrevogável e irretroatável, sobretudo quando não comprovada a ocorrência de vícios de consentimento aptos a macular a vontade do declarante no momento da lavratura do assento de nascimento (TJSC, Apelação Cível n. 0305741-78.2016.8.24.0054, de Rio do Sul, rel. Des. Saul Steil, Terceira Câmara de Direito Civil, j. 13-3-2018).

APELAÇÃO CÍVEL. FAMÍLIA E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. ADOÇÃO À BRASILEIRA. IRREVOGABILIDADE DO ATO. INEXISTÊNCIA DE ERRO OU FALSIDADE. - IMPROCEDÊNCIA NA ORIGEM. (1) JULGAMENTO EXTRA PETITA. VÍNCULO SOCIOAFETIVO. ADMISSÃO NA INICIAL. PATERNIDADE RATIFICADA. INEXISTÊNCIA DE VÍNCULO BIOLÓGICO. CONTRADIÇÃO AUSENTE. PRELIMINARES REJEITADAS. [...] (2) AÇÃO FULCRADA NO ART. 1.601. FILHO FORA DO CASAMENTO. CIÊNCIA DA NÃO FILIAÇÃO BIOLÓGICA. DESCABIMENTO. PRETENSÃO DECLARATÓRIA DE AUSÊNCIA DE PATERNIDADE E ANULATÓRIA DO REGISTRO. RECEBIMENTO COMO AÇÃO ANULATÓRIA.

- **“Na ação negatória de paternidade, prevista no art. 1.601, do CC/02, o objeto está restrito à impugnação da paternidade dos filhos havidos no casamento, e a legitimidade ativa para sua propositura é apenas do marido, que possui o vínculo matrimonial necessário para tanto. Na hipótese, contesta-se a paternidade de filho concebido fora do matrimônio, o que aponta a inadequada incidência do art. 1.601, do CC/02 à espécie”.** (STJ, AgRg no REsp 939.657/RS, rel^a. Min^a. Nancy Andrichi, j. em 01/12/2009). - Tendo em vista que o pleito autoral, além da declaração de ausência de paternidade, visa à anulação do registro civil da filiação, recebe-se a demanda como ação anulatória de registro civil, na forma do art. 1.604 do CC. [...] SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO (TJSC, Apelação Cível n. 2014.047070-5, da Capital, rel. Des. Henry Petry Junior, Quinta Câmara de Direito Civil, j. 30-10-2014).

AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE C/C ALTERAÇÃO DO REGISTRO CIVIL. INGRESSO POR SUPOSTO PAI BIOLÓGICO. EXTINÇÃO DO FEITO, SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO, EM FACE DA ILEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM E IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. FILHA NÃO CONCEBIDA NA CONSTÂNCIA DE CASAMENTO. AÇÃO, POR ISSO, QUE NÃO SE REVESTE DE CARÁTER PERSONALÍSSIMO. FUNDAMENTOS QUE DÃO CONTA DA FALSIDADE DA DECLARAÇÃO DE PATERNIDADE CONTIDA NO REGISTRO DE NASCIMENTO. DECLARAÇÃO DE INEXISTÊNCIA DE FILIAÇÃO, NESSES CONTORNOS, JURIDICAMENTE POSSÍVEL, NOS TERMOS DO ART. 1.604 DO CC/02. LEGITIMIDADE CONFERIDA ÀQUELES QUE TIVEREM INTERESSE MORAL E ECONÔMICO NA DECLARAÇÃO. LEGITIMIDADE ATIVA RECONHECIDA. SENTENÇA CASSADA. RETORNO DOS AUTOS AO JUÍZO ORIGINÁRIO PARA O REGULAR PROCESSAMENTO. RECURSO PROVIDO (TJSC, Apelação Cível n. 2011.014772-8, de Ibirama, rel. Des. Maria do Rocio Luz Santa Ritta, Terceira Câmara de Direito Civil, j. 19-7-2011).

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ANULATÓRIA DE REGISTRO DE NASCIMENTO. DISTINÇÃO ENTRE AS AÇÕES DE FILIAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE ERRO OU VÍCIO NO CONSENTIMENTO. FALSIDADE NO REGISTRO.

Caso em que o pai registral reconheceu o réu seu filho sem a presunção de que seria o pai (inexistência de pater is est), pois confessou ter registrado a pedido do ex-sogro, muito tempo após o término do relacionamento com a genitora. Logo, não se trata de ação negatória de paternidade clássica, com fundamento no artigo 1.601 do Código Civil, mas de ação anulatória do registro civil, com base no artigo 1.604, na qual necessário provar erro ou falsidade do registro.

E estabelecido em sede recursal o debate acerca da existência de paternidade socioafetiva, o apelante

expressamente dispensou a realização de prova acerca do vínculo afetivo. Razão pela qual, não se desincumbiu o autor/apelante do ônus de provar inexistência de paternidade socioafetiva. Consequentemente, correta a sentença de improcedência pois não provado vício no consentimento ou falsidade no registro de paternidade. NEGARAM PROVIMENTO (TJRS, Apelação Cível n. 70076821156, Oitava Câmara Cível, rel. Des. Rui Portanova, j. 22-11-2018).

APELAÇÃO CÍVEL. FAMÍLIA. AÇÃO ANULATÓRIA DE RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE IMPROPRIAMENTE DENOMINADA DE AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. ALEGAÇÃO DE DÚVIDA ACERCA DA PATERNIDADE BIOLÓGICA E INDUÇÃO EM ERRO. IRREVOGABILIDADE E IRRETRATABILIDADE DO RECONHECIMENTO VOLUNTÁRIO DE PATERNIDADE. VÍCIO DE VONTADE NA ORIGEM DO ATO NÃO COMPROVADO. ÔNUS PROBATÓRIO QUE COMPETE À PARTE AUTORA. COMPROVAÇÃO DE CONFIGURAÇÃO DE PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. DESNECESSIDADE, NO CASO.

1. A ação negatória de paternidade se presta exclusivamente para contestar a presunção pater is est, de modo que, se a filiação não surge em decorrência de referida presunção (existente apenas como efeito do matrimônio formal), mas de um ato de vontade do autor, cuida-se, em verdade, de ação anulatória de reconhecimento de paternidade.

2. O reconhecimento voluntário de paternidade seja ele com ou sem dúvida por parte de quem efetuou o reconhecimento é ato irrevogável e irretratável, conforme os arts. 1.609 e 1.610 do Código Civil. Embora seja juridicamente possível o pedido de anulação do reconhecimento espontâneo, com fundamento no art. 1.604 do Código Civil, para tanto é necessária a comprovação de vício de vontade na origem do ato. Precedentes do STJ.

3. Não tendo o demandante logrado êxito em comprovar a ocorrência de erro ou de qualquer outro vício de vontade apto a nulificar o reconhecimento espontâneo de paternidade operado, não se desincumbindo a contento do ônus probatório que lhe competia, conforme o art. 373, inc. I, do CPC, deve prevalecer a irrevogabilidade e irretratabilidade do ato, pois praticado de forma livre e consciente. Nesse contexto, é desnecessária qualquer análise acerca da configuração, ou não, de paternidade socioafetiva, uma vez que somente se cogita de anular reconhecimento voluntário de paternidade quando houver a comprovação de vício de consentimento quanto ao reconhecimento operado - o que não ocorre na espécie. NEGARAM PROVIMENTO. UNÂNIME (TJRS, Apelação Cível n. 70078963196, Oitava Câmara Cível, rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos, j. 22-11-2018).

APELAÇÃO CÍVEL. NEGATÓRIA DE PATERNIDADE CUMULADA COM ANULATÓRIA DE REGISTRO DE NASCIMENTO E EXONERAÇÃO DE ALIMENTOS. DISTINÇÃO ENTRE AS AÇÕES DE FILIAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE ERRO OU VÍCIO NO CONSENTIMENTO. FALSIDADE NO REGISTRO. INEXISTÊNCIA DE VÍNCULO BIOLÓGICO OU SOCIOAFETIVO. Caso em que o pai registral reconheceu o réu seu filho sem a presunção de que seria o pai (inexistência de pater is est), pois confessou ter encontrado a genitora poucas vezes e sequer eram namorados. Logo, não se trata de “ação negatória de paternidade” clássica, com fundamento no artigo 1.601 do Código Civil, mas de “ação anulatória do registro civil”, com base no artigo 1.604, na qual necessário provar “erro” ou “falsidade” do registro. **No caso, o pai registral/apelante não provou estar em erro no momento do registro. Apesar da falta de vício de consentimento, a peculiaridade do caso demonstra que o registro de nascimento é falso e não retrata qualquer verdade digna ou merecedora de proteção Estatal. Não há vínculo biológico e também não há vínculo socioafetivo, pelo que se constata da própria postura do filho requerido, que concorda com o pedido. Consequentemente, ainda que o apelante tenha registrado o réu como filho, sem a presunção de que era o pai, o pedido anulatório do registro é procedente.** DERAM PROVIMENTO (TJRS, Apelação Cível n. 70071170476, Oitava Câmara Cível, rel. Des. Rui Portanova, j. 23-3-2017)

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ANULATÓRIA DE RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE IMPROPRIAMENTE DENOMINADA NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. VÍCIO DE VONTADE NÃO COMPROVADO. ÔNUS QUE INCUMBE À PARTE AUTORA, CONFORME ART. 333, INC. DO CPC. IRREVOGABILIDADE E IRRETRATABILIDADE DO RECONHECIMENTO VOLUNTÁRIO DE PATERNIDADE.

1. A ação negatória de paternidade é exclusiva do marido da mãe e se presta para contestar a presunção pater is est que sobre ele recai em relação de prole havida na constância do casamento e nas hipóteses dos incisos do art. 1.597 do Código Civil. No caso, não se tratando de filiação surgida em decorrência de presunção legal, porquanto inexistente o vínculo matrimonial entre os genitores da demandada, cuida-se, em verdade, de ação anulatória de reconhecimento de paternidade, pela qual pretende o demandante anular o reconhecimento voluntário de paternidade por ele operado.

2. O reconhecimento voluntário de paternidade - seja ele com ou sem dúvida por parte do reconhecente - é ato irrevogável e irretroatável, conforme os arts. 1.609 e 1.610 do Código Civil. E embora seja juridicamente possível o pedido de anulação do reconhecimento espontâneo, com fundamento no art. 1.604 do Código Civil, para tanto é necessária a comprovação sobre de vício capaz de macular o ato de reconhecimento voluntário de paternidade. [...]

NEGARAM PROVIMENTO. UNÂNIME (TJRS, Apelação Cível n. 70054267018, Oitava Câmara Cível, rel. Des. Luiz Felipe Brasil Santos, j. 1º-8-2013).

Logo, ainda que haja precedentes noutro sentido, até por não se particularizarem tais circunstâncias, conclui-se que os autores (avós paternos) ostentam legitimidade ativa para a causa, tanto em razão de eventual interesse econômico quanto por motivação moral (herança e relação de parentesco).

Posto isso, tem-se que os autos, como pleiteiam os apelantes, devem retornar à origem para instrução processual, razão pela qual não se aplica o art. 1.013, § 3º, do Código de Processo Civil.

Sem embargo, independentemente da discussão sobre a força probatória do exame genético acostado pelos autores, há manifesta controvérsia sobre a própria existência do vício de consentimento imputado (erro) e da relação socioafetiva, a qual depende dilação probatória e, como se infere dos precedentes elencados, tem importância fundamental para o deslinde do feito.

Aliás, o Superior Tribunal de Justiça determinou tal providência (produção de provas) em situação semelhante:

RECURSO ESPECIAL. PROCESSO CIVIL. DIREITO DE FAMÍLIA. AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE COMBINADA COM ANULATÓRIA DE REGISTRO DE NASCIMENTO. INTERESSE PÚBLICO. MINISTÉRIO PÚBLICO. FISCAL DA ORDEM JURÍDICA. LEGITIMIDADE. INCAPAZ. ARTS. 178, II, 179 E 966 DO CPC/2015. SÚMULA n° 99/STJ. PATERNIDADE RESPONSÁVEL. ARTS. 127 E 226 DA CF/1988. FILIAÇÃO. DIREITO PERSONALÍSSIMO. ART. 2º, §§ 4º E 6º, DA LEI Nº 8.560/1992. INTERVENÇÃO. OBRIGATORIEDADE. SOCIOAFETIVIDADE. ART. 1.593 DO CC/2002. INSTRUÇÃO PROBATÓRIA. IMPRESCINDIBILIDADE. REGISTRO. RECONHECIMENTO ESPONTÂNEO. ERRO OU FALSIDADE. SOCIOAFETIVIDADE. PRESENÇA. ÔNUS DO AUTOR.

ART. 373, I, CPC 2015.

[...]

5. A posição processual do Parquet é dinâmica e deve ser compreendida como um poder-dever em função do plexo de competências determinadas pela legislação de regência e pela Carta Constitucional.

6. A averiguação da presença de socioafetividade entre as partes é imprescindível, pois o laudo de exame genético não é apto, de forma isolada, a afastar a paternidade.

7. A anulação de registro depende não apenas da ausência de vínculo biológico, mas também da ausência de vínculo familiar, cuja análise resta pendente no caso concreto, sendo ônus do autor atestar a inexistência dos laços de filiação ou eventual mácula no registro público.

8. Recurso especial provido (REsp 1664554/SP, rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, j. 5-2-2019).

RECURSO ESPECIAL - CIVIL E PROCESSUAL CIVIL - MEDIDA CAUTELAR INOMINADA E AÇÃO ANULATÓRIA DE PARTILHA - FILIAÇÃO CONTESTADA PELOS IRMÃOS - EXAME DE DNA - RESULTADO NEGATIVO - ILEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM RECONHECIDA PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. INSURGÊNCIA RECURSAL DO AUTOR. REGISTRO DE NASCIMENTO - PRESUNÇÃO DE VERACIDADE - PRETENSÃO DE DESCONSTITUIÇÃO DE PATERNIDADE PELOS CO-HERDEIROS - INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA - NECESSIDADE DE AÇÃO PRÓPRIA FUNDADA EM ERRO OU FRAUDE (ANULAÇÃO DE REGISTRO CIVIL) - AFETO COMO PARADIGMA DAS RELAÇÕES FAMILIARES - FILIAÇÃO RECONHECIDA - RECURSO ESPECIAL CONHECIDO EM PARTE E, NA EXTENSÃO, PROVIDO.

Trata-se de medida cautelar inominada, proposta com o intuito de se determinar a indisponibilidade dos bens imóveis objeto do inventário de Francisco Reinaldo de Moura, tendo em vista a omissão na indicação do autor, como herdeiro, nos autos do procedimento de arrolamento. Processo extinto, sem o julgamento do mérito, ante o reconhecimento da ilegitimidade ativa. Provimento mantido em sede de apelação.

1. A alegada ofensa ao art. 227, § 6º, da Constituição Federal não merece ser discutida em sede de recurso especial, porquanto o exame de ofensa a dispositivo constitucional é de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal, conforme dispõe o art. 102, inciso III, “a”, da Constituição.

2. Nos termos do artigo 1.603 do Código Civil, “A filiação prova-se pela certidão do termo de nascimento registrada no Registro Civil.” Assim, o estado de filiação se comprova por meio da certidão de nascimento devidamente registrada no Registro Civil, a qual, na hipótese em tela, evidencia a legitimidade ativa do recorrente, enquanto herdeiro do pai registral, para o ajuizamento da ação anulatória de partilha, assim como da medida cautelar inominada - que visa à determinação de indisponibilidade dos bens imóveis.

2.1 A simples divergência entre a paternidade declarada no assento de nascimento e a paternidade biológica não autoriza, por si só, a anulação do registro, o qual só poderia ser anulado, uma vez comprovado erro ou falsidade, em ação própria - destinada à desconstituição do registro.

2.2 Jurisprudência e doutrina consagram a possibilidade de reconhecimento da socioafetividade como relação de parentesco, tendo a Constituição e o Código Civil previsto outras hipóteses de estabelecimento do vínculo parental distintas da vinculação genética. Ademais, a filiação socioafetiva, a qual encontra respaldo no artigo 227, § 6º, da CF/88, envolve não apenas a adoção, mas também “parentescos de outra origem”, de modo a contemplar a socioafetividade.

2.3 As decisões proferidas pelas instâncias ordinárias, ao desconstituírem o registro de nascimento com base, exclusivamente, no exame de DNA, desconsideraram a nova principiologia, bem assim as regras decorrentes da eleição da afetividade como paradigma a nortear as relações familiares.

3. Recurso especial conhecido em parte e, na extensão, provido, a fim de reconhecer a legitimidade ativa do recorrente e em consequência, determinar o prosseguimento do feito na origem (REsp 1128539/RN, rel. Min. Marco Buzzi, Quarta Turma, j. 18-8-2015).

Diante do exposto, vota-se por dar provimento ao recurso para cassar a sentença e determinar o retorno dos autos à origem.

Este é o voto.

Apelação Cível n. 0302915-34.2017.8.24.0090, da Capital

Relator: Desembargador João Batista Góes Ulysséa

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO INDENIZATÓRIA POR DANOS MORAIS. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. APELO DO AUTOR. ENVIO DE *NOTEBOOK* À FABRICANTE PARA REPAROS NO PRAZO DE GARANTIA. INESPERADA FORMATAÇÃO DO EQUIPAMENTO SEM PRÉVIA ADVERTÊNCIA AO CONSUMIDOR. ELIMINAÇÃO INTEGRAL DE ARQUIVOS PESSOAIS E PROFISSIONAIS MANTIDOS NO COMPUTADOR. NARRATIVA EXORDIAL DOTADA DE PRESUNÇÃO DE VERACIDADE PELA REVELIA DA RÉ E CORROBORADA POR DOCUMENTOS IDÔNEOS. REQUISITOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL CARACTERIZADOS. DANOS MORAIS EVIDENCIADOS. DEVER DE REPARAR CONFIGURADO. ARBITRAMENTO DA VERBA. CRITÉRIOS. PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE. SENTENÇA REFORMADA. RECURSO PROVIDO.

Presume-se verdadeira a descrição dos fatos contida na petição inicial quando a parte demandada, apesar de regularmente citada, deixa transcorrer *in albis* o prazo para contestar, sobretudo quando a narrativa exordial estiver corroborada por documentos idôneos.

A formatação de computador pela fabricante responsável pelo conserto do equipamento durante o prazo de garantia, desprovida de advertência prévia ao consumidor que, ao ser informado que a medida não seria necessária, deixa de realizar cópia de seus arquivos, é conduta apta a causar dano anímico à vítima, decorrente da perda integral de documentos eletrônicos de natureza pessoal e profissional, mormente por se tratar de autônomo atuante no ramo de fotografia e *webdesign*.

O valor da indenização deve conter o efeito pedagógico da condenação, de forma razoável e proporcional, levando-se em conta o efeito preventivo ou desestimulante. A reparação do dano moral deve possibilitar satisfação compensatória e atuação desencorajadora de novas práticas ilícitas, sem provocar enriquecimento injustificado da vítima..

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0302915-34.2017.8.24.0090, da comarca da Capital (3ª Vara Cível) em que é Apelante Bruno Oliveira Sampaio e Apelada Hewlett Packard Brasil Ltda.

A Segunda Câmara de Direito Civil decidiu, por votação unânime, prover o recurso. Custas legais.

O julgamento, realizado em 16 de maio de 2019, foi presidido pelo Exmo. Sr. Desembargador Rubens Schulz, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Desembargador André Carvalho.

Florianópolis, 28 de maio de 2019.

[assinado digitalmente]

Desembargador João Batista Góes Ulysséa

Relator

RELATÓRIO

Bruno Oliveira Sampaio interpôs apelação contra a sentença que, nos autos da ação indenizatória por danos morais ajuizada contra Hewlett Packard Brasil Ltda, julgou improcedente o pedido e o condenou ao pagamento dos ônus sucumbenciais.

Em suas razões, sustentou o Apelante que: (a) é proprietário de um computador *notebook* da marca Apelada que, desde o princípio, apresentou mau funcionamento; (b) após contatar a fabricante e valendo-se do prazo de garantia, foi convencido a enviar o produto via transportadora, para que fosse consertado, sendo-lhe expressamente informado que não era necessário realizar *backup* de seus arquivos, pois a própria empresa o faria caso necessário; (c) após o prazo de 20 (vinte) dias para a restituição do computador, tratou diversas vezes com a Apelada que, finalmente, 38 (trinta e oito) dias depois do envio, devolveu-lhe o equipamento consertado; (d) todos os seus arquivos haviam sido deletados da memória, em razão da formatação da máquina, como fotos e arquivos pessoais, imagens indispensáveis à atividade comercial que desenvolve, pois é fotógrafo profissional/freelancer/webdesigner; (e) a atribuição que enfrentou lhe causou danos anímicos, decorrentes de crises de ansiedade e estresse, sobretudo porque estavam armazenados no computador trabalhos realizados em prol de clientes, além de contratos e informações sigilosas; (f) os fatos não foram contestados pela Ré revel, o que respalda a presunção da veracidade da narrativa; e (g) é imprescindível a condenação da empresa em indenização por danos morais estimada em R\$ 10.000,00, como a inversão dos ônus sucumbenciais.

Não houve contrarrazões.

Esse é o relatório.

VOTO

Trata-se de recurso apelatório interposto contra a sentença que julgou improcedente a pretensão reparatória formulada por Bruno Oliveira Sampaio, na ação de indenização por danos morais ajuizada contra Hewlett Packard Brasil Ltda.

Revela a análise do processo digital que a Ré, embora citada por meio de correspondência com aviso de recebimento (fl. 55), deixou transcorrer *in albis* o prazo para contestar, sobrevindo sentença antecipada (fls. 59-61). Diante da inércia da Demandada, presume-se verdadeira a narrativa exordial, nos termos do art. 344 do CPC/2015: “Se o réu não contestar a ação, será considerado revel e presumir-se-ão verdadeiras as alegações de fato formuladas pelo autor”.

Ademais, não estão presentes as exceções dos efeitos da revelia, constantes do art. 345 do CPC/2015:

[...]

I - havendo pluralidade de réus, algum deles contestar a ação;

II - o litígio versar sobre direitos indisponíveis;

III - a petição inicial não estiver acompanhada de instrumento que a lei considere indispensável à prova do ato;

IV - as alegações de fato formuladas pelo autor forem inverossímeis ou estiverem em contradição com prova constante dos autos.

Além da presunção de veracidade que milita a favor da narrativa exordial, trouxe o Demandante documentação suficiente à corroboração dos fatos: à fl. 20, prova da aquisição do equipamento, reforçada pela nota fiscal de fl. 21; às fls. 22-24, imagens da tela do *notebook* demonstrando mau funcionamento; à fl. 25, fotografia da prova do envio do equipamento para assistência técnica própria da fabricante, por meio da transportadora DHL; e, às fls. 26-27, que a Apelada HP manteve contato com o consumidor para lhe informar dos prazos de conserto do computador, inclusive lhe fornecendo dados de rastreamento.

Nesse rumo, não se pode debater acerca da descrição dos fatos realizada pelo Autor/Apelante que, reforçada pelos documentos mencionados, são suficientes ao convencimento de que a empresa fabricante do equipamento – e responsável pela assistência técnica no prazo de garantia – efetivamente prestou de forma inadequada o serviço. Com efeito, segundo a narrativa, o consumidor foi informado de que não seria necessário realizar *backup* (ou seja, cópia) de seus arquivos pessoais e profissionais, pois caso fosse necessário, a própria fabricante o faria.

Todavia – e novamente invoca-se a presunção de veracidade que milita a favor do Autor –, a máquina foi restituída após ser formatada, procedimento que pressupõe a exclusão de todos os arquivos do usuário e retorno do equipamento aos padrões de fábrica.

Não é preciso divagar extensamente sobre os efeitos nocivos da inesperada formatação do equipamento para o consumidor, sobretudo porque pressupõe a perda de todos os arquivos existentes na memória do computador, tanto de natureza pessoal quanto profissional, tais como fotos, vídeos, planilhas, textos, notas, trabalhos e contratos, entre outros. Noutras palavras, o consumidor viu-se privado de seu histórico digital, com consequências nefastas no âmbito pessoal e igualmente desastrosa sob o prisma profissional, sobretudo porque, como trabalhador autônomo do ramo de fotografia e *webdesign*, certamente dependia do equipamento para salvaguarda de seus arquivos.

Se é certo que, por prudência, o usuário de computadores deve acautelar-se mediante a duplicação de seus arquivos a fim de não ser surpreendido por falhas no equipamento, o fato de o consumidor não ter assim agido não pode retirar-lhe o direito de perseguir a justa reparação do prejuízo moral, sobretudo porque a empresa lhe garantiu que, caso fosse necessário deletar o sistema, realizaria por contra própria o procedimento, o que se conclui com base na presunção de veracidade da narrativa inicial.

Como já se decidiu, é dever da empresa responsável pelo serviço informar ao consumidor a necessidade de formatação, a fim de que este possa prevenir-se da perda de seus arquivos a tempo:

RECURSO INOMINADO. CONSUMIDOR. NOTEBOOK. DEFEITO NO “COOLER”. FORMATAÇÃO DO HD. PERDA DOS DADOS. NECESSIDADE DE AVISO PRÉVIO À CONSUMIDORA SOBRE A NECESSIDADE DE BACKUP. PROVIDÊNCIA NÃO ADOTADA PELA ASSISTÊNCIA TÉCNICA ANTES DE FORMATAR O HD. FALHA NA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS. DANO MORAL CONFIGURADO [...] (TJRS, Recurso Cível Nº 71004656906, Primeira Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, rel. Des. Pedro Luiz Pozza, Julgado em 10-6-2014, grifou-se).

Também conclui-se que os fatos experimentados pela vítima conduziram ao abalo anímico que, além de ser presumido, estão bem descritos na petição inicial não impugnada, e abrangeram estresse, tristeza, aflição, desgaste emocional e crises de ansiedade, que o levaram a buscar “ajuda especializada na tentativa de estabilizar a sua saúde” (fl. 4).

Esses os motivos pelos quais, na hipótese, estão bem caracterizados os requisitos da responsabilidade civil, a saber: o mau atuar da Apelada, o dano produzido à vítima e o nexo de causalidade entre a má prestação dos serviços de reparo no computador e a lesão anímica, nos exatos termos dos arts. 186 e 927 do CC/2002.

Da jurisprudência, no mesmo rumo:

RECURSO INOMINADO. CONSUMIDOR. AÇÃO INDENIZATÓRIA POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. VÍCIO NO PRODUTO. NOTEBOOK. PRELIMINAR DE DECADÊNCIA AFASTADA. PRODUTO LEVADO À ASSISTÊNCIA TÉCNICA DENTRO DO PRAZO DE GARANTIA. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA AFASTADA. RÉ QUE RESPONDE SOLIDARIAMENTE PELO VÍCIO NO PRODUTO. DANOS MORAIS EXCEPCIONALMENTE MANTIDOS (R\$ 1.000,00). AUTORA QUE COMPROVA A DESTINAÇÃO DO PRODUTO PARA REALIZAR O TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO UNIVERSITÁRIO, O QUE NÃO ULTIMOU. AINDA, APONTA A PERDA DE FOTOS E DOCUMENTOS EM FUNÇÃO DE FORMATAÇÃO NÃO AUTORIZADA. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO (TJRS, Recurso Cível Nº 71006771547, Quarta Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, rel. Des. Luis Antonio Behrendorf Gomes da Silva, Julgado em 14-9-2017).

RECURSO INOMINADO. CONSUMIDOR. NOTEBOOK. VÍCIO DE PRODUTO. PRELIMINARES DE ILEGITIMIDADE ATIVA E PASSIVA AFASTADAS. ENVIO À ASSISTÊNCIA TÉCNICA. VÍCIO REPARADO. FORMATAÇÃO DO HD NÃO AUTORIZADA. PERDA DE DADOS PESSOAIS SALVOS NO COMPUTADOR. DANO MORAL CONFIGURADO. [...] (TJRS, Recurso Cível Nº 71004354619, Primeira Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, rel. Des. Roberto José Ludwig, Julgado em 25-6-2013, destacou-se).

Do corpo deste último acórdão, destaca-se:

Dessa forma, os danos morais restam caracterizados, pois a perda dos dados do HD, sejam dados profissionais, sejam pessoais, à toda evidência, traz transtorno exorbitante dos dissabores do cotidiano para o seu proprietário (grifou-se).

Quanto ao balizamento da verba indenizatória, dois tópicos devem ser considerados com as suas finalidades primordiais: o caráter pedagógico e o fim punitivo do ressarcimento. Assim, o *quantum* arbitrado deve ter o efeito pedagógico, pois deve servir para evitar a reincidência, possibilitar uma satisfação compensatória e proporcional, desestimulando novas práticas ilícitas.

Seguindo uma projeção do fato, alinhada às condições do ofensor e do ofendido, o tipo e a forma do ataque, com as repercussões e consequências na vida da parte atingida, pertinente sua fixação em R\$ 10.000,00.

De um lado empresa de informática de grande porte, que deveria ter mais cautela ao realizar serviços dessa natureza, sobretudo por ter ciência de que a formatação do equipamento conduzirá inexoravelmente à perda de todos os arquivos do consumidor; do outro, está a vítima autônoma, que atua no ramo de *webdesign* e fotografia, dependente do computador para o exercício de seu mister e que não contribuiu para o evento danoso, sobretudo porque foi expressamente informado pela fabricante de que a medida de formatação não seria adotada e, caso fosse, a empresa cuidaria de salvar seus arquivos pessoais, o que não foi feito.

Desse modo, considerando os parâmetros adotados por esta Corte de Justiça, mostra-se pertinente o valor indenizatório em R\$ 10.000,00, cumprindo o papel compensatório ao dano provocado, além de penalizar a empresa Ré pelo ato ilícito praticado.

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 (Apelação Cível n. 0006941-75.2009.8.24.0011, de Brusque, rel. Des. Sebastião César Evangelista, Segunda Câmara de Direito Civil, j. 14-3-2019).

Deve a correção monetária ser computada a partir deste arbitramento (STJ, Súmula 362), enquanto que os juros de mora incidem desde a citação, em razão do descumprimento de obrigação de natureza contratual pela Apelada:

“Consoante entendimento pacificado no âmbito da eg. Segunda Seção, em se tratando de indenização por danos morais decorrentes de responsabilidade contratual, o termo inicial dos juros de mora é a data da citação” (AgInt no AREsp n. 869.645/PR, Min. Luis Felipe Salomão) (Apelação Cível n. 0312924-77.2017.8.24.0018, de Chapecó, rel. Des. Luiz César Medeiros, Quinta Câmara de Direito Civil, j. 23-4-2019).

Consectário legal da reforma integral da sentença, serão suportados os ônus sucumbenciais exclusivamente pela parte Ré/Apelada, incluindo a verba honorária que, nos termos do art. 85 do CPC/2015 e em atenção às particularidades da espécie, fixa-se em 15% do valor condenatório.

Pelo exposto, provê-se o recurso para julgar procedente o pedido.

Esse é o voto.

TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

Agravo de Instrumento n. 4017065-67.2018.8.24.0000, da Capital

Relatora: Desembargadora Maria do Rocio Luz Santa Ritta

PRECEITO COMINATÓRIO. REDE SOCIAL (*FACEBOOK*) REMOÇÃO DE CONTEÚDO DA REDE MUNDIAL DE COMPUTADORES E FORNECIMENTO DE DADOS DE TERCEIRO APONTADO COMO OFENSOR. INDICAÇÃO DA URL. RECURSO PROVIDO PARCIALMENTE.

A jurisprudência consolidou-se no sentido de reconhecer a necessidade de indicação da URL como condição de validade da ordem judicial de indisponibilização de conteúdo gerado por terceiro.

Desnecessidade da providência, entretanto, quando se tratar do cumprimento de ordem judicial destinada a indicação dos dados de terceiro previamente identificado.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 4017065-67.2018.8.24.0000, da comarca da Capital (4ª Vara Cível) em que é/são Agravante Facebook Serviços Online do Brasil Ltda e Agravado Diego Rodrigues Vieira Veras e outro:

A Terceira Câmara de Direito Civil decidiu, por unanimidade, prover parcialmente o recurso. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Marcus Tulio Sartorato, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. Luiz Felipe Schuch.

Florianópolis, 23 de julho de 2019.

Desembargadora Maria do Rocio Luz Santa Ritta

RELATORA

RELATÓRIO

Diego Rodrigues Vieira Veras e Kesly Celestino de Moura ajuizaram ação cominatória contra Facebook do Brasil e outro, em razão da publicação, pelo corréu Rodrigo da Gama Silveira, de fotografias que atrelavam a imagem dos autores à prática de estelionato.

Por meio da r. decisão agravada, o MM. Juiz *a quo* deferiu o pedido de antecipação da tutela para determinar que o Facebook Brasil (a) promova de imediato a exclusão das mensagens ofensivas aos autores existentes no perfil do primeiro réu e (b) preste todas as informações necessárias referentes ao cadastro do perfil, bem como o registro dos IPs de criação e de acesso do perfil do corréu Rodrigo da Gama Silveira, suficientes para a identificação do respectivo usuário, no prazo de 10 (dez) dias sob pena de multa diária pelo descumprimento no valor de R\$ 500,00 (quinhentos reais), limitada a R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).

Contra essa decisão Facebook do Brasil interpõe o presente agravo de instrumento, alegando, em suma, que: **(a)** “a indicação da localização inequívoca do material específico a ser removido é condição de validade da ordem judicial, nos termos do artigo 19, §1º, do Marco Civil da Internet, sob pena de se impor aos provedores de aplicações o dever de monitoramento, o que daria azo à censura” e **(b)** o fornecimento de registros de acesso relativos ao perfil do Corréu Rodrigo implica inviolabilidade da intimidade e da vida privada.

Finalizou postulando a suspensão liminar da decisão agravada e, ao final, a sua reforma.

Pela decisão de folhas 323/325 deferi parcialmente a liminar para suspender a ordem contida na alínea ‘a’ da decisão agravada, mantida, entretanto, a cominação constante na alínea ‘b’ da referida decisão.

Fluído *in albis* o prazo assinalado para as contrarrazões, vieram os autos.

VOTO

Provejo parcialmente o agravo.

No tocante à ordem de remoção das publicações ofensivas no Site Facebook, veiculada pela alínea ‘A’ da decisão agravada, a jurisprudência consolidou-se no sentido de reconhecer a necessidade de indicação da URL como condição de validade da ordem judicial de indisponibilização de conteúdo gerado por terceiro, nos termos do artigo 19, § 1º, do Marco Civil da Internet, providência não observada no juízo *a quo*.

Registro precedente do STJ:

É necessária a ‘indicação clara e específica do localizador URL do conteúdo infringente para a validade de comando judicial que ordene sua remoção da internet. O fornecimento do URL é obrigação do requerente’ (REsp 1.698.647/SP, Rel. Min. NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, DJe de 15/2/2018)’ (STJ - AgInt no AREsp 443683, Rel. Min. Lázaro Guimarães, DJe 29/06/2018).

Não diviso, no entanto, relevância na fundamentação no tocante ao comando contido na alínea ‘b’ da decisão agravada, isto é, à ordem de fornecimento de registros de acesso relativos ao perfil do Corréu Rodrigo, pois o princípio da inviolabilidade de dados não é absoluto, não se põe contra o poder de cautela de que é investido o Poder Judiciário e, de resto, não serve de anteparo para o cometimento de atos ilícitos.

Além disso, o cumprimento dessa cominação não supõe a prévia indicação da URL e se revela de invulgar importância para a descoberta do eventual uso de perfis falsos por parte do corréu na ação originária.

Reitere-se que não se trata, no ponto, de escapar à exigência da indicação clara e precisa da URL para o efeito de identificar determinado conteúdo que se pretenda excluir da rede mundial de

computadores, mas sim de dispensar a providência quando o que se busca é a obtenção de dados (pessoais, IP da máquina etc) de um sujeito previamente cadastrado e identificado, até mesmo para que, por exemplo, após a identificação de um determinado conteúdo (com a necessária indicação da URL) veiculado por um perfil *fake*, seja possível apreender se os dados utilizados pelo falsário são os mesmos cadastrados em nome daquele sujeito previamente identificado.

Com essas considerações, provejo parcialmente o recurso, nos termos da fundamentação.

Apelação Cível n. 0303546-56.2015.8.24.0022, de Curitiba

Relator: Des. Fernando Carioni

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS DECORRENTES DE ACIDENTE DE TRÂNSITO. COLISÃO COM ANIMAL SOBRE A PISTA DE ROLAGEM. ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM. PRETENSÃO DE ATRIBUIR A RESPONSABILIDADE PELO ACIDENTE AO DONO DO ANIMAL. CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO QUE TEM A OBRIGAÇÃO DE FISCALIZAR E MANTER A PISTA EM CONDIÇÕES DE SEGURANÇA. VÍTIMA QUE, DADA A APARENTE CONCORRÊNCIA DE RESPONSABILIDADES, TEM O DIREITO DE OPTAR CONTRA QUEM ENDEREÇAR A PRETENSÃO. LEGITIMIDADE DA RÉ PARA FIGURAR NO POLO PASSIVO DA DEMANDA. PRESCRIÇÃO TRIENAL. CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO. INCIDÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. APLICAÇÃO DO PRAZO PREVISTO NO ARTIGO 27 DO CODECON. PRESCRIÇÃO NÃO CONSTATADA. MÉRITO. CONDUTA OMISSIVA ESPECÍFICA DA CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO, QUE TINHA O DEVER DE AGIR PARA EVITAR QUE OCORRESSEM ACIDENTES EM RAZÃO DA PRESENÇA DE ANIMAIS NA PISTA. DANO CAUSADO POR CONSEQUÊNCIA DIRETA DA INÉRCIA DA CONCESSIONÁRIA. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA CONFIRMADA. DANOS MATERIAIS. ORÇAMENTOS IDÔNEOS. PREJUÍZOS SATISFATORIAMENTE COMPROVADOS. RESSARCIMENTO DEVIDO. TERMO INICIAL DOS JUROS DE MORA. DATA DO EVENTO DANOSO. RELAÇÃO EXTRA CONTRATUAL. DANOS MORAIS CONFIGURADOS. VALOR EM SINTONIA COM OS CRITÉRIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0303546-56.2015.8.24.0022, da comarca de Curitiba (1ª Vara Cível), em que é Apelante Autopista Fernão Dias S/A e Apelados Pedro Souza dos Santos e outro:

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

Participaram do julgamento, realizado no dia 18 de junho de 2019, os Exmos. Srs. Des. Maria do Rocio Luz Santa Ritta e Rubens Schulz.

Florianópolis, 19 de junho de 2019.

Fernando Carioni
PRESIDENTE E RELATOR

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de apelação interposto por Autopista Fernão Dias S/A contra sentença proferida pelo MM. Juiz de Direito da 1ª Vara Cível de Curitiba, que julgou procedente o pedido

formulado por Pedro de Souza Santos e JK Pneus Ltda. nos autos da ação de reparação de danos, nos seguintes termos:

Isso posto, **ACOLHO** a pretensão para **CONDENAR** a demandada ao pagamento das seguintes importâncias:

A) R\$113.327,00 (cento e treze mil trezentos e vinte e sete reais) ao autor **PEDRO SOUZA DOS SANTOS** a título de indenização por danos materiais. O valor é corrigido pelo INPC mais juros de 1% ao mês desde 3/7/2012, data do evento danoso..

B) R\$ 10.000,00 (dez mil reais) ao autor **PEDRO SOUZA DOS SANTOS** a título de indenização por danos morais. O valor é atual e corrigido pelo INPC mais juros de 1% ao mês incidentes desta data até o efetivo pagamento.

C) R\$ 19.400,00 (dezenove mil e quatrocentos reais) à autora JK PNEUS a título de indenização por danos materiais. O valor é corrigido pelo INPC mais juros de 1% ao mês desde 3/7/2012, data do evento danoso.

CONDENO a ré ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios da parte contrária, estes últimos arbitrados em 20% (vinte por cento) do montante da condenação.

Outrossim, **JULGO PROCEDENTE** em parte o pedido formulado na lide **secundária, proposta por AUTO PISTA FERNÃO DIAS S.A em face de SEGURADORA CHARTIS**. Por conta disso, **CONDENO** a litisdenunciada a ressarcir a parte denunciante pelos valores a que ela restou condenada a pagar à parte autora da ação indenizatória somente em relação aos danos materiais, conforme itens “A” e “C” deste dispositivo e na parte que exceder à franquia estipulada de R\$150.000,00, valor este que sofre correção monetária pelo INPC da data do evento até o momento do cumprimento da obrigação. A condenação por dano moral está totalmente abrangida pela franquia, que é de R\$100.000,00. Responde ainda a denunciada pelos ônus sucumbenciais cominados à denunciante. Incabível a condenação em honorários advocatícios e custas processuais na lide subsidiária, à minguada de resistência da denunciada ao direito de regresso da parte denunciante. Por sua vez a denunciante igualmente não é considerada sucumbente por não ter indicado o alcance da denúncia, presumindo-se a postulação de acordo com o contrato de seguros.

Em seu arrazoado, a ré arguiu, em preliminar, sua ilegitimidade passiva *ad causam*, pois o acidente deu-se por culpa de terceiro.

No mérito, alegou a ausência de responsabilidade, dada a inexistência de ato ilícito e de nexo causal a justificar as pretensões formuladas na inicial. Argumentou que, quando se trata de dano decorrente de conduta omissiva, o Estado ou as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos possuem responsabilidade subjetiva, que depende da comprovação da culpa. Quanto aos danos materiais, disse que a apresentação de orçamentos não é suficiente para fundamentar a pretensão por ressarcimento, e que os autores deveriam ter informado se acionaram o seguro, uma vez que, se assim o fizeram, o valor da indenização deve limitar-se ao valor da franquia. Se mantida a condenação, requereu que os juros de mora incidam a partir da data da citação. Por derradeiro, aduziu que a indenização pro danos morais é indevida, mas, caso seja mantida, deve ser reduzida.

Contrarrazões recursais às fls. 603-618.

Este é o relatório.

VOTO

Trata-se de apelação cível interposta com o objetivo de reformar a decisão de primeiro grau que julgou procedente o pedido formulado na ação de ressarcimento de dano causado por acidente de trânsito.

Preliminarmente, a requerida arguiu sua ilegitimidade passiva *ad causam*, pois o acidente, decorrente de colisão entre o veículo e um animal que se encontrava morto na pista, foi causado por culpa de terceiro, quem seja o dono do animal.

No entanto, o fato de a ré não ser a dona do animal não afasta sua obrigação em fiscalizar e conservar as estradas ou rodovias, devendo responder por eventuais defeitos na prestação de seus serviços e que coloquem em risco a segurança de quem as utiliza.

Não se quer afastar a responsabilidade do proprietário do animal, mas apenas esclarecer que, concorrendo, *in casu*, dois supostos ilícitos – o do dono do animal, em razão de encontrar-se solto e ter ocasionado o acidente, e o da concessionária, em razão do dever de fiscalizar e garantir a segurança da pista –, cabe à vítima escolher contra quem vai direcionar a pretensão para responder pelos danos que experimentou.

A propósito, os julgados deste Tribunal:

RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE DE TRÂNSITO. COLISÃO COM ANIMAL QUE SE DESLOCAVA SOBRE A PISTA DE ROLAMENTO. RODOVIA SOB CONCESSÃO. ILEGITIMIDADE PASSIVA. PRETENSA ATRIBUIÇÃO DE RESPONSABILIDADE CIVIL EXCLUSIVA AO DONO OU DETENTOR DO ANIMAL. INOCORRÊNCIA. CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO QUE FALTOU COM O DEVER DE VIGILÂNCIA A FIM DE MANTER SEGURO O TRECHO, LIVRE DA PRESENÇA DE ANIMAIS. INEXISTÊNCIA DE DEFEITO NO POLO PASSIVO. LUCROS CESSANTES NÃO COMPROVADOS. DOCUMENTOS APRESENTADOS EM SEDE RECURSAL. IMPOSSIBILIDADE. PRECLUSÃO. NÃO CONHECIMENTO. VERBA HONORÁRIA MANTIDA EM OBSERVÂNCIA AO CASO CONCRETO E CRITÉRIOS LEGAIS. RECURSOS DESPROVIDOS.

‘É parte legítima para figurar no polo passivo da demanda concessionária de serviço público que permite o trânsito de animais em rodovias sob seu domínio.

A presença de animais na pista coloca em risco a segurança dos usuários da rodovia, respondendo as concessionárias pelo defeito na prestação do serviço que lhes é outorgado pelo Poder Público concedente (STJ. REsp n. 687799/RS, rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, Quarta Turma, j. em 15.10.09)’. (AC n. 2012.073951-7, rel. Des. Francisco Olivieira Neto, j. 21.05.2013) (Apelação Cível n. 2012.022125-4, de Itajaí, rel. Des. Rodolfo C. R. S. Tridapalli, j. em 28-7-2015 – negrito não contante no original).

RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE DE TRÂNSITO CAUSADO POR INVASÃO DE ANIMAL NA PISTA DE ROLAMENTO. TRECHO SOB O DOMÍNIO DE CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO.

[...]

ILEGITIMIDADE PASSIVA. ALEGADA RESPONSABILIDADE CIVIL EXCLUSIVA DO DONO OU

DETENTOR DO ANIMAL, DE ACORDO COM O ART. 936 DO CÓDIGO CIVIL. INOCORRÊNCIA. RESPONSABILIDADE CONCORRENTE. CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO QUE INFRINGIU O DEVER DE FISCALIZAÇÃO E MANUTENÇÃO DE SEGURANÇA DA RODOVIA SOB SEU DOMÍNIO. INEXISTÊNCIA DE DEFEITO NO POLO PASSIVO.

É parte legítima para figurar no polo passiva da demanda concessionária de serviço público que permite o trânsito de animais em rodovias sob seu domínio.

‘A presença de animais na pista coloca em risco a segurança dos usuários da rodovia, respondendo as concessionárias pelo defeito na prestação do serviço que lhes é outorgado pelo Poder Público concedente. (STJ. REsp n. 687799/RS, rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, Quarta Turma, j. em 15.10.09). (AC n. 2012.073951-7, rel. Des. Francisco Oliveira Neto, j. em 21-5-2013 – negrito não constante no original).

Dessa feita, não há falar em ilegitimidade da requerida para figurar no polo passivo do feito.

A apelante alega, ainda, que a relação existente entre as partes não é de consumo, pois os apelados utilizam as rodovias operadas pela Autopista Fernão Dias S/A para o exercício de suas atividades e, por conseguinte, não são os destinatários finais do serviço.

Afirma que o prazo prescricional das ações em que se pretende reparação civil é de 3 (três) anos, conforme preceitua o art. 206, § 3º, do CC.

Razão, entretanto, não lhe assiste. Ao reverso do que alega, a relação jurídica objeto da avença é de consumo, porquanto é entendimento da Corte Superior que “*as concessionárias de serviços rodoviários, nas suas relações com os usuários da estrada, estão subordinadas ao Código de Defesa do Consumidor, pela própria natureza do serviço*” (STJ, REsp 467.883/RJ, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, j. em 17-6-2003, DJ 1-9-2003).

Assim, evidencia-se que a relação existente entre as partes é regida pelo Código de Defesa do Consumidor. Nesse sentido, é a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO RECORRIDO. NÃO OCORRÊNCIA. CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO. CDC. INCIDÊNCIA. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA. DECISÃO MANTIDA.

1. Inexiste afronta ao art. 535 do CPC quando o acórdão recorrido analisou todas as questões pertinentes para a solução da lide, pronunciando-se, de forma clara e suficiente, sobre a controvérsia estabelecida nos autos.

2. A jurisprudência desta Corte consolidou entendimento segundo o qual é aplicável o CDC às relações entre a concessionária de serviços rodoviários e seus usuários.

3. “A presença de animais na pista coloca em risco a segurança dos usuários da rodovia, respondendo as concessionárias pelo defeito na prestação do serviço que lhes é outorgado pelo Poder Público concedente” (REsp n. 687.799/RS, Relator Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 15/10/2009, DJe 30/11/2009.) 4. Agravo regimental improvido (AgRg no AREsp 586.409/PR, Rel. Min.

Antônio Carlos Ferreira, Quarta Turma, j. em 4-8-2015, DJe 13-8-2015, grifo nosso).

As concessionárias de serviços rodoviários, nas suas relações com o usuário, subordinam-se aos preceitos do Código de Defesa do Consumidor e respondem objetivamente pelos defeitos na prestação do serviço. Precedentes (REsp 1268743/RJ, rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, j. em 4-2-2014, DJe 7-4-2014).

RESPONSABILIDADE CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. RODOVIA. CONCESSIONÁRIA. RELAÇÃO COM USUÁRIO. INCIDÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA N. 7/ STJ.

A empresa concessionária que administra rodovia mantém relação consumerista com os usuários, devendo ser responsabilizada objetivamente por eventuais falhas na prestação do serviço (AgRg no AREsp 342.496/SP, rel. Ministro João Otávio de Noronha, Terceira Turma, j. em 11-2-2014, DJe 18-2-2014).

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS CAUSADOS A VIATURA POLICIAL QUE TRAFEGAVA EM RODOVIA MANTIDA POR CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO. ACIDENTE DE TRÂNSITO. ATROPELAMENTO DE ANIMAL NA PISTA. RELAÇÃO CONSUMERISTA. FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA CONCESSIONÁRIA. INCIDÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. PRECEDENTES. INEXISTÊNCIA DE EXCLUDENTE DE RESPONSABILIZAÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO (AgR no Ag 1067391/SP, rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, j. em 25-5-2010, DJe 17-6-2010).

Reconhecida a existência de relação de consumo, é aplicável o art. 27 do CDC, que dispõe que *“prescreve em cinco anos a pretensão à reparação pelos danos causados por fato do produto ou do serviço prevista na Seção II deste Capítulo, iniciando-se a contagem do prazo a partir do conhecimento do dano e de sua autoria”*.

No caso em tela, os autores ajuizaram ação de reparação de danos, na qual pretendem a condenação da ré ao pagamento de indenização por danos materiais e morais em decorrência de acidente de veículo ocorrido em virtude da presença de animal na pista.

Dos documentos juntados no processo, mais precisamente do boletim de ocorrência juntado às fls. 25-34, vê-se que referido acidente de trânsito ocorreu em 13-7-2012.

Diante desse quadro, é correto afirmar que o início da contagem do prazo prescricional deu-se em 13-7-2012. Por conseguinte, considerando que a ação foi ajuizada em 17-12-2015, não está prescrita a pretensão dos autores.

No mérito, a requerida diz que, quando se trata de dano decorrente de conduta omissiva, o Estado ou as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos possuem responsabilidade subjetiva, que depende da comprovação da culpa.

Considerando que a apelante é uma concessionária de serviço público, a ela aplica-se o disposto no art. 37, § 6º, da Constituição Federal. Vejamos:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

§ 6º 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.

Dessarte, a responsabilidade dos entes públicos e dos prestadores de serviços por atos comissivos de seus agentes, e que venham a lesionar terceiros, é objetiva de acordo com o dispositivo legal supramencionado.

Por outro lado, a doutrina e a jurisprudência tem entendido que também é objetiva a responsabilidade em caso de conduta omissiva específica, como no caso em tela, em que a requerida tinha a obrigação de agir para evitar a ocorrência do evento danoso.

Nesse sentido, os julgados deste Tribunal:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RESSARCIMENTO DE DANOS CAUSADOS EM ACIDENTE DE TRÂNSITO. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA.

APELO DA EMPRESA RÉ.

[...]

MÉRITO. ALEGAÇÃO DE **RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DO PODER PÚBLICO POR ATO OMISSIVO. CONCESSIONÁRIA QUE, ENTRETANTO, TINHA A OBRIGAÇÃO DE ZELAR PELA BOA CONSERVAÇÃO DA VIA E, CONSEQUENTEMENTE, IMPEDIR A OCORRÊNCIA DO ATO LESIVO. OMISSÃO CONSIDERADA ESPECÍFICA, ENSEJANDO A RESPONSABILIDADE OBJETIVA DA EMPRESA.** INTELIGÊNCIA DO ART. 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. BASTA A PROVA DA OMISSÃO, DO DANO E DO NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE AMBOS (Apelação Cível n. 0300616-48.2016.8.24.0081, de Xaxim, rela. Desa. Cláudia Lambert de Faria, j. em 9-10-2018 – negrito não constante no original).

RESPONSABILIDADE CIVIL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS - QUEDA DE VEÍCULO EM BURACO EXISTENTE EM VIA PÚBLICA - FALTA DE SINALIZAÇÃO ADEQUADA - OMISSÃO ESPECÍFICA DO ENTE PÚBLICO - RESPONSABILIDADE OBJETIVA.

1 A pessoa jurídica de direito público responde objetivamente pelos danos decorrentes de evento lesivo originado por omissão específica sua, ou seja, por omissão a um dever legal de agir concreta e individualizadamente de modo a impedir o resultado danoso.

2 A existência de buraco em via municipal, desprovido de sinalização adequada, configura omissão específica do ente público, em razão da inobservância de sua obrigação de agir para a conservação do local e a segurança dos munícipes (Apelação Cível n. 2009.046487-8, de Criciúma. rel. Des. Luiz César Medeiros, j. em 15-9-2009 – negrito não constante no original).

Portanto, dado que lhe incumbia dever legal específico e concreto – haja vista que a razão de ser da concessionária contratada para a manutenção e a segurança da pista rodoviária é, evidentemente, a manutenção e a segurança da pista rodoviária, assumindo assim os riscos decorrentes do negócio –, a ré tinha, sim, dever de agir, e foi sua inércia que possibilitou a ocorrência do acidente noticiado no feito.

Para afastar essa conclusão, a requerida afirma que cumpriu rigorosamente as exigências mínimas relativas às inspeções de tráfego, de modo que não pode ser responsabilizada pelo acidente.

No entanto, depreende-se dos autos que o acidente ocorreu porque havia um animal na pista sobre a pista de rolamento. E, embora a ré tenha afirmado que realizava inspeções e fiscalizações a cada 90 minutos, não foi o bastante para evitar o acidente, pois não providenciou a pronta sinalização do local, tampouco a retirada do animal da pista.

Portanto, não procede a alegação da requerida no sentido de que a inspeção foi cumprida e que a pista encontrava-se em perfeitas condições de tráfego, pois lhe cabia providenciar a sinalização e a retirada do animal da pista o quanto antes, para evitar algum acidente. No entanto, não o fez.

Do boletim de acidente de trânsito extrai-se:

De acordo com averiguações no local, declarações o condutor e vestígios no veículo, relato que: o condutor do V1m um M. Benz/LS 1938, cor branca, placas MAY-6544/SC e s. reb., placas MAO-1983/SC, não teve como evitar o atropelamento de um animal que estava no meio da pista, em seguida, perdeu o controle do V1, que tombou entre o canteiro central e as fixas da esquerda e parte da direita da pista, sentido a Belo Horizonte (fl. 26).

Dessarte, reputa-se suficientemente comprovada a conduta negativa da ré, o dano e o nexo de causalidade entre ambos, tudo a ensejar a responsabilidade da requerida.

O recurso envereda, ainda, contra os orçamentos apresentados pelos autores.

Primeiramente, destaca-se que foram apresentadas três propostas de conserto, cuja idoneidade não foi questionada. Apenas afirma a requerida que os orçamentos não são documentos hábeis para comprovar os alegados danos materiais.

Na verdade, não obstante a praxe forense, o certo é que qualquer orçamento idôneo apresentado pela vítima, independentemente de seu número, é suficiente para comprovar os danos ocasionados em seu veículo.

Ensina Carlos Roberto Gonçalves:

A praxe consiste em apresentar três orçamentos de oficinas idôneas e especializadas, optando-se pelo de menor valor. Veja-se:

‘No atinente ao dano, é de se adotar, como de regra, para o ressarcimento, o valor constante do menor orçamento’ (JTACSP, Revista dos Tribunais, 108:134).

No entanto, a parte não está obrigada a oferecer necessariamente três orçamentos. Mesmo um já é suficiente, desde que não seja impugnado pelo litigante contrário e não se apresente exagerado ou dissociado aos demais elementos da prova. Ocorrendo impugnação, nem sempre, pois, é de se indeferir a avaliação, mormente se corroborados os valores consignados por listas de outras casas do gênero, mesmo que trazidos ao processo posteriormente (Arnaldo Rizzardo, *A reparação*, cit., p. 14) (RT, 621:210; *Responsabilidade civil*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 858-859).

Na hipótese em comento, a ré não se desincumbiu a contento de impugnar a idoneidade dos orçamentos das oficinas apresentados pelos autores, que repousam às fls. 35-46, cingindo-se a alegar que os documentos não comprovariam o dano material porque não foram juntadas notas fiscais ou recibos.

Além disso, para afastar a prova trazida pelos autores, cabia à parte ré juntar aos autos orçamentos que reunissem os mesmos itens descritos nas avaliações feitas pelos autores, a fim de que fosse possível realizar a comparação dos preços, ônus que lhe cabia e do qual não se desincumbiu.

A jurisprudência não destoia:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS. ACIDENTE DE TRÂNSITO. CULPA DA RÉ DEMONSTRADA. DEVER DE INDENIZAR EVIDENCIADO. VALOR DA INDENIZAÇÃO. INSURGÊNCIA CONTRA OS ORÇAMENTOS APRESENTADOS. IMPUGNAÇÃO DESTITUÍDA DE ELEMENTOS PROBATÓRIOS. CONDENAÇÃO MANTIDA. [...] RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Se o teor do orçamento sobre o qual se funda o pleito ressarcitório não foi impugnado com base em elementos probatórios suficientes para desconstituí-lo, nada obsta a sua utilização para embasar o decreto condenatório, na exata medida em que não há qualquer dispositivo legal que obrigue a vítima a trazer aos autos notas fiscais de serviço, sobretudo quando colaciona ao processo três orçamentos elaborados por empresas idôneas e não há impugnação específica acerca dos valores e peças neles mencionados (TJSC, Ap. Cív. n. 0600525-56.2014.8.24.0079, de Videira, rel. Des. Joel Figueira Júnior, j. em 2-6-2016).

Os orçamentos de oficinas especializadas e idôneas são suficientes para provar o montante dos prejuízos. Não basta, assim, ao réu impugnar os orçamentos apresentados. É preciso produzir provas para elidi-los (VALLER, Wladimir. *Responsabilidade civil e criminal nos acidentes automobilísticos*, Julex, 1ª ed., 1991, p. 132 (TJSC, Ap. Cív. n. 2011.054564-9, de São Miguel do Oeste, rel. Des. Rubens Schulz, j. em 9-6-2014).

A existência de mais de um orçamento que retrata o custo do conserto de avarias causadas por acidente de trânsito é prova suficiente da extensão dos danos emergentes (TJSC, Ap. Cív. n. 2013.036931-3, de São José, rel. Des. Odson Cardoso Filho, j. em 10-10-2013).

Demais disso, descabida a pretensão da ré de pagar somente a franquia, caso os autores tenha acionado o seguro. Afinal, foi a causadora dos danos e, de acordo com os arts. 186 e 927 do CPC,

deve suportar os prejuízos que causou. Não bastasse, certo é que não há mínimos elementos que autorizem sequer presumir que o veículo fosse segurado e que o seguro tenha sido acionado, ônus este que também incumbia à requerida.

No que se refere à incidência dos juros de mora, ainda que se trate de relação de consumo, a relação existente entre elas é extracontratual.

A propósito:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. ACIDENTE DE TRÂNSITO. CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO - AUTOPISTA LITORAL SUL S/A. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA. CONDENAÇÃO EM DANOS MATERIAIS (R\$ 2.785,00). INSURGÊNCIA DE AMBAS AS PARTES. [...]

PLEITO DE INCIDÊNCIA DE JUROS DE MORA SOMENTE A PARTIR DA CITAÇÃO. SENTENÇA QUE FIXOU O MARCO INICIAL NA DATA DE CADA DESEMBOLSO (EVENTO DANOSO). RELAÇÃO EXTRACONTRATUAL. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 54 DO STJ. SENTENÇA MANTIDA.

‘a concessionária de serviços rodoviários em que pese estabeleça relação de consumo com seus usuários, não formaliza contrato stricto sensu, portanto, trata-se de relação extracontratual, sendo assim, correta a aplicação da Súmula n. 54 do Superior Tribunal de Justiça’ (ED n. 0020033-34.2012.8.24.0038, rel. Des. Artur Jenichen Filho, Quinta Câmara de Direito Público, j. 08-03-2018) (Apelação Cível n. 0302013-13.2014.8.24.0082, do Tribunal, rel. Des. Vilson Fontana, j. em 24-10-2018).

APELAÇÃO CÍVEL E RECURSO ADESIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS. ACIDENTE DE TRÂNSITO EM TRECHO SOB DOMÍNIO DE CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO. [...] DANOS MATERIAIS. RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRACONTRATUAL. JUROS DE MORA E CORREÇÃO MONETÁRIA CONTADOS A PARTIR DO EVENTO DANOSO. SENTENÇA MANTIDA NO PONTO. RECLAMO DA RÉ DESPROVIDO. RECURSO ADESIVO DO AUTOR PROVIDO (TJSC, Apelação Cível n. 0000991-30.2013.8.24.0081, rel. Des. Carlos Adilson Silva, Primeira Câmara de Direito Público, j. em 5-9-2017).

Portanto, os juros de mora incidem sobre o valor da indenização desde a data do evento danoso.

Quanto aos danos morais, pretende a ré que sejam afastados. No entanto, o autor comprovou que não teve como arcar com o alto custo do conserto do caminhão e precisou vendê-lo pelo valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) (fl. 23).

Então, evidente que o acidente causou-lhe profundo abalo moral, afinal, sem condições de suportar os custos do conserto do caminhão, que era utilizado em seu trabalho para a realização de fretes, precisou vendê-lo por um valor muito baixo

Como consignado na sentença: *“seguro concluir que a limitação do meio de vida do postulante, pela inutilização do meio de trabalho, é situação capaz de ensejar ofensa à paz interior do indivíduo, vendo-se despojado do instrumento de trabalho, com comprometimento de sua sobrevivência digna,*

bem assim a de sua família, tratando-se de modesto trabalhador autônomo. Reconhece-se o dano extrapatrimonial derivado do dano material, que lhe acarretou a perda de sua fonte de renda e de meios de subsistência” (fl. 553).

No que diz respeito ao valor dos danos morais, *“devem ser observados alguns critérios, tais como a situação econômico-financeira e social das partes litigantes, a intensidade do sofrimento impingido ao ofendido, o dolo ou grau da culpa do responsável, tudo para não ensejar um enriquecimento sem causa ou insatisfação de um, nem a impunidade ou a ruína do outro”* (TJSC, Ap. Cív. n. 0019825-70.2013.8.24.0020, de Criciúma, rel. Des. Marcus Tulio Sartorato, j. em 23-1-2018).

Destarte, o *quantum* compensatório deve sujeitar-se às peculiaridades de cada caso concreto, levando-se em conta o sofrimento causado pelo dano, as condições pessoais e econômicas das partes envolvidas, de modo a não ser por demais gravoso a gerar o enriquecimento sem causa dos ofendidos, nem tão insuficiente que não proporcione uma compensação pelos efeitos dos danos.

A par dessas considerações, em atenção ao caráter compensatório e punitivo da condenação, entende-se adequado o valor fixado na sentença em R\$ 10.000,00 (dez mil reais), que está de acordo com os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

Pelo exposto, nega-se provimento ao recurso. Deixa-se de fixar os honorários recursais, pois os honorários advocatícios estabelecidos na sentença já atingiram o valor máximo legal.

Este é o voto.

Apelação Cível n. 0323195-85.2017.8.24.0038, Joinville

Relator: Des. Fernando Carioni

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RETIFICAÇÃO DE REGISTRO PÚBLICO PARA SUPRESSÃO DE PATRONÍMICO MATERNO. CERTIDÃO DE NASCIMENTO. ESCUSA BASEADA NA ALEGAÇÃO DE QUE, COMO RESIDENTE DA IRLANDA, ENFRENTA PROBLEMAS COM A EXISTÊNCIA DE DOIS PATRONÍMICOS EM SEU NOME, NOTADAMENTE O DA MÃE. ARGUMENTAÇÃO DE PERDA DE OPORTUNIDADE PROFISSIONAL. TEMOR DE QUE O PAÍS SE RETIRE DA UNIÃO EUROPEIA COM OBRIGAÇÃO DE FIRMAR CIDADANIA IRLANDESA. SITUAÇÃO QUE PODERIA CRIAR EMBARAÇOS FRENTE À ADOÇÃO DO PATRONÍMICO DA MÃE, NOTADAMENTE PORQUE NAQUELE PAÍS SE USA SOMENTE O SOBRENOME DO PAI. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. RECURSO DO AUTOR. REEDIÇÃO DOS ARGUMENTOS QUE NÃO SE ACOLHEM. OBSERVÂNCIA AO PRINCÍPIO DA IMUTABILIDADE DO NOME. EXCEPCIONALIDADE INEXISTENTE. ARGUMENTOS DE CONSTRANGIMENTO E DIFICULDADES NÃO COMPROVADOS. MEROS TEMORES QUE NÃO SUSTENTAM A MUDANÇA PRETENDIDA. FATO CONSTITUTIVO DO DIREITO DO AUTOR NÃO COMPROVADO. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO.

“Salvo pontuais exceções declinadas em lei, vigora no sistema jurídico vigente o princípio da imutabilidade do nome civil. À míngua de provas a atestar com suficiência a pretensão retificatória, deve-se negar a alteração do nome com esteio nos princípios da estabilidade e segurança jurídica” (TJSC, Apelação Cível n. 0301869-43.2017.8.24.0079, de Videira, Terceira Câmara de Direito Civil, j. em 3-4-2018).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0323195-85.2017.8.24.0038, da comarca de Joinville (2ª Vara da Fazenda Pública), em que é Apelante Roberto de Oliveira Rech:

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

Participaram do julgamento, realizado no dia 18 de junho de 2019, os Exmos. Srs. Des. Maria do Rocio Luz Santa Ritta e Rubens Schulz. Funcionou como Representante do Ministério Público o Exmo. Sr. Dr. Lenir Roslindo Piffer.

Florianópolis, 19 de junho de 2019.

Fernando Carioni
PRESIDENTE E RELATOR

RELATÓRIO

Roberto de Oliveira Rech aforou, na Vara da Fazenda da comarca de Joinville, ação de retificação de registro civil ao fundamento de que é brasileiro naturalizado italiano, há mais de dez anos não vive neste território e há seis anos mora em Dublin, na Irlanda.

Pontuou que foi registrado tanto com o sobrenome da mãe (de Oliveira) quanto do pai (Rech), situação que nunca foi empecilho para ele enquanto vivia no Brasil.

Registrou que os problemas começaram quando foi viver na Europa, onde não se coloca o sobrenome da mãe no nome dos filhos. Na Irlanda, vários documentos seus tiveram problemas em sua confecção, pois se pensou que a partícula “de” era uma forma de nome, inclusive perdeu emprego por ter emitido documento com o sobrenome de sua mãe, quando deveria ser de seu pai.

Contou que se encontra legalmente no país, na condição de cidadão europeu, mas há séria possibilidade de a Irlanda sair da União Europeia, o que o obrigaria a pedir a nacionalidade irlandesa. Afirmou, assim, que a questão em torno de seu nome poderá gerar problemas, de modo que pretende suprimir o sobrenome de sua mãe a fim de dar andamento à sua vida no velho continente.

Pugnou pela procedência do pedido nos termos da inicial.

Juntou documentos (fls. 6-23).

O Ministério Público opinou pela intimação do autor para que comprovasse as situações que estavam embaraçando a emissão de documentos ou embaraçando sua vida (fls. 27-28), ao que respondeu o autor às fls. 32-50.

O Ministério Público reiterou a posição de intimar o autor para comprovação (fls. 54-55), quando veio ele aos autos manifestar às fls. 59-61.

Manifestação final do Ministério Público às fls. 65-67, opinando pela improcedência dos pedidos.

Sobreveio sentença (fl. 68) com julgamento de improcedência do pedido portal.

Inconformado, o autor apelou (fls. 84-87), ao argumento de que, ao revés do que foi sustentado na sentença, a retirada do apelido da mãe de seu nome não redundará em dupla nomenclatura, uma vez que irá atualizar seu nome nos documentos internacionais.

Disse que no Brasil a questão não apresenta relevância, no entanto, na Irlanda, por uma questão cultural, há clara importância e, assim, a providência permitirá que o autor se adapte perfeitamente à cultura daquele país.

Pugnou pela reversão do julgado.

Lavrou parecer pela douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Narcísio Geraldino Rodrigues (fls. 99-102), opinando pelo conhecimento e não provimento do recurso.

Por acórdão (fls. 108-116), foi reconhecida a incompetência da 5ª Câmara de Direito Público para processamento do recurso, de modo que os autos foram remetidos para julgamento a este órgão fracionário.

Este é o relatório.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação movido da sentença de improcedência de pedido de alteração de registro de nascimento do autor para supressão do patronímico materno.

A sentença deu pela improcedência dos pedidos ao fundamento de que, como o autor detém a cidadania europeia sob o nome de Roberto de Oliveira Rech, a presente modificação implicaria dupla nomenclatura do autor, posto que aqui se chamaria Roberto Rech e fora do país continuaria a se chamar pelo nome original.

O autor recorre, afirmando que tal não sucederia, já que ele promoveria a alteração advinda desta ação, em seus documentos internacionais. Reitera, ademais, as afirmações de embaraço cultural na manutenção do patronímico da mãe, mormente se for forçado a pedir a cidadania irlandesa, acaso aquele país se desligue da União Europeia.

A apelação, no entanto, não merece guarida.

Fora de dúvida que o argumento utilizado na sentença para dar improcedência aos pedidos do autor não se sustenta, na medida em que, com a alteração aqui promovida, seria bastante que o autor, de posse do novo registro de nascimento, promovesse as modificações pertinentes em todos os seus outros documentos, inclusive aqueles emitidos no exterior.

No entanto, outro fundamento impede a procedência de seus pedidos.

É consabido que em nosso ordenamento jurídico vige o princípio da imutabilidade do nome, só se admitindo a alteração em situações excepcionais, desde que não prejudique os apelidos de família e somente por exceção e motivadamente, de acordo com o que prelecionam os arts. 56 e 57 da Lei n. 6.015/73 - Registros Públicos.

Nada obstante, não se descarta que 'a imutabilidade do prenome e apelidos de família, que outrora era quase absoluta, tem sido relativizada ao longo dos anos, com a jurisprudência tendo ampliado as restritas hipóteses da Lei de Registros Públicos (Lei n. 6.015/73), a fim de alcançar situações fáticas por ela não amparadas. A evolução nas relações humanas impôs ao interprete da lei, quebrando a rigidez da imutabilidade do prenomes e sobrenomes, um novo olhar a respeito do direito da personalidade contemplado no art. 16 do Código Civil, passando-se a admitir, em casos não expressamente previstos na lei de regência (Lei n. 6.015/73), sejam alteradas - suprimindo-se, retificando-se ou acrescentando-se - partículas, alcunhas, apelidos e sobrenomes de família, quando caracterizado o legítimo interesse, a excepcionalidade do caso, a boa-fé do pretendente e a ausência de prejuízo a bem ou direito alheio' (TJSC, Apelação Cível n. 2012.086029-0, de São Bento do Sul, rel. Des. Trindade dos Santos, j. em 16-5-2013).

Ainda, estabelece o art. 109 da citada Lei que “*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.*”

No caso dos autos, a alegação é de que o sobrenome da mãe no nome do autor está gerando problemas, pois que na Europa não se adota o patronímico materno, e, assim, por força da emissão de um documento equivocado, até já perdeu uma oportunidade de emprego.

Para mais, sustenta a sua ação na alegação de que a Irlanda está na iminência de deixar a União Europeia e, assim, considerando que está no país por força de sua cidadania europeia, acaso a ruptura ocorra de verdade, teria que estar revestido de cidadania irlandesa. Assim, com a dificuldade que já enfrentou com a emissão de documentos face a existência do patronímico materno em seu nome, teme que seja impedido de obter a cidadania irlandesa, obrigando-se a deixar o país.

Sucedo que, instado duas vezes para comprovar suas alegações, o autor limitou-se a trazer notícias de xenofobia e racismo, documentos que não tem o condão de confortar os argumentos esposados na exordial.

Para ver seu pedido acolhido, seria de rigor que comprovasse motivo que demonstrasse a efetiva necessidade de modificação do nome. Nada obstante afirmar que perdeu oportunidade de emprego em face da grafia equivocada de um documento – escreveu-se o sobrenome da mãe em vez do pai -, pelo menos a prova da grafia equivocada poderia ser perfeitamente realizada, e não foi.

Assim não há prova alguma de que a saída da Irlanda da União Europeia poderia causar transtornos ao autor, ou mesmo o impossibilitaria de obter a cidadania daquele país, haja vista que ele já vive na Irlanda há vários anos sem que haja relatos de problemas que não estes descritos na exordial, não comprovados, de toda sorte. No resumo de tudo, como bem se retira do relato da petição inicial, trata-se de mero temor, sem qualquer sustentação em fatos provados, situação que não merece resposta estatal positiva.

O autor afirma que o simples fato de ter dois sobrenomes já causa problemas aos brasileiros, na medida em que lá não se usa o patronímico da mãe, mas a alegação também não é confortada por nenhum elemento probatório.

Ora, o autor exerce a sua condição de cidadão europeu e italiano com o nome que consta de seu documento original, sem que haja prova segura de problemas naquele continente, relativamente à sua designação, o que revela a fragilidade das argumentações vertidas na exordial.

Neste tanto, não se reputa comprovada causa suficiente para a supressão do patronímico materno, descumprindo o autor, com esta míngua probatória, a exigência advinda do art. 373 do CPC, na medida em que deixou sem lastro o fato constitutivo de seu direito, o que leva à improcedência do pedido.

Mutatis mutandis, colhe-se da jurisprudência:

DIREITOCIVIL.RETIFICAÇÃODEREGISTRO.ALTERAÇÃODOANODONASCIMENTO.ALEGAÇÃO DE EQUÍVOCO PATERNO E ERRO PROCEDIMENTAL DA SERVENTIA. DATA INEXISTENTE EM RAZÃO DA INOCORRÊNCIA DE ANO BISSEXTO. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA PROLATADA

NA ORIGEM. APELAÇÃO. INSURGÊNCIA DO REQUERENTE. INVOCAÇÃO DE INTERPRETAÇÃO ESCORREITA DA PROVA ORAL COLHIDA. REFORMA DO DECISUM INVIÁVEL. SERVIÇOS REGISTRALIS QUE SÃO REGIDOS PELA AUTENTICIDADE, SEGURANÇA E EFICÁCIA DOS ATOS JURÍDICOS (LEI N. 6.015/73, ART. 1º, CAPUT, E § 1º). IMUTABILIDADE DOS REGISTROS QUE NÃO TEM CARÁTER ABSOLUTO. EXCEPCIONALIDADE PREVISTA NO ART. 109 DA LEI DE REGISTROS PÚBLICOS. PROVA ORAL PRODUZIDA QUE NÃO TEM O CONDÃO DE CORROBORAR A ALEGAÇÃO DO REQUERENTE. FRAGILIDADES IMPORTANTES DAS PROVAS APRESENTADAS. ÔNUS QUE INCUMBIA AO PRETENDENTE (CPC/73, ART. 333, I). INEXISTÊNCIA DE QUALQUER INÍCIO DE PROVA DOCUMENTAL. ELEMENTOS DE CONVICTÃO QUE NÃO FAVORECEM A TESE EXPOSTA NA EXORDIAL. PRESUNÇÃO JURIS TANTUM DE VERACIDADE DO CONTEÚDO DO DOCUMENTO PÚBLICO NÃO DERRUÍDA. PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA DOS REGISTROS PÚBLICOS PRESTIGIADO. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO. 1. O registro civil de uma pessoa tem grande importância desde o nascimento, ultrapassando inclusive os limites da morte, diante das consequências jurídicas advindas de todos os atos, ações e omissões do seu titular, além de preservar a segurança social. 2. Assim, a regularidade, a confiança e a autenticidade do registro são elementos fundamentais para a sociedade, razão pela qual a regra é a imutabilidade registral. 3. Nos termos da Lei de Registros Públicos, o requerente deve comprovar cabalmente a existência de erro material no assento de nascimento a ser sanado pela intervenção do Poder Judiciário, porque, se não demonstrado a improcedência é de rigor dada a presunção juris tantum de que se revestem os registros públicos (Lei n. 6.015/73, art. 109). (TJSC, Apelação Cível n. 0300325-29.2014.8.24.0013, de Campo Erê, rel. Des. Luiz Felipe Schuch, Câmara Especial Regional de Chapecó, j. em 11-12-2017).

Ante o exposto, negar provimento ao recurso.

Este é o voto.

QUARTA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

Apelação Cível n. 0902539-37.2017.8.24.0045, de Palhoça

Relator: Des. Hélio David Vieira Figueira dos Santos

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR PROPOSTA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. DESCUMPRIMENTO DOS DEVERES INERENTES AO EXERCÍCIO DO PODER FAMILIAR PELOS GENITORES. GRUPO DE IRMÃOS ACOLHIDOS INSTITUCIONALMENTE. IMPOSSIBILIDADE DE RETORNO À FAMÍLIA NATURAL E COLOCAÇÃO NA FAMÍLIA EXTENSA. NEGLIGÊNCIA E ABANDONO. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA.

RECURSOS DOS RÉUS.

PRELIMINARES.

1. NULIDADE DA SENTENÇA POR AUSÊNCIA DE OITIVA DO GENITOR (ART. 161, §4º, ECA). TESE AFASTADA. JUÍZO DE RETRATAÇÃO ANTERIOR QUE REABRIU A INSTRUÇÃO PROCESSUAL PARA OPORTUNIZAR AO RÉU O COMPARECIMENTO EM AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO. NOVA TENTATIVA FRUSTRADA DE INTIMAÇÃO. RÉU QUE SE ENCONTRA EM LOCAL INCERTO E NÃO SABIDO OU PRETENDE NÃO SER LOCALIZADO. POSTERGAÇÃO DO FEITO QUE PREJUDICA AS CRIANÇAS QUE ESTÃO ACOLHIDAS HÁ MAIS DE DOIS ANOS. NULIDADE NÃO CARACTERIZADA. PRELIMINAR AFASTADA.

2. NULIDADE DE CITAÇÃO POR EDITAL. AUSÊNCIA DE BUSCA DE ENDEREÇOS EM SISTEMAS CONVENIADOS. TESE AFASTADA. TENTATIVAS DE CITAÇÃO EM ENDEREÇOS DIVERSOS ATRAVÉS DE OFÍCIAS DE JUSTIÇA. FÉ PÚBLICA. TESTEMUNHA QUE AFIRMA QUE O RÉU NÃO QUER SER ENCONTRADO, POR TEMER SER RESPONSABILIZADO. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. CURADOR ESPECIAL NOMEADO ATRAVÉS DA DEFENSORIA PÚBLICA QUE APRESENTOU DEFESA E PARTICIPOU DOS ATOS PROCESSUAIS.

MÉRITO.

TESES DE POSSIBILIDADE DE RETORNO DOS INFANTES AO CONVÍVIO FAMILIAR. AFETIVIDADE E VÍNCULO. MUDANÇA DO CONTEXTO DE VIDA FINANCEIRA E ESTRUTURAL.

ARGUMENTOS RECHAÇADOS. PROLE EXPOSTA A ABANDONO MATERIAL, INTELECTUAL E AFETIVO. LAUDOS TÉCNICOS (SOCIAL E PSICOLÓGICO) QUE DEMONSTRAM NEGLIGÊNCIA REITERADA DURANTE UMA DÉCADA DE ATENDIMENTOS PELO CONSELHO TUTELAR E PROGRAMAS DE APOIO MUNICIPAIS. NÃO ADERÊNCIA AOS ENCAMINHAMENTOS. PROVA TESTEMUNHAL QUE RESPALDA OS LAUDOS. DESCUMPRIMENTO REITERADO DOS DEVERES CONSTANTES NOS ARTIGOS 227 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E 22 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. PROGNÓSTICO NEGATIVO DE MELHORA DO CENÁRIO FAMILIAR. DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR DOS GENITORES QUE SE IMPÕE. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 1.638 DO CÓDIGO CIVIL E ARTIGO 24 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. SENTENÇA MANTIDA.

RECURSOS CONHECIDOS E NÃO PROVIDOS.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0902539-37.2017.8.24.0045, da comarca de Palhoça Vara da Infância e Juventude Unidade 100 % Digital em que são Apelantes S. S. e outros e Apelado Ministério Público do Estado de Santa Catarina

A Quarta Câmara de Direito Civil decidiu, por unanimidade, conhecer dos recursos e negar-lhes provimento.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, o Exmo. Sr. Des. José Agenor de Aragão e o Exmo. Sr. Des. Luiz Felipe Schuch.

Florianópolis, 25 de julho de 2019.

Helio David Vieira Figueira dos Santos
Relator

RELATÓRIO

Na comarca de Palhoça o Ministério Público ingressou com ação de destituição do poder familiar contra M.V.S, S.S e C.D.V., por descumprimento dos deveres legais perante seus filhos K. S. D. V. (15 anos); J.V.S.S. (13 anos); V.S.S (11 anos); E.S.S (6 anos) e V.S.S (2 anos). K.S. é filho do requerido C.D.V com a ré e S.S é pai das demais crianças.

O Conselho Tutelar acompanhava a família desde o ano de 2008 e efetuou, excepcionalmente, o acolhimento institucional das crianças em 24.02.2017, quando a guarda irregular da infante V.S.S (2 anos) com a tia paterna foi constatada.

Além da guarda irregular, naquele momento se verificou que: **a)** os demais filhos foram entregues ao réu S.S, que residia ao lado da casa dessa tia, porém, mudou-se com as crianças para outro endereço sem possuir condições de cuidar da prole, deixando-os aos cuidados do irmão mais velho K. (enteado de S.S); **b)** a tia Andreia deixava as crianças em casa fazendo serviços domésticos sem tempo para brincadeiras, pois precisavam auxiliar nos cuidados de E., deficiente físico e intelectual; **c)** a infante V. não estava com as vacinas em dia e desenvolveu escabiose (sarna). Com relação a K., filho de C., constatou-se a ausência do pai e a violação de seus direitos pela mãe e pelo padastro.

O Ministério Público requereu, dentre outros pedidos procedimentais, a concessão de liminar para: **a)** aplicação da medida de proteção de acolhimento institucional; **b)** a suspensão do poder familiar, haja vista a *“gravíssima situação de risco, falta de cuidados básicos com a saúde, higiene e educação”* e porque os pais não detêm *“condições de assegurar aos infantes os direitos mínimos inerentes à infância e juventude”* (p. 7), proibindo-se a aproximação, o contato e as visitas; **c)** a fixação de alimentos provisórios a serem depositados em conta judicial.

No mérito, pleiteou a destituição do poder familiar e a consequente averbação no registro de nascimento, com a condenação de cada um dos réus ao pagamento de um terço do salário mínimo a título de alimentos. Juntou documentos (p. 11/58).

Em decisão interlocutória (p. 59/63), o poder familiar foi suspenso e mantida a medida protetiva de acolhimento institucional, com a fixação de alimentos provisórios, conforme requerido. Foram realizados os demais encaminhamentos de praxe.

Houve juntada dos antecedentes criminais dos réus (p. 64/69).

Realizada audiência concentrada (p. 145/147).

A Defensoria Pública de Lages requereu habilitação para assistir o réu C. (p. 148/149), todavia, não indicou endereço e qualificação ou juntou documentos, bem como deixou de apresentar contestação.

A ré M. ofertou contestação (p. 152/158) através de procurador constituído (p. 150/151), alegando, em síntese, que: a) no momento do acolhimento as crianças estavam sob a guarda do pai; b) que em fevereiro, antes do acolhimento, soube que S. Não tinha condições de ficar com as crianças e que viria em março para buscá-las; c) entende ter ocorrido alguma situação de negligência no cuidado dos filhos, que se deu 'por desconhecimento', mas que necessita de auxílio e orientação profissional para poder ficar com sua prole, comprometendo-se com as exigências que lhe forem instituídas; d) que não faltou com as obrigações constantes do art. 1.634 do CC e não se enquadra nas hipóteses do art. 1.635 ou 1.638 do CC. Requereu a improcedência da ação e, em consequência, a restituição da guarda dos filhos. Nada disse a respeito do pedido de condenação em alimentos. Acrescentou, em petição apartada (p. 159/160), informações a respeito da data em que levou as crianças ao pai (quando finalizaram as aulas) e sobre a frequência escolar de E. na APAE (prejudicada por problemas de saúde). Juntou documentos (p. 161/162).

Foram juntados outros documentos pelo Ministério Público (p. 164/212).

A tia paterna manifestou interesse na guarda da criança V. (2 anos), conforme informação da assistente social forense (p. 251).

O pedido de visita formulado pela ré foi indeferido e diante da inércia da Defensoria Pública de Lages em oferecer contestação do réu C., determinou-se que a Defensoria Pública de Palhoça o fizesse (p. 255). Essa ordem foi reiterada (p. 320) e cumprida.

Contestação do réu C., portanto, nas p. 321/329.

Realizou-se nova audiência concentrada (p. 266/268).

Através de carta precatória, foi apresentado estudo social e laudo psicológico confeccionado na comarca de Lages (p. 297/313).

A equipe multidisciplinar da instituição de acolhimento apresentou parecer sobre os infantes (p. 346/351), reconhecendo a impossibilidade de seu retorno para o núcleo familiar ou encaminhamento para a família extensa, inclusive de V. para a tia paterna A.

O réu S. foi citado por edital (p. 355).

Os planos individuais de atendimento das crianças acolhidas foram juntados (p. 386/429).

A Defensoria Pública apresentou contestação como curadora especial do réu S. (p. 430/432).

O representante ministerial requereu a desistência da oitiva dos demandados S. e C., por estarem em local incerto e não sabido (p. 473).

Em audiência de instrução e julgamento foi colhido o depoimento pessoal de M. e ouvidas 9 testemunhas.

O representante ministerial, a ré e os réus apresentaram alegações finais (p. 490/515, p. 525/536 e 547/557).

Sobreveio sentença de procedência dos pedidos para destituição do poder familiar (p. 558/564). Porém, após recurso de apelação pela ré (p. 633/646) e pelos réus (p. 653/664), o juízo exerceu juízo de retratação (p. 676/677) e acolheu a preliminar de cerceamento de defesa, tendo em vista a ausência de depoimento pessoal do réu C. (art. 161, §4º, ECA), determinando a reabertura da instrução processual para respectiva oitiva.

Deprecada carta precatória à comarca de Lages para cumprimento da diligência, o réu novamente não foi encontrado no endereço declinado, conforme se verificada da certidão do Sr. Oficial de Justiça (p. 692).

Realizou-se nova audiência concentrada (p. 707/716).

Proferiu-se nova sentença de procedência dos pedidos de destituição familiar. Nessa decisão, o magistrado destacou que *“todos os elementos de prova produzidos desautorizam a manutenção do poder familiar, sendo latente a negligência perpetrada pelos réus com relação aos seus filhos, revelando-se a destituição do poder familiar a medida mais adequada ao caso (cf. art. 1.638 do CC), a fim de garantir o pleno desenvolvimento dos infantes, em um ambiente familiar saudável e capaz de resguardar seus direitos básicos, constitucionalmente garantidos. Nesse viés, anote-se que não se vislumbra qualquer possibilidade de encaminhamento das crianças aqui envolvidas à família extensa, uma vez que, conforme as informações constantes dos autos e argumentações tecidas alhures, não há parentes interessados, tampouco aptos, nos cuidados dos interesses dos infantes.”*(p. 717/723). O alimentos fixados na decisão de p. 59/63 foram mantidos até inserção das crianças em família substituta.

Inconformados com a prestação jurisdicional entregue, os réus S. e C. interpuseram recurso de apelação através da Defensoria Pública (p. 777/792), arguindo, em síntese: a) preliminar de cerceamento de defesa por ausência de oitiva do réu C., o que ocorreu em desrespeito ao §4º do art. 161 do ECA; b) nulidade de citação por edital do réu S., porquanto há endereço declinado, no qual não se promoveu a tentativa de citação, tampouco realizaram-se buscas pelos sistemas disponíveis. No mérito, refutaram a possibilidade de destituição do poder familiar, medida extrema que não se aplica à situação dos infantes. Requereram o reconhecimento das preliminares aventadas e, caso superadas, a reforma da sentença e a improcedência dos pedidos. Subsidiariamente, requereram

a fixação da guarda da infante V. à tia paterna A.. Requereram, ainda, fosse determinada apenas a suspensão do poder familiar, resguardando-se o direito de visitas dos réus e da família extensa, com os encaminhamentos para futura reintegração familiar.

Do mesmo modo, a ré M. interpôs recurso de apelação (p. 798/804), aduzindo, em síntese, que a situação evidenciada pelos profissionais que acompanharam a família se modificou e, atualmente, a ré possui uma nova realidade de vida. Como exemplo, mencionou que não faz mais uso de substâncias entorpecentes e possui novo relacionamento conjugal, com renda e disponibilidade que permitem receber os filhos de volta no seu convívio.

O juízo manifestou-se pela manutenção da sentença (p. 806).

Houve contrarrazões (p. 811/827).

Os recursos de apelação são tempestivos (p. 795 e 805) e a demanda é isenta do recolhimento de custas (art. 141, §2º), além dos réus serem atendidos pela Defensoria Pública do Estado.

Foi lavrado parecer pelo Exmo. Procurador de Justiça (p. 836/844), que opinou pelo acolhimento da preliminar de cerceamento de defesa e retorno dos autos para oitiva de um dos réus.

Este é o relatório.

VOTO

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Trata-se de recursos de Apelação Cível interpostos por M.V. S, S.S e C.D.V. contra a sentença de procedência proferida nos autos da ação de destituição proposta pelo Ministério Público de Santa Catarina, em favor dos infantes K. S. D. V. (15 anos); J.V.S.S. (13 anos); V.S.S (11 anos); E.S.S (6 anos) e V.S.S (2 anos).

Preliminares

1. Nulidade da sentença por violação ao art. 161, §4º do ECA (p. 780/784)

O artigo 161, §4º, do ECA preceitua ser *“obrigatória a oitiva dos pais sempre que eles forem identificados e estiverem em local conhecido, ressalvados os casos de não comparecimento perante a Justiça quando devidamente citados”*.

Sustentam os recorrentes que há cerceamento de defesa, pois não se colheu o depoimento pessoal do réu C., que possui endereço certo.

Argumentam os recorrentes que:

“No caso dos autos, verifica-se que o Juízo às fls. 676-677 determinou a intimação do réu C. no endereço

informado à fl. 295 (**Rua Herculano Xavier nº 612, Gethal, Lages**). Entretanto, o Oficial de Justiça informou que não teria localizado o réu, haja vista que na rua não existiria a numeração por ele informada (fl. 692).

Ocorre que o recorrente C. apresentou defesa e que **foi realizado estudo social em sua residência** (fls. 297/304), tendo os referidos agentes o encontrado no endereço situado à Rua Herculano Xavier nº 612, Gethal, Lages, de modo que não se encontra em local Desconhecido.

Excelências, o fato de o oficial de justiça não ter localizado o apelante em questão no endereço constante do mandado de fl. 694, que, esclareça-se, apesar de ser o mesmo daquele informado no estudo social de fls. 297/304, qual seja, Rua Herculano Xavier Neves, 612, Bairro: Gethal, Lages/SC, fica localizado aos fundos de uma mercearia de esquina e não aos fundos da Padaria União, conforme consta do mandado.

Conforme se depreende da certidão do oficial de justiça, o apelante não foi localizado, contentando-se o oficial de justiça em apenas mencionar que na referida rua não existia o número 612 e nem a padaria União, sequer tendo mencionado se existia alguma mercearia de esquina na referida rua.”

Em razão disso, entendem que seu direito ao contraditório e à ampla defesa foi tolhido, gerando medida extrema de destituição do poder familiar, o que fere o princípio do melhor interesse das crianças envolvidas.

O Exmo. Promotor de Justiça, em suas contrarrazões, refutou tais alegações mencionando que foi proferido juízo de retratação para colheita do depoimento do mencionado réu e que, mais uma vez, não foi encontrado no endereço declinado. Além disso, ressaltou a fé pública relativa à informação prestada pelo Oficial de Justiça e repisou que a conversão do feito em diligência por mais uma vez viria em manifesto prejuízo dos infantes. (p. 812).

Os elementos dos autos levam a crer que, de fato, o réu encontra-se em local incerto ou não sabido ou não pretende ser encontrado.

Do mencionado estudo social, percebe-se que o atendimento do réu ocorreu no setor do serviço social e a descrição da sua moradia resulta das informações obtidas na entrevista realizada pelos profissionais de atendimento, não existindo visita no interior da residência, conforme constou nas p. 306/307 e 312:

“4.1 Visita Domiciliar para C. e M.:

Inicialmente, buscou-se pela residência de C., porém no endereço informado não existia o número indicado e, ao questionar moradores que residiam nas proximidades, ninguém conhecia nenhum morador com este nome. Em seguida, buscou-se informações sobre M., pois no endereço informado as profissionais chamaram por M., porém ninguém apareceu. Na Unidade Básica de Saúde do Bairro Gethal, um profissional informou que M. teria dito que iria “dar as crianças” (sic) e mudaria-se para outro município. **Após a tentativa frustrada de Visita Domiciliar, optou-se por realizar contato telefônico a fim de agendar entrevistas com C. e M.. (...)**

4.9. Visita Domiciliar para C. e M.

Primeiramente, após o endereço de Christopher ser devidamente atualizado no processo, **as profissionais foram até a sua casa. Entretanto, a casa estava trancada e não foi possível conhecer a sua residência.**

Já na visita domiciliar para M., ela estava saindo de casa no momento em que as profissionais chegaram. Relatou que estava indo realizar exames médicos devido a uma nova gravidez e que estaria com 20 semanas de gestação. Portanto, também não foi possível conhecer a sua residência.” Destacou-se.

Percebe-se que duas equipes de profissionais em momentos diferentes (assistente social e psicóloga) tentaram encontrar o réu no endereço informado, sem sucesso, situação que se repetiu com o oficial de justiça (p. 692).

Os apontamentos feitos pelo magistrado singular (p. 677) em seu juízo de retratação são pertinentes e demonstram que, mesmo existindo fortes indícios de ocultação ou de inexistência de endereço certo do réu, houve a oportunidade de outra audiência para sua oitiva. Mesmo diante disso, não houve o necessário comparecimento, apesar do defensor público ter indicado testemunhas, do que se conclui que muito provavelmente possuía contato com o réu. Veja-se:

“O requerido limitou-se a informar à Oficiala de Justiça cumpridora da citação o seu endereço atual (fl. 295) e, em sua contestação (fls. 321-329), aportou a informação “já qualificado nos autos” ou seja, na petição inicial, o que prejudicou o adequado cumprimento do mandado expedido à fl. 445.

Não fosse isso, seu defensor estava plenamente ciente do ato, tanto que até indicou testemunhas (fl. 472), bem como permaneceu silente sobre a ausência da oitiva do genitor até suas alegações finais, apenas suscitando a nulidade no recurso de apelação.”

Dito de outro modo, se não houve o depoimento pessoal do réu em audiência, não se pode imputar a desídia ao Judiciário que tentou de várias formas a intimação, sem êxito. Permitir que o réu se beneficie de sua ocultação fere os princípios da boa-fé, da cooperação e, por certo, o do melhor interesse das crianças, que estão acolhidas institucionalmente desde fevereiro de 2017.

Acrescente-se, por oportuno, que a nulidade de citação não foi arguida na audiência de instrução e julgamento, tampouco foram juntados documentos comprobatórios de que a residência do réu ainda é no endereço que alega.

Diante disso, presume-se que ele realmente está em local incerto e não sabido, mudou de endereço sem comunicar o juízo (art. 274, parágrafo único) ou, ainda, não tem interesse em se ser localizado.

Em caso similar, esse Tribunal de Justiça já decidiu:

“RECLAMAÇÃO. AÇÃO DE DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR. DECISÃO QUE, APÓS A INSTRUÇÃO REGULAR DO FEITO E APRESENTAÇÃO DE ALEGAÇÕES FINAIS, CONVERTE O JULGAMENTO EM DILIGÊNCIA PARA LOCALIZAÇÃO DO SUPOSTO GENITOR BIOLÓGICO DA CRIANÇA. RECLAMAÇÃO AVIADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. ALEGAÇÃO DE ERRO DA DECISÃO QUE IMPORTOU NO ATRASO INJUSTIFICADO DA AÇÃO. TESE INSUBSISTENTE.

DECISÃO QUE, EM VERDADE, PRESERVOU A HIGIDEZ E REGULARIDADE FORMAL DO PROCESSO. ART. 161 §4º, DO ECA, QUE REPUTA OBRIGATÓRIA A OITIVA DOS PAIS SEMPRE QUE ELES FOREM IDENTIFICADOS E ESTIVEREM EM LOCAL CONHECIDO. DECISÃO QUE NÃO PADECE DE NULIDADE. **TENTATIVAS DE LOCALIZAÇÃO DO SUPOSTO GENITOR PARA A REALIZAÇÃO DE SUA OITIVA E ESTUDO SOCIAL, CONTUDO, SUFICIENTEMENTE ESGOTADAS. LAPSO TEMPORAL CONSIDERÁVEL JÁ TRANSCORRIDO PARA CUMPRIMENTO DA ÚLTIMA CARTA PRECATÓRIA EXPEDIDA. PRETENSO PAI BIOLÓGICO QUE, DE MODO INEQUÍVOCO, TOMOU CONHECIMENTO DA AÇÃO E, AINDA ASSIM, NÃO COMPARECEU AOS AUTOS, SEQUER BUSCOU INFORMAÇÕES ACERCA DA INFANTE ACOLHIDA. PRESERVAÇÃO DA DECISÃO IMPUGNADA, PORÉM, COM RECOMENDAÇÃO DE JULGAMENTO IMEDIATO DO PROCESSO. RECLAMAÇÃO IMPROCEDENTE.** (TJSC, Correição Parcial n. 8000287-51.2018.8.24.0000, de Palhoça, rel. Des. Jorge Luis Costa Beber, Primeira Câmara de Direito Civil, j. 24-01-2019). Grifou-se.

Desta feita, afasto a preliminar aventada.

2. Nulidade de citação por edital do réu S.

Argumentam os recorrentes que não foram esgotadas todas as tentativas de citação do réu S. e que seu endereço poderia ter sido localizado nos registros do cadastro SIEL.

Sem razão, contudo.

A primeira tentativa de citação ocorreu através do mandado de p. 85, endereçado para Rua dos Apóstolos 69, Perto do Bar do Paraná, Caminho Novo, Palhoça/SC. Em cumprimento ao ato, o oficial de justiça certificou o seguinte:

“deixei de proceder à citação de S. S. em virtude dele não mais residir no endereço indicado, casa de esquina ao lado do n.º 69, a qual se encontra abandonada, aparentemente inabitável. Certifico ainda que conforme informações prestadas pelo morador da casa n.º 69 (que se declarou sobrinho de S.), o citando S. mudou-se há mais de dois anos daquele local, sendo desconhecido seu atual endereço.” (p. 142).

Em busca no sistema Infoseg, obteve-se esse mesmo endereço (p. 239).

Em que pese o documento de p. 240 (consulta ao cadastro Sisp) indicar um endereço na Comarca de Bom Retiro/SC, para o qual foi emitida carta precatória não cumprida (p. 354), verifica-se que aquele local não era o mais recente, tendo sido promovida tentativa de citação em outros endereços.

O Ministério Público utilizou-se de dados cadastrais do réu junto ao CRAS de Palhoça e indicou um novo endereço (Rua Anitápolis, 44, próximo à Creche Criança Esperança, Palhoça - p. 319), no qual se promoveu a segunda tentativa frustrada de citação do réu (p. 339, 344 e 363).

Uma terceira tentativa de localização do réu se repetiu nesse último endereço, novamente sem sucesso (p. 453).

Das certidões dos oficiais de justiça pode-se perceber que o réu não possui paradeiro certo, situação ratificada por sua irmã A., que mencionou em depoimento que o réu possui conhecimento a respeito da existência da ação, porém “*por receio de ser responsabilizado alterna frequentemente de endereço sem prestar qualquer informação sobre seu paradeiro aos próprios familiares*” (p. 488), conforme bem observado pelo Ministério Público (p. 813 e 841).

Verifica-se que a ausência de busca do endereço em outros sistemas conveniados, tais como o Siel, não implica, por si só, na inexistência de tentativas de citação do réu, notadamente quando expedidos mandados em endereços diferentes, cumpridos por vários oficiais de justiça e em momentos diversos. Acrescente-se a isso a informação de que há forte indicativos de que o réu não pretende ser encontrado. Por fim, não se verifica a existência concreta de prejuízo ao réu. Como se viu, foi nomeado curador especial em seu favor, que ofereceu defesa e compareceu aos demais atos processuais.

Nesse sentido, como exemplo, é a jurisprudência: TJSC, Apelação Cível n. 0015606-48.2012.8.24.0020, de Criciúma, rel. Des. Rodolfo Cezar Ribeiro Da Silva Tridapalli, Quarta Câmara de Direito Civil, j. 31-01-2019.

Assim, afasto a preliminar.

Mérito

A recorrente M. pugna pela manutenção do poder familiar em relação à prole, argumentando que o caso não se enquadra nas hipóteses legais que autorizam a destituição do poder familiar e que tal medida não atende ao melhor interesse das crianças. Argumentou que: a) não mais persistem os problemas relacionados à negligência nos cuidados dos filhos; b) possui novo relacionamento amoroso e c) não faz mais uso de substâncias entorpecentes e bebidas, estando apta a receber os filhos de volta, conforme orientações que receber.

Por sua vez, os apelantes argumentaram, em síntese, que: a) a medida é extrema e não se coaduna com o melhor interesse dos infantes; b) o cenário existente no momento do acolhimento não mais persiste e há possibilidade dos pais darem melhores condições de vida aos filhos com o desacolhimento; c) é dever do Estado conceder aos pais possibilidades de educar seus filhos, oportunizando um ambiente favorável ao crescimento da prole, afastando-a de qualquer situação que possa comprometer o seu desenvolvimento sadio; d) há membros da família extensa capazes de obter a guarda; e) a situação de miserabilidade não pode dar ensejo à destituição do poder familiar e f) os réus não podem ser reféns de seu passado para sempre, devendo ser considerada sua possibilidade futura de cuidado dos filhos.

Contudo, adianta-se, seus argumentos não prosperam.

Estabelece a Constituição da República de 1988:

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. [...]

Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

A seu turno, o Código Civil de 2002 prevê:

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.

E continua o mesmo diploma legal:

Art. 1.635. Extingue-se o poder familiar:

I - pela morte dos pais ou do filho;

II - pela emancipação, nos termos do art. 5º, parágrafo único;

III - pela maioridade;

IV - pela adoção;

V - por decisão judicial, na forma do artigo 1.638. [...]

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.

Do Estatuto da Criança e do adolescente:

Art. 22. Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.

A situação familiar apresentada nos autos é complexa.

Atualmente a ré possui 10 filhos: **(i)** quatro com o primeiro réu C., sendo apenas um protegido por essa ação (K. S. D. V., de 15 anos), já que os demais são maiores, **(ii)** quatro com o réu S., de idades que variam de 2 a 13 anos, todos incluídos nessa demanda e acolhidos com o irmão K, e **(iii)** duas filhas com o atual companheiro, não envolvidos nesse processo.

É importante esclarecer que o principal motivo para o pedido de destituição do poder familiar é a negligência dos réus nos cuidados dos filhos de uma forma reiterada e ampla. O contexto familiar demonstra situação de risco vivenciada por todos os filhos da ré no âmbito da saúde, educação, envolvimento com pessoas usuárias de entorpecentes, notícia de possível ocorrência de trabalho infantil e de abuso sexual, dentre outros.

Desde o ano de 2008, quando do relacionamento entre M. e C., houve intervenção e acompanhamento do conselho tutelar e dos programas de atendimento psicossocial do município de Palhoça, em razão da falta de frequência escolar, evasão do ambiente familiar, uso de álcool e entorpecentes e suspeita de abusos sexuais sofridos pela filha K. (hoje maior de idade); situações que foram tratadas com normalidade pelos genitores, ou por eles ignoradas (p. 28/33).

No ano de 2012 novas informações de negligência surgiram em relação específica ao hoje adolescente K. (na época com 8 anos de idade), decorrentes de falta de higiene pessoal, sofrimento emocional e falta de sono, situação percebida pela escola (p. 37/38).

Em 2013 constatou-se que o grupo de irmãos estava em situação de risco decorrente de agressão física e psicológica praticadas pelo irmão D., usuário de drogas, com a omissão dos genitores M. e S. (p. 34/35).

O documento de p. 39, também do ano de 2013, menciona que a família foi encaminhada para o serviço de convivência e fortalecimento de vínculos, tendo em vista possível ocorrência de trabalho infantil, situação que precisava ser averiguada para realização dos necessários encaminhamentos e orientações. Todavia, o núcleo familiar não compareceu nos dias agendados.

Em 2014, o CREAS informou ao Conselho Tutelar a evasão escolar por mais de 2 anos da filha K., sem qualquer ação ou justificativa dos genitores.

A desídia dos genitores com relação à educação dos filhos continuou no ano de 2015, conforme se verifica do documento de p. 44, no qual se descreve a infrequência escolar da filha M. e a não aderência dos genitores às orientações da escola.

Ainda naquele ano, constatou-se a negligência dos genitores com o filho E., deficiente físico e intelectual, que necessita de atendimento especializado e não era enviado à APAE com a frequência necessária e quando o era, era levado pela irmã adolescente ou pelo ex-companheiro da genitora, e não pelos pais (p. 45/46), com quem a APAE não conseguia contato.

Em 2016 uma equipe de assistência social do município de Lages não obteve êxito em visita domiciliar, narrando que:

“nos deparamos com uma residência com a porta arrombada, ou seja, se encontrava entre aberta (sic) com vestígios de ter sido forçada a abrir, observamos também que uma janela estava com um vidro quebrado, este pelo qual podemos avistar que todos se encontravam dormindo naquele local, ou seja na sala, e podemos observar também, que a criança Ériqui estava dormindo numa cama de casa, juntamente com sua mãe e irmã, sendo que ele se encontrava bem próximo a janela, sem camiseta, ou seja somente de fralda. Avistamos também num sofá ao lado, um adolescente dormindo e ainda com calçado nos pés. O que chamou a atenção desta equipe, foi o fato de não terem nos escutado bater na porta, bater palmas e chamar em alto e bom tom o nome da responsável familiar, fazendo esta equipe repensar sobre uma informação repassada por vizinhos num outro momento, quando não havíamos obtido sucesso em acordá-los também, informando que a família dorme pela manhã, muitas vezes até tarde, por ficarem acordados madrugada adentro, com música alta e aglomeração de pessoas.” grifei (p. 53/54).

Em 2017 verificou-se que a criança V. havia sido entregue irregularmente para a tia paterna A., na cidade de Palhoça, momento em que se constatou que todos os outros filhos menores da ré estavam em abandono, o que resultou no acolhimento institucional.

O Conselho Tutelar relatou a situação de vulnerabilidade em que as crianças estavam, vez que, ao que tudo indica, mesmo sabendo da incapacidade do genitor S., a ré enviou os filhos aos seus cuidados, repassados sem sucesso à tia A. (vizinha da residência) e posteriormente à avó paterna.

No momento do acolhimento as crianças estavam muito sujas, com piolhos, sarna e vacinação em atraso, conforme PIA's juntados nas p. 386/429.

O estudo social e o laudo psicológico realizados demonstram a dinâmica familiar antes e depois do acolhimento e concluem pela impossibilidade dos genitores exercerem o poder familiar sobre os filhos (p. 297/313).

A transcrição parcial, embora extensa, é necessária para demonstrar o complexo contexto vivenciado pelo núcleo familiar e a reiterada violação de direitos e garantias dos infantes, o que resulta na necessária manutenção da sentença de procedência do pedido de destituição do poder familiar dos pais em relação a seus filhos.

Merecem destaque os trechos abaixo:

“A rede de atendimento de Palhoça vem acompanhando a família desde o ano de 2008, onde já havia notícia de violação de direitos das crianças por parte dos genitores.

Quando a genitora mudou-se para Lages, em 2016, também foram identificadas violações por parte dela, tanto é verdadeiro, que o acompanhamento pelo CREAS se fez necessário. Após ela ter entregue os filhos para os genitores e ex-cunhada, as crianças passaram a ter privações também nestes lares, o que levou o Conselho Tutelar de Palhoça decidir pelo acolhimento institucional como medida de proteção, eis que esgotados todos os esforços da rede.

[...] A genitora M. relatou que casou-se muito jovem, com apenas doze anos, com C., que é pai de quatro de seus oito filhos. Refere que nunca foi feliz com ele, pois era muito violento com ela, sendo que sofreu muito. Perguntamos quem é o pai registral de K., ao que ela respondeu que foi o avô de C. quem a registrou, pois a pensão que a filha recebe após o falecimento dele é pensão militar, e era justamente isso que ele desejava, que seus netos tivessem garantia de sobrevivência.

Após doze anos de sofrimento, ela decidiu separar-se e informou que na separação os filhos ficaram com ele. **A seguir, conheceu S., que é pai de seus quatro filhos mais novos. Relatou que ele vendia crack e na época ela era usuária de drogas, e foi justamente por isso que motivou a ficar com ele, pois sabia que a droga não iria faltar. Afirma que todo o período em que viveu com S. foi usando drogas e bebidas, sendo que ambos tinham essa vida bagunçada.** Afirma que parou de usar crack quando engravidou de V..

[...] Relata que quatro de seus filhos que estão acolhidos em Palhoça estavam com ela, que os trouxe para viverem juntos aqui neste município. Afirma que estavam todos matriculados e que havia conseguido se organizar bem. Perguntamos o motivo de não haver trazido a filha mais nova também.

Ela disse que a gravidez de V. foi fruto de violência e que ela chegava a ter muita raiva da menina, por isso desde que nasceu ela entregou a criança sob os cuidados de A., que é irmã de seu ex-marido S.. Relatou que deseja recuperar todos os filhos, menos V., a quem não tem afetividade alguma.

[...] Perguntamos como conheceu seu atual companheiro K., **ao que respondeu que desde que veio para Lages tinha o hábito de sair quase todas as noites em festas e casas noturnas. Afirma que estava ingerindo muito álcool, pois isso lhe fazia bem e sentia-se feliz.**

[...] Perguntamos a respeito de sua saúde e também a de sua filha K., ao que respondeu que embora a Unidade de Saúde fique bem próxima de casa (aproximadamente 50m.), não tem ido. Sua filha também não deseja ir ao médico, então ela não leva. [...] Suspeitamos que ela [K.] conviva maritalmente com o rapaz, mas ambas negaram que isso vem acontecendo.

[...] **M. afirmou que não suportava ver seus filhos passando necessidades, então decidiu mandá-los com o pai S.. Perguntamos se não tinha preocupação com eles, tendo em vista o seu relato de que ele usa e vende drogas. M. disse que era apenas temporário e que logo iria buscá-los de volta. Ela já estava convivendo com K., e tendo em vista que ele refere ter uma boa renda, perguntamos qual o motivo dela não ter pedido ajuda para ele.**

Respondeu que fazia pouco tempo que estavam juntos e ela estava envergonhada de pedir auxílio financeiro para ele. Mesmo assim, questionamos o motivo de não ter buscado seus filhos assim que restabeleceu o pagamento da pensão, pouco tempo depois, ao que ela disse que estava mandando dinheiro para as crianças e também mandando compras. Pretendia buscá-los no início do ano letivo, mas não deu tempo, pois foram acolhidos antes.

Intervenção com o genitor C. e a filha M.:

[...] **Ele [C.] nunca teve simpatia por S., que foi o companheiro a quem M. conheceu logo após haverem se separado. Afirma que ele era muito mal com os filhos e que tinha conhecimento de que eram agredidos.**

Não entreviu porque com os seus filhos S. não cometia nada. [...] Refere que também não ouvia conselhos de ninguém, e somente quando se dava mal é que acabava aprendendo as lições. **Referiu que chegou a “puxar cadeia”,sic. Por homicídio, mas na verdade não era ele quem havia cometido.**

[...] **No que se refere à adolescente M., no início da intervenção com o genitor, este nem sabia o paradeiro da filha, o que consideramos preocupante, tendo em vista que ela tem somente 15 anos.** [...] Relatou que realmente havia discutido com o pai e permanecido na casa de uma amiga por vários dias. [...] Relatou que a amiga é mais velha e mora na Taipa. **Achamos preocupante esta informação, pelo fato de que é sabido que o local identificado como Taipa é onde ocorre intenso tráfico de drogas e prostituição.** [...] Perguntamos a M. se está estudando, e respondeu que não está, pois não suporta ficar em sala de aula com crianças muito menores que ela. Perguntamos qual série parou, ao que respondeu que parou na 7ª série.

[...] **Em contato com a rede de atendimento, constatamos que foram atendidos pelo Conselho Tutelar, bem como o CREAS. Relataram que havia a suspeita de adoção ilegal da infante V., mas também constataram diversas vulnerabilidades no cuidado e atendimento a todos os filhos. Relatam falta de cuidado e precária higiene pessoal dos filhos, descaso por parte da mãe com a vida escolar dos mesmos, pois eram bastante faltosos à escola. Vizinhos se preocupavam com festas na casa de M., que iam até a madrugada quase diariamente.**

A equipe da Unidade de Saúde Gethal, que fazia o acompanhamento familiar, nos relatou que no final do ano de 2016 M. compareceu ao local informando que iria se mudar e **que com relação aos seus filhos, ela havia “dado para parentes em Palhoça”, sic.** Não informou novo endereço, sendo que não está referenciada em nenhuma Unidade de Saúde em outro local.

[...] **A APAE informou que É. frequentou a instituição por apenas um mês e não houve mais frequência, nem mesmo justificativa por parte da família.** Não chegaram a conhecer a genitora e, para surpresa de todos, quem levava o menino era o ex-marido de M., C., e mesmo assim, somente por pouco tempo. Informaram que chegaram a encaminhar relatório ao Ministério Público, pois É. estava comparecendo com marcas no corpo, podendo ser de agressão, além de escabiose e assaduras.

[...] Parecer Técnico

Concluimos que embora M. afirme que deseja recuperar e trazer todos os seus filhos de volta, com exceção da pequena V., ela não vem demonstrando condições e disponibilidade para tê-los novamente consigo. Há notícias de violações de direitos das crianças quando conviveram com a mãe em Lages, o que motivou o acompanhamento pela rede de proteção sócio assistencial. Mesmo a filha K., que hoje encontra-se sob responsabilidade da mãe, está sendo responsável por outra criança pequena, filho de seu namorado, denotando estar convivendo maritalmente com outra pessoa na casa da Mãe. **Além disso, não está frequentando a escola. Sobre a casa, a propósito, pertence ao atual companheiro de M., com quem está se relacionando há poucos meses. Caso as crianças retornem com ela e a relação com K. não dê certo, estará novamente vulnerável com todos os seus filhos.** Ela própria relatou que estava frequentando festas quase todas as noites quando ainda estava com os filhos em sua companhia.

Em consulta ao SAJ (Sistema de Automação do Judiciário), K. possui extensa ficha criminal. Foi preso em diversas ocasiões e atualmente está ainda com processos criminais em tramitação. Consta de sua ficha prisional que ele é usuário de drogas. Tal condição denota que ainda hoje M. tem envolvimento com pessoas que fazem uso de substâncias psicoativas, e tal condição pode trazer risco a seus filhos. Para agravar ainda mais a situação, pouco antes de encerrarmos a intervenção realizamos nova visita domiciliar, onde encontramos M. gestante, informando que fez os exames e encontra-se com 20 semanas de gestação.

Além do mais, ela não demonstra real apego com os filhos, delegando-os sob os cuidados de outrem quando ocorre qualquer dificuldade. Quando chega a adolescência e eles passam a apresentar rebeldia

e comportamento típico da idade, ela os entrega aos genitores ou a parentes. Também nos causou estranheza o fato dela não desejar a filha V., que ainda é um bebê, necessitando de todos os cuidados. Ela chegou a relatar que parou de usar drogas quando estava grávida da menina, sendo contraditória sua decisão de não querer assumir a filha, mas querer os demais filhos.

Com referência a C., genitor de K., ele demonstra interesse em assumir a Guarda do filho. Afirma que irá batalhar para isso e já procurou assistência jurídica. Tem atitude proativa e apresenta melhores condições para receber o filho que a genitora. **Porém, embora demonstre ser mais afetuoso, identificamos sua inabilidade em colocar limites e regras aos filhos, sendo que se coloca mais na posição de amigo dos seus filhos do que efetivamente demonstra autoridade.** Os filhos que vivem com ele não estão estudando, ele não acompanha a vida deles com efetividade, sendo que a filha adolescente M. faz o que tem vontade e ele com frequência não sabe seu paradeiro. Cabe salientar que K. está entrando na adolescência e já há histórico de infrequência escolar quando residia em Palhoça.

Além do mais, caso a Guarda de K. seja concedida ao genitor, ele perderá o contato com os demais irmãos, pois não há nenhuma proximidade entre C. e a genitora M. que permita o convívio de K. e seus irmãos. **Há muitas contradições nos discursos de todos os envolvidos e, na verdade, não foi possível identificar o real motivo pelo qual M. entregou os filhos sob os cuidados do ex-marido S., de quem fala somente coisas negativas. Concluindo, nosso parecer é de que nenhum dos genitores avaliados reúne condições de receber os filhos de volta. Não possuem atitude protetiva, sendo que também nesta Comarca repetem todo o histórico de violações amplamente noticiados nos autos de origem. Nossa sugestão é pela continuidade da ação de Destituição do Poder Familiar.”**

O laudo psicológico concluiu também:

Por meio dos procedimentos realizados, pode-se perceber que existem muitas divergências sobre o motivo das crianças terem ido para Palhoça aos cuidados de S. no final de 2016. M. referiu que precisou deixar as crianças com o ex-companheiro, pois, no mês de novembro de 2016, ficou sem receber a pensão de K., única renda da família, e, portanto, sem dinheiro para prover os cuidados das crianças. Já C. e M. relataram que as crianças teriam ido passar férias com S.. A rede de saúde e assistência social, assim como M. na segunda entrevista, disseram que há a possibilidade de M.ter entregue definitivamente as crianças para S. a fim de que ele assumisse as guarda delas.

M. demonstrou-se motivada em reaver a guarda das crianças, menos de V., a bebê de 1 ano de idade, pois relatou que não gosta da criança. Tanto C., como M., afirmaram que ela é uma boa mãe, que presta os cuidados necessários para os filhos. **Entretanto, existem relatos de profissionais da Rede de Atendimento do município de Lages que referem diversas situações de negligência envolvendo M. e os filhos no ano de 2016, tais como falta de higiene, faltas na escola, falta de roupas adequadas para o frio, falta de cuidados em saúde, etc. Além disso, o CREAS informou que M. não deu andamento a nenhum dos encaminhamentos realizados pela Equipe de Assistência Social.** Já a APAE disse que É. não era devidamente estimulado, que faltava muito e que, quando comparecia, era trazido por C., sendo que os profissionais da APAE expuseram que nunca conheceram M..

Ainda a respeito de M., é importante enfatizar que, embora ela tenha afirmado em entrevista que S. era agressivo e violento com ela e com as crianças, no momento em que precisou pensar em uma alternativa para, segundo ela, um problema financeiro, levou as crianças para perto de S.. Já no caso de M., relatou que, ao se de entenderem no final do ano passado, mandou que ela residisse com C., pois, segundo M. ela era muito desobediente. Disse, ainda, que não visita os filhos M. e D., os quais residem com C., pois K. tem ciúmes dela com esse ex-companheiro. A respeito de C., demonstrou-se bastante motivado em conseguir a guarda de K. e trazê-lo para sua casa. Foi descrito por M. como um pai carinhos, divertido e que conseguiria cuidar adequadamente dos filhos. Porém, é importante informar que, ao falar sobre como resolver conflitos

em algumas situações, enfatizou, durante as entrevistas, que costuma usar a violência como forma de resolver seus problemas com outras pessoas. Outro ponto, trata-se de quando M. ficou cinco dias desaparecida, C. relatou que não registrou Boletim de Ocorrência ou procurou algum tipo de ajuda, pois ele mesmo queria encontrá-la. Segundo ele, somente mobilizou-se em procurá-la quando foi acionado pela justiça, pois M. estaria envolvida com pessoas de má índole. Por fim, informa-se que a rede de atendimento do município de Lages não tem informações sobre C., apenas a APAE referiu que era ele quem trazia É. que é filho de M. com S. - para a instituição.”

No que se refere à prova testemunhal, tem-se que as testemunhas defensivas C., K. e T. são abonatórias, além de seus depoimentos não se coadunam com os documentos e depoimentos prestados pelas equipes multidisciplinares que atendem à família há mais de uma década.

A testemunha J., assistente social da equipe do programa de acolhimento institucional, enfatizou que em nenhum momento os genitores promoveram contato telefônico ou outro meio de contato para saber a situação das crianças e que a proibição das visitas não impedia que isso ocorresse. Disse ainda que a tia paterna, mesmo solicitada, não informava o telefone de contato dos genitores (2’45”, 5’04”).

A psicóloga da instituição de acolhimento em seu depoimento mencionou que trabalharam com a impossibilidade de retorno das crianças aos genitores na cidade de Lages, haja vista que o estudo psicossocial lá realizado já havia sido conclusivo nesse sentido (0’33”). Disse também que as crianças possuem muito vínculo afetivo e que a tia paterna possui interesse apenas na criança menor e não no grupo de irmãos, motivo pelo qual concluíram pela não concessão de guarda dela, aliado a fatos relacionados à falta de cuidados com a educação de seus próprios filhos (1’32”).

Ainda, em depoimento, a psicóloga I. falou que o pai C. foi ausente durante o acolhimento, não tendo procurado pelo filho K., situação que se corroborou com os documentos juntados nos autos.

A tia paterna A., em sua oitiva (1’20”, 1’40”, 2’00”, 7’27”), confirmou que não há conhecimento do paradeiro do genitor S., tampouco possibilidades de que ele cuide dos filhos, tanto é assim que os entregou aos cuidados dela e posteriormente aos da avó paterna.

As testemunhas que compunham o Conselho Tutelar no momento dos fatos (A., C., e T.) corroboraram as informações referidas na inicial e nos demais relatórios juntados aos autos.

O conjunto probatório demonstra que a família natural e a extensa não detêm condições de assegurar os direitos fundamentais dos infantes acolhidos e essa impossibilidade perdura há mais de 10 anos, gerando movimentos, ações e omissões que se repetem e resultam em violações de toda natureza.

Mesmo que se considere uma mudança drástica de vida, como quer fazer crer a genitora M., não se pode simplesmente ‘apostar’ nisso. Não há elementos nos autos que indiquem, com a certeza necessária, que a genitora e o companheiro estão aptos a receber os infantes. Pelo contrário, diante do estilo de vida vivenciado pelo núcleo familiar, o afastamento das crianças desse contexto

é ato que vem em prol de sua proteção, conforme determina a Constituição Federal e o Estatuto da Criança e do Adolescente.

Aliás, a estabilidade que M. diz ter é proveniente da residência e do emprego do atual companheiro. Assim, em caso do relacionamento ser rompido, novamente os infantes estarão vulneráveis.

3. Pedidos subsidiários

3.1. Família extensa

De antemão, ressalta-se que a existência de ação própria autuada sob o n. 0307619-31.2017.8.24.0045 para guarda da infante V. em favor da tia paterna não prejudica a análise desse pedido subsidiário, o qual, adianta-se, não merece acolhimento.

Isso porque, os laudos técnicos são desfavoráveis à colocação das crianças na família extensa, seja porque a tia pretende apenas a guarda da infante V., seja porque não é aconselhável a separação do grupo de irmãos, notadamente quando os vínculos são estreitos (art. 28, §4º, ECA).

Além do mais, não há outros parentes interessados na guarda dos infantes, conforme mencionado pela psicóloga I. em seu depoimento (8'38").

Ainda, conforme depoimento da assistente social da instituição de acolhimento, a tia paterna também mencionou que não há outros familiares interessados na guarda do grupo de irmãos e (9'28").

Em acréscimo, ressalta-se que a existência dessa ação de guarda não prejudica a procura ativa de pretendentes habilitados para adoção das crianças.

3.2 Suspensão do poder familiar.

Os recorrentes pleiteiam que o poder familiar seja apenas suspenso, o que possibilitaria uma futura realocação das crianças no seio de sua família natural.

O pedido não merece prosperar.

Não se pode imaginar que após 10 anos de atendimento e encaminhamentos a família necessite de mais tempo para entender como deve proteger os direitos básicos de seus filhos.

As denúncias que motivaram o acolhimento e o ingresso da demanda englobam um descompasso geral na criação dos filhos, sem qualquer indício de que isso tenha chance de ter se modificado, ao menos em um futuro próximo. Julgar procedente esse pedido seria incompatível com o melhor interesse do grupo de irmãos, princípio basilar do direito da criança e adolescência, e furtaria-lhes o direito de, através de procedimentos de adoção, encontrar um núcleo familiar que lhes dê a atenção de que tanto necessitam.

4. Ante o exposto, vota-se no sentido de conhecer dos recursos para negar-lhe provimento.

Este é o voto.

Agravo de Instrumento n. 4016629-27.8.24.0900, de Balneário Camboriú

Relator: Desembargador Joel Figueira Júnior

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE MODIFICAÇÃO DE GUARDA UNILATERAL PARA COMPARTILHADA. PEDIDO DE TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA INDEFERIDO. RECURSO DO AUTOR. MENOR (5 ANOS DE IDADE) QUE SEMPRE ESTEVE SOB A GUARDA UNILATERAL DA GENITORA EM RAZÃO DE SUCESSIVOS ACORDOS EFETUADOS EM PROCESSOS DISTINTOS. GUARDA COMPARTILHADA NÃO RECOMENDADA NO MOMENTO. NECESSIDADE DE INSTRUÇÃO PROCESSUAL. RECURSO DESPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 4016629-27.8.24.0900, da comarca de Balneário Camboriú Vara da Família, Infância e Juventude em que é/são Agravante(s) J.P. e (s) M. W. G.

A Quarta Câmara de Direito Cível decidiu, por unanimidade de votos, conhecer do recurso e negar-lhe provimento. Custas legais.

O julgamento, realizado no dia 06 de junho de 2019, foi presidido pelo Excelentíssimo Senhor Desembargador Joel Dias Figueira Júnior e dele participaram os Excelentíssimos Senhores Desembargadores Hélio David Vieira Figueira dos Santos e José Agenor de Aragão.

Funcionou como representante do Ministério Público o Excelentíssimo Senhor Procurador de Justiça Rogê Macedo Neves e lavrou parecer o Excelentíssimo Senhor Procurador de Justiça Mário Gemin.

Florianópolis, 06 de junho de 2019.

Joel Dias Figueira Júnior
RELATOR

RELATÓRIO

J. P. (genitor) interpôs agravo de instrumento contra a decisão que, nos autos da *ação revisional de guarda com pedido de tutela provisória de urgência* n. 0304917-04.2018.8.24.0005, proposta em desfavor de M. W. G. (genitora), indeferiu a guarda compartilhada da menor A. W. G. P., nascida em 17-1-2014.

Alegou, em síntese, que efetuou acordo com a Agravada nos autos do processo n. 0306060-96.2016.8.24.0005, ficando estabelecido que a guarda da menor seria exercida unilateralmente pela mãe, contudo, tal situação tornou-se insustentável porquanto a genitora vem dificultando a relação entre pai e filha, desrespeitando a decisão que homologou o acordo firmado entre as partes.

Requeru, pois, a concessão de tutela antecipada recursal, e, ao final, o conhecimento e provimento do agravo para conceder ao Autor a guarda compartilhada da menor, mormente porque há o risco de a genitora mudar-se para São Paulo com a infante (fls. 1-5).

Nesta instância, indeferi o pedido de antecipação da tutela antecipada recursal (fls. 97-99).

Contrarrazões às fls. 107-110.

O Ministério Público, em parecer da lavra do eminente Procurador de Justiça Mário Gemin, opinou pelo conhecimento e provimento do recurso.

Presentes os requisitos de admissibilidade do recurso.

É o relatório.

VOTO

Tendo em vista as orientações do Conselho Nacional de Justiça no sentido de que seja conferida maior celeridade na prestação da tutela jurisdicional (PPCNJ nº 0006857-62.2018.2.00.0000), e em observância aos princípios da efetividade, cooperação, razoável duração do processo e primazia do julgamento do mérito, a análise do presente será realizada de forma sucinta, com a maior simplicidade e objetividade, com o escopo de se atingir, dentro do possível, os fins pré-estabelecidos.

Inicialmente, sobreleva consignar que em se tratando de demanda que envolve guarda de menor, deve ser levado em conta o melhor interesse da criança, de forma a preencher todos os aspectos referentes ao seu desenvolvimento, sejam eles econômicos, educacionais, emocionais, psicológicos ou afetivos.

Acerca do tema, a Constituição da República estabelece que:

Art. 277. 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 a forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

O Código Civil, por sua vez, disciplina:

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.

[...]

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.

Quanto ao assunto, lecionam Washington de Barros Monteiro e Regina Beatriz Tavares da Silva:

A Lei n. 11.698, de 13 de junho de 2008, que alterou os arts. 1.583 e 1.584 do Código Civil de 2002, estabelece que a guarda compartilhada pode ser fixada mesmo que requerida por um dos pais em face do outro. Assim, essa espécie de guarda passou a ter cabimento não só mediante acordo dos pais em sua fixação, mas também na hipótese de discordância. No entanto, caberá ao juiz, ponderadas as circunstâncias de cada caso, estabelecer ou não a guarda compartilhada, ainda mais quando se tratar de pedido unilateral.

[...]

O critério a orientar o juiz será, sempre, o do interesse ou conveniência do menor, que há de preponderar sobre direitos ou prerrogativas, a que, porventura, se arroguem os pais. O que se terá em vista é a paternidade responsável, prevista no art. 227 da vigente Constituição. (Curso de Direito Civil 2: direito de família. 41 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 401-403).

Assim, para boa análise dos fatos apresentados nos autos, mister constar que as partes casaram-se em 30-12-2012, tendo o divórcio sido decretado em 25-06-2015 (fls. 53-58 dos autos de origem), quando acordaram que a guarda da filha, à época com pouco mais de 1 ano de idade, seria exercida unilateralmente pela genitora.

Posteriormente, em 26-06-2016, o Autor/genitor ajuizou ação de modificação de guarda, tendo as partes novamente convencionado que a mãe continuaria a exercer a guarda unilateral da criança. O acordo restou homologado pelo juízo em 11-08-2016 (fl. 37 na origem), restando os autos suspensos para realização de estudos psicossociais.

Na sequência, em 17-05-2017, o Autor ajuizou ação de modificação do direito de visitas, a qual findou-se por meio de acordo realizado entre as partes em 01-12-2017. No acordo, que abrangeu todos os feitos reunidos, os litigantes optaram por manter a guarda unilateral da criança com a mãe, cabendo ao pai o direito de visitas todas as quartas-feiras e também em finais de semana alternados.

Passados 6 meses da homologação do acordo, o Autor veio novamente requerer a modificação da guarda da modalidade unilateral para a compartilhada, tendo a Magistrada de primeiro grau indeferido liminarmente o pedido, sob o argumento de que a guarda compartilhada pressupõe a inexistência de animosidade entre as partes.

A enxurrada de ações ajuizadas em um intervalo pequeno de tempo demonstra que os litigantes vivem em permanente conflito de interesses, não sendo recomendado, ao menos por

hora, a modificação da guarda anteriormente acordada. O feito encontra-se em fase embrionária, carecendo de instrução processual com estudos sociais que demonstrem a possibilidade de alterar-se para a modalidade compartilhada.

Neste sentido:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. INTERLOCUTÓRIA QUE ESTABELECE GUARDA PROVISÓRIA EM FAVOR DA MÃE E FIXA ALIMENTOS AO FILHO E À EX-COMPANHEIRA NO VALOR DE 2 (DOIS) SALÁRIOS MÍNIMOS PARA CADA. IRRESIGNAÇÃO RECURSAL DO OBRIGADO. PRETENDIDA MODIFICAÇÃO DA GUARDA PARA COMPARTILHADA. IMPOSSIBILIDADE. INTENSO CLIMA DE ANIMOSIDADE ENVOLVENDO OS GENITORES COM MEDIDA PROTETIVA CONCEDIDA DE PROIBIÇÃO DE APROXIMAÇÃO. ALIMENTOS PROVISÓRIOS AO FILHO MENOR. PRETENSÃO DE REDUÇÃO. INVIABILIDADE. VERBA FIXADA DE ACORDO COM O BINÔMIO NECESSIDADE E POSSIBILIDADE. ALTERAÇÃO NA FORMA DE PAGAMENTO DE *IN PECUNIA* PARA *IN NATURA*. MATÉRIA NÃO OBJETO DA DECISÃO AGRAVADA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. NÃO CONHECIMENTO. ALIMENTOS COMPENSATÓRIOS. ALEGAÇÃO DE DESNECESSIDADE. INSUBSISTÊNCIA. EX-CONVIVENTE QUE PERMANECE NA ADMINISTRAÇÃO EXCLUSIVA DA EMPRESA DO CASAL. MINORAÇÃO. FALTA DE PROVAS DA INCAPACIDADE PARA ARCAR COM O VALOR ARBITRADO. RECURSO CONHECIDO EM PARTE E, NA PARTE CONHECIDA, DESPROVIDO.

A guarda compartilhada não é recomendada nos casos em que os genitores vivem em estado de beligerância.

“Não se pode permitir, com o objetivo de alcançar o imprescindível equilíbrio, que o valor fixado a título de alimentos supere a razoável possibilidade do devedor em fornecê-los, e que fique aquém do necessário para o menor viver com dignidade e manter o padrão de vida que possuía na constância do enlace de seus pais, sobretudo porque as necessidades do infante são elevadas e presumidas” (TJSC, Agravo de Instrumento n. 4022173-14.2017.8.24.0000, de São José, rel. Des. Luiz César Medeiros, Quinta Câmara de Direito Civil, j. em 19-6-2018)

“Produzindo o fim da vida em comum desequilíbrio econômico entre o casal, em comparação com o padrão de vida que desfrutava a família, cabível a fixação de alimentos compensatórios. O cônjuge ou companheiro mais afortunado deve garantir ao ex-consorte que se reequilibre economicamente. Cabem ser fixados, inclusive, a título de tutela antecipada” (DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 12. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 621-622). (Agravo de Instrumento n. 4003719-15.2019.8.24.0000, da Capital - Eduardo Luz, Relator: Des. Fernando Carioni, julgado em 30-04-2019)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. REGULAMENTAÇÃO DE GUARDA. DECISÃO QUE DETERMINA A GUARDA PROVISÓRIA EM CONFLITO COM OS TERMOS DA GUARDA FÁTICA. MELHOR INTERESSE DA MENOR. ROTINA ESTABELECIDA. MUDANÇAS QUE GERAM INSTABILIDADE. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. DECISÃO REFORMADA.

Havendo indicativos de beligerância entre os pais – com a utilização da menor como forma de atingir ao ex-companheiro, é recomendável que a avaliação de pedido de liminar e a fixação de guarda provisória em favor do outro genitor, que não o detentor da guarda fática, sejam relevadas a momento posterior à formação do contraditório e, em determinados casos, da conclusão do estudo psicossocial com todos os envolvidos, a fim de evitar a chancela de bruscas, infundadas e sucessivas mudanças de residência.

O domicílio de menor, mesmo em casos sem regulamentação judicial, deve ser fixado em atenção ao melhor interesse da criança, de acordo com os critérios estabelecidos no artigo 4º do Estatuto da Criança

e do Adolescente e nos artigos 1.583 e seguintes do Código Civil. (Agravo de Instrumento n. 4025605-07.2018.8.24.0000, de Guaramirim, Relator: Desembargador Sebastião César Evangelista, julgado em 11-04-2019)

Também, em casos como este, mostra-se prudente homenagear o princípio da confiança no juiz da causa que, por estar mais próximo aos fatos e às pessoas envolvidas, notadamente pela quantidade de processos que envolvem os mesmos litigantes na comarca, possui maiores condições de encontrar uma solução para dirimir o conflito, prezando sempre pelo melhor interesse da menor.

Por fim, destaca-se que o presente recurso e sua consequente decisão não possuem carga de definitividade, pois referem-se à questão prematura dos autos de origem, a qual poderá ser modificada em razão de eventual prova colhida após a instrução processual.

Diante do exposto, nega-se provimento ao recurso.

É o voto.

Agravo de Instrumento n. 0152281-73.2015.8.24.0000, de Joinville

Relatora: Desa. Subst. Bettina Maria Maresch de Moura

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE CONSIGNAÇÃO DE CHAVES DE IMÓVEL OBJETO DE COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA. RECONVENÇÃO DO RÉU. DECISÃO INTERLOCUTÓRIA. INSURGÊNCIA DA AUTORA.

IMPOSSIBILIDADE DO MANEJO DE RECONVENÇÃO. TESE ARREDADA. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS.

INCLUSÃO DA CAIXA ECONÔMICA FEDERAL NA LIDE. PLEITO RECONVENCIONAL VISANDO A RESCISÃO DO CONTRATO DE COMPRA E VENDA E DEVOLUÇÃO DAS PARCELAS PAGAS, EM VIRTUDE DE VÍCIOS CONSTRUTIVOS. IMÓVEL ADQUIRIDO MEDIANTE FINANCIAMENTO COM A CAIXA ECONÔMICA FEDERAL, COM CLÁUSULA DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. IMPOSSIBILIDADE DE RUPTURA PARCIAL. LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO. INTIMAÇÃO DO RÉU/RECONVINTE PARA QUE RATIFIQUE O INTENTO DE RESCISÃO E, NESTE CASO, PROMOVA A EMENDA À EXORDIAL, PARA POSTERIOR ENVIO DOS AUTOS À JUSTIÇA FEDERAL, NOS TERMOS DO ART. 109, INCISO I DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

“Em ação de rescisão de contrato de compra e venda de imóvel em que este também é objeto de garantia de alienação fiduciária à instituição financeira, resta evidente que eventual procedência do pedido irá refletir diretamente sobre o direito da instituição bancária, uma vez que a garantia da alienação fiduciária impede a devolução do imóvel à construtora, caso declarada a rescisão da compra e venda.” (TJMG – Agr. Inst. 0347035-84.2016.8.13.0000. 11ª Câmara Cível. Rel. Shirley Fenzi Bertão. Data do julgamento: 06.02.2017)

ANTECIPAÇÃO DA TUTELA NA RECONVENÇÃO. NECESSIDADE DE ANÁLISE, ATÉ QUE SE ESTABELEÇA A COMPETÊNCIA. IMPOSTOS E TAXAS. RESPONSABILIDADE DO PROMITENTE VENDEDOR ATÉ A DISPONIBILIZAÇÃO DO IMÓVEL AO COMPRADOR. INTERPRETAÇÃO ESCORREITA DA CLÁUSULA CONTRATUAL PELO JUÍZO, EM SEDE DE COGNIÇÃO NÃO EXAURIENTE. APARENTE JUSTO MOTIVO PARA A RECUSA DO RECEBIMENTO DAS CHAVES, PELO RÉU. CONSUMIDOR QUE NÃO TEM OBRIGAÇÃO DE ASSUMIR O IMÓVEL E O PAGAMENTO DOS RESPECTIVOS ENCARGOS, SEM QUE A CONSTRUTORA REALIZE AS ADEQUAÇÕES DITAS NECESSÁRIAS. REVERSIBILIDADE, OUTROSSIM, PATENTE. DECISÃO MANTIDA NO PONTO.

RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 0152281-73.2015.8.24.0000, da Comarca de Joinville, 2ª Vara Cível, em que é Agravante Rôgga S/A Construtora e Incorporadora e Agravado Ronaldo Aparecido de Azevedo e outro.

A Quarta Câmara de Direito Civil decidiu, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe parcial provimento. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Joel Figueira Júnior, com voto e dele participou o Des. Hélio David Vieira Figueira dos Santos.

Florianópolis, 09 de maio de 2019.

Bettina Maria Maresch de Moura
Relatora

RELATÓRIO

Trata-se de Agravo de Instrumento interposto por Rôgga S/A Construtora e Incorporadora contra decisão proferida pelo Juízo da 2ª Vara Cível da Comarca de Joinville que, na “Ação de Consignação” de chaves de imóvel, autos n. 0032567-73.2013.8.24.0038, a) reconheceu “a possibilidade jurídica de propositura de reconvenção em sede de consignação em pagamento” (fl. 20); b) rejeitou o pedido de inclusão da Caixa Econômica Federal na lide (fl. 21) e (c) deferiu o pedido de antecipação da tutela postulada na Reconvenção, determinando que a Agravante -Construtora/Reconvinda - “pague todas as tarifas de coleta de lixo devidas à Ambiental Limpeza Urbana e Saneamento Ltda até o deslinde da causa; bem assim para que comprove nos autos, no prazo de 20 dias, a exclusão do nome do reconvinte Ronaldo Aparecido de Azevedo do cadastro da Serasa, sob pena de multa fixada em R\$ 100,00 (cem reais), por dia de manutenção indevida das inscrições já existentes ou nova inscrição, limitada ao valor de R\$ 100.00,00 “ (fl. 24).

Sustenta a Agravante, em suma: a impossibilidade de se aviar reconvenção em ação de consignação em pagamento; que necessária a inclusão da Empresa Pública no polo passivo da lide e que colocou as chaves do imóvel à disposição do comprador, não podendo ser obrigada a quitar débitos posteriores à conclusão da unidade, atinentes a impostos, taxas públicas e condominiais incidentes. Requer a concessão de efeito suspensivo e, ao final, a reforma da decisão combatida nos pontos suscitados.

O recurso foi admitido e indeferido o efeito suspensivo (fls. 30/40).

O prazo para as contrarrazões transcorreu in albis, consoante certidão de fl. 43.

É o relatório.

VOTO

A verificação da admissibilidade do recurso já foi realizada à fl. 31.

Inicialmente rebela-se a Agravante/Autora contra a admissão da reconvenção, aduzindo não ser esta possível, em ação de consignação em pagamento.

No ponto destaque que, a despeito do nome concedido à actio pela Agravante/Autora, qual seja, “Ação de Consignação em Pagamento”, na verdade o pleito pretende o reconhecimento da entrega de imóvel objeto de contrato de compromisso de compra e venda, através do depósito de suas chaves.

Aliás, a denominação atribuída à demanda (e pleitos correspondentes), deu ensejo à autuação e também ao despacho primevo (fls. 59/60 dos autos na origem), este que foi revogado pelo juízo, através da decisão de fls. 65/66 (dos autos de origem). Nesta, o pedido de depósito das chaves foi analisado como antecipação da tutela, determinando-se a citação dos Agravados/Réus para responder em 15 (quinze).

Assim, parece inequívoco que a partir daquele momento, adotou-se o rito ordinário para tramitação da demanda, circunstância a ensejar o manejo da reconvenção, nos expressos termos do art. 315 e seguintes do CPC/73 (então vigente).

Registre-se, que não houve qualquer insurgência à decisão referida, apesar da Agravante/Autora ter sido regularmente intimada (fl. 67 dos autos de origem).

Mas não fosse isso, de qualquer forma a jurisprudência já assentou a possibilidade de Reconvenção, ainda que se entenda se trate de ação de consignação em pagamento, pelo rito especial:

“É cabível a reconvenção na ação consignatória se comum o fundamento de defesa e da pretensão reconvenicional que tem por fundamento um mesmo contrato e identidade de causas” (RT, 606/169, 605/139, 601/97, 598/165 e 597/155). (TJSC - Apelação Cível n. 2009.048999-7, de Seara. Segunda Câmara de Direito Público. Rel. Des. Newton Janke. Data do julgamento: 22.03.2011)

E, sendo viável a Reconvenção, há que se analisar o pedido de inclusão da Caixa Econômica Federal na lide, formulado pela Agravante/Autora/Reconvinda e que foi afastado pelo juízo a quo.

Neste ponto, razão assiste à Agravante.

Isso porque, como se pode extrair da leitura da peça reconvenicional (fls. 198/220 dos autos na origem), pretende o Agravado/Réu/Reconvinte dentre outros pleitos, a rescisão contratual, com a devolução de todas as parcelas pagas.

Ocorre que a aquisição do bem se deu através de contrato particular firmado com a Agravante/Autora e a Caixa Econômica Federal, denominado “Contrato por Instrumento Particular de Compra e Venda de Terreno e Mútuo para Construção de Unidade Habitacional com Fiança, Alienação Fiduciária em Garantia e Outras Obrigações – Programa Imóvel na Planta – Sistema Financeiro da Habitação – SFH”. Ou seja, o imóvel foi financiado pela CEF, recaindo sobre o bem, cláusula de alienação fiduciária.

Neste contexto, não há como se dar a rescisão parcial, única e exclusivamente com a Construtora, pois não pode esta receber o bem de volta, diante da garantia em favor da Instituição Financeira.

E não diga o Agravado/Réu/Reconvinte que com as quantias percebidas (parcelas, multa, danos morais) iria “quitar” o financiamento, pois parâmetro algum há nos autos sobre a equivalência, tampouco garantia de que venha lograr êxito em algum/todos os pedidos apresentados.

Neste sentido colhe-se da jurisprudência:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DE RESCISÃO DE CONTRATO DE COMPRA E VENDA C/C DEVOLUÇÃO DAS PARCELAS PAGAS - IMÓVEL FINANCIADO - GARANTIA DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA - LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO - INTERESSE DA CAIXA ECONÔMICA FEDERAL CREDORA FIDUCIÁRIA - COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL.

1. O contrato de financiamento contraído com a finalidade de firmar o contrato de compra e venda de imóvel comprova seu caráter acessório ao principal, bem como a relação trilateral entre o adquirente, a construtora vendedora/incorporadora e a instituição financeira fiduciária.

2. Caracteriza-se o litisconsórcio passivo necessário quando os efeitos do futuro provimento jurisdicional possam interferir na esfera jurídica do patrimônio de terceiro que não integra a lide.

3. Em ação de rescisão de contrato de compra e venda de imóvel em que este também é objeto de garantia de alienação fiduciária à instituição financeira, resta evidente que eventual procedência do pedido irá refletir diretamente sobre o direito da instituição bancária, uma vez que a garantia de alienação fiduciária impede a devolução do imóvel a construtora caso declarada a rescisão da compra e venda.

4. Preliminar acolhida para declinar da competência para a Justiça Federal. (TJMG – Agr. Inst. 0347035-84.2016.8.13.0000. 11ª Câmara Cível. Rel. Shirley Fenzi Bertão. Data do julgamento: 06.02.2017) (g.n.)

COMPRA E VENDA IMOBILIÁRIA. RESCISÃO CONTRATUAL. Além da promessa de venda e compra celebrada entre os autores e as rés, firmado contrato de mútuo para aquisição de terreno e construção de unidade habitacional vinculada a empreendimento, com fiança, alienação fiduciária em garantia e outras obrigações – programa imóvel na planta – SBPE, em que os autores figuraram como compradores/devedores fiduciantes, a Caayembe Empreendimentos Imobiliários Ltda. como vendedora, a Convivência Engenharia, Planejamento e Construção Ltda. como interveniente construtora e a Caixa Econômica Federal como credora fiduciária. Assim, a rescisão da promessa de venda e compra tem influência direta no contrato de financiamento imobiliário celebrado pelas partes com a CEF, revelando-se necessária a integração do agente financeiro no polo passivo, nos termos do art. 114 do Código de Processo Civil. Precedentes. Anulação de sentença, reconhecida a competência da Justiça Federal. Recurso das rés provido, prejudicado o dos autores. (TJSP - Apelação Cível n. 10233532720158260002 SP, 10ª Câmara de Direito Privado. Rel. Des. J.B. Paula Lima. Data de Julgamento: 12.03.2019) (g.n.)

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C INDENIZATÓRIA. RELAÇÃO DE CONSUMO. AUTOR QUE DESISTIU DA COMPRA E REQUEREU A RESCISÃO DO CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE BEM IMÓVEL, APÓS CELEBRADO O CONTRATO DE FINANCIAMENTO JUNTO À CEF. O IMÓVEL FOI DADO EM GARANTIA FIDUCIÁRIA AO AGENTE FINANCIADOR, CAIXA ECONÔMICA FEDERAL, QUE TEM A EMPRESA/RÉ COMO FIADORA. SITUAÇÃO QUE DENOTA LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO ENTRE O VENDEDOR (RÉU) E O AGENTE FINANCEIRO QUE É O PROPRIETÁRIO FIDUCIÁRIO DO BEM IMÓVEL (CEF). INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL PARA CONHECER DO PEDIDO. ARTIGO 109, INCISO I, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ANULAÇÃO DA SENTENÇA. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. (TJRJ - Apelação Cível n. 00540569120138190205. Vigésima Sétima Câmara Cível Consumidor. Rel. JDS João Batista Damasceno. Data do Julgamento: 04.10.2017)

Desse modo, necessária a intimação do Agravado/Réu/Reconvinte para que diga se mantém

o intento de rescisão e, neste caso, para que promova emenda à Reconvencção, incluindo a Caixa Econômica Federal no polo passivo (e promovendo as adaptações que entender pertinentes aos pedidos a ela inerentes), a permitir o deslocamento do feito para a Justiça Federal, nos termos do art. 109, inciso I da Constituição Federal.

Por fim, a Agravante se insurge contra a liminar concedida em favor do Agravado/Reconvinte, para que pague todas as tarifas de coleta de lixo à Ambiental Limpeza Urbana e Saneamento Ltda, até o deslinde da causa, bem como comprove nos autos, no prazo de 20 dias, a exclusão do nome do Reconvinte Ronaldo Aparecido de Azevedo do cadastro da Serasa, sob pena de multa diária.

De início, consigne-se que enquanto se define sobre a competência, necessária a análise sobre a antecipação da tutela, mesmo que possível sua revogação a posteriori.

O recurso baseia-se essencialmente no argumento de que, por expressa disposição contratual (cláusula 12ª), a partir da disponibilização das chaves ao comprador, a responsabilidade pelo pagamento seria deste último. Acrescenta que a dívida anotada no órgão de proteção ao crédito, se refere a período em que a chave da unidade adquirida pelos Agravados, já estava depositada em cartório, em atendimento à decisão de fls. 59/60.

Não obstante e consoante mencionado alhures (ao se tratar da questão afeta à reconvenção), referida decisão restou revogada pelo Juízo, na sequência em que fora lançada, sendo prolatada em substituição, a interlocutória de fls. 64/65, com o afastamento da antecipação da tutela pretendida pela Agravante/Autora. Como também mencionado, a Agravante/Autora conformou-se com o decisum, vez que dele não recorreu.

Nesse contexto, evidentemente, não pode a Agravante tentar se valer de decisão revogada, com cuja mudança se conformou, para sustentar pedido inserto em recurso contra outra decisão.

Importante anotar ainda, que a decisão revogadora foi prolatada em 30.04.2014 (fl. 65 dos autos na origem), dela sendo intimado o advogado da insurgente em 08.05.2014. Portanto, anteriormente aos períodos mencionados pela Agravante como sendo atinentes à dívida ensejadora da inscrição (junho/agosto/novembro de 2014 – fevereiro/junho de 2015) (fl. 09).

Ademais, obrou com acerto a magistrada ao considerar, em exame perfunctório, aparentemente justa a negativa do consumidor de assumir o imóvel e os encargos decorrentes, na medida em que constatou que a prova pré-constituída, notadamente as fotografias e o parecer técnico realizado por profissional da área (fls. 130/146 e 160/229 dos autos na origem), demonstram a existência de diversos problemas estruturais no empreendimento em questão.

Com efeito, conforme teor da cláusula 12ª do contrato firmado entre as partes (fl. 30 dos autos na origem), somente após a efetiva disponibilização do imóvel ao comprador as taxas, tarifas e demais encargos passariam a ser de responsabilidade deste. E, não se acolhendo a pretensão liminar para o recebimento das chaves, a consequência lógica é de caber à Agravante/Autora o dever de pagar os débitos pertinentes (o que aparentemente restou cumprido, fls. 495/497 dos autos na origem).

Por fim, cumpre ressaltar a reversibilidade da medida, diante da possibilidade de ressarcimento dos valores despendidos pela Agravante/Autora, em caso de procedência do seu pleito na origem (e se considerando injusta a recusa no recebimento das chaves).

Ante o exposto, voto por conhecer do recurso e dar-lhe parcial provimento, possibilitando-se ao Agravado/Réu/Reconvinte a ratificação do intuito de rescisão da avença e, neste caso, de emenda à exordial, para inclusão da CEF no polo passivo e adaptação dos pleitos a ela inerentes e posterior remessa dos autos à Justiça Federal.

Este é o voto.

QUINTA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

Apelação Cível n. 0035342-03.2009.8.24.0038, de Joinville

Relator: Des. Jairo Fernandes Gonçalves

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. ERRO DE DIAGNÓSTICO. SENTENÇA QUE JULGOU IMPROCEDENTES OS PEDIDOS EM FACE DO SEGUNDO RÉU, E PROCEDENTES EM FACE DO PRIMEIRO E TERCEIRO RÉUS.

INSURGÊNCIA DO AUTOR. RESPONSABILIDADE CIVIL DO SEGUNDO REQUERIDO VERIFICADA. EXISTÊNCIA DE SINAIS CLÍNICOS INDICATIVOS DE AVC NO PRIMEIRO ATENDIMENTO. PROFISSIONAL QUE, TODAVIA, DEIXOU DE SOLICITAR EXAME NEUROLÓGICO SUMÁRIO SEGUIDO DE AVALIAÇÃO POR MÉDICO ESPECIALISTA. NEGLIGÊNCIA POR OMISSÃO DO DEVER DE CAUTELA. CONDENAÇÃO DO SEGUNDO RÉU. DANO ESTÉTICO. POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO COM DANO MORAL. EXEGESE DA SÚMULA 387 DO STJ. PERÍCIA JUDICIAL QUE ATESTOU A EXISTÊNCIA DE SEQUELAS NEUROLÓGICAS PERMANENTES. MARCHA CEIFANTE E ATROFIA MUSCULAR DE MEMBROS DO LADO ESQUERDO. VISIBILIDADE DA DEFORMAÇÃO. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. PRECEDENTES DESTA CORTE. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

INSURGÊNCIA DO PRIMEIRO E DO TERCEIRO RÉU. NEGLIGÊNCIA NO ATENDIMENTO MÉDICO QUE PERDUROU APÓS A TROCA DE PLANTÃO. PERSISTÊNCIA DO QUADRO SINDRÔMICO INDICATIVO DE ACIDENTE VASCULAR. TERCEIRO RÉU QUE, NO ENTANTO, CONCEDEU ALTA MÉDICA AO PACIENTE. RETORNO DO ENFERMO À CLÍNICA RÊ UMA HORA APÓS A SAÍDA DO CENTRO HOSPITALAR, SEGUIDA DE CONFIRMAÇÃO DO DIAGNÓSTICO DE AVC. IRREVERSIBILIDADE DAS SEQUELAS. IDENTIFICAÇÃO TARDIA DA PATOLOGIA. RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL DOS RÉUS MANTIDA. DANO MORAL. QUANTUM INDENIZATÓRIO. PLEITO DE MINORAÇÃO. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. RECURSOS CONHECIDOS E PARCIALMENTE PROVIDOS.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0035342-03.2009.8.24.0038, da comarca de Joinville (4ª Vara Cível), em que são apelantes Nilson Miguel Devegili, José Luiz de Freitas Oliveira e Unimed de Joinville – Cooperativa de Trabalhos Médicos, e apelados Nilson Miguel Devegili, José Luiz de Freitas Oliveira, Moacir de Freitas Toledo e Unimed de Joinville – Cooperativa de Trabalhos Médicos:

A Quinta Câmara de Direito Civil decidiu, por unanimidade, conhecer dos recursos e dar-lhes parcial provimento, nos termos do voto. Custas legais.

O julgamento, realizado no dia 30 de julho de 2019, foi presidido pelo Excelentíssimo Senhor Desembargador Luiz César Medeiros, com voto, e dele participou a Excelentíssima Senhora Desembargadora Cláudia Lambert de Faria.

Florianópolis, 13 de setembro de 2019.

Jairo Fernandes Gonçalves

RELATOR

RELATÓRIO

Nilson Miguel Devegili ajuizou Ação Indenizatória contra Unimed de Joinville - Cooperativa de Trabalhos Médicos, Moacir de Freitas Toledo e José Luiz de Freitas Oliveira sustentando que no dia 17-5-2009, às 17 horas, teria buscado assistência médica no Centro Hospitalar réu ao sentir os sintomas de formigamento e perda do controle de membros do lado esquerdo, sendo atendido, num primeiro momento, pelo segundo réu, que o diagnosticou com Transtorno Dissociativo de Movimentos, oriundo de “problemas emocionas”, e colocou-o em observação. Às 20h 53mins passou a ser atendido pelo terceiro réu, que, às 7h 50mins do dia seguinte, concedeu-lhe alta médica, receitando apenas o uso de medicação sedativa. Narrou, todavia, que teria permanecido com dificuldade de locomoção e com a fala distorcida, retornando ao Centro Hospitalar às 9h 15mins, quando foi atendido pelos médicos Heitor Kamigashima (clínico) e Norberto Luiz Cabral (neurologista), que prontamente identificaram o acometimento de Acidente Vascular Cerebral Isquêmico – AVC.

Afirmou que o diagnóstico tardio da patologia lhe causou sequelas irreversíveis, razão pela qual pugnou pela concessão de medida antecipatória para condenar os réus ao pagamento de valores a título de lucros cessantes. Ao final, requereu a procedência dos pedidos para, além de confirmar os efeitos da liminar, condenar a parte adversa ao pagamento de indenização por danos materiais, morais e estéticos.

A tutela antecipada foi indeferida (fls. 239-240).

A primeira ré apresentou contestação (fls. 267-300) sustentando, em preliminar, sua ilegitimidade passiva para causa. No mérito, asseverou que não houve negligência no atendimento do autor, pois os sintomas do AVC teriam se manifestado posteriormente ao atendimento realizado pelos médicos réus. Pugnou, ao final, pela improcedência dos pedidos.

O segundo e o terceiro réus também apresentaram contestação (fls. 441-458 e 491-500, respectivamente), repisando às alegações de mérito da primeira ré.

Após réplica (fls. 507-518, 519-525 e 526-535), houve a elaboração de laudo pericial (fls. 654-668), seguida de manifestação das partes (fls. 681-687, 692-693 e 694-699).

Em audiência (fl. 743), foram ouvidas três testemunhas arroladas pelo autor e duas testemunhas arroladas pelos réus.

Apresentadas alegações finais (fls. 752-761, 762-776, 777-783 e 784-793), sobreveio a sentença (fls. 794-805) que julgou os pedidos: (a) improcedentes em relação ao réu Moacir de Freitas Toledo, condenando o autor ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em R\$ 3.000,00; e (b) procedentes em face dos réus Unimed de Joinville – Cooperativa de Trabalhos Médicos e José Luiz de Freitas Oliveira, condenando-os ao pagamento de indenização por danos morais, no valor de R\$ 50.000,00, e de lucros cessantes, no valor de R\$ 2.150,90, ambos com os acréscimos legais; e, por último, das custas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em 20% sobre o valor da condenação.

Nilson Miguel Devegili interpôs recurso de Apelação Cível (fls. 810-828), em que defendeu a responsabilização civil também do requerido Moacir de Freitas Toledo. No mais, pleiteou a majoração do dano moral e a condenação dos réus em dano estético.

Unimed de Joinville - Cooperativa de Trabalhos Médicos e José Luiz de Freitas Oliveira também interpuseram recurso de Apelação Cível (fls. 832-849 e 852-860, respectivamente), em que repisaram os termos da contestação e pleitearam, subsidiariamente, a minoração do *quantum* indenizatório.

Logo após, os autos foram remetidos a esta superior instância.

Este é o relatório.

VOTO

Os recursos preenchem os requisitos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade, razão pela qual merecem ser conhecidos.

Nesse viés, destaca-se que os tópicos dos apelos interpostos possuem semelhante matéria de fundo e dizem respeito, em síntese, sobre a responsabilidade civil dos réus em relação ao atendimento médico prestado ao autor nos dias 17 e 18 de março de 2009, razão pela qual serão analisados em conjunto.

Conforme dispõe o § 4º do artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor, “A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa”. Por sua vez, aponta o Código Civil nos dispositivos 949 a 951, que “no caso de lesão ou outra ofensa à saúde, o ofensor indenizará o ofendido das despesas do tratamento e dos lucros cessantes até ao fim da convalescença, além de algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido”. Para tanto, esclarece que, se a ofensa à saúde ocorrer no exercício da atividade profissional, a responsabilização dependerá da demonstração de negligência, imprudência ou imperícia.

Resta, portanto, analisar a conduta praticada por cada um dos médicos réus, isoladamente.

Para tanto, cumpre fazer breve anotação dos fatos incontroversos nos autos. Extrai-se do primeiro Prontuário de Atendimento Médico (fl. 205) que o autor deu entrada na clínica ré às 16:54:12, do dia 17-3-2009, afirmando sentir tontura e membros do lado esquerdo pesados.

Às 17:13:12 foi atendido pelo réu Moacir de Freitas Toledo, que, após anamnese, constatou que o autor não apresentava déficit motor, proferindo diagnóstico de Transtorno Dissociativo do Movimento (CID F44.4), e colocando o paciente em observação.

Após troca de turno médico, o autor ficou sob a supervisão do réu José Luiz de Freitas, que, às 20:53:00, verificou que o paciente permanecia em “sono profundo” e, às 21:00:00, deu-lhe alta médica, receitando os medicamentos Calmapax (sedativo suave) e Reforgan (estimulante de resposta imunológica).

Apesar da alta médica, o paciente optou por permanecer em observação, deixando o Centro Hospitalar apenas às 7:50:30, do dia 18-3-2009.

Logo em seguida, às 09:01:52, o autor retornou à clínica ré, sendo atendido pelo médico Heitor Kamigashima (estranho à lide) que, ao constatar os sintomas de desvio de língua, dislalia, impotência de membros superiores e inferiores, encaminhou o paciente com urgência à realização de tomografia de crânio, seguida de avaliação de médico neurologista Norberto Luiz Cabral (também estranho à lide) que diagnosticou o Acidente Vascular Cerebral – AVC.

Pois bem.

Em relação à conduta praticada pelo **réu Moacir de Freitas Toledo**, vale destacar o seguinte. De acordo com informações extraídas do Portal de Saúde do SUS (<http://www.datasus.gov.br/cid10/V2008/WebHelp/f40_f48.Htm>, acesso em: 5-6-2019), sobre o Transtorno Dissociativo de Movimento (CID F44.4), tem-se que “as variedades mais comuns destes transtornos são a perda da capacidade de mover uma parte ou a totalidade do membro ou dos membros”; e que “pode haver semelhança estreita com quaisquer variedades de ataxia, apraxia, acinesia, afonia, disartria, discinesia, convulsões ou paralisia”.

Assim, possível verificar, num primeiro momento, certa compatibilidade entre a sintomatologia apresentada na data dos fatos pelo autor (quadro choroso, tonturas, sensação de lado esquerdo do corpo pesado, etc.), e os da enfermidade supra descrita.

Entretanto, o Perito Judicial, em análise dos Prontuários Médicos acostados aos autos, foi incisivo ao afirmar que dito quadro clínico apresentava-se dúbio, não sendo suficiente para que o profissional descartasse a possibilidade de AVC. Eis pertinente excerto do Laudo Técnico (fls. 645-668):

O quadro clínico sindrômico (baseado nos sinais e sintomas) apresenta-se como dúbio, entrando no diagnóstico diferencial a suspeita diagnóstica de distúrbio somatoforme, inclusive tendo sido trazida aos autos publicações científicas sobre o tema. Por outro lado, não foi valorizada a suposição da ocorrência do AVC [...].”

Nesse mesmo viés, o Especialista também ponderou que, diferentemente do que pretende fazer crer o réu Moacir de Freitas Toledo, a mera ausência de déficit motor (sinal clínico ausente) não era hábil à, de forma isolada, afastar possibilidade do acidente vascular, enfatizando que caberia ao dito médico plantonista investigar a história clínica do paciente como um todo, avaliando os antecedentes mórbidos pessoais, sintomas referidos pelo enfermo (ou acompanhante), resultados de exame físico geral e segmentar, inclusive neurológico sumário, etc., a fim de constatar a inexistência de outros sinais indicativos do AVC.

Nessa linha, cabe destacar as informações extraídas do portal eletrônico do Ministério da Saúde, que cita como sintomatologia sugestiva de AVC: fraqueza e/ou formigamento de membros,

tonturas, dor de cabeça sem causa aparente, entre outros (<<http://www.saude.gov.br/saude-de-a-z/acidente-vascular-cerebral-avc>>, acesso em: 5-6-2019), *in verbis*:

Sinais e sintomas do AVC: Os principais sinais de alerta para qualquer tipo de AVC são: fraqueza ou formigamento na face, no braço ou na perna, especialmente em um lado do corpo; confusão mental; alteração da fala ou compreensão; alteração na visão (em um ou ambos os olhos); alteração do equilíbrio, coordenação, tontura ou alteração no andar; dor de cabeça súbita, intensa, sem causa aparente.

Assim, no caso dos autos observa-se que, apesar da ausência do déficit motor, o autor apresentava os sintomas de dificuldade súbita do movimento de membros – que, nas palavras do *expert*, “é fortemente sugestiva de AVC” (fl. 652) – assim como queda no estado geral e cefaleia persistente – também sinais clínicos indicativos da enfermidade vascular.

Dita conjuntura fática permitiu a Perícia Judicial concluir que que (fl. 650): “houve demora ou procrastinação na confirmação diagnóstica do AVC”, e que “poderia ter ocorrido atitude proativa por parte do primeiro médico plantonista, que prestou atendimento ao suplicante, no sentido de solicitar a avaliação especializada de neurologista para confirmar ou descartar a possibilidade de evento clínico do tipo AVC, do tipo isquêmico ou hemorrágico”.

Não se desconhece, aqui, que “o denominado erro de diagnóstico, por si só, não é suficiente para a responsabilização do médico pela reparação dos danos dele resultantes” (Apelação Cível n. 2003.021064-4, Des. Newton Trisotto).

Entretanto, no caso *sub judice*, entende-se que a parte lesada cumpriu devidamente com o ônus que lhe incumbia, demonstrando que além de erro de diagnóstico, houve também negligência pela ausência de conduta do réu Moacir de Freitas Toledo (omissão do dever de cautela), que ignorou a presença dos sinais clínicos indicativos do AVC, omitindo-se de encaminhar o paciente à realização dos exames neurológicos cabíveis, seguida de avaliação por profissional especialista.

Nesse caminho, cita-se:

A negligência é, por seu turno, a ausência de cuidado razoável exigido. Trata-se, em verdade, da omissão da conduta esperada e recomendável. O médico que não realiza o necessário e preventivo cuidado para proceder a uma cirurgia, vindo, por conseguinte, em razão desta omissão do dever de cautela, a causar um mal ao paciente age negligentemente. (Responsabilidade Civil médica e hospitalar: repertório jurisprudencial por especialidade médica; teoria da eleição procedimental; iatrogenia. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 29). (Apelação n. 0003577-29.2008.8.24.0012, rel. Des. Luiz Fernando Boller, julgada em 31-5-2016).

ACÇÃO RESCISÓRIA. ALEGADA OFENSA MANIFESTA DE NORMA JURÍDICA (ART. 966, INCISO V, DO CPC) E DE JULGAMENTO FUNDADO EM ERRO DE FATO (ART. 966, INCISO VIII, DO CPC). ERRO MÉDICO. RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA. GESTANTE QUE, NO OITAVO MÊS DE GRAVIDEZ E SOFRENDO DE DOR LOMBAR, É ATENDIDA POR MÉDICO ESPECIALISTA EM GINECOLOGIA E OBSTETRÍCIA QUE REALIZA EXAME CLÍNICO E LHE DÁ ALTA. RETORNO

DA PACIENTE, NO MESMO DIA, COM CEFALEIA E VERTIGENS. INTERNAÇÃO RECOMENDADA PELO MESMO MÉDICO QUE, NA MANHÃ DO DIA SEGUINTE, A EXAMINA E, APESAR DOS SINTOMAS APRESENTADOS ANTERIORMENTE, NOVAMENTE LHE DÁ ALTA SEM REALIZAR QUALQUER EXAME LABORATORIAL. PACIENTE QUE, NO FINAL DO DIA EM QUE FOI LIBERADA PELA ÚLTIMA VEZ, NOVAMENTE RETORNA AO HOSPITAL E É ATENDIDA POR OUTRO PROFISSIONAL MÉDICO. INTERNAÇÃO. INFECÇÃO URINÁRIA CONFIRMADA QUE EVOLUIU PARA PIELONEFRITE AGUDA E CULMINOU COM SEPTICEMIA GENERALIZADA. MORTE DA PACIENTE E DA CRIANÇA QUE DARIA À LUZ. ERRO DE DIAGNÓSTICO CONFIGURADO NO PRIMEIRO ATENDIMENTO POR OMISSÃO (NEGLIGÊNCIA) DO MÉDICO QUE NÃO SOLICITOU EXAME LABORATORIAL DE URINA. CULPA E NEXO CAUSAL DEMONSTRADOS. ERRO DE DIREITO E ERRO DE FATO INEXISTENTES. REDISCUSSÃO DA CAUSA. IMPOSSIBILIDADE EM AÇÃO RESCISÓRIA. PEDIDO RESCISÓRIO IMPROCEDENTE. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. INOCORRÊNCIA. CONVERSÃO DO DEPÓSITO JUDICIAL EM MULTA E REVERSÃO À PARTE RÉ ANTE A IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO RESCISÓRIA. (Ação Rescisória n. 4017850-29.2018.8.24.0000, rel. Des. Jaime Ramos, julgada em 17-4-2019) (sem grifos no original).

Desse modo, deve a sentença ser reformada, no ponto, para reconhecer a responsabilidade civil também do réu Moacir de Freitas Toledo.

Quanto ao **réu José Luiz de Freitas**, verifica-se que a negligência médica se prolongou mesmo após troca de plantão, posto que o paciente, apesar de medicado pelo plantonista anterior (réu Moacir de Freitas Toledo), permaneceu com os sintomas que lhe acometiam quando deu entrada na clínica ré, em especial o de dormência nos membros do lado esquerdo. Em contrapartida, o requerido José Luiz de Freitas, ao assumir o atendimento médico do autor, apenas receitou ao enfermo os medicamentos Calmapax (sedativo suave) e Reforgan (estimulante de resposta imunológica) e concedeu-lhe alta médica por apresentar “melhora” (fl. 152), sem submetê-lo a qualquer análise neurológica.

No entanto, como bem pontuado pelo Magistrado de origem, causa estranheza que apesar de dita “melhora” pelo paciente, não consta nos autos qualquer documentação informando o quadro clínico do autor no momento em que recebera a alta médica – documento este, todavia, de elaboração obrigatória pelo profissional médico (Código de Ética Médico, capítulo X, artigos 86 e 87, transcritos à fl. 797 da sentença).

De todo modo, analisada a prova oral produzida nestes autos, possível concluir que o quadro sintômico do enfermo persistia sem melhoras quando deixou a clínica ré.

Dos depoimentos dos informantes Isabel Dilma Rodrigues Devegilli (cônjuge do autor) e João Pedro Rodrigues (irmão de Isabel), e da testemunha Samuel Schlichting (pedreiro que à época dos fatos trabalhava em obra ao lado da residência do requerente) (mídia áudio-visual, fl. 744), extrai-se que: o casal deixou a clínica demandada às 7:50:30, chegando em sua residência por volta das oito horas da manhã; considerando que o autor permanecia sem conseguir se locomover, Isabel solicitou o auxílio de Samuel para retirá-lo do veículo e colocá-lo para dentro da casa; aproximadamente meia hora depois, o estado de saúde do enfermo continuou precário, fazendo com que Isabel suplicasse

nova ajuda de Samuel e de João para colocar o requerente no veículo, para que o casal pudesse retornar ao Centro Hospitalar.

Quando questionado em juízo sobre o estado físico do autor, Samuel Schlichting disse que quando chegou em casa, às oito horas da manhã, ele “não conseguia andar”, “estava debilitado”, “babando pela boca”; e que na meia hora seguinte ele “estava pior”, com o “corpo todo mole”. Nesse mesmo sentido, João Pedro Rodrigues disse que o demandante “estava totalmente debilitado”, “quase desmaiado”.

Ainda, Isabel Dilma Rodrigues Devegilli narrou que o quadro sindrômico de seu marido permanecia precário quando concedida a alta médica, tanto que precisou de auxílio de enfermeiros para retirá-lo da maca do hospital e conduzi-lo até o carro em uma cadeira de rodas, pois, nas palavras da depoente, “ele não andava”, “nem movimentava os braços”.

Diante desta conjuntura fática, confirma-se que houve omissão do dever de cautela (negligência) também por parte do réu José Luiz de Freitas, ao conceder alta médica ao autor, quando este permanecia com sintomologia fortemente sugestiva de AVC, sendo a patologia, inclusive, devidamente diagnosticada pelos médicos Heitor Kamigashima (clínico geral) e Norberto Luiz Cabral (neurologista), cerca de uma hora após a alta concedida pelo réu.

Acertado, portanto, o raciocínio do Magistrado sentenciante, ao fundamentar que “a discrepância entre o diagnóstico da alta e o retorno, bem como a falta de informações obrigatórias daquela, levam o fatídico entendimento de que houve negligência e até mesmo imprudência do José Luiz, quanto a alta dada ao autor” (fl. 799), não havendo reparos a serem feitos no *decisum*, no ponto.

Caracterizada a responsabilidade civil dos réus, passa-se à análise das insurgências recursais relacionadas aos pedidos de indenização por dano moral e estético.

No tocante ao **dano moral**, vê-se que de um lado a parte autora pugnou pela majoração do *quantum* fixado na origem, enquanto de outro os réus pleitearam a sua minoração.

Razão assiste à parte ré.

E isso porque, não obstante a ausência de parâmetros legalmente fixados para que sejam observados na fixação do *quantum* indenizatório, a jurisprudência, assim como a doutrina, têm esposado o entendimento de que o julgador, ao fixá-lo, deve se guiar pelos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, pela situação sócio-econômica do ofensor, da vítima, pelo grau de culpa do agente, o dano causado, além de servir para desencorajar a prática de novos atos lesivos.

Extrai-se da sentença que os réus foram condenados ao pagamento de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), com os acréscimos legais.

Todavia, levando em consideração os danos suportados pelo autor, as circunstâncias fáticas, a situação financeira das partes e os parâmetros elencados anteriormente, tem-se que o valor arbitrado

pela sentença não se mostra em consonância com os preceitos estabelecidos pela Câmara em casos semelhantes.

Nessa toada, vota-se para minorar o *quantum* indenizatório para R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), acrescido de juros na forma da sentença e, exclusivamente, da Taxa Selic, após a publicação desta decisão, em atenção ao entendimento recente desta Câmara (Apelação Cível n. 2014.082870-0, rel. Des. Henry Petry Junior, julgada em 26-2-2015), quantia que se mostra razoável e atende ao objetivo da medida, ao mesmo tempo que pune aqueles que deram causa ao dano, sem causar o enriquecimento sem causa do ofendido e o empobrecimento desproporcional dos causadores do dano.

Para melhor convencimento, citam-se: Apelação Cível n. 0300588-74.2015.8.24.0256, rel. Des. Henry Petry Junior, julgada em 25-7-2017; Apelação Cível n. 0015724-64.2012.8.24.0039, rel. Des. Henry Petry Junior, julgada em 6-6-2017.

Em relação ao **dano estético** frisa-se que a questão sobre a possibilidade de sua cumulação com a indenização por dano moral já foi devidamente pacificada pelo Superior Tribunal de Justiça através da Súmula n. 387 do Superior Tribunal de Justiça, que dita: “é lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral”.

O dano estético visa compensar a deformação física que acompanhará a vítima por toda a sua existência. Ou seja, “o dano estético está ligado à aceitação social do indivíduo marcado por um aleijão, ou qualquer outra alteração física que provoque reação (...)” (Apelação Cível 2006.009134-6, de Lages, rel. Des. Mazoni Ferreira, julgada em 15-3-2007).

Neste contexto, tem-se que dito dano tem como fato gerador a presença de deformações no corpo da vítima, resultantes não só dos efeitos diretos do ato lesivo, mas também, dos procedimentos cirúrgicos.

Portanto, duas são as características que definem o chamado dano estético: a deformidade física e o lado moral da pessoa que se vê diminuída na sua integridade corporal e na estética de sua imagem exterior. A lesão deformante, por outro lado, há de ser aparente, ou seja, facilmente observável, além de ser irreparável, durável, indelével e permanente.

Em relação as sequelas neurológicas suportadas pelo autor, esclareceu a perícia judicial (fl. 663):

Constata-se marcha ceifante, decorrente de déficit motor sobre o lado esquerdo do corpo, dita na práxis médica hemiparesia espástica, com hiporeflexia (diminuição dos reflexos tendíneos).

Apresenta também amiotrofia (atrofia muscular) sobre o membro superior e o membro inferior esquerdo.

Explica-se que a marcha ceifante ou hemiplégica é o padrão espástico de marcha que é caracterizado por uma incapacidade em aumentar a velocidade de locomoção ou adaptar-se às

irregularidades nas condições do solo, além das dificuldades em elevar o pé durante a fase de oscilação da marcha.

Ainda, o *expert* apontou que, apesar de inexistir incapacidade laborativa, ditas sequelas neurológicas são permanentes, reduzindo a performance física e cognitiva do autor, que mantém menor grau de produtividade, além de não conseguir exercer normalmente suas funções habituais (fl. 651).

Diante desta conjuntura fática, tem-se por caracterizado o dano estético suportando pelo autor, que permanecerá com sequelas neurológicas que, de forma visível (fotografias de fls. 52-53), reduziram sua capacidade motora dos membros superior e inferior do lado esquerdo do corpo.

Para melhor convencimento, cita-se:

RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS MORAIS, ESTÉTICOS, MATERIAIS E PENSÃO. DEMORA NO DIAGNÓSTICO DE ACIDENTE VASCULAR CEREBRAL (AVC). AUTORA QUE PERMANECEU EM OBSERVAÇÃO EM UNIDADE HOSPITALAR ESTADUAL NÃO EQUIPADA PARA O DIAGNÓSTICO DO QUADRO CLÍNICO PRINCIPAL. DEMORA NA SUA TRANSFERÊNCIA A OUTRO HOSPITAL ESTADUAL EQUIPADO E COM MÉDICO ESPECIALISTA EM NEUROLOGIA. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA. INTELIGÊNCIA DO ART. 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. OMISSÃO DOS AGENTES PÚBLICOS QUE ATENDERAM A DEMANDANTE CARACTERIZADA. EVIDENTE NEGLIGÊNCIA DOS MÉDICOS. DANO E NEXO DE CAUSALIDADE COMPROVADOS. DEVER DE INDENIZAR CONFIGURADO. [...] DANOS MORAIS. DIVERSAS SEQUELAS EM RAZÃO DO RETARDAMENTO DO DIAGNÓSTICO DE AVC. EVIDENTE ABALO. DEVER DE INDENIZAR CONFIGURADO. VALOR INDENIZATÓRIO. FIXAÇÃO NA ORIGEM EM R\$ 80.000,00. RECURSO DE AMBAS AS PARTES. MANUTENÇÃO DEVIDA. RESPEITO AOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. [...] DANOS ESTÉTICOS. CICATRIZ DE TRAQUEOSTOMIA, INCOORDENAÇÃO MOTORA DO MEMBRO SUPERIOR ESQUERDO, NECESSIDADE DE MULETAS PARA LOCOMOÇÃO. QUADRO DECORRENTE DA DEMORA NO DIAGNÓSTICO DO AVC. INDENIZAÇÃO DEVIDA. QUANTUM FIXADO EM R\$ 20.000,00 NA ORIGEM. NECESSIDADE DE MAJORAÇÃO PARA R\$ 30.000,00, DIANTE DAS SEQUELAS ESTÉTICAS APRESENTADAS. “Consoante preconiza esta Corte, ‘[...] dano estético não é apenas o aleijão, mas toda e qualquer deformidade que implique, ainda que minimamente, um afetamento da vítima (AC n.º 47.094, Des. Eder Graf)’ (Embargos de Declaração em Apelação Cível n. 2004.008358-0/0001.00, rel. Des. Marcus Tulio Sartorato, j. 20-01-2006).” (TJSC, Apelação Cível n. 2013.024499-4, de Chapecó, rel. Des. Carlos Adilson Silva, j. 26-05-2015). PENSÃO ALIMENTÍCIA. ATESTADA INCAPACIDADE TOTAL E PERMANENTE. TERMO INICIAL. DATA DA CONSTATAÇÃO DO DANO. TERMO FINAL. PENSÃO MENSAL VITALÍCIA. SEQUELAS IRREVERSÍVEIS. AUTORA QUE NÃO RECUPERARÁ A CAPACIDADE LABORATIVA. VALOR DO PENSIONAMENTO PROPORCIONAL AO SALÁRIO DA AUTORA ANTES DO INFORTÚNIO E O VALOR DO SALÁRIO-MÍNIMO À ÉPOCA. [...] ÔNUS SUCUMBENCIAIS. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. INTELIGENTÊNCIA DO ART. 21 DO CPC/73. FAZENDA PÚBLICA ISENTA DO PAGAMENTO DAS CUSTAS PROCESSUAIS, DE ACORDO COM A LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL N. 156/97. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. FIXAÇÃO CORRETA E PROPORCIONAL. VERBAS MANTIDAS. [...] SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA DOS PEDIDOS INICIAIS REFORMADA EM PARTE. RECURSO DO RÉU CONHECIDO E DESPROVIDO. RECURSO DA AUTORA CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. REMESSA PARCIALMENTE PROVIDA. (Apelação Cível n. 0002682-86.2009.8.24.0027, rel. Des. Francisco Oliveira Neto, julgada em 5-9-2017).

Desta forma, deve a sentença ser reformada, no ponto, para condenar os réus ao pagamento de indenização por dano estético, no importe de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), acrescido de juros de mora no valor de 1% ao mês desde o evento danoso e, exclusivamente pela Taxa Selic, após a publicação desta decisão.

Por fim, considerando que a parte autora permaneceu vencedora da totalidade dos pedidos formulados na inicial, mantem-se a distribuição dos ônus sucumbenciais fixados na origem, cabendo aos réus o pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em 20% do valor da condenação.

Ante o exposto, vota-se no sentido de conhecer dos recursos e dar parcial provimento aos réus José Luiz de Freitas Oliveira e Unimed de Joinville - Cooperativa de Trabalhos Médicos, apenas para minorar o *quantum* fixado a título de indenização por danos morais, nos termos do voto; e dar parcial provimento também ao do autor Nilson Miguel Devegili, para reconhecer a responsabilidade civil do réu Moacir de Freitas Toledo e condenar os requeridos ao pagamento por indenização por dano estético, conforme o voto.

Deixa-se de majorar os honorários, eis que já fixados no valor máximo legalmente permitido, nos termos do artigo 85, § 11, do Código de Processo Civil.

Apelação Cível n. 0312676-82.2015.8.24.0018, de Chapecó

Relatora: Desembargadora Cláudia Lambert de Faria

APELAÇÃO CÍVEL. RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL. IMPROCEDÊNCIA.

RECURSO DO DEMANDANTE

PEDIDO DE SUPRESSÃO DO PATRONÍMICO DO GENITOR, APÓS DECORRIDO MAIS DE UM ANO DA MAIORIDADE CIVIL. INVIABILIDADE. MEDIDA EXCEPCIONAL. INTELIGÊNCIA DO ART. 57 DA LEI Nº 6.015/73. ALEGAÇÃO DE ABANDONO PATERNO. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. ELEMENTOS PROBATÓRIOS APONTANDO A RELAÇÃO CONTURBADA ENTRE PAI E FILHO. JUSTO MOTIVO PARA O ACOLHIMENTO DA PRETENSÃO, CONTUDO, NÃO OBSERVADO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA IMUTABILIDADE DO NOME. SENTENÇA MANTIDA.

HONORÁRIOS RECURSAIS. PRESENÇA DOS PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS. CABIMENTO.

RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0312676-82.2015.8.24.0018, da comarca de Chapecó 1ª Vara da Fazenda Acidentes do Trab e Reg Público em que é Apelante M. F. G. T. e Apelado E. J. da S. T.

A Quinta Câmara de Direito Civil decidiu, por votação unânime, conhecer do recurso da autora e negar-lhe provimento. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Excelentíssimo Desembargador Luiz César Medeiros e dele participou, com voto, o Excelentíssimo Desembargador Ricardo Fontes.

Florianópolis, 30 de julho de 2019.

Desembargadora Cláudia Lambert de Faria

Relatora

RELATÓRIO

M. F. G. T. ajuizou ação de retificação de registro público, alegando, em síntese, que é filho legítimo de E. J. da S. T., porém, seus genitores dissolveram o casamento após o seu nascimento, quando tinha apenas sete meses, de modo que não desenvolveu qualquer vínculo afetivo com o genitor, tendo na mãe (M. H. G.) e avós o único referencial materno.

Afirmou, ainda, que pretende a exclusão do patronímico paterno (T.), uma vez que lhe representa constrangimento pela rememoração da rejeição e do abandono afetivo, moral e material.

Aduz, ainda, que a exclusão requerida não interfere na sua identificação no meio social, pois

é conhecido pelo sobrenome materno (G.), bem como que a medida não altera a filiação, uma vez que permanecerá no seu assento de nascimento o nome do genitor.

Por esses motivos, pugnou pela procedência do pedido, para que seja determinada a retificação do seu registro civil de nascimento, fazendo-se constar o nome M. F. G.

O genitor manifestou-se às fls. 45/58 e discordou da pretensão. Asseverou, em suma, que nunca houve abandono emocional, intelectual ou financeiro, narrando ocasiões em que participou da vida do filho.

O autor peticionou às fls. 65/67.

Realizada a audiência de instrução, foram ouvidas três testemunhas (fl. 112).

As alegações finais constam às fls. 113/117 e 123/132.

Na sentença (fls. 149/151), o pedido foi rejeitado, condenando-se o autor ao pagamento das custas e dos honorários advocatícios arbitrados em R\$ 500,00.

Insatisfeito, o requerente interpôs recurso de apelação (fls. 157/169). Sustenta, preliminarmente, a nulidade da sentença por ausência de fundamentação, pois o juiz *a quo* se limitou a adotar como razão de decidir o parecer do Ministério Público, sem expor os motivos que o levaram a rejeitar o pedido inicial.

No mérito, aduz que não houve valoração correta das provas e que logrou êxito em demonstrar o abandono afetivo paterno, existindo justo motivo para a exclusão do sobrenome do genitor. Defende que a pretensão visa restabelecer a sua dignidade e a sua honra, evitando a perpetuação dos seus constrangimentos suportados arduamente desde que possuía tenra idade, tratando-se de questão ligada ao seu sentimento subjetivo.

Com base nisso, postula, de início, a declaração de nulidade da sentença por ausência de fundamentação e, não sendo este o entendimento, requer a reforma da decisão de primeiro grau, para que seja incluído o sobrenome da mãe ao final e excluído o sobrenome do pai, passando a ser chamado de M. F. G.

As contrarrazões foram juntadas às fls. 182/191.

Lavrou parecer pela Doutra Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Paulo Ricardo da Silva, manifestando-se pelo conhecimento e desprovemento do recurso (fls. 200/205).

Os autos vieram conclusos para julgamento.

VOTO

O recurso preenche os requisitos de admissibilidade, motivo pelo qual deve ser conhecido.

De início, cumpre afastar a preliminar de nulidade da sentença de fls. 149/151 por falta de fundamentação.

Infere-se que o magistrado singular adotou, como razão de decidir, o parecer do promotor de justiça de fls. 146/148 que, por sua vez, analisou os fatos e as provas produzidas ao longo do feito e opinou pela improcedência do pedido de supressão do patronímico paterno do nome do autor.

Trata-se de motivação por meio da técnica *per relationem* que é aceita pacificamente pela jurisprudência, não sofrendo alteração com a entrada em vigor do NCPC.

Para corroborar:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA QUE VISA A NULIDADE DE AUTOS DE INFRAÇÕES, TERMO DE EMBARGO E MULTA APLICADA. SENTENÇA DE EXTINÇÃO DO PROCESSO ANTE A ILEGITIMIDADE PASSIVA. RECURSO DA DEMANDANTE. (1) ALEGADA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DA SENTENÇA, POR TER SE UTILIZADO DO PARECER MINISTERIAL COMO RAZÕES DE DECIDIR. TESE REJEITADA. É PACÍFICO O ENTENDIMENTO DE QUE AS DECISÕES QUE TRANSCREVEM PARECERES OU DECISÕES COMO RAZÕES DE DECIDIR (FUNDAMENTAÇÃO “PER RELATIONEM”) NÃO OFENDEM O PRINCÍPIO DA MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS, PREVISTO NO INCISO IX, DO ART. 93, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PRECEDENTES DO STJ E DESTA CORTE. [...] RECURSO DE APELAÇÃO INTERPOSTO PELA DEMANDANTE CONHECIDO E DESPROVIDO. (TJSC, Apelação Cível n. 0005882-05.2011.8.24.0004, de Araranguá, rel. Des. Denise de Souza Luiz Francoski, Quinta Câmara de Direito Público, j. 28-02-2019 – grifo meu).

Portanto, deixa-se de acolher a preliminar.

No tocante ao mérito, verifica-se que se trata de ação de retificação de registro civil, na qual o autor objetiva retirar o sobrenome paterno T. e permanecer apenas com o patronímico materno, passando a ser chamado de M. F. G.

Pois bem.

Nos termos do art. 56 da Lei nº 6.015/73, que dispõe sobre os registros públicos, o interessado, no primeiro ano após ter atingido a maioridade civil, poderá alterar o seu nome, desde que não prejudique os apelidos da família. Decorrido tal período, o art. 57 estabelece que a alteração somente será permitida por exceção e motivadamente, mediante sentença, depois da oitiva do Ministério Público.

Os artigos citados trazem a regra da imutabilidade do sobrenome, já que este é elemento de identificação da pessoa e da sua ancestralidade.

No caso concreto, o apelante nasceu em 19/07/1993 (fl. 09) e, quando do ajuizamento da ação (16-11-2015), possuía 22 anos de idade. O fundamento da pretensão de exclusão do sobrenome paterno consubstancia-se no constrangimento sentido, em decorrência da rememoração da alegada rejeição e do abandono afetivo, moral e material.

A respeito da questão, não se desconhece que a jurisprudência vem entendendo que a imutabilidade registrária não é absoluta e deve ser mitigada frente ao princípio da dignidade da pessoa humana, de forma que o abandono afetivo representa justo motivo para a exclusão do patronímico.

Nesse sentido, cita-se o seguinte julgado do STJ:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. REGISTRO CIVIL. NOME. ALTERAÇÃO. SUPRESSÃO DO PATRONÍMICO PATERNO. ABANDONO PELO PAI NA INFÂNCIA. JUSTO MOTIVO. RETIFICAÇÃO DO ASSENTO DE NASCIMENTO. INTERPRETAÇÃO DOS ARTIGOS 56 E 57 DA LEI N.º 6.015/73. PRECEDENTES.

1. O princípio da imutabilidade do nome não é absoluto no sistema jurídico brasileiro.
2. O nome civil, conforme as regras dos artigos 56 e 57 da Lei de Registros Públicos, pode ser alterado no primeiro ano após atingida a maioridade, desde que não prejudique os apelidos de família, ou, ultrapassado esse prazo, por justo motivo, mediante apreciação judicial e após ouvido o Ministério Público.
3. **Caso concreto no qual se identifica justo motivo no pleito do recorrente de supressão do patronímico paterno do seu nome, pois, abandonado pelo pai desde tenra idade**, foi criado exclusivamente pela mãe e pela avó materna.
4. Precedentes específicos do STJ, inclusive da Corte Especial.
5. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. (REsp 1304718/SP, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 18/12/2014, DJe 05/02/2015 – grifo meu)

Contudo, na mesma linha de raciocínio do Ministério Público, no primeiro e neste segundo grau, e também do magistrado singular, verifica-se que os elementos probatórios colhidos não comprovaram o efetivo abandono paterno, a fim de justificar a excepcional medida de supressão do sobrenome do genitor.

Em relação à prova testemunhal, a psicóloga M., que atendeu o autor em 2012, disse que não tem condições de relatar sobre o relacionamento do autor com o pai; que o demandante nunca mencionou, naquela época, sobre retirar o sobrenome; que conheceu o autor como M. G., que a ficha tinha o sobrenome completo, mas é M. G., e que não sabe se o sobrenome paterno traz algum problema para ele.

O psiquiatra V., que atendeu o apelante por um breve período, de setembro de 2016 a fevereiro de 2017, aproximadamente, disse que o autor o procurou com sintomas de ansiedade e de depressão e que era usuário de maconha, estando, à época, em abstinência. Também afirmou que não há como apontar uma causa específica para esses problemas, podendo ter um componente hereditário, pois a família tem histórico de pessoas ansiosas e depressivas. Narrou, ainda, que o autor lhe relatou coisas bem difíceis, como o abandono paterno e ambiente familiar instável; que o depoente acha que o requerente tem um abandono paterno sem dúvidas, e que o avô materno é uma figura paternal; que parecia faltar essa referência que era muito fraca e desagradável aos olhos do demandante.

Ao ser indagado se o apelante também mencionava a sua genitora nos atendimentos, a testemunha afirmou que sim; que acha que houve abandono materno de um jeito diferente, torturoso; que o autor também sentiu desamparo materno muitas vezes, incontáveis vezes, e que acha que isso é uma marca na sua vida.

Veja-se que o psiquiatra, ouvido como testemunha, expôs aquilo que o autor lhe disse no âmbito restrito das consultas, tanto que, ao falar sobre o abandono, sempre utiliza a palavra “acha”. Inclusive, quando perguntado se, fora da relação médico/paciente, tinha conhecimento a respeito do abandono trazido pelo demandante, respondeu que não.

Além disso, importante destacar que, de acordo com o depoimento do referido médico, que, aliás, atendeu o apelante após o ajuizamento da presente demanda, este não tocou no assunto do seu sobrenome e, na opinião da testemunha, o patronímico não traria prejuízo nenhum ao autor.

Por seu turno, o ex-companheiro da genitora do autor, que conviveu com esta quando o recorrente tinha pouco mais de 05 anos até que completasse 15 anos mais ou menos, afirmou, em juízo, que acha que, em um período de cinco anos, não houve contato do genitor com o apelante, não pode dizer com certeza; que, na pré-adolescência/adolescência, existiram poucos contatos, uma viagem ou outra; que, nas tarefas escolares, o autor abreviava o sobrenome paterno; que parecia uma renúncia; que nunca falaram sobre isso; que não houve acompanhamento paterno no período em que o depoente conviveu com a genitora e que não tem conhecimento de que o sobrenome cause algum constrangimento ao demandante.

Saliente-se que a mencionada testemunha, além de confirmar a ocorrência das visitas, ainda que esporádicas, e de não poder afirmar, com certeza, a respeito da ausência de contato entre pai e filho nos primeiros anos, falou que lembra de uma oportunidade em que o genitor se deslocou até a praia Brava, nesta Capital, e conversou com a genitora, a qual comentou para o depoente que o autor iria morar com pai, o que não se efetivou. Ora, esses fatos, principalmente a possibilidade de uma alteração de guarda ao genitor, não são compatíveis com o abandono defendido pelo apelante. Pelo contrário, se abandono efetivo houvesse, dificilmente se cogitaria uma modificação da guarda do requerente em favor do pai.

Ademais, conforme bem consignado pela Procuradoria-Geral de Justiça, à fl. 204:

“[...] não obstante o requerido não ter sido um pai totalmente presente na vida do seu filho, ora apelante, denota-se das conversas por aplicativo de celular que houve ajuda financeira (fls. 48 e 52) e que o autor contava com a ajuda do pai quando precisava (fl. 53). A foto de fl. 60, por sua vez, demonstra o pai acompanhando o filho em um aeroporto para viagem, bem como a foto de fl. 61 demonstra os dois saindo juntos, sendo esses fatos relevantes para afastar a alegação de que “o genitor do requerente nunca foi presente na vida do requerente e nunca lhe prestou assistência moral, econômica e afetiva” (sublinhamos - fl. 04).

Como se não bastasse isso, o requerido demonstrou através da juntada de multimídia (fl. 138), a gravação do aniversário do filho de 18 (dezoito) anos, o qual estava presente, assim como áudios dos dois em conversa descontraída.”

Não bastasse isso, extrai-se que o requerido, na manifestação de fls. 45/58 – momento em que se insurgiu contra a retirada de seu sobrenome – apresentou alguns acontecimentos que também não se compatibilizam com a conduta de um genitor que, de fato, tem o ânimo de se afastar completamente do filho, tais como: ajuizamento de ação de regulamentação de visitas, pois estava sendo impedido de ver o filho; incentivo ao esporte e às artes, presenteando-o com um violão; quando, no ano de 2007, a genitora descobriu que o filho havia utilizado o cartão de crédito, assumiu a responsabilidade do demandante e, com a convivência diária, iniciou um trabalho com foco nos estudos e recuperação da saúde, sendo que, depois de seis meses, voltou a residir com a mãe; presença na festa de 18 anos do filho, oportunidade em que este pediu ajuda ao pai para cortar o bolo; acompanhamento, durante a viagem do autor aos Estados Unidos para estudar, incentivando-o e remetendo dinheiro para contribuir nas despesas, por meio da remessa de cartão de crédito; quando o apelante solicitou a ajuda do genitor para convencer a mãe a deixá-lo naquele país.

Veja-se que o demandante, na petição de fls. 65/67, não impugnou de maneira específica qualquer um dos fatos acima. Já nas alegações finais (fls. 123/132), aduziu que o genitor tentou contornar o sustentado abandono, porém, sempre tratou o filho como um “servo inferior”, bem como que o sobrenome pode não causar constrangimento exterior, mas grande dor e mágoa, diante da forma inusitada de como o apelado pensa ser uma relação de pai e filho.

Com efeito, o cenário delineado aponta a relação conturbada entre o recorrente e o recorrido, tanto que deixaram de se falar após alguns desentendimentos em 2014, os quais, de acordo com as falas do genitor na audiência, ocorreram em razão do uso de drogas pelo demandante. Aliás, na sua manifestação, o recorrido asseverou que *“a partir de então, o manifestante não teve mais contato com o ora Requerente. A questão, Excelência, é que o manifestante acredita que valores devem ser repassados adiante e isto implica que o respeito às pessoas seja mantido, e, por isso, aguardou que o requerente reconhecesse que agiu de forma errada. De todo modo, a atitude do requerente foi a de ajuizar a presente Ação de Retificação”* (fl. 56).

Contudo, tendo em vista as alegações de ambas as partes e as provas produzidas, não há como concluir que o apelante foi realmente abandonado pelo pai, a ponto de permitir a supressão do sobrenome que, como visto, é excepcional, pois, em regra, o nome é guiado pelo princípio da imutabilidade, não se observando justo motivo para afastá-lo.

Sobre o assunto, já decidi este Sodalício:

APELAÇÃO CÍVEL. RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL. PROCEDIMENTO DE JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA. INCLUSÃO DO SOBRENOME MATERNO. POSSIBILIDADE. SUPRESSÃO DO PATRONÍMICO DO GENITOR. ALEGAÇÃO DO RECORRENTE QUE FOI ABANDONADO MATERIAL E MORALMENTE PELO PAI. NÃO COMPROVAÇÃO. PRENOME E SOBRENOME INERENTES AOS DIREITOS DA PERSONALIDADE. EXEGESE DO ART. 16 DO CÓDIGO CIVIL. SENTENÇA PARCIALMENTE PROCEDENTE. RETIFICAÇÃO ADMITIDA EM CASO DE ERRO DE GRAFIA, EXPOSIÇÃO AO RIDÍCULO OU SE HOUVER RAZÃO DE ORDEM PÚBLICA, PREVISTOS NA LEI N. 6.015/73. COMO O CASO EM TELA NÃO SE ENQUADRA EM QUALQUER DAS HIPÓTESES

ELENCADAS, A PREVALÊNCIA DO PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA E IMUTABILIDADE DO NOME É MEDIDA QUE SE IMPÕE. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. A regra geral no ordenamento jurídico pátrio é o da imutabilidade do nome. A exceção só se admite nos casos de erro de grafia, exposição ao ridículo ou se houver relevante razão de ordem pública, pedido que não se funda em qualquer dessas hipóteses, razão pela qual não pode ser acolhido. (TJ-SC - AC: 20140334681 São Bento do Sul 2014.033468-1, Relator: Saul Steil, Data de Julgamento: 14/04/2016, Primeira Câmara de Direito Civil – grifo meu)

Para acrescentar:

PRELIMINAR - Nulidade do julgado - Cerceamento de defesa - Não ocorrência - Autor que manifestou não ter interesse na produção de provas - Julgamento antecipado da lide com fundamento no artigo 330, I do CPC - Preliminar rejeitada. RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL - Supressão do prenome paterno - Inadmissibilidade - **Requerente que não comprovou dificuldades na manutenção do patronímico paterno por conta do alegado abandono financeiro e afetivo** ou que fosse conhecido exclusivamente no meio em que vive pelo sobrenome materno - Pretensão que ademais, mesmo acolhida em nada alteraria a situação do autor - Princípio da imutabilidade do prenome e da veracidade do registro público - Incidência do art. art. 58 da Lei nº 6.015/1973 - Sentença mantida - Recurso desprovido. (TJ-SP - APL: 00131097220078260637 SP 0013109-72.2007.8.26.0637, Relator: Mendes Pereira, Data de Julgamento: 20/02/2013, 7ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 25/02/2013 – grifo meu)

APELAÇÃO CÍVEL. REGISTRO CIVIL. PEDIDO DE RETIFICAÇÃO. **PRETENSÃO DE SUPRESSÃO DO PATRONÍMICO PATERNO. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE VÍNCULOS AFETIVOS. PATRONÍMICO QUE NÃO EVIDENCIA, EM SI, CAPACIDADE DE ATINGIR NEGATIVAMENTE A IMAGEM, OU QUALQUER OUTRO DIREITO AFETO À PERSONALIDADE DA POSTULANTE. AUSÊNCIA DE JUSTO MOTIVO. PEDIDO QUE CAUSA PREJUÍZO À CADEIA REGISTRAL. AFRONTA AO PRINCÍPIO DA IMUTABILIDADE DO NOME. PRECEDENTES. SENTENÇA CONFIRMADA. APELO DESPROVIDO.** (Apelação Cível Nº 70076455484, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sandra Brisolará Medeiros, Julgado em 28/02/2018 – grifo meu).

APELAÇÃO CÍVEL. **RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL. PEDIDO DE INCLUSÃO DO APELIDO DA FAMÍLIA MATERNA E SUPRESSÃO DO SOBRENOME PATERNO. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA. MANTIDO O PATRONÍMICO.** Vigora na legislação brasileira o princípio de ordem pública da imutabilidade do nome, em atenção à segurança jurídica e aos direitos de terceiros. **Embora a previsão do art. 57 da Lei dos Registros Públicos, que autoriza como exceção e motivadamente, vem se flexibilizando o rigor da lei em prestígio aos direitos pessoais. A autora postulou a inclusão do sobrenome da família materna, dizendo que foi criada pelos avós, pois o pai deixou a mãe com os filhos pequenos ao desamparo.** A sentença acolheu este pedido, e, no ponto, satisfaz o desejo de o nome corresponder à sua realidade familiar. **Quanto à exclusão do sobrenome do tronco familiar paterno, maior cautela deve haver quanto à supressão do patronímico, não se verificando no caso violado direito de portar nome que não a exponha a constrangimentos.** Atento a não haver banalização da alteração de nomes, deve ser mantida a sentença. NEGARAM PROVIMENTO. UNÂNIME. (Apelação Cível Nº 70080542764, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 16/05/2019 – grifo meu)

Portanto, em face do exposto, a sentença que julgou improcedente o pedido de retificação do registro civil do autor deve ser mantida.

Por fim, em relação aos honorários recursais, considerando que a sentença foi prolatada já na vigência do novo Código de Processo Civil, estes são devidos ao apelado, que atua em causa própria, em R\$ 100,00, os quais, cumulativamente com os já fixados na sentença, perfazem um total de R\$ 600,00, nos termos do art. 85, § 11 do CPC/2015.

Em decorrência, voto no sentido de conhecer do recurso e negar-lhe provimento.

Apelação Cível n. 0302604-13.2015.8.24.0058, de São Bento do Sul

Relator: Desembargador Ricardo Fontes

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. ABANDONO AFETIVO. AUSÊNCIA DO GENITOR. SUPOSTA OMISSÃO DO DEVER DE CUIDADO. PATERNIDADE DESCOBERTA EM AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO. AUXÍLIO MATERIAL DEVIDAMENTE PRESTADO APÓS A CONFIRMAÇÃO DO VÍNCULO DE PARENTESCO. ATO ILÍCITO NÃO CONFIGURADO. AFASTAMENTO FÍSICO QUE, NO CASO, FOI INCAPAZ DE GERAR PREJUÍZO INDENIZÁVEL. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO.

“O dever de cuidado compreende o dever de sustento, guarda e educação dos filhos. Não há dever jurídico de cuidar afetuosamente, de modo que o abandono afetivo, se cumpridos os deveres de sustento, guarda e educação da prole, ou de prover as necessidades de filhos maiores e pais, em situação de vulnerabilidade, não configura dano moral indenizável” (REsp n. 1.579.021/RS, Quarta Turma, Rel. Min^a. Maria Isabel Galotti, j. 19-10-2017, DJe 29-11-2017)

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0302604-13.2015.8.24.0058, da comarca de São Bento do Sul 1ª Vara em que é Apelante H. de A. W. e Apelado H. W.

A Quinta Câmara de Direito Civil decidiu, por votação unânime, negar provimento ao recurso. Custas legais.

O julgamento, realizado em 30 de julho de 2019, foi presidido pelo Excelentíssimo Senhor Desembargador Luiz César Medeiros e dele participaram o Exclentíssimo Senhor Desembargador Jairo Fernandes Gonçalves e a Excelentíssima Senhora Desembargadora Cláudia Lambert de Faria.

Florianópolis, 31 de julho de 2019.

Desembargador Ricardo Fontes
Relator

RELATÓRIO

Transcreve-se, por oportuno, o relatório da sentença (fl. 197):

Ingressa H. de A. W. com ação de indenização por danos morais afetivos em face de H. W.. Diz, resumo devido, ser filho do demandado, fato este havido após o ingresso de ação judicial para reconhecimento de paternidade datado de 1997. Afirma não ter o réu participado de sua vida, criação e educação, abandonando-o afetivamente. O único contato que mantiveram se deu quando da audiência instrutória no processo de investigação. A mãe, destaca, o criou sozinha, mas jamais impediu o pai de ver o filho. Requer, por isso, a indenização que entende devida.

Gratuidade deferida. Peça de ingresso emendada e recebida. Não invertido o ônus probatório, por ausência de previsão legal para tanto.

Pedido contestado. Contextualiza o nascimento do autor, fruto de relação efêmera sua (do demandado) com a mãe do requerente, destacando ser casado e pai de 3 filhos. Alega ser o temperamento da genitora do autor “agressivo, hostil e descontrolado”, com discussões constantes. Paga em dia os alimentos fixados (15% de seus rendimentos). O clima entre eles, enfim, era de animosidade. A mãe do autor, sublinha, trocou por diversas vezes de endereço, “sempre no único intuito de se ocultar do requerido”, por temer a aproximação pai-filho (réuautor). Tentou aproximar-se do filho, mas se viu impedido pela mãe do então infante. “A mãe do autor nutre verdadeiro ódio pelo requerido”. No ano de 2015 ingressou com ação exoneratória de alimentos em face do autor, por este ter atingido a maioridade e não estudar. Logo, ciente do iminente fim da pensão, ingressou o autor com a presente ação. Destaca que o afeto é conquista e reclama reciprocidade. Requer a realização de estudo social e a improcedência dos pedidos.

Em réplica, afirma o autor serem os argumentos de defesa inverídicos.

Como ambos postularam pela feitura de estudo social, foi o pedido deferido, repousando o laudo à f. 132-4.

Audiência de conciliação, instrução e julgamento, ouvindo-se duas testemunhas.

Em tema de alegações finais, entende o autor ter havido ato ilícito praticado pelo réu por conta da violação do dever de cuidado, como estabelecido pelo ordenamento jurídico. Analisa os testemunhos judiciais e requer a procedência dos pedidos.

Sintetiza o demandado o processado, afirmando a inexistência de ilícito a ensejar a indenização pretendida. Analisa a prova juntada e requer a improcedência do pretendido.

Ato contínuo, o MM. Juiz de Direito resolveu a controvérsia em decisão lavrada com o seguinte dispositivo (fl. 202):

Julgo improcedentes os pedido autorais. Feito extinto com análise de mérito.

Condene o autor ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios da parte contrária, estes em 10% do valor da causa.

Em face da gratuidade antes deferida, resta suspensa a exigibilidade das custas e honorários antes anotados.

Insatisfeito com o teor do pronunciamento, apelou o autor (fls. 206-213). Alegou, em linhas gerais, que: a) o abandono moral e afetivo sofrido em razão da ausência de uma figura paterna no decorrer de sua vida não pode ser confundido com abandono material; b) é inescandível a violação ao dever de cuidado perpetrada pelo apelado, uma vez que jamais participou da vida do filho e nunca lhe dirigiu amparo, assistência moral e psíquica; c) o recorrido não pode imputar sua ausência à suposta conduta da genitora, visto que é policial e detém plenos conhecimentos de seus direitos de paternidade; d) é evidente o dano psicológico sofrido em decorrência do afastamento do genitor; e) as testemunhas por si arroladas confirmam o prejuízo moral; e f) a sentença deve ser reformada para condenar ao apelado ao pagamento de indenização.

O recorrido apresentou contrarrazões (fls. 217-228).

O Ministério Público, em manifestação lavrada pelo Excelentíssimo Senhor Procurador de Justiça Paulo Cezar Ramos de Oliveira, afirmou ser desnecessária a sua intervenção no feito (fl. 237).

Vieram os autos conclusos.

VOTO

Dispõe o art. 186 do Código Civil o seguinte: “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. O art. 927 do diploma substancial, por sua vez, determina: “aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

Na espécie, sustenta o apelante que a total ausência do genitor durante sua vida – circunstância que denomina “abandono afetivo” – foi capaz de lhe ensejar prejuízo moral indenizável. Segundo o alegado, houve violação ao dever de cuidado, uma vez que o recorrido jamais lhe orientou ou apoiou e nunca se interessou em participar ativamente de seu cotidiano.

Entretanto, a sentença que julgou improcedente o pedido ante a ausência de ato ilícito não comporta reparos.

Nos casos em que o Superior Tribunal de Justiça reconheceu a existência de “abandono afetivo” praticado pelos ascendentes, demonstrou-se a absoluta ausência de contribuição material para o desenvolvimento do filho, em clara afronta à regra prevista no art. 1634, inc. I, do CC.

A situação vertente, porém, difere substancialmente da hipótese em que a infração ao dever de cuidado foi assentada, uma vez que, a despeito de reconhecida a paternidade somente em 1997 (fls. 21-28), não se tem notícia de que o genitor tenha faltado com sua obrigação alimentar.

Como cediço, não compete ao Poder Judiciário determinar a aproximação física entre pessoas com rara ou nenhuma compatibilidade afetiva, inclusive entre pais e filhos. A propósito:

“Amor existe ou não existe e, em não existindo, pode até vir a ser cultivado com atitudes de aproximação, jamais sob ameaça de punição. A construção de laços afetivos mediante coação pecuniária é de todo temerária, ressumbrando bizarro imaginar pais que não nutrem afeto algum pela prole, fingirem, de um instante para outro, aquilo que são incapazes de sentir genuinamente, apenas pelo temor de virem a ser condenados a indenizar o que desditosamente já está consumado” (AC n. 0026284-88.2013.8.24.0020, de Criciúma, Primeira Câmara de Direito Civil, Rel. Des. Jorge Luis Costa Beber, j. 7-2-2019).

Nesse contexto, a prova testemunhal não é suficiente a ratificar o suposto abalo anímico propagado na exordial, porquanto a aproximação entre o genitor e o filho deveria ter partido da mútua vontade das partes.

Transcreve-se, na esteira do entendimento adotado neste decisório, precedente do Superior Tribunal de Justiça lançado em caso idêntico:

CIVIL DIREITO DE FAMÍLIA. RESPONSABILIDADE CIVIL SUBJETIVA. GENITOR. ATO ILÍCITO. DEVER JURÍDICO INEXISTENTE. ABANDONO AFETIVO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS.

[...] 2. A indenização por dano moral, no âmbito das relações familiares, pressupõe a prática de ato ilícito.

3. O dever de cuidado compreende o dever de sustento, guarda e educação dos filhos. Não há dever jurídico de cuidar afetuosamente, de modo que o abandono afetivo, se cumpridos os deveres de sustento, guarda e educação da prole, ou de prover as necessidades de filhos maiores e pais, em situação de vulnerabilidade, não configura dano moral indenizável. Precedentes da 4ª Turma.

4. Hipótese em que a ação foi ajuizada mais de três anos após atingida a maioridade, de forma que prescrita a pretensão com relação aos atos e omissões narrados na inicial durante a menoridade. Improcedência da pretensão de indenização pelos atos configuradores de abandono afetivo, na ótica do autor, praticados no triênio anterior ao ajuizamento da ação. [...] (REsp n. 1.579.021/RS, Quarta Turma, Rel. Min^a. Maria Isabel Galotti, j. 19-10-2017, DJe 29-11-2017)

Colhe-se, ademais, do acervo de julgados desta Câmara:

CIVIL - DIREITO DE FAMÍLIA - AÇÃO INDENIZATÓRIA POR ABANDONO AFETIVO - AUSÊNCIA DE ATO ILÍCITO - STJ - PRECEDENTES - DANO MORAL NÃO CONFIGURADO.

[...] “A possibilidade de compensação pecuniária a título de danos morais e materiais por abandono afetivo exige detalhada demonstração do ilícito civil (art. 186 do Código Civil), cujas especificidades ultrapassem, sobremaneira, o mero dissabor, para que os sentimentos não sejam mercantilizados e para que não se fomente a propositura de ações judiciais motivadas unicamente pelo interesse econômico-financeiro” (REsp 1493125/SP, Min. Ricardo Villas Bôas Cueva). (AC n. 0302785-02.2017.8.24.0007, de Biguaçu, Quinta Câmara de Direito Civil, Rel. Des. Luiz César Medeiros, j. 4-6-2019).

Por conseguinte, ausente qualquer indício de que o apelado tenha faltado com o seu dever de proporcionar ao recorrente as condições necessárias ao seu desenvolvimento – visto que foi adimplente com as prestações alimentícias desde que descoberta a paternidade –, a sentença de improcedência deve ser mantida.

Majoram-se, dessarte, os honorários fixados em favor do causídico que representa o apelado, em 5% (cinco por cento) do valor atualizado da causa (CPC art. 85, §§ 2º e 11). A exigibilidade da verba, porém, em razão da gratuidade judiciária deferida ao apelante, fica temporariamente suspensa (CPC art. 98, § 3º).

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso.

SEXTA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

Apelação Cível n. 0068134-50.2012.8.24.0023, da Capital

Relator: Desembargador André Luiz Dacol

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE COBRANÇA C/C DANOS MORAIS. PLANO DE SAÚDE. NEGATIVA DE COBERTURA PARA REALIZAÇÃO DE EXAMES CLÍNICOS. AUTOR PORTADOR DE SÍNDROME CARCINOIDE (CÂNCER). AVERIGUAÇÃO POR EXAME “PET-CT” (“PET SCAN”). SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA.

RECURSO DA RÉ. INAPLICABILIDADE DO CDC E DA SÚMULA 469 DO STJ. SUBSISTÊNCIA. APELANTE ENTIDADE AUTOGESTORA FECHADA DE ASSISTÊNCIA SEM FINS LUCRATIVOS. INTELIGÊNCIA DA SÚMULA 608 DO STJ. REFORMA NO PONTO.

ALEGAÇÃO DE QUE O PLANO NÃO ESTÁ AMPARADO PELA LEI 9.565/98. SENTENÇA QUE NÃO APLICOU A LEGISLAÇÃO REFERIDA NO CASO CONCRETO. TESE RECURSAL INCAPAZ DE FUNDAMENTAR A REFORMA DO *DECISUM*. CONTRATO DE ADESÃO AO PLANO QUE NÃO CONTA COM CLÁUSULA EXPRESSA DE EXCLUSÃO DO PROCEDIMENTO. NEGATIVA INJUSTIFICADA ANTE O CUMPRIMENTO DOS REQUISITOS DO CONTRATO PARA DEFERIMENTO DO EXAME EM QUESTÃO. ATO ILÍCITO COMPROVADO. DEVER DE REPARAR QUE DEVE SER MANTIDO. PRETENSÃO DE EXCLUSÃO DOS DANOS MORAIS. IMPOSSIBILIDADE. ABALO ANÍMICO PRESUMIDO DIANTE DA RECUSA INJUSTIFICADA DE COBERTURA EM MOMENTO DE EVIDENTE FRAGILIDADE FÍSICA E EMOCIONAL DO AUTOR PORTADOR DE ENFERMIDADE GRAVE. POSTULAÇÃO DE MINORAÇÃO DO *QUANTUM* INDENIZATÓRIO FIXADO EM SENTENÇA. SUBSISTÊNCIA. OBSERVÂNCIA AOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE, OBSERVADAS A EXTENSÃO DO DANO, A CAPACIDADE ECONÔMICA DAS PARTES E O CARÁTER PEDAGÓGICO DA MEDIDA. ENTENDIMENTO DO COLEGIADO PELA REDUÇÃO DO *QUANTUM* EM CIRCUNSTÂNCIAS SEMELHANTES.

ÔNUS SUCUMBENCIAIS. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA MANTIDA.

RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0068134-50.2012.8.24.0023, da comarca da Capital 1ª Vara Cível em que é Apelante Cassi Caixa de Assistência dos Funcionários do Banco do Brasil e Apelado Ricardo José Horn de Andrade.

A Sexta Câmara de Direito Civil decidiu, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso.

Presidiu o julgamento, realizado nesta data, o Exmo. Sr. Des. Stanley Braga, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. André Carvalho.

Florianópolis, 30 de julho de 2019.

Desembargador André Luiz Dacol

Relator

RELATÓRIO

Ricardo José Horn de Andrade ajuizou “Ação de Cobrança c/c Danos Morais” em face de Cassi – Caixa de Assistência dos Funcionários do Banco do Brasil, alegando que é beneficiário de plano de saúde junto à demandada desde 20/09/1997, sendo que, no ano de 2012, foi diagnosticado com suspeita de Síndrome Carcinoide, já com nódulos no fígado, rim e coluna, tendo solicitado o exame “PET-CT” (“Pet Scan”) para avaliar com precisão o estágio da doença para início adequado do tratamento.

Sustentou que, não obstante existir prova da efetiva necessidade, houve negativa injustificada por parte da demandada.

Alegou que, em razão da extrema necessidade, viu-se obrigado a custear o exame, tendo sofrido abalo anímico e suportado dano material, este na ordem de R\$ 3.400,00 (três mil e quatrocentos reais) referente ao exame, bem assim R\$ 2.721,00 gastos com exames complementares e consultas médicas, sugerindo a fixação de 100 salários mínimos para reparação do abalo anímico.

Concluiu destacando a ofensa às regras do contrato entre às partes e ao Código de Defesa do Consumidor (CDC).

Citada, a ré afirmou a inaplicabilidade do CDC, bem assim da Lei 9.656/98. Alegou que o plano do autor não tem cobertura para o exame requerido. No mais, arguiu que os exames complementares não lhes foram solicitados e que o médico que requereu o exame não é credenciado ao plano em testilha.

Em julgamento antecipado, julgou-se procedente em parte o pedido para condenar a ré ao pagamento de dano material no valor de R\$ 3.400,00 (três mil e quatrocentos reais), dano moral na quantia de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), reconhecendo a sucumbência recíproca das partes.

A ré apelou, pugnando pela reforma da sentença com base nas seguintes fundamentações: a) Inaplicabilidade do CDC, por se tratar a ré de entidade fechada de assistência e sem finalidade lucrativa; b) que o plano não está amparado pela Lei 9.656/98; c) que no contrato em questão inexistente cobertura pra o exame postulado; d) que não houve prática de ato ilícito capaz de justificar a condenação de dano moral; e) subsidiariamente, caso mantidas as condenações, postulou pela necessidade de redução do valor do dano moral, porquanto a quantia de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) é desproporcional ao suposto dano suportado.

O apelado ofereceu contrarrazões às fls. 128/144.

É o relatório.

VOTO

1. Quanto à admissibilidade do recurso, inicialmente destaco que há nos autos prova do recolhimento do preparo que, apesar se ter sido anexado após a data de protocolo, evidenciou a tempestividade do pagamento, sendo inviável o acolhimento da tese de deserção.

No mais, preenchidos os requisitos de admissibilidade, é de se conhecer do recurso.

2. No mérito, o recurso merece prosperar apenas em parte.

Realmente, estando evidente que a demandada é entidade de assistência fechada, a qual administra um plano de saúde suplementar na modalidade de autogestão, torna-se inaplicável o CDC.

Esta questão já se encontra superada pelo STJ e nesta Corte de Justiça, a saber:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. PLANO DE SAÚDE. ENTIDADE DE AUTOGESTÃO. NÃO INCIDÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. SÚMULA 608 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REEMBOLSO DE DESPESAS MÉDICO-HOSPITALARES. PROCEDIMENTO REALIZADO POR MÉDICO NÃO CREDENCIADO. DIAGNÓSTICO DE “CARCINOMA BASOCELULAR” (CÂNCER DE PELE). PRESCRIÇÃO DE CIRURGIA MICROGRÁFICA DE MOHS. AUSÊNCIA DE MÉDICO HABILITADO À REALIZAÇÃO DO PROCEDIMENTO NA REDE CREDENCIADA. CLÁUSULA QUE AUTORIZA BUSCA POR PROFISSIONAL DE LIVRE ESCOLHA. REEMBOLSO DEVIDO. FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. (TJSC, Apelação Cível n. 0826959-09.2013.8.24.0023, da Capital, rel. Des. Fernando Carioni, Terceira Câmara de Direito Civil, j. 09-04-2019).

Diante do exposto, de todo inaplicável o CDC ao caso concreto.

Contudo, ainda que a questão não esteja sujeita à incidência do CDC, o mérito da sentença não merece qualquer reparo.

Como bem destacado pela togada, Dra. Eliane Alfredo Cardoso de Albuquerque, o contrato entre as partes estabelece como objeto principal

“[...] a cobertura pelo PLANO das despesas feitas pelo PARTICIPANTE, no território nacional, com serviços de assistência médico-hospitalar, de natureza clínica, cirúrgica e obstétrica, com exames complementares, com serviços auxiliares de diagnose e de terapia e com tratamentos especializados [...]” (Cláusula 1ª, Plano Família Saúde, fl. 33)

A cláusula 6ª, alínea “d”, por sua vez estabelece:

“[...] d) exames complementares, serviços auxiliares de diagnose e de terapia e tratamentos especializados, quando feitos por recomendação médica expressa e específica [...]”

A conjugação das cláusulas transcritas, a inexistência de atraso do autor quanto às suas

obrigações e a existência de exigência médica justificada, por si, sem necessidade de maiores digressões, dão conta da absoluta ilegalidade da negativa por parte da recorrente.

Ora, a inexistência de cláusula expressa de exclusão de determinado procedimento obriga a administradora do plano na medida que não se admite limitação a direitos decorrentes de mera interpretação extensiva de leis ou contratos.

Neste sentido:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE REVISÃO DE CONTRATO, COM PEDIDOS DE OBRIGAÇÃO DE FAZER E DE RESSARCIMENTO DE DESPESAS COM MEDICAMENTO. PLANO DE SAÚDE NA MODALIDADE AUTOGESTÃO. PEDIDO DE CUSTEIO DE MEDICAÇÃO PARA TRATAMENTO DE ESQUIZOFRENIA AGUDA (“INVEGA SUSTENNA”). NEGATIVA DA ENTIDADE ADMINISTRADORA (CASSI). SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA DOS PEDIDOS. IRRESIGNAÇÃO DA DEMANDADA. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. RECENTE ALTERAÇÃO DE ENTENDIMENTO. SÚMULA 608 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA QUE LEVOU AO CANCELAMENTO DO ENUNCIADO 469 DO REFERIDO TRIBUNAL. CDC NÃO APLICÁVEL À ESPÉCIE. RECURSO PROVIDO NO PONTO. DEVER DE COBERTURA CONTRATUAL. PACTO DE ADESÃO. DISPOSIÇÕES CONTRADITÓRIAS QUE DEVEM SER INTERPRETADAS EM FAVOR DO ADERENTE (ART. 423 DO CÓDIGO CIVIL). CLÁUSULA QUE EXIGE PRÉVIA AUTORIZAÇÃO MEDIANTE PREVISÃO DO MEDICAMENTO EM LISTA ESPECÍFICA DE PRODUTOS DE USO DOMICILIAR PARA ASSISTÊNCIA A DOENÇAS CRÔNICAS. INEFICÁCIA DA RESTRIÇÃO DIANTE DE CLÁUSULA CONTRATUAL QUE AUTORIZA A COBERTURA EM CASOS DE INTERNAÇÃO HOSPITALAR PARA TRATAMENTO PSIQUIÁTRICO. RÉ QUE SINALIZOU NO SENTIDO DA POSSIBILIDADE DO CUSTEIO QUANDO O AUTOR ESTEVE INTERNADO E DEPOIS RECUSOU COBERTURA PARA ASSISTÊNCIA AMBULATORIAL E DOMICILIAR. NEGATIVA QUE VIOLA O DEVER DE BOA-FÉ E DE LEALDADE, BEM COMO A FINALIDADE SOCIAL DA AVENÇA. MANUTENÇÃO DA OBRIGAÇÃO DE FORNECER O MEDICAMENTO OU DE REEMBOLSAR PARTE DO SEU CUSTO NA HIPÓTESE DE IMPOSSIBILIDADE DA COMPRA ADMINISTRATIVA PELA INSTITUIÇÃO. OBRIGAÇÃO VITALÍCIA, PORÉM CONDICIONADA À PERMANÊNCIA DOS DEMANDANTES NO QUADRO DE ASSOCIADOS. PONTOS DA SENTENÇA QUE NECESSITAVAM DE ESCLARECIMENTOS. MULTA POR EMBARGOS PROTETÓRIOS NA ORIGEM. NÃO CABIMENTO. PENALIDADE AFASTADA. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. (TJSC, Apelação Cível n. 0307268-32.2014.8.24.0023, da Capital, rel. Des. Stanley da Silva Braga, Sexta Câmara de Direito Civil, j. 08-05-2018).

AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. REALIZAÇÃO DE EXAME DE SAÚDE. NEGATIVA DA OPERADORA DO PLANO DE SAÚDE. ALEGAÇÃO DE QUE O AUTOR NÃO SE ENQUADRA NOS REQUISITOS QUE AUTORIZAM A REALIZAÇÃO DO EXAME. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. RECURSO DA RÉ. PEDIDO DE AFASTAMENTO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. SUBSISTÊNCIA. ENTIDADE DE AUTOGESTÃO. SÚMULA 608 DO STJ. MANUTENÇÃO, CONTUDO, DA OBRIGAÇÃO DE AUTORIZAR O EXAME. REGULAMENTO DO BENEFÍCIO QUE PREVÊ A COBERTURA PARA SERVIÇOS DE APOIO À DIAGNOSE. ÓBICE FUNDAMENTADA EM ATO NORMATIVO INTERNO NÃO ACOSTADO AOS AUTOS. NECESSIDADE DE REALIZAÇÃO DO EXAME FUNDAMENTADA EM DOCUMENTO MÉDICO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO EM PARTE. (TJSC, Apelação Cível n. 0001250-27.2011.8.24.0006, de Barra Velha, rel. Des. Maria do Rocio Luz Santa Ritta, Terceira Câmara de Direito Civil, j. 11-06-2019).

Assim, evidente o acerto da decisão recorrida quanto à ilegalidade da negativa, porquanto preenchidos os requisitos necessários à autorização de exames excluídos objetivamente do plano contratado.

No que tange à inexistência de abalo anímico, registrou-se que a situação concreta, *per se*, evidencia a perturbação muito além do mero descumprimento contratual ou dissabor do cotidiano.

No caso em tela, a ilegalidade da negativa é evidente, sendo incontroverso nos autos que o autor está acometido de doença grave (câncer), a qual impõe ao doente medo da morte e de outras consequências gravíssimas dessa enfermidade, sendo presumidas, sem maiores esforços, a dor, a inquietude, a ansiedade e a fragilidade que o acometeu diante da frustração quanto ao custeio de exame capaz de auxiliar no diagnóstico preciso, com vistas à identificação do tratamento mais eficaz.

Neste sentido, este relator já decidiu:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE DIREITO C/C COBRANÇA DE DESPESAS MÉDICAS E DANOS MORAIS. PLANO DE SAÚDE. ANGIOPLASTIA COM IMPLANTAÇÃO DE STENT CORONARIANO. NEGATIVA DE COBERTURA QUANTO AO CUSTEIO DO IMPLANTE UTILIZADO. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. RECURSO DO AUTOR. CONTRATO CELEBRADO ANTES DA EDIÇÃO DA LEI 9.656/98. OFERTA DE MIGRAÇÃO PARA NOVO PLANO DEMONSTRADA. AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO DA EMPRESA CONTRATANTE. INAPLICABILIDADE DA REFERIDA NORMA. INACOLHIMENTO NO PONTO. CLÁUSULA CONTRATUAL QUE ASSEGURA ASSISTÊNCIA MÉDICO-HOSPITALAR NA ESPECIALIDADE DE ANGIOLOGIA. EXISTÊNCIA, ADEMAIS, DE ADITIVO, QUE PREVÊ COBERTURA PARA PROCEDIMENTOS DE CIRURGIA CARDÍACA E PRÓTESES. MATERIAL ESSENCIAL AO SUCESSO DO PROCEDIMENTO MÉDICO EM QUESTÃO. APLICAÇÃO DAS NORMAS CONSUMERISTAS. STJ, SÚMULA 608. INTERPRETAÇÃO MAIS FAVORÁVEL AO CONSUMIDOR, A TEOR DO ARTIGO 47 DO CDC. DEVER DE REEMBOLSO CARACTERIZADO. PRETENSÃO AO RECONHECIMENTO DO DANO MORAL. POSSIBILIDADE. NEGATIVA INJUSTIFICADA. PACIENTE IDOSO, PORTADOR DE DOENÇA CARDÍACA GRAVE, SUBMETIDO AO PROCEDIMENTO CIRÚRGICO EM CARÁTER DE URGÊNCIA. FRAGILIDADE FÍSICA E PSÍQUICA PRESUMIDA. ABALO ANÍMICO EVIDENCIADO. QUANTUM INDENIZATÓRIO. ARBITRAMENTO. OBSERVÂNCIA AOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. QUANTIA FIXADA DE ACORDO COM AS FINALIDADES DA REPARAÇÃO CIVIL E DAS CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA. REFORMA DO VEREDITO. REDISTRIBUIÇÃO QUE SE IMPÕE. FIXAÇÃO DE HONORÁRIOS RECURSAIS. ART. 85, § 11º, CPC. RECURSO PROVIDO. (TJSC, Apelação Cível n. 0301413-83.2015.8.24.0008, de Blumenau, Sexta Câmara de Direito Civil, j. 04-06-2019).

Ainda, neste colegiado:

REEXAME EM APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ORDINÁRIA DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C DANOS MORAIS E PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. RECURSO

ESPECIAL INTERPOSTO. RECURSO REPETITIVO DECIDIDO PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RETORNO DOS AUTOS À CÂMARA PARA O JUÍZO DE RETRATAÇÃO. EXEGESE DOS ARTIGOS 1.030, II C/C 1.040, II DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. SUBMISSÃO DO APELO A NOVO JULGAMENTO NO PONTO RELATIVO À INCIDÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. ADOÇÃO DA ORIENTAÇÃO DA CORTE SUPERIOR NO SENTIDO DE A LEGISLAÇÃO CONSUMERISTA NÃO SER APLICÁVEL EM SITUAÇÕES ENVOLVENDO CONTRATOS DE AUTOGESTÃO. SENTENÇA REFORMADA NESTE ASPECTO. PEDIDO, NO ENTANTO, DE AFASTAMENTO DA OBRIGAÇÃO DE CUSTEIO DO PROCEDIMENTO DE QUIMIOTERAPIA ADJUVANTE PARA TRATAMENTO DE CARCINOMA NO PULMÃO, AO ARGUMENTO DE NÃO CONSTAR NO ROL DA AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE NÃO ACOLHIDO. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE QUE O PROCEDIMENTO REALMENTE NÃO CONSTAVA NO ROL DA ANS À ÉPOCA DA SOLICITAÇÃO. ÔNUS QUE INCUMBIA À DEMANDADA POR FORÇA DO DISPOSTO NO ARTIGO 333, II, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. LISTA, ADEMAIS, QUE CONSTITUI APENAS REFERÊNCIA BÁSICA PARA COBERTURA ASSISTENCIAL MÍNIMA OBRIGATÓRIA, NÃO INDICANDO DE FORMA DISCRIMINADA TODOS OS TRATAMENTOS COBERTOS PELAS OPERADORAS. REGULAMENTO, OUTROSSIM, QUE NÃO DESINCUMBE A REQUERIDA DA OBRIGAÇÃO DE CUSTEIO DO PROCEDIMENTO, SOBRETUDO PORQUE HÁ PREVISÃO CONTRATUAL DE ASSISTÊNCIA MÉDICO-HOSPITALAR PARA O TRATAMENTO DA ENFERMIDADE QUE ACOMETEU A AUTORA (ADENOCARCINOMA DE PULMÃO). OBRIGAÇÃO DE CUSTEIO MANTIDA. AFASTADA, DA MESMA FORMA, A PRETENSÃO DE EXCLUSÃO DA CONDENAÇÃO POR DANOS MORAIS. INEGÁVEL ABALO ANÍMICO ANTE A INJUSTIFICADA NEGATIVA DE COBERTURA PELA OPERADORA DO PLANO DE SAÚDE EM MOMENTO DE FLAGRANTE FRAGILIDADE FÍSICA E EMOCIONAL DA AUTORA, PORTADORA DE ENFERMIDADE GRAVE (ADENOCARCINOMA DE PULMÃO). RISCO DE MORTE EVIDENCIADO. DANO MORAL CARACTERIZADO. DEVER DE INDENIZAR MANTIDO. PLEITO DE MINORAÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO FIXADO NO PRIMEIRO GRAU IGUALMENTE INACOLHIDO. VALOR FIXADO EM CONFORMIDADE ÀS PECULIARIDADE DO CASO CONCRETO, BEM COMO À CAPACIDADE FINANCEIRA DAS PARTES. OBSERVÂNCIA, ADEMAIS, AOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE. HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS. PEDIDO DE AFASTAMENTO. DESCABIMENTO. REMUNERAÇÃO ARBITRADA EM CONSONÂNCIA COM OS PRECEITOS CONSTITUCIONAIS DA VALORIZAÇÃO DO TRABALHO. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. (TJSC, Apelação Cível n. 0002307-07.2014.8.24.0061, de São Francisco do Sul, rel. Des. Denise Volpato, Sexta Câmara de Direito Civil, j. 10-07-2018).

Diante do exposto, no ponto, a sentença deve ser mantida.

Quanto ao valor da indenização pelo abalo anímico, assiste razão à recorrente.

No concernente ao *quantum*, sabe-se não existir um valor tabelado, ficando a indenização a critério do livre arbítrio judicial, modulado pelos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, considerando-se os elementos que concorreram para a lesão, o dano e as condições subjetivas da vítima e do ofensor.

Como já afirmado pelo culto Desembargador Monteiro Rocha: *“Inexistindo critérios objetivos para minimizar os prejuízos decorrentes da dor e do sofrimento do autor, tenta-se buscar um valor que reduza o abalo sofrido pelo lesado e, ao mesmo tempo, faça ver ao ofensor maior respeito pelo*

patrimônio jurídico alheio” (TJSC, Apelação Cível n. 0143530-32.2014.8.24.0033, de Itajaí, rel. Des. Monteiro Rocha, Sexta Câmara de Direito Civil, j. 20-06-2017).

Contudo, deve-se ter em mente que a finalidade do dano moral não é enriquecer aqueles que tiveram sua moral abalada, mas apenas compensar o lesado dentro de limites razoáveis.

No caso concreto, as consequências danosas derivam da recusa injustificada de cobertura perpetrada pela apelante em relação a realização de exame indicado por médico especialista a fim de obter diagnóstico preciso.

Destaca-se que, em casos em que a dilação do prazo pela necessidade de ajuizamento de uma demanda para obter a cobertura implique em agravamento clínico da doença e, portanto, temor em relação à própria vida, esta Câmara de Direito Civil tem fixado a verba indenizatória em torno de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), o que se infere no caso *sub examine*.

Destarte, sopesando as particularidades do caso concreto, seguindo os parâmetros de fixação, quais sejam, grau de culpa da ré, extensão do dano suportado pela autora, capacidade econômica das partes, caráter pedagógico da medida, razoabilidade e proporcionalidade, acolho o pleito da apelante no ponto e reduzo a verba indenizatória para o patamar de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), a ser corrigido pelo INPC a contar da publicação de sentença de primeiro grau, acrescidos de juros de mora a partir da citação válida.

Quanto aos honorários advocatícios e as custas processuais mantenho a decisão pela sucumbência recíproca no termos da sentença.

3. Diante de tudo que restou consignado no voto, dá-se parcial provimento ao apelo.

Este é o voto.

Apelação Cível n. 0310016-81.2017.8.24.0039, de Lages

Relator: Desembargador André Carvalho

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. TRANSPORTE RODOVIÁRIO. TROCA DE BAGAGENS. EXTRAVIO TEMPORÁRIO DA BAGAGEM DO AUTOR. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. APELO AUTORAL.

TROCA DE MALAS. RECORRENTE QUE SE VIU PRIVADO DE SUA BAGAGEM NO PERCURSO DE IDA À CIDADE DISTINTA DE SUA RESIDÊNCIA. PLEITO PELO RECONHECIMENTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DA EMPRESA RÉ. ACOLHIMENTO. BAGAGEM RETIRADA DO ÔNIBUS PELO MOTORISTA E ENTREGUE AO PASSAGEIRO SEM A DEVIDA CONFERÊNCIA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO CONFIGURADA. DEVER DE CAUTELA DO CONSUMIDOR QUE NÃO DESCONFIGURA A FALHA NO SERVIÇO DA RÉ. RECUPERAÇÃO DA BAGAGEM E DISPOSIÇÃO DA MESMA AO AUTOR JUNTO À RODOVIÁRIA. SITUAÇÃO QUE DESBORDOU O MERO DISSABOR. ABALO MORAL INDENIZÁVEL. SENTENÇA REFORMADA.

REDISTRIBUIÇÃO DOS ÔNUS SUCUMBENCIAIS. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0310016-81.2017.8.24.0039, da comarca de Lages (3ª Vara Cível) em que é Apelante Bruno Rech Farinhas e Apelado Reunidas S/A Transportes Coletivos.

A Sexta Câmara de Direito decidiu, por votação unânime, conhecer do recurso e dar-lhe provimento. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Exmos. Srs. Des. André Luiz Dacol e Des. Stanley Braga (presidente com voto).

Florianópolis, 30 de julho de 2019

Desembargador André Carvalho

Relator

RELATÓRIO

Adoto, por economia processual e em homenagem à sua completude, o relatório da sentença:

Cuida-se de ação indenizatória com pedido de danos morais ajuizada por BRUNO RECH FARINHAS em face de REUNIDAS S/A – TRANSPORTES COLETIVOS.

Alega o demandante (fisioterapeuta) que se utilizou dos serviços de transporte da ré com partida nesta cidade de Lages/SC no dia 20.10.2017 às 13:00 horas com destino a Florianópolis/SC, conforme bilhete n.

0507617, com intuito de participar do curso de “Neurociência da dor para a prática clínica” a ser realizado nos dias 21 e 22 de outubro de 2017 junto à Clínica Sprada. Narra que por ocasião da realização do embarque despachou sua bagagem e, quando da chegada ao destino, os funcionários da demandada lhe entregaram uma mala com as mesmas características que a sua, sendo que após sua chegada no hotel constatou que a bagagem era de propriedade de outra pessoa. Visando corrigir o equívoco e recuperar seus pertences, diz que entrou em contato com a ré por intermédio do telefone (047) 3271-2450, quando então restou informado por funcionários que não sabiam o que tinha ocorrido com a bagagem e que entrariam em contato com o ora autor assim que a localizassem. Por conta do imprevisto acima descrito, assevera que ficou somente com as vestes do corpo, razão pela qual se viu compelido a realizar a compra de novos trajes, materiais de higiene pessoal e outros necessários para o mínimo conforto, sendo que a empresa demandada não prestou nenhum tipo de assistência de forma a amenizar os transtornos a que foi submetido Bruno Rech Farinhas. Diante da inércia da empresa em solucionar o impasse instaurado, afirma que no dia seguinte aos fatos (21.10.2017), Terezinha Besen entrou em contato via WhatsApp informando que houve troca de bagagens, e que referida senhora com a bagagem de Bruno Rech Farinhas, deixando-a na Rodoviária de Florianópolis/SC, quando por ocasião de seu retorno a esta Comarca, no dia 22.10.2017, pôde resgatar sua mala perante o guichê da companhia. Por tais razões, diante do extravio da bagagem e dos dissabores que teve que suportar, pretende a condenação da ré ao pagamento de indenização por danos morais.

Devidamente citada, a ré apresentou a contestação de fls. 29/39, restando inviabilizada a resolução amigável do conflito por ocasião da audiência de conciliação de fl. 44. Alega a ré em sua peça defensiva que não se fazem presentes os requisitos ensejadores da responsabilidade civil, já que a situação vivenciada pelo demandante não ultrapassa um mero dissabor da vida cotidiana. Pugna, ao final, pela improcedência do pedido.

Em sede de réplica, o autor repisou os termos da exordial (fls. 46/51).

A decisão de saneamento e organização do processo (fl. 59) fixou o ponto controvertido da demanda e deferiu a produção de prova testemunhal requerida pelo autor.

Por ocasião da audiência de conciliação, instrução e julgamento, foram ouvidas duas testemunhas (fl. 72).

Sobrevieram as derradeiras alegações das partes (fls. 75/77 e 78/84).

Sobreveio sentença nos seguintes termos:

Isto posto, julgo improcedente o pedido formulado nesta demanda e, em consequência, declaro a resolução do mérito da causa na forma do art. 487, I, do CPC/2015.

Condene o autor ao pagamento das custas processuais e dos honorários de sucumbência devidos aos procuradores da ré, verba que arbitro 15% sobre o valor atualizado da causa, levando em conta a complexidade da demanda, o grau de zelo dos profissionais, os atos processuais praticados e o tempo de duração da demanda. (fl. 90; grifo no original).

Inconformado, o Autor interpôs o presente recurso de Apelação Cível argumentando que (a) resta demonstrada a má prestação dos serviços de transporte rodoviário da Apelada, eis que devido ao extravio de bagagem o Apelante acabou sendo submetido a sérios transtornos, privação de seus pertences pessoais bem como a aquisição de novos itens, para participação de curso de

aperfeiçoamento profissional, ocasionando despesas em detrimento da programação realizada com antecedência; (b) nos termos do art. 14 do CDC, a responsabilidade da empresa fornecedora dos serviços de transporte, pelos danos causados aos consumidores, é objetiva, ou seja, responde independentemente de culpa, por defeitos relativos a prestação dos serviços; (c) o dever de indenizar da Apelada somente poderia ser afastado caso restasse comprovada a inexistência do ato ilícito, culpa exclusiva da vítima, ou verificadas situações de caso fortuito ou força maior, o que não ocorreu no caso em comento; (d) os defeitos na prestação de serviços (extravio de bagagem, falta de assistência da empresa de transportes) restaram exaustivamente demonstrados durante a instrução processual; (e) a prestação do serviço público de transporte rodoviário deve ocorrer de forma adequada e segura, garantindo um serviço de qualidade e que atenda as expectativas dos consumidores; (f) não teria como atribuir culpa exclusiva do ocorrido ao passageiro, ora Apelante, sendo que a empresa de transportes ora Apelada tinha a obrigação de devolver as bagagens certas aos seus passageiros no desembarque, o que não ocorreu, configurando assim a falha na prestação dos serviços e o evidente dever de indenizar; (g) a Apelada assumiu o risco de ter que responder civilmente por suas atitudes dolosa/imprudente, ficando assim caracterizado o ato ilícito; (h) a situação vivenciada gerou um sentimento de nervosismo e impotência ao Autor, pois não teve notícias de onde sua bagagem estava, e ficou privado de seus pertences pessoais, afetando assim a sua tranqüilidade e sendo inquestionável que o abalo moral é presumível, tratando-se de dano *in re ipsa*; (i) frente os fatos ocorridos, o nexos causal e o dano sofrido pelo Apelante, deve a Apelada ressarcir todos os prejuízos morais suportados; (j) o extravio da bagagem do Apelante, ainda que temporária, ocasionou transtornos e abalo moral que supera qualquer dissabor do cotidiano, passível de indenização.

Requeru, por fim, *“a) seja conhecido e provido por unanimidade o presente RECURSO DE APELAÇÃO, com a conseqüente reforma da sentença a quo, com a condenação da APELADA, ao pagamento de indenização pelos danos morais suportados pelo APELANTE, sugerindo-se o importe de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), contando-se os juros de mora do evento danoso e a correção monetária do arbitramento, bem como condenar a APELADA ao pagamento dos ônus sucumbências; b) caso não seja provido o presente RECURSO DE APELAÇÃO, o que não se espera, requer a adequação do ônus de sucumbência fixados na sentença a quo, com a redução para o percentual de 10% (dez por cento) sobre o valor da causa.”* (fls. 106-107).

Foram apresentadas contrarrazões às fls. 113-123.

Este é o relatório.

VOTO

De início, considerando que a decisão recorrida foi publicada já na vigência do novo Código de Processo Civil (26-07-2018, fl. 91), convém anotar que, em consonância ao Enunciado Administrativo n. 3 do Superior Tribunal de Justiça, o presente caso será analisado sob o regramento da legislação processual de 2015.

No juízo de admissibilidade do recurso, verifica-se a existência dos requisitos de admissibilidade, pelo que o recurso merece ser conhecido.

Insurge-se o Autor contra sentença que julgou improcedente o seu pedido de condenação da empresa Requerida ao pagamento de danos morais, por ter ficado sem a sua bagagem, em razão de troca de malas na rodoviária de Palhoça/SC, o que havia lhe causado transtornos e constrangimentos pela falha na prestação de serviço.

Ab initio, faz-se necessário ressaltar que o caso em deslinde atrai a incidência do Código de Defesa do Consumidor, porquanto os Apelados, que efetuaram a compra de passagens aéreas da empresa requerida, enquadram-se de maneira precisa no art. 2º do referido diploma: “Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”.

Outrossim, a empresa Recorrida também se subsume ao conceito de fornecedor previsto no art. 3º da legislação consumerista, que assim dispõe: “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”.

Isso porque as empresas de transporte rodoviário disponibilizam no mercado sua prestação de serviços traduzidos na venda de passagens e na execução do transporte adquirido.

Assim, na qualidade de prestadores de serviços, diante da normativa inserta no art. 14 do Código de Defesa do Consumidor, tem-se que a empresa deve responder objetivamente “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”, só ficando isenta caso demonstrem que, tendo prestado o serviço, o defeito inexistiu; ou que o fato se deu por culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro, conforme prevê o referido dispositivo:

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

§ 1º O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:

I - o modo de seu fornecimento;

II - o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam;

III - a época em que foi fornecido.

§ 2º O serviço não é considerado defeituoso pela adoção de novas técnicas.

§ 3º O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar:

I - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexistiu;

II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

§ 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.

Acerca dessa temática, uma vez mais, convém transcrever os ensinamentos de Flávio Tartuce e Daniel Amorim Assumpção Neves:

Assim como ocorre com o produto, **o serviço é defeituoso quando não fornece a segurança necessária que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais o modo de seu fornecimento**; o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam e a época em que foi fornecido. (TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito do Consumidor. 5ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 203; grifou-se).

Para transporte de pessoas, o Código Civil prevê em seu art. 734 que *“O transportador responde pelos danos causados às pessoas transportadas e suas bagagens, salvo motivo de força maior, sendo nula qualquer cláusula excludente da responsabilidade”*.

A responsabilidade do transportador pelos serviços prestados ao consumidor é objetiva, devendo suas obrigações ser cumpridas de acordo com o serviço contratado. Na hipótese de má qualidade, falhas no serviço prestado ou prejuízos ao consumidor, é devida indenização ao consumidor caso comprovado dois requisitos: fato do transporte e o dano.

O fato do transporte é o nexo causal, pressuposto essencial para a configuração da responsabilidade civil e do dever de indenizar. A relação de causalidade é o liame entre o ato lesivo do agente e o dano ou prejuízo sofrido pela vítima. E se o dano sofrido não for ocasionado por ato exclusivo do agente, inexistente a relação de causalidade.

In casu, é incontroverso nos autos que o Autor adquiriu passagens rodoviárias da empresa Reunidas, de Lages/SC para Florianópolis/SC no dia **20-10-2017** (sexta-feira), com saída às 13:00 horas e previsão de chegada às 16h:45min. E retorno programado para o dia **22-10-2017** (domingo), com saída de Florianópolis/SC às 17h:45min, com chegada em Lages/SC prevista para às 21h:45min (documento de fl. 12).

Segundo consta da exordial o Autor iria participar de um curso de “Neurociência da dor para a Prática Clínica”, no âmbito da fisioterapia, que foi realizado nos dias 21 e 22 de outubro de 2017 na Clínica Sprada, que se localizava na cidade de Palhoça/SC.

Ao chegar na referida cidade, o Autor desceu do ônibus e lhe foi entregue uma mala com as mesmas características que a sua, sendo que o equívoco somente foi constatado quando, instalando-se em quarto de hotel, deparou-se com pertences femininos.

Esclareceu a testemunha Matheus Oliveira Branco em seu depoimento que,

[...] o curso era em Palhoça/SC, aí a gente desceu e foi feito o levantamento da repartição das malas, entregamos nossos tíquetes e pegamos as malas (01min52seg); **que quem entregou a mala foi o motorista** (01min58seg); que naquele momento em que estávamos descendo tinham mais umas 03 (três) ou 04 (quatro) pessoas e o motorista entregou a de todos (02min10seg); **que no momento em que ele pegou a mala não percebeu nada** (02min16seg); [...] **que Bruno se deu conta que a mala não era dele no quarto de Hotel**, pois dividimos o quarto devido aos gastos (02min34seg); que aí ele me informou que na mala tinham pertences de mulher e remédios (02min47seg); [...] **que tivemos que ir até o Shopping para comprar algumas roupas para Bruno** (03min39seg); que Bruno comprou roupas e um carregador de celular (03min51seg); [...] que aí ele pegou a mala dele de volta na rodoviária no dia em que a gente estava voltando (04min16seg); que ele tentou ligar e entrar em contato e até mesmo lá no local a atendente foi bem grossa com a gente (04min23seg); **que eles informaram que a mala estava na rodoviária e poderia ser retirada lá** (04min31seg); que pegaram a mala no domingo (04min49seg); que o curso começava no sábado e terminava no domingo (05min03seg); que não se recorda como foi feita a troca de malas (05min31seg); **que simplesmente foi entregue o tíquete para o motorista e não houve conferência se a mala efetivamente pertencia ao autor** (06min32seg). (fl. 74; grifo nosso).

Já no depoimento da testemunha Terezinha Besen foi esclarecido o seguinte:

Que estava na viagem do dia 20.10.2017 (42seg); que tinha bastante gente no ônibus mas não estava lotado (58seg); que transportava uma mala no compartimento de baixo do ônibus (57seg); **que a minha mala, por coincidência era igual a do Bruno** (01min); que era uma mala verde de marca IKA (01min06seg); que na verdade, era uma bolsa grande e sem rodas (01min15seg); que tinha um etiqueta com o meu nome na minha mala e aquele comprovante que a empresa dá (01min30seg); que na etiqueta da minha mala tinha o meu nome, endereço e telefone (01min36seg); que na alça da mala tinha um “negocinho” que dizia o nome (01min56seg); que não tinha nenhum lenço ou qualquer outro indicativo (01min58seg); que o meu nome estava escrito a caneta (02min06seg); [...] que eu desci na Rodoviária de Florianópolis/SC (02min20seg); que eu não vi se ele desceu antes, mas creio que sim pelo incidente ocorrido depois (02min30seg); **que quando fui entregar o tíquete para retirar minha mala, percebi que não era a minha porque o número não conferia** (02min44seg); **que aí não tinha a minha etiqueta e também não batiam os números** (03min03seg); [...] que eu não levei a mala, sendo chamada a pessoa encarregada do setor da Reunidas, aí ele veio e nesse intervalo não sei se alguém já tinha telefonado (03min34seg); [...] que aí fiquei sem minha mala e a mala do Bruno ficou lá em Florianópolis (03min53seg); que minhas filhas me pegaram e eu fui sem lenço e sem documento pra lá (04min08seg); aí nós ligamos de volta no outro dia de manhã (04min16seg); que eles ficaram de nos dar uma posição às 19h do dia anterior mas não deram nenhuma (04min21seg); que no outro dia de manhã a minha filha ligou para Reunidas e uma das funcionárias respondeu que eles teriam até 30 (trinta) dias para devolver a bolsa (04min30seg); **que eu não sei como a minha filha conseguiu e descobrimos que o dono da mala era Bruno** (04min44seg); **que sábado ao meio-dia pegamos o carro e fomos até Palhoça, aí consegui resgatar a minha mala** (05min10seg); **que a mala dele ficou lá até domingo e ninguém fez nada** (05min21seg); que acho que foi a empresa que forneceu o número de WhatsApp de Bruno, pois ele avisou que tinham trocado (05min33seg); [...] **que as malas eram idênticas: mesma marca, cor e tamanho; que foi uma coincidência impressionante** (05min51seg); que eu nem manuseei a mala de Bruno (06min); que como não era a minha, não tinha interesse nenhum e quem pegou foi o encarregado da empresa (06min08seg); [...] **que a mala de Bruno foi recolhida na sexta-feira e ficou à disposição na rodoviária** (06min42seg)”. (fl. 73; grifo nosso).

A priori, com a devida venia, muito embora tenha o magistrado *a quo* entendido que o extravio temporário da mala do Autor tenha ocorrido somente por sua culpa, necessário ressaltar que as partes envolvidas – o passageiro e o motorista do ônibus – concorreram para que a mala tenha sido trocada.

Isso porque, ambas as testemunhas conferem a situação de que o motorista do ônibus era quem manuseava as bagagens e as entregava aos passageiros, após a apresentação do ticket que lhes eram entregues na rodoviária quando do embarque.

A testemunha Matheus Oliveira Branco foi clara ao comentar “*que quem entregou a mala foi o motorista (01min58seg); que naquele momento em que estávamos descendo tinham mais umas 03 (três) ou 04 (quatro) pessoas e o motorista entregou a de todos (02min10seg); que no momento em que ele pegou a mala não percebeu nada (02min16seg)*” (fl. 74; sublinhou-se).

Já a testemunha Terezinha Besen – como bem alertado pelo magistrado *a quo* como “uma senhora de setenta anos!!” –, afirma “*que quando fui entregar o tíquete para retirar minha mala, percebi que não era a minha porque o número não conferia (02min44seg); que aí não tinha a minha etiqueta e também não batiam os números (03min03seg); [...]*” (fl. 73; sublinhou-se).

Vê-se pelo ocorrido que tanto o motorista quanto o passageiro não se atentaram para o fato de que deveriam ter conferido o número do ticket fornecido, bem como a própria bagagem em si, para que não ocorresse o que de fato aconteceu: a troca de malas.

Vale ainda ressaltar que as malas eram idênticas: da mesma cor, da mesma marca e do mesmo formato! “Coincidência impressionante”, como bem afirmado pela testemunha Terezinha Besen, o que tornou ainda mais compreensível o engano ocorrido.

Ora, se a mala do passageiro restou efetivamente extraviada, mesmo que de forma temporária, de rigor reconhecer-se a falha na prestação dos serviços da Reunidas, pois cabia ao preposto da Ré (motorista do ônibus) a conferência e entrega das bagagens da forma correta.

Até porque para afastar dita responsabilidade, teria a Apelada que comprovar que a troca de malas havia ocorrido somente por culpa exclusiva do Autor, ou alguma excludente de ilicitude em seu favor, o que entende-se não ter ocorrido no caso em exame.

E muito embora tenha se reconhecido a culpa concorrente do Autor pela falha na conferência da bagagem no momento da sua retirada, isso por si só não é suficiente para afastar a responsabilidade da Ré.

Portanto, provado o nexo causal entre a conduta da Reunidas, através de seu motorista, e o fato (extravio temporário de bagagem), de rigor reconhecer a falha na prestação do serviço fornecido pela empresa de transporte rodoviário.

Dos Tribunais pátrios colhe-se:

EMBARGOS INFRINGENTES - Responsabilidade civil - Danos materiais e morais - Bagagem extraviada - Elementos dos autos que comprovam a falha na prestação do serviço de transporte - Culpa concorrente da autora devidamente reconhecida no v. acórdão - Manutenção do v. acórdão - Embargos rejeitados.

(TJSP; Embargos Infringentes 0067999-29.2007.8.26.0000; Relator (a): Erson de Oliveira; Órgão Julgador: 24ª Câmara de Direito Privado; Foro de Marília - 2ª. Vara Cível; Data do Julgamento: 24/10/2013; Data de Registro: 13/12/2013).

Há que se registrar, por oportuno, que não se pode confundir o dano moral com as sensações subjetivas decorrentes de lesão a um interesse qualquer, já que *“mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral”*. A *“dor, vexame, e sofrimento só poderão ser considerados dano moral quando tiverem por causa uma agressão à dignidade de alguém”*. (CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de Responsabilidade Civil. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 111-112).

Portanto, para caracterização do dano moral, deve ocorrer lesão à dignidade da pessoa humana ou a algum aspecto da personalidade (nome, honra, reputação, imagem, liberdade, privacidade, etc.). Sem desrespeito a algum desses bens jurídicos, não há se falar em dano moral, mas, sim, em mero dissabor, aborrecimento ou mágoa.

Por essa razão, não basta a mera ocorrência do ato antijurídico, *“importante é que o ato ilícito seja capaz de irradiar-se para a esfera da dignidade da pessoa, ofendendo-a de maneira relevante”* (STJ, Quarta Turma, AgRg no REsp 1.269.246/RS, rel. Luis Felipe Salomão, julgado em 20.5.2014).

Com isso quer se dizer que o dever de reparar nascerá se o ato ilícito provocar uma lesão concreta à dimensão moral da pessoa humana.

Sob as perspectivas dessas premissas, infere-se que a situação vivenciada pela parte autora configura abalo moral. Isso porque vislumbra-se da narrativa situação excepcional provocada pela conduta antijurídica da Ré apta a causar ofensa à dignidade humana ou a atributo da personalidade ou intenso desequilíbrio psicológico na parte autora.

O Autor demonstrou que a situação por si enfrentada revestiu-se de peculiaridades que ocasionaram dano imaterial passível de ser indenizado (CPC, art. 373, inciso I).

Em análise da petição inicial, observa-se que o Apelante sustenta que foi privado dos seus bens por 2 (dois) dias, inclusive segundo afirma teve que realizar compras de trajes, materiais de higiene pessoal, dentre outros necessários para o seu mínimo conforto, comprometendo a sua chegada ao curso em fisioterapia que estava inscrito.

Além disso, no sábado o Autor teve ciência de que sua mala estava na rodoviária à sua disposição, sendo até mesmo confirmado pela testemunha Terezinha Besen que *“a mala do Bruno ficou lá em Florianópolis (03min53seg)”* (fl. 73).

Não se pode perder de vista, ademais, que considerando-se que a finalidade do serviço

contratado era o transporte, o incidente causado (troca de malas) causou transtornos consideráveis, e que a situação narrada ultrapassou a esfera dos meros dissabores, havendo, por conseguinte, que se falar em indenização por dano moral.

De resto, vale também ressaltar que a troca de bagagem teve a participação do próprio funcionário da empresa rodoviária, que pegou a mala de outrem por engano, sem conferir o bilhete correspondente.

Assim sendo, acolhe-se o pleito de reparação do abalo anímico sofrido pelo Apelante.

Por outro lado, a quantificação da verba reparatória deve ser avaliada.

O arbitramento do montante indenizatório deve levar em conta o caráter pedagógico da reprimenda, servindo de desestímulo à reiteração do ato ilícito, mormente em face de práticas lesivas dos direitos dos consumidores, eis que sabidamente vulneráveis na relação negocial. A propósito, Arnaldo Rizzardo (Responsabilidade Civil. 6ª edição. Forense, p. 481) complementa que “*A condenação de indenização não patrimonial é instrumento eficaz para desestimular ofensa aos direitos e garantias individuais*”.

Carlos Alberto Bittar leciona que:

A fixação do *quantum* da indenização, que compete ao juiz à luz das condições fáticas do caso em concreto, é o momento culminante da ação de reparação, exigindo ao intérprete ou ao aplicador da lei, de um lado, prudência e equilíbrio, mas, de outro, rigor e firmeza, a fim de fazer-se justiça às partes: ao lesado, atribuindo-lhe valor que lhe permita a recomposição de sua situação; ao lesante, cominando-lhe sanção que importe em efetiva reparação pelo mal perpetrado. (Responsabilidade civil: teoria e prática. 5ª edição. Forense Universitária, 2005, p. 112).

Nesse viés, impõe-se observar a proporcionalidade entre o ato ilícito praticado e o dano moral *in re ipsa* suportado vítima, de modo a compensá-la de forma razoável e proporcional à extensão do dano e à sua dignidade, sem, contudo provocar a ruína financeira do ofensor. Não é de se olvidar, ademais, o caráter inibitório e pedagógico da medida, que visa evitar conduta reincidente por parte do agente.

Embora seja certo que a Apelada disponha de significativo capital, o valor da condenação deve se afigurar proporcional ao dano experimentado.

Em casos como o presente, deve-se considerar que o *quantum* indenizatório não pode ser alto para que se converta em fonte de enriquecimento pelas lesões sofridas, nem tão diminuto a ponto de se tornar insignificante. A fixação deve obedecer aos critérios da razoabilidade e da proporcionalidade, de modo a servir adequadamente para compensar os males sofridos, bem assim sancionar o agente causador do dano.

Assim, levando em consideração a aflição e intranquilidade decorrentes da falha na prestação

do serviço, a restituição da bagagem, o fato de o extravio ocorrer em viagem de ida e sopesados os critérios da razoabilidade e proporcionalidade, o *quantum* indenizatório deve ser arbitrado ao valor de R\$ 4.000,00 (quatro mil reais).

Sobre a quantia incidirão juros de mora contados a partir citação (30-12-2017, fls. 25-26) e correção monetária a partir do arbitramento nesta instância.

Em razão do provimento do recurso, deverá a parte ré arcar com o pagamento integral das custas e despesas processuais, além de honorários advocatícios fixados em 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação em favor do patrono da parte autora, a teor do disposto no art. 85, § 2º, do CPC/2015.

Ante o exposto, vota-se no sentido de conhecer do recurso e dar-lhe provimento para condenar a Apelada ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R\$ 4.000,00 (quatro mil reais), acrescido de juros de mora contados a partir citação (30-12-2017, fls. 25-26) e correção monetária a partir do arbitramento nesta instância; bem como ao pagamento das custas e despesas processuais, além de honorários advocatícios fixados em 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação em favor do patrono da parte autora.

Este é o voto.

Habeas Corpus Cível n. 4009159-89.2019.8.24.0000, de Mondaí

Relator: Desembargador Stanley Braga

HABEAS CORPUS. PRISÃO CIVIL DECRETADA EM RAZÃO DO INADIMPLEMENTO DE DÍVIDA ALIMENTAR. PROVA NESTES AUTOS DE QUE O INADIMPLEMENTO DA PENSÃO ALIMENTÍCIA É INVOLUNTÁRIO, TANTO MAIS PORQUE O PACIENTE É PORTADOR DE “RETARDO MENTAL” (CID 10 F 72) E “TRANSTORNO BIPOLAR” (CID 10 F 31.6), CIRCUNSTÂNCIAS QUE, COMPROVADAMENTE, DIFICULTAM SOBREMANEIRA O PAGAMENTO DOS DÉBITOS. PARTICULARIDADES DA DEMANDA QUE REVELAM A EVIDENTE DESPROPORÇÃO E PREMATURIDADE DA MEDIDA COERCITIVA, A PONTO DE PREJUDICAR O ADIMPLEMENTO DO MÍNIMO POSSÍVEL. NOTÓRIA SITUAÇÃO DE INSEGURANÇA NOS PRESÍDIOS QUE NÃO RECOMENDA A SEGREGAÇÃO CIVIL POR DÍVIDA NO CASO CONCRETO. DECISÃO LIMINAR MANTIDA. PRECEDENTES. ORDEM CONCEDIDA.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus Cível n. 4009159-89.2019.8.24.0000, da comarca de Mondaí (Vara Única), em que é Impetrante A. de S. e outros e Paciente V. B.

A Sexta Câmara de Direito Civil decidiu, por votação unânime, conceder a ordem para cassar, em definitivo, a decisão que determinou a prisão do paciente em razão da dívida alimentar oriunda dos Autos n. 0300132-50.2018.8.24.0043/03. Custas legais.

O julgamento, realizado nessa data, foi presidido pela Exma. Sra. Desa. Denise Volpato, e dele participaram o Exmo. Sr. Des. André Carvalho e o Exmo. Sr. Des. André Luiz Dacol. Funcionou como Representante do Ministério Público a Exma. Sra. Dra. Mônica Pabst.

Florianópolis, 30 de abril de 2019.

Desembargador Stanley Braga
Relator

RELATÓRIO

Angélica de Souza e outros, impetraram o presente *habeas corpus* em benefício de V. B., devidamente qualificado, contra decisão da MMa. Juíza de Direito da Vara Única, da comarca de Mondaí/SC, proferida nos autos da ação de execução de alimentos n. 0300132-50.2018.8.24.0043/03 proposta por G. H. B., G. L. B. e F. A. B., filhas do paciente e representadas por sua genitora, L. F. B., que não acolheu a justificativa para o inadimplemento do débito e manteve o decreto prisional pelo prazo de 30 (trinta) dias.

Disse, em linha de começo, que o executado, é incapaz de laborar, porquanto é portador de várias moléstias, notadamente retardo mental (CID 10 F72) e transtorno bipolar (CID 10 F31.6) e

que está em contínuo tratamento, desde 2012. Disse que inclusive já foi internato, o que evidencia a necessidade de contar com auxílio de terceiros, no caso, dos seus genitores.

Invocou o direito aplicável à espécie e trouxe precedentes para, ao fim, propugnar pela imediata revogação da ordem prisional.

Juntou documentos às fls. 1-69.

Decisão de fls. 73-76 deferiu a liminar almejada e suspendeu “de forma imediata a prisão do paciente” (fl. 76).

As informações foram prestadas pelo juízo *a quo* às fls. 80-85.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, por seu ilustre representante, o Exmo. Sr. Dr. Onofre José Carvalho Agostini, opinou pelo conhecimento do *habeas corpus* e pela denegação da ordem (fls. 88-94).

Noticiou-se a expedição do alvará de soltura na origem, cumprido no dia 3 de abril do corrente ano.

Este é o relatório.

VOTO

Da admissibilidade:

Presentes os pressupostos legais, conhece-se do presente remédio constitucional.

Do julgamento:

Preliminares:

Não foram suscitadas preliminares.

Mérito:

Reitere-se que, desde o julgamento do *Habeas Corpus* (Cível) n. 4012342-73.2016.8.24.0000, de Criciúma, na Sessão de Julgamento desta Sexta Câmara de Direito Civil, no dia 7-2-2017, este Relator, com o amparo deste Colegiado, passou a adotar uma nova interpretação do art. 528 do CPC/2015 (correlato ao art. 733 do CPC/1973).

Desde então, o Signatário adotou o entendimento de que a prisão civil, medida extrema, deve ser aplicada apenas quando estiver comprovado nos autos o inadimplemento inescusável da dívida de alimentos, circunstâncias que, excepcionalmente, podem ser avaliadas em juízo perfunctório pela via do *habeas corpus*.

E, por evidente, não há cogitar da segregação quando o devedor de alimentos prova a sua total impossibilidade de satisfazer a obrigação alimentar, hipótese esta que, com efeito, configura o inadimplemento escusável, este sim hábil a afastar a restrição à liberdade.

Este, com efeito, é o caso dos autos.

Deveras, não há notícia de que o paciente, de alguma forma, pretendeu, pela via judicial, a minoração do valor da pensão alimentícia mensal (que, por sinal, foi fixada em 50% do salário mínimo); contudo, há prova indiciária nos autos de que o inadimplemento da dívida alimentar é involuntário, dada a sua precária condição financeira, agravada pelo quadro clínico psiquiátrico de que ele é portador.

V. B. (o paciente), ao que tudo indica, atravessa um sério período de instabilidade psíquica, a exemplo do que foi atestado em 12-3-2019, pelo psiquiatra que o assiste (fl. 65):

Atesto para os devidos de perícia médica/trabalho com solicitação e autorização para CID do(a) paciente V. B. Está em tratamento psiquiátrico contínuo ambulatorial desde 23-7-2012. Sintomas ativos. Sem condições laborativas. Sem previsão de alta psiquiátrica. Prescrito: citalopran 20mg/d + clomipramina 25mg/d + risperidona 2mg/d + haloperidol 1mg/d + carbamazepina 400mg/d.

É certo que V. encontra-se desempregado, sem renda mensal, em razão da doença que o acomete.

A toda evidência, o paciente não reúne condições de quitar os alimentos, nem só pela situação financeira delicada, mas por ter seu discernimento reduzido em razão das diversas consequências da psicose bipolar grave.

Nesse panorama, dadas as particularidades da hipótese, reputa-se incerta a eficácia da prisão civil *in casu*, mormente porque o paciente teve a oportunidade de se submeter a agendamento no INSS no dia 5-3-2019 (fl. 64), inclusive e justamente para verificar se teria direito ao benefício do auxílio-doença, o que, em tese, facilitaria, e muito, o desconto da pensão alimentícia por meio do Órgão Ancilar.

E, de outra forma, não se vê, em consulta aos autos da execução, situação de miserabilidade ou necessidade urgente por risco de dano às alimentandas, que, apesar das presumíveis dificuldades, são por tudo assistidas pela genitora.

A par de tudo isso, deve-se mencionar que a prisão civil, prevista no já citado art. 528 do CPC/2015 revela-se, no momento atual de inescandível falência do sistema prisional, coerção por demais severa, que impede, inclusive, a obtenção de recursos por parte de quem tem sobre si a obrigação de fornecer alimentos.

Trata-se, pois, de ato coercitivo eivado de carga, ainda que minimamente, contrária ao bom senso, porquanto, impondo-se ao alimentante a segregação temporária de sua liberdade, em regime prisional “fechado” (art. 528, § 4º, do CPC/2015) veda-se ao mesmo a possibilidade do desenvolvimento de atividade laborativa capaz reverter a inadimplência.

Além disso, sendo o Brasil signatário do Pacto de San José da Costa Rica, no qual se estabeleceu

a impossibilidade do cerceamento de liberdade em face de inadimplemento involuntário de dívida de qualquer natureza, a prisão de dívida alimentar colide, de forma frontal, com a melhor doutrina relativa à submissão da Lei interna aos Tratados Internacionais.

No Supremo Tribunal Federal, *mutatis mutandis*, a discussão do assunto restou resolvida por maioria, conforme se vê abaixo:

[...] Por maioria, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) arquivou, nesta quarta-feira (03), o Recurso Extraordinário (RE) 349703 e, por unanimidade, negou provimento ao RE 466343, que discutiam a prisão civil de alienante fiduciário infiel. O Plenário estendeu a proibição de prisão civil por dívida, prevista no artigo 5º, inciso LXVII, da Constituição Federal (CF), à hipótese de infidelidade no depósito de bens e, por analogia, também à alienação fiduciária, tratada nos dois recursos.

[...]

Menezes Direito filiou-se à tese hoje majoritária, no Plenário, que dá status supralegal (acima da legislação ordinária) a esses tratados, situando-os, no entanto, em nível abaixo da Constituição. Essa corrente, no entanto, admite dar a eles status de constitucionalidade, se votados pela mesma sistemática das emendas constitucionais (ECs) pelo Congresso Nacional, ou seja: maioria de três quintos, em dois turnos de votação, conforme previsto no parágrafo 3º, acrescido pela Emenda Constitucional nº 45/2004 ao artigo 5º da Constituição Federal.

No voto que proferiu em 12 de março, quando o julgamento foi interrompido por pedido de vista de Menezes Direito, o ministro Celso de Mello lembrou que o Pacto de São José da Costa Rica sobre Direitos Humanos, ratificado pelo Brasil em 1992, proíbe, em seu artigo 7º, parágrafo 7º, a prisão civil por dívida, excetuado o devedor voluntário de pensão alimentícia.

O mesmo, segundo ele, ocorre com o artigo 11 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, patrocinado em 1966 pela Organização das Nações Unidas (ONU), ao qual o Brasil aderiu em 1990. Até a Declaração Americana dos Direitos da Pessoa Humana, firmada em 1948, em Bogotá (Colômbia), com a participação do Brasil, já previa esta proibição, enquanto a Constituição brasileira de 1988 ainda recepcionou legislação antiga sobre o assunto.

Também a Conferência Mundial sobre Direitos Humanos, realizada em Viena (Áustria), em 1993, com participação ativa da delegação brasileira, então chefiada pelo ex-ministro da Justiça e ministro aposentado do STF Maurício Corrêa, preconizou o fim da prisão civil por dívida. O ministro lembrou que, naquele evento, ficou bem marcada a interdependência entre democracia e o respeito dos direitos da pessoa humana, tendência que se vem consolidando em todo o mundo.

O ministro invocou o disposto no artigo 4º, inciso II, da Constituição, que preconiza a prevalência dos direitos humanos como princípio nas suas relações internacionais, para defender a tese de que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, mesmo os firmados antes do advento da Constituição de 1988, devem ter o mesmo status dos dispositivos inscritos na Constituição Federal (CF). Ele ponderou, no entanto, que tais tratados e convenções não podem contrariar o disposto na Constituição, somente complementá-la.

A CF já dispõe, no parágrafo 2º do artigo 5º, que os direitos e garantias nela expressos “não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Duas teses

O ministro Menezes Direito filiou-se à tese defendida pelo presidente do STF, ministro Gilmar Mendes, que concede aos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos a que o Brasil aderiu um status supralegal, porém admitindo a hipótese do nível constitucional delas, quando ratificados pelo Congresso de acordo com a EC 45 (parágrafo 3º do artigo 5º da CF).

Neste contexto, o ministro Gilmar Mendes advertiu para o que considerou um “risco para a segurança jurídica” a equiparação dos textos dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos de que o Brasil é signatário ao texto constitucional. Segundo ele, o constituinte agiu com maturidade ao acrescentar o parágrafo 3º ao artigo 5º da CF.

No mesmo sentido se manifestaram os ministros Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski e Cármen Lúcia, além de Menezes Direito. Foram votos vencidos parcialmente - defendendo o status constitucional dos tratados sobre direitos humanos os ministros Celso de Mello, Cezar Peluso, Eros Grau e Ellen Gracie” (*in* <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=100258>). (sem grifo no original)

Anoto, ainda, que, ao tratar de caso assemelhado com o presente, este Sodalício exarou decisão em igual teor, a saber:

HABEAS CORPUS. PRISÃO DO PACIENTE EM FACE DE INADIMPLEMENTO PARCIAL DE OBRIGAÇÃO ALIMENTAR. PEDIDO DE REVISÃO (REDUÇÃO) DOS ALIMENTOS EM FACE DO DESEMPREGO. VERSÃO DO DEVEDOR VEROSSÍMIL. ORDEM CONCEDIDA.

[...] 02. É certo que “o remédio heroico é rito célere caracterizado pela cognição sumária, a fim de avaliar a existência de ilegalidade patente na ordem judicial exarada e não se destina à comprovação de situação de fato que dependa da produção de provas. Fatos aduzidos estes, salienta-se, que ainda que amplamente comprovados, também não ensejariam a ilegalidade do decreto prisional. A via estreita do *habeas corpus* não comporta o alargamento da discussão relativa à legalidade da prisão, de modo que o debate sobre a impossibilidade da prestação de alimentos deve ser providenciado nas vias próprias” (HC n. 4008144-90.2016.8.24.0000, Des. Gilberto Gomes de Oliveira).

Todavia, impende considerar que “o objetivo da prisão civil, nos termos do art. 5º, LXVII, da CF, pode ser sintetizado como uma forma de pressão psicológica (coerção indireta), cujo escopo destina-se a forçar o devedor a cumprir espontaneamente sua obrigação, evitando-se com isso a realização de atos expropriatórios e a procrastinação, ainda maior, de direito tão essencial. Por outro lado, expressamente ressaltou a Carta Magna que a segregação não seria devida em caso de inadimplemento involuntário ou escusável, hipóteses em que o próprio caráter coercitivo do instituto se esvaziaria ante a impossibilidade do cumprimento do comando judicial.

Logo, comprovada a situação de miserabilidade da paciente, cujos proventos mal asseguram sua sobrevivência, encontra-se justificada a impontualidade do pagamento” (HC n. 4013353-40.2016.8.24.0000, Des. Marcus Tulio Sartorato). (Habeas Corpus (Cível) n. 4008248-82.2016.8.24.0000, de Balneário Camboriú, rel. Des. Newton Trisotto, j. 24-11-2016).

Na mesma toada:

HABEAS CORPUS. PRISÃO CIVIL. EXECUÇÃO DE PRESTAÇÃO ALIMENTÍCIA. ALIMENTANTE QUE SOFRE DE TRANSTORNO PSIQUIÁTRICO. INADIMPLENTO INVOLUNTÁRIO E ESCUSÁVEL. EXEGESE DO ART. 5º, LXVII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. POSSIBILIDADE DE COBRANÇA POR OUTROS MEIOS. ILEGALIDADE DO DECRETO EXPEDIDO. LIMINAR DEFERIDA. ORDEM CONCEDIDA. (Habeas Corpus (Cível) n. 4017528-43.2017.8.24.0000, de Sombrio, rel. Des. Cesar Abreu, Quarta Câmara de Direito Civil, j. 25-1-2018).

Logo, diante de documentos que evidenciam que o inadimplemento do paciente não foi voluntário, mas forçado em razão de sua má situação financeira, aliada às dificuldades clínicas dele (por sofrer com sérios problemas psiquiátricos); da notícia de que o juízo *a quo* não esgotou, na execução que deu origem à ordem de prisão, meios coercitivos menos gravosos que a prisão civil, tudo isso aliado à atual e notória insegurança, bem como baixa efetividade da segregação em razão dívida civil, esta se revela verdadeiramente desarrazoada na espécie.

Por oportuno, deixa-se de decretar a perda do objeto, porquanto o alvará de soltura (fl. 113 dos autos de origem) só foi expedido por força do deferimento da liminar, e, caso isso não fosse confirmado, o paciente teria que retornar à prisão.

Daí a confirmação da decisão liminar de fls. 73-76, a fim de afastar, em definitivo, a prisão civil decretada em desfavor de V. B.

Conclusão:

Ante o exposto, em que pese o teor do parecer Ministerial, concede-se a ordem para cassar, em definitivo, a decisão que determinou a prisão do paciente em razão da dívida alimentar oriunda dos Autos n. 0300132-50.2018.8.24.0043/03.

Comunique-se, com urgência, o Juízo de Primeira Instância.

Este é o voto.

SÉTIMA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

Apelação Cível n. 0026990-92.1995.8.24.0023, da Capital

Relator: Des. Subst. Luiz Felipe Schuch

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. *ACTIO* AJUIZADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO EM DESFAVOR DE INSTITUIÇÃO DE ENSINO PARTICULAR. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS EDUCACIONAIS. REAJUSTE DAS MENSALIDADES ESCOLARES PARA O ANO LETIVO DE 1993 EM DESACORDO COM AS DISPOSIÇÕES DA LEI N. 8.170/1991 (VIGENTE À ÉPOCA) E COM O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. PLEITO DE DECLARAÇÃO DE NULIDADE DAS CLÁUSULAS ABUSIVAS. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. INSURGÊNCIA DO COLÉGIO DEMANDADO.

PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA POR INSUFICIÊNCIA DA PROVA PERICIAL PRODUZIDA EM PRIMEIRO GRAU. 1. ALEGADA INOBSERVÂNCIA PELO PERITO DA COMPATIBILIDADE ENTRE OS PREÇOS DAS MENSALIDADES E OS CUSTOS OPERACIONAIS NA ANÁLISE DO CONTRATO EDUCACIONAL OBJETO DA LIDE. TESE RECHAÇADA. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DAS DESPESAS DO COLÉGIO PRECEDENTEMENTE AO AUMENTO. FALTA DE NEGOCIAÇÃO PRELIMINAR DOS ENCARGOS EDUCACIONAIS EM REUNIÃO ENTRE A ESCOLA, OS ALUNOS E OS PAIS E/OU RESPONSÁVEIS, NOS TERMOS DO ART. 1º DA LEI N. 8.170/1991. CONTENDA ATRELADA ÀS IRREGULARIDADES NO MÉTODO DE REAJUSTE ADOTADO PELA ESCOLA REQUERIDA. IRRELEVÂNCIA DO POSTERIOR EXAME PERICIAL ACERCA DA CONFORMAÇÃO ENTRE OS PREÇOS COBRADOS E AS DESPESAS DA INSTITUIÇÃO. EVENTUAL DÉFICIT SUPOSTO PELO COLÉGIO NO ANO DO REAJUSTE DA MENSALIDADE QUE DEVE SER ATRIBUÍDO À GESTÃO INÁBIL E NÃO SERVE DE PRETEXTO ÀS COBRANÇAS EXCESSIVAS, SOB PENA DE FOMENTAR O DESEQUILÍBRIO CONTRATUAL E O ENRIQUECIMENTO ILÍCITO DO EDUCANDÁRIO. 2. SUPOSTA FALTA DE DOCUMENTO INDISPENSÁVEL À FORMULAÇÃO DAS RESPOSTAS AOS QUESITOS PELO *EXPERT* (“PLANEJAMENTO PEDAGÓGICO E ECONÔMICO-FINANCEIRO DO ESTABELECIMENTO DE ENSINO”). INSUBSISTÊNCIA. INFORMAÇÕES QUE SE ENCONTRAVAM NA POSSE DO RÉU. POSSIBILIDADE DE APRESENTAÇÃO NO MOMENTO DA FORMULAÇÃO DOS QUESITOS OU QUANDO DA IMPUGNAÇÃO AO LAUDO PERICIAL. INÉRCIA DO RECORRENTE QUE, *IN CASU*, DESAUTORIZA A INCITAÇÃO DA NULIDADE. CONDUTA MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À BOA-FÉ OBJETIVA PROCESSUAL E À REGRA *NEMO POTEST VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM*. PERÍCIA QUE SE ENCONTRA ANCORADA NA OBJETIVIDADE DOS INÚMEROS DOCUMENTOS CONTIDOS NOS AUTOS. INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO (CPC/1973, ARTS. 130 E 131), DERIVADO DO SISTEMA DA PERSUAÇÃO RACIONAL. VÍCIO NÃO EVIDENCIADO. PREFACIAL AFASTADA.

CONTEXTUALIZAÇÃO DOS FATOS SOB O ASPECTO DA HISTORIOGRAFIA ECONÔMICA DO BRASIL ENTRE OS ANOS DE 1992 E 1993, DIANTE DO SIGNIFICATIVO TEMPO TRANSCORRIDO ENTRE A DATA DA CONTRATAÇÃO DOS SERVIÇOS EDUCACIONAIS IMPUGNADO SE O PRESENTE JULGAMENTO (26 ANOS). CONTRATO FIRMADO EM PERÍODO ECONÔMICO INSTÁVEL. FASE MARCADA POR SIGNIFICATIVAS VARIAÇÕES NAS TAXAS INFLACIONÁRIAS, DECORRENTES DO INSUCESSO DOS PLANOS ECONÔMICOS IMPLEMENTADOS NA DENOMINADA “DÉCADA PERDIDA” (ANOS 80). INFLAÇÃO ELEVADA A 40% (QUARENTA POR CENTO) NO ANO DE 1992, EM VIRTUDE DA EXPANSÃO DOS GASTOS DO GOVERNO, DA NOVA POLÍTICA SALARIAL E DA

REDUÇÃO DAS TAXAS REAIS DE JUROS. QUADRO POLÍTICO E ECONÔMICO DESFAVORÁVEL (RECESSÃO). INEGÁVEL CRISE FINANCEIRA QUE AFLOROU A DISCUSSÃO ACERCA DO PAPEL DO ESTADO NA EXPLORAÇÃO DA ATIVIDADE ECONÔMICA. DESENVOLVIMENTO DAS FUNÇÕES DE FISCALIZAÇÃO, REGULAÇÃO E PLANEJAMENTO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. POSSIBILIDADE DE INTERVENÇÃO DIRETA DO PODER ESTATAL EM CASOS EXCEPCIONAIS (ART. 173, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988) QUE NÃO REPRESENTA OFENSA À LIVRE INICIATIVA. ANÁLISE DO RECURSO SOB O VIÉS CONSTITUCIONAL, COM ENFOQUE NOS PRINCÍPIOS GERAIS DA ATIVIDADE ECONÔMICA, FUNDADA NA VALORIZAÇÃO DO TRABALHO HUMANO E NA LIVRE INICIATIVA, A FIM DE ASSEGURAR A TODOS EXISTÊNCIA DIGNA, CONFORME OS DITAMES DA JUSTIÇA SOCIAL. INTELIGÊNCIA DO ART. 170 DA CARTA MAGNA. ESTADO QUE EXERCE PAPEL DE VIGILANTE DO REGULAR CUMPRIMENTO PELO SETOR PRIVADO DOS PRINCÍPIOS DE FUNCIONAMENTO DA ORDEM ECONÔMICA. DIRETRIZES, PROGRAMAS E FINS ENUNCIADOS PELA LEI MAIOR CUJA OBSERVÂNCIA DEVE SER EXIGIDA DOS ESTABELECIMENTOS PARTICULARES DE ENSINO, VISANDO GARANTIR O EFETIVO EXERCÍCIO DO DIREITO À EDUCAÇÃO (ARTS. 23, V, 205, 208 E 209 DA CF/1988). REFREAMENTO DA LIVRE INICIATIVA, EM CASOS EXCEPCIONAIS, PARA PRESERVAÇÃO DO INTERESSE PÚBLICO E REDUÇÃO DE RISCOS, TANTO PARA AS EMPRESAS QUANTO PARA OS INDIVÍDUOS. PRINCÍPIO DE SEGURANÇA NA PROSECUÇÃO DOS FINS DA ECONOMIA CAPITALISTA. VINCULAÇÃO DIRETA DAS ENTIDADES EDUCACIONAIS ÀS NORMAS GERAIS DA EDUCAÇÃO NACIONAL. IMPLEMENTAÇÃO DA LEI N. 8.170/1991 COM VISTAS À CONTER ABUSOS ECONÔMICOS E REGULAMENTAR ASPECTOS INERENTES AOS CONTRATOS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PEDAGÓGICOS. CARÁTER EMPRESARIAL ÍNSITO À ATIVIDADE DE ENSINO MINISTRADA POR ENTIDADE PARTICULAR. ESPECIAL ATENÇÃO DO ESTADO JUSTIFICÁVEL À ÉPOCA. EXERCÍCIO DO PODER DE CONTROLE OFICIAL DOS PREÇOS PARA EVITAR O AUMENTO ARBITRÁRIO DE LUCROS EM DESFAVOR DO CONSUMIDOR. AUSÊNCIA DE INIQUIDADE OU INCONSTITUCIONALIDADE DA LEGISLAÇÃO ENTÃO VIGENTE. IMPOSITIVA APLICAÇÃO DO SISTEMA NORMATIVO À HIPÓTESE VERTENTE.

ANÁLISE DO CASO CONCRETO. VENTILADA INEXISTÊNCIA DE EXCESSOS CONTRATUAIS PASSÍVEIS DE INVALIDAÇÃO. INACOLHIMENTO. PROVA COLHIDA SUFICIENTE À COMPROVAÇÃO DAS INDIGITADAS ABUSIVIDADES. 1. EDUCANDÁRIO QUE REAJUSTOU UNILATERALMENTE A MENSALIDADE REFERENTE AO ANO LETIVO DE 1993 SEM A PRÉVIA NEGOCIAÇÃO DETERMINADA PELA LEI N. 8.170/1991. 2. ESTIPULAÇÃO DE VENCIMENTO ANTECIPADO E APLICAÇÃO DE INDEXADOR MONETÁRIO DIVERSO DO PARÂMETRO LEGAL. AUSÊNCIA DE PREVISÃO CONTRATUAL DE ABATIMENTO DO VALOR PAGO PELOS ESTUDANTES POR ANTECIPAÇÃO DA MENSALIDADE, DENTRE OUTRAS IRREGULARIDADES NA COBRANÇA DOS ENCARGOS EDUCACIONAIS. LAUDO PERICIAL QUE ATESTA A OCORRÊNCIA DE PREJUÍZO AOS ALUNOS, INDICANDO O *QUANTUM DEBEATUR* A SER RESTITUÍDO PELA ESCOLA RÉ. 3. PREVISÃO DE REAJUSTE UNILATERAL DOS ENCARGOS ESCOLARES ACASO OCORRESSEM FATOS NOVOS A IMPOR AUMENTO DE CUSTOS OPERACIONAIS. AFRONTA DIRETA AOS ARTS. 1º E 2º DA LEI N. 8.170/1991. IMPRESCINDIBILIDADE DE NEGOCIAÇÃO DOS VALORES COM OS ESTUDANTES, A PARTIR DE PROPOSTA APRESENTADA PELO ESTABELECIMENTO. 4. COBRANÇAS POR SERVIÇOS CONSIDERADOS EXTRAORDINÁRIOS, A EXEMPLO DA SEGUNDA CHAMADA DE PROVAS E EXAMES. FALTA DE PREVISÃO, EM FAVOR DOS ESTUDANTES, DA POSSIBILIDADE DE REALIZAÇÃO DESTAS AVALIAÇÕES SEM CUSTO QUANDO SOBREVINDO MOTIVO DE FORÇA MAIOR OU CASO FORTUITO. OFENSA AOS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DO SISTEMA JURÍDICO E ONEROSIDADE EXCESSIVA (ART. 51, § 1º, I E III, DO CDC). 5. IMPEDIMENTO À EXPEDIÇÃO DE HISTÓRICO ESCOLAR, CERTIFICADOS, DECLARAÇÕES E GUIA DE TRANSFERÊNCIA AOS

ALUNOS INADIMPLENTES ATÉ O SUPRIMENTO DA INSOLVÊNCIA. ILEGALIDADE. SUBMISSÃO DO CONSUMIDOR À VEXAME OU CONSTRANGIMENTO. INOBSERVÂNCIA DOS ARTS. 42 E 71 DA LEGISLAÇÃO CONSUMERISTA. 6. PREVISÃO DE VIABILIDADE DE RESCISÃO UNILATERAL DO CONTRATO PELA INSTITUIÇÃO DE ENSINO CONTRATADA, SEM IGUAL PRERROGATIVA PARA O CONTRATANTE. DISPOSIÇÃO NULA DE PLENO DIREITO. INTELIGÊNCIA DO ART. 51, XI, DO ESTATUTO CONSUMERISTA. MANUTENÇÃO, *IN TOTUM*, DA SENTENÇA DE PRIMEIRO GRAU QUE DECLAROU A NULIDADE DAS CLÁUSULAS ABUSIVAS.

RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0026990-92.1995.8.24.0023, da comarca da Capital (Unidade da Fazenda Pública), em que é apelante Colégio Coração de Jesus e apelado Ministério Público do Estado de Santa Catarina.

A Sétima Câmara de Direito Civil decidiu, por unanimidade, conhecer do recurso e negar-lhe provimento. Custas legais.

O julgamento, realizado em 27 de junho de 2019, foi presidido pelo Desembargador Álvaro Luiz Pereira de Andrade, com voto, e dele participou a Desembargadora Haidée Denise Grin.

Funcionou como representante do Ministério Público o Procurador de Justiça Narcísio Geraldino Rodrigues.

Florianópolis, 1º de julho de 2019.

Luiz Felipe Schuch
RELATOR

RELATÓRIO

Acolho o relatório da sentença de fls. 556-568, de lavra do Juiz de Direito Luiz Antonio Zanini Fornerolli, por contemplar precisamente o conteúdo dos presentes autos, *ipsis litteris*:

Propõe o MINISTÉRIO PÚBLICO DE SANTA CATARINA, ação civil pública, com pedido liminar, em face do COLÉGIO CORAÇÃO DE JESUS.

Argumenta o Ministério Público que o contrato de prestação de serviços educacionais disponibilizado pelo Colégio réu aos seus alunos, referente ao ano letivo de 1993, encontra-se eivado de ilegalidade, já que transgredir as normas fixadas nas Leis 8.170/91 e 8.078/90. Por conta disso, requer a declaração de nulidade das cláusulas 4.º e 7.º do termo contratual entabulado.

Liminar indeferida.

Devidamente citado, o Colégio réu suscitou, em preliminar, a ilegitimidade ativa, a impossibilidade jurídica do pedido, a ausência de interesse do Ministério Público e a inépcia da petição inicial. No mérito, disse, em suma, que o contrato é legal, não havendo motivos para ser alterado.

Feito replicado.

Laudo pericial em fls. 281/356, com manifestação das partes.

O Magistrado de primeiro grau julgou procedentes os pedidos exordiais, nos seguintes termos:

À luz do exposto, ACOLHO o pedido formulado para decretar nula as cláusulas 4º e 7,º caput, § 1.º, § 2.º, § 3.º, § 7.º e § 12.º do contrato de prestação de serviços educacionais fixados pelo Colégio Coração de Jesus aos seus alunos.

Condeno, ainda, o Colégio réu, nos termos dos arts. 83 e 84 do CDC, na divulgação da sentença, de forma reduzida, em jornal de grande circulação estadual, informando aos consumidores a declaração de abusividade das cláusulas e a apuração de valores a serem restituídos aos alunos matriculados no colégio no ano de 1993.

Assim, vencido na ação civil pública intentada pelo Ministério Público não está sujeito ao pagamento de honorários advocatícios, inexistindo licença legal para que esta verba seja imposta para reverter em proveito do Fundo de Recuperação dos Bens Lesados (TJSC, AC n. 2006.005027-8 e 2005.033253-1, rel. Desembargador Newton Janke).

Irresignado com a prestação jurisdicional entregue, o estabelecimento de ensino demandado interpôs apelação (fls. 571-581), defendendo, preliminarmente, que o conjunto probatório amealhado aos autos revela-se insuficiente para declaração de nulidade das cláusulas do contrato de prestação de serviços educacionais objeto da lide, motivo pelo qual requereu a cassação da sentença de primeiro grau e retorno dos autos à origem para realização de nova perícia, com utilização dos dados extraídos da contabilidade por si apresentada, a fim de compatibilizar os preços com os custos para arbitramento das mensalidades escolares. Nesse sentido, alegou que o seu assistente técnico demonstrou “com clareza ímpar as deficiências do laudo pericial, deficiências estas suficientes para tornar nula a sentença face ao desrespeito ao princípio do devido processo legal [...] sendo crucial que se informe que no ano de 1993 o Colégio Coração de Jesus operou com um prejuízo operacional de CR\$ 33.099.663,43, justamente porque no contrato de encargos educacionais de 1993 não foi observada a compatibilização dos preços com os custos” (fls. 575-576). Acrescentou, ainda, que “não constam dos autos nenhuma peça contábil, nem o planejamento pedagógico e econômico-financeiro do colégio, que são os documentos basilares, cujo exame permite verificar o cumprimento da Lei 8.170/91 e assim responder adequadamente ao quesito” e, sem a resposta deste quesito, “ficam prejudicadas as respostas de todos os quesitos, porque todos estão vinculados à compatibilização dos preços com os custos, por exigência legal” (fls. 576-577). No mérito, defendeu que, “a partir do advento da Constituição Federal de 1988, a educação foi delegada ao setor privado, limitando a atuação do Estado à concessão/autorização de funcionamento de estabelecimentos de ensino privado, avaliar o padrão de qualidade e verificar o cumprimento das normas gerais da educação nacional [...] então, a partir da CF de 1988, o Estado não pode mais interferir na fixação e reajustamento de encargos educacionais pelas escolas particulares [...]” (fl. 579). Afirma,

também, que a Lei n. 8.170/91 é absolutamente contrária ao disposto do art. 209, I e II, da CF/1988, eis que transborda os limites do art. 209 no que tange ao intervencionismo do Estado frente aos prestadores de serviços educacionais do setor privado” (fl. 579). Por fim, pleiteiou a concessão de efeito suspensivo ao recurso, “diante do valor expressivo da demanda na sua totalidade, bem como da iminente execução provisória por parte dos interessados, o que por si só poderá gerar dano irreparável ao apelante [...]” (fl. 580).

Na sequência, recebido o apelo somente no efeito devolutivo (fl. 584), determinou-se a intimação do *Parquet* para apresentação de contrarrazões, o que restou cumprido às fls. 590-598.

Após a apresentação das contrarrazões, ascenderam os autos à esta Corte, e o Ministério Público, em parecer de lavra da Procuradora de Justiça Hercília Regina Lemke, opinou pelo conhecimento e desprovemento do recurso (fls. 621-627).

Ato contínuo, a Primeira Câmara de Direito Público deste Tribunal de Justiça decidiu, por unanimidade, pelo desprovemento do recurso interposto pelo Colégio Coração de Jesus (fls. 631-641). Os autos retornaram ao juízo de primeiro grau.

Posteriormente, verificada a possível ocorrência de nulidade no julgamento do reclamo, em razão de equívoco constante da certidão de publicação de fl. 642 – a qual intimou do ato o procurador substabelecido ao invés dos procuradores substabelecidos –, o feito retornou a esta instância para análise do pedido de declaração de nulidade, tendo a Primeira Câmara de Direito Público reconhecido, por unanimidade, o vício no julgamento de fls. 630-641, bem como sua incompetência *ratione materiae* para apreciação do feito, determinando, assim, a redistribuição do processo a uma das Câmaras de Direito Civil (fls. 670-675).

Os autos foram redistribuídos a esta Sétima Câmara de Direito Civil em conformidade com a Emenda Regimental n. 1/2019 (fls. 684-686).

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto por Colégio Coração de Jesus contra sentença que, nos autos da “ação civil pública” ajuizada em seu desfavor pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina, acolheu os pedidos exordiais e (i) declarou a nulidade das cláusulas 4º e 7º, *caput*, §§ 1º, 2º, 3º, 7º e 12 do contrato de prestação de serviços educacionais firmado pelo estabelecimento de ensino com seus alunos e/ou responsáveis, (ii) condenou o réu à divulgação da sentença, de forma reduzida, em jornal de grande circulação estadual, para informar aos seus consumidores a declaração de nulidade das cláusulas e a apuração dos valores a serem restituídos aos alunos matriculados no colégio no ano de 1993, bem como (iii) condenou o demandado ao pagamento das custas processuais.

O recurso preenche os requisitos extrínsecos e intrínsecos de admissibilidade, motivo pelo qual deve ser conhecido.

Destaco, antes de adentrar propriamente nos temas debatidos, a legitimidade ativa do Ministério Público para o manejo da presente Ação Civil Pública, na esteira de reiterada interpretação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça da qual se colhe o seguinte precedente, de todo amoldado ao caso presente:

ACÇÃO CIVIL PÚBLICA. COBRANÇA ANTECIPADA E REAJUSTE DAS MENSALIDADES ESCOLARES. LEGITIMIDADE ATIVA “AD CAUSAM” DO MINISTÉRIO PÚBLICO.

[...]

2. O Ministério Público tem legitimidade ativa para propor ação civil pública para impedir a cobrança antecipada e a utilização de índice ilegal no reajuste das mensalidades escolares, havendo, nessa hipótese, interesse coletivo definido no art. 81, inciso II, do Código de Defesa do Consumidor.

3. A atuação do Ministério Público justifica-se, ainda, por se tratar de direito à educação, definido pela própria Constituição Federal como direito social.

4. Recurso especial conhecido e provido. (REsp 138.583/SC, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, j. 6-8-1998, grifou-se).

1 Nulidade da sentença de primeiro grau

Busca a instituição de ensino recorrente a declaração de nulidade da sentença de primeiro grau, em razão da suposta deficiência da perícia judicial utilizada para fundamentação do *decisum*, ao argumento de que não observada a “compatibilização dos preços com os custos nos contratos educacionais firmados no ano de 1993”, e em virtude da ausência dos planejamentos pedagógicos e econômico-financeiros da época, devendo, na sua concepção, ser produzida nova prova pericial.

A prefacial, contudo, não deve ser acolhida.

Ab initio, sabe-se que, por serem auxiliares da justiça (CPC/1973, Livro I, Título IV, Capítulo V, Seção II), ou seja, da estrita confiança do julgador que os nomeia, “os peritos serão escolhidos entre profissionais de nível universitário, devidamente inscritos no órgão de classe competente, respeitado o disposto no Capítulo VI, seção VII, deste Código [da prova pericial]” (CPC/1973, art. 145, § 1º).

Sobre a prova pericial, Arruda Alvim, Araken de Assis, Eduardo Arruda Alvim ensinam:

A prova pericial é a modalidade de prova que se faz necessária quando o juiz necessita de pessoas munidas de conhecimentos especiais (técnicos, como, por exemplo, agricultores e mecânicos, ou científicos, como, por exemplo, engenheiros e médicos), que possam informar o juízo acerca da ocorrência de determinados fatos, bem como acerca do significado desses mesmos fatos (arts. 420-439 do CPC). O juiz, mesmo que disponha de conhecimentos técnicos em área estranha ao direito, deverá valer-se de perito, de molde, inclusive, a proporcionar a possibilidade das partes impugnarem o laudo pericial, valendo-se do acompanhamento de seus respectivos assistentes técnicos. Ademais disso, imprescindível é que os fatos probandos, que

demandem perícia, fiquem através desse meio de prova demonstrados no processo, para que o tribunal possa, igualmente, valorar tais fatos, à luz da perícia. Com efeito, também sob esse enfoque é explicável que o juiz não possa se valer de conhecimentos técnicos ou científicos próprios, dado que muito possivelmente os membros do tribunal não disporão desses mesmos conhecimentos, o que poderia dificultar sobremaneira o julgamento de eventual recurso. Esta exigência, ademais, ancora-se na objetividade dos elementos que deve conter o processo (*Comentários ao Código de Processo Civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. pp. 353-354).

A propósito, segundo dicção do art. 130 da revogada Lei Adjetiva Civil, era incumbência do Magistrado, destinatário final da prova, decidir quais os elementos necessários para dirimir a controvérsia proposta em juízo, disciplina mantida no Código Processual Civil atual (art. 370).

De mais a mais, consoante o princípio do livre convencimento motivado, estabelecido pelo art. 131 do antigo *Codex Instrumentalis*, não se verifica qualquer nulidade quando o magistrado singular, ao analisar o conjunto probatório amealhado nos autos, pauta-se pela perícia judicial efetuada por profissional de confiança nomeado, haja vista encontrar na aludida perícia robusteza suficiente a formar sua convicção relativamente à questão que depende de conhecimento técnico.

Nesse sentido, extrai-se de julgado desta Corte:

PREVIDENCIÁRIO. PEDIDO DE CONCESSÃO DE BENEFÍCIO ACIDENTÁRIO. ACIDENTE DO TRABALHO RESULTANDO EM LESÃO NO PUNHO ESQUERDO. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. IRRESIGNAÇÃO DA PARTE AUTORA. [...] ARGUIÇÃO DE CERCEAMENTO DE DEFESA. COMPLEMENTAÇÃO DO LAUDO PERICIAL NÃO OPORTUNIZADA. DESNECESSIDADE. OBSERVÂNCIA DOS ARTS. 130, 131 E 330, INCISO I, DO CPC.

“Ao magistrado - destinatário das provas - cabe o livre exame do conjunto probatório, observados, inarredavelmente, o dever de motivação da decisão judicial e a diretriz da persuasão racional, nos termos dos arts. 130 e 131, do Código de Processo Civil. Por isso é que, convencido da suficiência das provas - e tratando-se de questão exclusivamente de direito ou, sendo de direito e de fato, mostrar-se desnecessária a colheita de outros elementos - deve o Juiz julgar antecipadamente a lide, no estado em que o processo se encontra, a teor do art. 330, I do aludido Estatuto, a fim de não malferir os princípios da celeridade e economia processuais e da razoável duração do processo” (AC n. 2009.069556-9, de Campos Novos, rel. Des. Eládio Torret Rocha, j. em 28/10/2010).

[...]

RECURSO DESPROVIDO. (Apelação Cível n. 0301561-71.2018.8.24.0014, de Campos Novos, rel. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz, Segunda Câmara de Direito Público, j. 2-4-2019, grifou-se).

No caso concreto, maiores digressões se revelam desnecessárias para afastar a alegação de insuficiência da prova pericial, precipuamente com relação à aventada falta de avaliação pelo perito acerca da “compatibilidade entre preços e custos”.

É que, como bem ressaltou o Ministério Público, em seu parecer de fls. 368-369, “da leitura

do art. 1º da Lei 8.170/91, torna-se claro que a observância de compatibilização dos preços com os custos tem por fim servir de base em proposta apresentada nas negociações entre o estabelecimento de ensino, alunos, pais e responsáveis [...] **a questão aqui levantada diz respeito ao método de reajuste adotado pela ré, contrário a legislação, e não sobre a compatibilização de preços com os custos, condição precedente às negociações**” (grifou-se).

De todo modo, sobreleva destacar que o estabelecimento de ensino pôde participar da produção de provas durante a instrução processual, com indicação, inclusive, de assistente técnico, o qual apresentou parecer às fls. 364-368, de modo que lhe fora facultada a apresentação de documentos para auxiliar na resolução dos quesitos, não havendo que se falar, neste momento, em deficiência da perícia e prejudicialidade das respostas por falta do “planejamento pedagógico e econômico-financeiro da instituição de ensino”, pois esta informação poderia (e deveria) ter sido apresentada pela própria escola ré no momento oportuno, e, se assim não o fez, é porque em verdade não a possuía, não elaborou tal documento, tanto que não apresentou à época dos fatos aos pais ou responsáveis dos alunos previamente ao reajuste das mensalidades.

Nesse andar, constata-se que a conduta do apelante, ao não auxiliar na produção da prova – com o fornecimento do planejamento referido ao perito judicial quando requisitado – para posterior incitação de nulidade, é manifestamente contraditória e contrária ao princípio da boa-fé objetiva processual, do qual decorre a regra do *nemo potest venire contra factum proprium*.

Assim, se a ré não acostou o “planejamento pedagógico e econômico-financeiro da instituição de ensino” quando da apresentação de quesitos ou, após, na impugnação ao laudo pericial, não pode no recurso pretender a nulidade da perícia por ausência do mencionado projeto.

E, ainda que assim não fosse, como bem observou o *Parquet*, em sede de contrarrazões, mesmo se nulificada a perícia na forma requestada, “a sentença será válida independentemente disso, já que a matéria tratada na presente ação é meramente de direito e a perícia serviu basicamente para antecipar os cálculos que seriam feitos na fase de liquidação” (fl. 597).

Em caso semelhante, envolvendo o mesmo colégio demandado, este Tribunal de Justiça já decidiu:

APELAÇÃO CÍVEL. ARBITRAMENTO DE MENSALIDADES ESCOLARES. ILEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM. INOCORRÊNCIA. ASSOCIAÇÃO LEGALMENTE CONSTITUÍDA. ART. 5º, INC. XXI, DA CF/88. CARÊNCIA DE AÇÃO. NÃO EXAURIMENTO DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. PRELIMINAR AFASTADA. INTELIGÊNCIA DO ART. 5º, INC. XXXVI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

[...]

LAUDO PERICIAL CONTÁBIL. ALEGADA OMISSÃO QUANTO A GASTOS NÃO DETALHADOS NOS LIVROS CONTÁBEIS DA INSTITUIÇÃO DE ENSINO. LAUDO IRREPREENSÍVEL. AUSÊNCIA DE IRREGULARIDADES.

AGRAVO RETIDO E RECURSO DESPROVIDOS. (Apelação Cível n. 1997.014979-4, da Capital, rel. Des. Silveira Lenzi, Primeira Câmara de Direito Comercial, j. 15-8-2000, grifou-se).

Aliás, impende ressaltar que eventual prejuízo financeiro suportado pelo Colégio Coração de Jesus naquela época (1992-1993) não deve ser atribuído, *de per si*, à ausência de compatibilização entre os preços firmados no contrato de prestação de serviços educacionais e as despesas operacionais da instituição daquele ano.

A uma, porque a compatibilidade entre a receita e as despesas escolares, como visto alhures, deveria ser debatida previamente à subscrição do contrato (na fase de negociações); e a duas, porque, se os custos superaram os preços pactuados, tal déficit apenas evidencia uma gestão inábil, revelando descontrole das contas e do fluxo de caixa do educandário, o que não serve de pretexto para sobrecarregar financeiramente os alunos, pais e/ou responsáveis no pagamento das mensalidades.

Logo, afasta-se a preliminar aventada pelo estabelecimento de ensino réu/recorrente.

2 Mérito

No mérito, defende o colégio demandado a inadmissibilidade da intervenção do poder público na fixação e no reajustamento de encargos educacionais pelas escolas particulares, em respeito aos princípios da Ordem Econômica e Financeira (art. 173, § 4º, CF/1988), alegando que a Lei n. 8.170/91 é absolutamente contrária ao disposto no art. 209, I e II, da CF/1988, no tocante ao intervencionismo estatal no setor privado.

Argumenta, ainda, inexistir qualquer excesso nas cláusulas contratuais relativas à fixação dos valores das mensalidades escolares do ano de 1993, porque, apesar da inconstitucionalidade da Lei n. 8.170/91, os reajustes foram balizados nas suas normas.

2.1 Contextualização dos fatos sob o aspecto da historiografia econômica do Brasil entre os anos de 1992 e 1993

De início, para melhor análise do recurso, revela-se necessário contextualizar o momento em que ocorridos os fatos narrados na presente ação civil pública, sob o aspecto da historiografia econômica do Brasil, uma vez que o contrato de prestação de serviços educacionais objeto da lide fora firmado no final do ano de 1992 e versou sobre reajuste de mensalidades do ano seguinte (1993), ou seja, fatos sucedidos há mais de 26 (vinte e seis anos) anos do presente julgamento.

Com efeito, é de conhecimento público que, quando do surgimento do período denominado “Nova República”, iniciado no final da ditadura militar e dilatado até os dias atuais, a política econômica do país foi conduzida de forma a combater o sistema inflacionário, o que se buscou por meio de uma série de planos econômicos. Entre os planos destacam-se: Cruzado (1986), Bresser (1987), Verão (1989), Collor I (1990), Collor II (1991) e Real (1994), por meio dos quais foram utilizados diferentes mecanismos para romper a condição de inércia mercadológica financeira (congelamento de preços, reformas monetárias, fixação da taxa de câmbio, entre outros).

Nesse palmilhar, é consabido que, a cada plano que surgia, novas medidas eram adotadas ao aperfeiçoamento dos planos anteriores, na tentativa de não se incorrer nos mesmos erros praticados e melhorar o cenário financeiro. Trata-se de uma fase, portanto, marcada por significativas variações nas taxas inflacionárias, com períodos de sucesso e fracasso dos planos econômicos.

Amaury Patrick Gremaud, Marco Antonio Sandoval de Vasconcellos, Rudinei Toneto Jr., dedicando-se, com acuidade, à análise dos planos heterodoxos da economia brasileira no período de 1985 a 1994, assinalam, com peculiar percuciência que, “com exceção do Plano Real, todos os demais planos se deram em um contexto em que o Brasil se encontrava praticamente excluído do fluxo de capitais internacionais, o que impunha outras restrições ao processo de estabilização” (*Economia brasileira contemporânea*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 454).

Especificamente no ano de 1992, após o *impeachment* do Presidente Fernando Collor de Mello, assumiu a presidência o vice-presidente Itamar Franco, que apresentou um governo de “transição” caracterizado pela constante mudança de Ministros na área econômica – os quais pouco puderam implementar, pelo próprio espaço de tempo que tiveram –, tardando-se a conferir qualquer rumo à política econômica, até a participação do então senador Fernando Henrique Cardoso.

Sabe-se que, nesse período conturbado e no início da gestão FHC – no Ministério da Fazenda –, que se estendeu até o final de 1993, “a inflação passou do patamar de 22% para a casa dos 40% [ao mês]”, cuja aceleração pode ser atribuída “à expansão dos gastos do governo, notadamente com pessoal e encargos; nova política salarial com aumento da indexação de salários; e redução das taxas reais de juros” (LANZANA, Antonio Evaristo Teixeira. *Economia brasileira: fundamentos e atualidade*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 105).

Dessa forma, mostra-se evidente, no período em que firmado o contrato de prestação de serviços educacionais pelo estabelecimento de ensino demandado (pessoa jurídica de direito privado), encontrar-se o país emoldurado por um quadro político desfavorável, impactado pelo processo de *impeachment* do Presidente, e ainda sofrendo os efeitos do insucesso dos planos econômicos anteriores, redundando em um período de recessão e profunda instabilidade monetária, sem que se conseguisse a redução dos altíssimos índices de inflação (hiperinflação).

Em contrapartida, apesar da inegável crise financeira e do negativo crescimento econômico que assolava a nação brasileira naquela época, conhecida como “a década perdida” (anos 80), importante discussão afluía acerca do papel do Estado, na medida em que se enxergou a necessidade de diminuição da intervenção direta e incentivo à iniciativa privada, com adoção de medidas para regulação das atividades.

Assim, o Estado começou a atuar indiretamente na economia, desenvolvendo funções de fiscalização, regulação e planejamento, interferindo de forma direta apenas em situações excepcionais, nos termos do art. 173 da Carta Magna (“ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei”).

Esse foi o momento histórico e o cenário econômico no qual se desenrolaram os fatos, cujo resgate se revela indissociável na análise do presente recurso, o que se passa a fazer sob o viés normativo constitucional, com enfoque nos princípios gerais da atividade econômica.

2.2 Os princípios gerais da atividade econômica na Constituição Federal de 1988

Reclama o apelante contra a possibilidade de intervenção estatal na economia/mercado.

Pois bem.

O Título VIII (“Da Ordem Econômica e Financeira”), Capítulo I (“Dos Princípios Gerais da Atividade Econômica”) da Carta Magna consagra a chamada constituição econômica, a qual corresponde a um conjunto de regras e instituições jurídicas definidoras do sistema econômico brasileiro, sua forma de organização e funcionamento da economia.

Nesse trilha, o texto constitucional, em seu art. 170, indica que a ordem econômica deve se fundar na valorização do trabalho humano e na **livre iniciativa**, tendo por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os princípios da (i) soberania nacional; (ii) propriedade privada; (iii) função social da propriedade; (iv) livre concorrência; (v) defesa do consumidor; (vi) defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; (vii) redução das desigualdades regionais e sociais; (viii) busca do pleno emprego; (ix) tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

O parágrafo único da norma supracitada, por sua vez, prescreve ser “assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei”.

De outra banda, considerando a necessidade de vigilância quanto ao regular atendimento, pela iniciativa privada, dos princípios fundamentais da ordem econômica, a Constituição Federal de 1988 estabeleceu que, “como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as **funções de fiscalização**, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado” (art. 174, *caput*) (grifou-se).

Sobre o assunto, o Supremo Tribunal Federal, em julgamento de Ação Direta de Inconstitucionalidade, esclareceu:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N. 7.844/92, DO ESTADO DE SÃO PAULO. MEIA ENTRADA ASSEGURADA AOS ESTUDANTES REGULARMENTE MATRICULADOS EM ESTABELECIMENTOS DE ENSINO. INGRESSO EM CASAS DE DIVERSÃO, ESPORTE, CULTURA E LAZER. COMPETÊNCIA CONCORRENTE ENTRE A UNIÃO, ESTADOS-MEMBROS E O DISTRITO FEDERAL PARA LEGISLAR SOBRE DIREITO ECONÔMICO. CONSTITUCIONALIDADE. LIVRE INICIATIVA E ORDEM ECONÔMICA. MERCADO. INTERVENÇÃO DO ESTADO NA ECONOMIA. ARTIGOS 1º, 3º, 170, 205, 208, 215 e 217, § 3º, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL.

1. É certo que a ordem econômica na Constituição de 1.988 define opção por um sistema no qual joga um papel primordial a livre iniciativa. Essa circunstância não legitima, no entanto, a assertiva de que o Estado só intervirá na economia em situações excepcionais.

2. **Mais do que simples instrumento de governo, a nossa Constituição enuncia diretrizes, programas e fins a serem realizados pelo Estado e pela sociedade. Postula um plano de ação global normativo para o Estado e para a sociedade, informado pelos preceitos veiculados pelos seus artigos 1º, 3º e 170.**

3. A livre iniciativa é expressão de liberdade titulada não apenas pela empresa, mas também pelo trabalho. Por isso a Constituição, ao contemplá-la, cogita também da “iniciativa do Estado”; não a privilegia, portanto, como bem pertinente apenas à empresa.

4. **Se de um lado a Constituição assegura a livre iniciativa, de outro determina ao Estado a adoção de todas as providências tendentes a garantir o efetivo exercício do direito à educação, à cultura e ao desporto** [artigos 23, inciso V, 205, 208, 215 e 217 § 3º, da Constituição]. **Na composição entre esses princípios e regras há de ser preservado o interesse da coletividade, interesse público primário.**

5. O direito ao acesso à cultura, ao esporte e ao lazer, são meios de complementar a formação dos estudantes.

6. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente (ADI 1950, Relator Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, j. 3-11-2005, grifou-se).

Também:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N. 6.584/94 DO ESTADO DA BAHIA. ADOÇÃO DE MATERIAL ESCOLAR E LIVROS DIDÁTICOS PELOS ESTABELECIMENTOS PARTICULARES DE ENSINO. SERVIÇO PÚBLICO. VÍCIO FORMAL. INEXISTÊNCIA.

1. **Os serviços de educação, seja os prestados pelo Estado, seja os prestados por particulares, configuram serviço público não privativo, podendo ser prestados pelo setor privado independentemente de concessão, permissão ou autorização.**

2. **Tratando-se de serviço público, incumbe às entidades educacionais particulares, na sua prestação, rigorosamente acatar as normas gerais de educação nacional e as dispostas pelo Estado-membro, no exercício de competência legislativa suplementar (§ 2º do ar. 24 da Constituição do Brasil).**

3. Pedido de declaração de inconstitucionalidade julgado improcedente (ADI 1266-5, rel. Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, j. 6-4-2005, grifou-se).

Particularmente sobre o princípio da livre iniciativa e dos demais postulados que com ela convivem, leciona o Ministro Luís Roberto Barroso:

O princípio da livre iniciativa, por sua vez, pode ser decomposto em alguns elementos que lhe dão conteúdo, todos eles desdobrados no texto constitucional. Pressupõe ele, em primeiro lugar, a existência de propriedade privada, isto é, de apropriação particular dos bens e dos meios de produção (CF, arts. 5º, XXII e 170, II). **De parte isto, integra, igualmente, o núcleo da ideia de livre iniciativa a liberdade de empresa, conceito materializado no parágrafo único do art. 170, que assegura a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização, salvo nos casos previstos em lei.** Em terceiro lugar situa-se a livre concorrência, lastro para a faculdade de o empreendedor estabelecer os seus preços, que hão de ser determinados pelo mercado, em ambiente competitivo (CF, art. 170, IV). **Por fim, é da essência do regime de livre iniciativa a liberdade de contratar, decorrência lógica do princípio**

da legalidade, fundamento das demais liberdades, pelo qual ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (CF, art. 5º, II).

É bem de ver que, embora a referência à livre iniciativa seja tradicional nos textos constitucionais brasileiros, a Carta de 1988 traz uma visão bem diversa da ordem econômica e do papel do Estado, em contraste com os modelos anteriores. Já não se concede mais, como fazia a Carta de 1967/69, ampla competência na matéria ao legislador ordinário, ao qual era reconhecida até mesmo a possibilidade de instituir monopólios estatais. As exceções ao princípio da livre iniciativa, portanto, haverão de estar autorizadas pelo próprio texto da Constituição de 1988 que o consagra. Não se admite que o legislador ordinário possa livremente excluí-la, salvo se agir fundamentado em outra norma constitucional específica.

Note-se desde logo que não há norma constitucional que autorize o estabelecimento de controle prévio de preços no âmbito do mercado. Apenas a atuação repressiva do Poder Público está constitucionalmente prevista, nos termos do art. 173, § 4º da Carta, a ser desencadeada a partir da apuração da prática de ilícitos em decorrência do abuso de poder econômico.

[...]

Penso ser preciso conceder que, em situações excepcionais, o controle prévio de preços poderá justificar-se, com fundamento nos próprios princípios da livre iniciativa e da livre concorrência. Será este o caso quando esta medida extrema for essencial para reorganizar um mercado deteriorado, no qual esses dois princípios tenham entrado em colapso e não mais operem regularmente. De qualquer sorte, ainda nessa hipótese, o controle de preços somente será considerado legítimo se obedecer a um conjunto de pressupostos, que serão examinados adiante (*A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços*. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/47240/44652>. Acesso em 5-6-2019, grifou-se).

A doutrina de André Santa Cruz Ramos também destaca a existência de refreamento ao princípio da livre iniciativa em determinados casos, a depender do interesse público:

A livre-iniciativa é o princípio fundamental do direito empresarial. Embora não elencada nos incisos do art. 170 da CF/1988, que dispõe sobre os princípios gerais da atividade econômica, está expressamente destacada no *caput* do referido dispositivo constitucional, como fundamento da ordem econômica, juntamente com a valorização do trabalho humano.

O parágrafo único do art. 170 também garante a livre-iniciativa, ao estabelecer que “é assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei”.

Outros dispositivos constitucionais também tratam, direta ou indiretamente, da livre-iniciativa, com destaque para o art. 1º, que a consagra expressamente como fundamento da República (inciso IV), e para o art. 5º, que afirma ser “livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer” (inciso XIII).

É importante ressaltar, porém, que embora a nossa Constituição assegure, em mais de um dispositivo, a livre-iniciativa, ela própria restringe esse princípio, de modo considerável, ao condicioná-lo ao atendimento de qualificações profissionais (art. 5º, inciso XIII) ou ao submetê-lo excepcionalmente à necessidade de autorização prévia de órgãos públicos (art. 170, parágrafo único).

Assim, apesar de a nossa Constituição assegurar, em mais de um dispositivo, a livre-iniciativa, a

interpretação predominante é de que ela não deve ser absoluta, podendo ser restringida em determinados casos, em nome do interesse público. (*Constituição Federal Comentada*. Alexandre de Moraes [et al.] 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 1327, grifou-se).

Como se vê, motivações diversas podem justificar o direito-dever do Estado de intervir na economia do país (também no setor privado), precipuamente porque o sistema econômico não está isento de imperfeições e, ocasionalmente, apresenta falhas passíveis de correção em prol da justiça social, razão pela qual a Carta Magna enuncia diretrizes, programas e fins a serem seguidos pelo Poder Público e pela sociedade, a fim de reduzir os riscos tanto para os indivíduos quanto para as sociedades empresárias, identificando-se, em termos econômicos, como um princípio de segurança na prossecução dos fins da acumulação capitalista.

Vale dizer, o intervencionismo estatal por vezes não é apenas adequado, mas indispensável à consolidação e preservação do sistema capitalista de mercado.

E assim o é porque “o mercado não é uma instituição espontânea, natural – não é um *locus naturalis* – mas uma instituição que nasce graças a determinadas reformas institucionais, operando com fundamento em normas jurídicas que o regulam, o limitam, o conformam; é um *locus artificialis*. O fato é que se deixarmos a economia de mercado desenvolver-se de acordo com as suas próprias leis, ela criaria grandes e permanentes males” (STF, ADI 1950-3, rel. Min. Eros Grau Tribunal Pleno, j. 3-11-2005).

Dessarte, se de um lado a Lei Maior assegurou a livre iniciativa, de outro determinou ao Estado a adoção de medidas para salvaguardar o efetivo exercício do direito à educação, cultura, desporto, entre outros (arts. 23, V, 205, 208, 215, 217, CF/1988), de modo a preservar o interesse coletivo: interesse público primário.

Conforme afirmou o ex-Ministro e professor Eros Roberto Grau, por vezes “é necessário que o Estado se empenhe na defesa do capitalismo contra os capitalistas” (*A ordem econômica na Constituição de 1988*, 18 ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 54).

Portanto, como visto alhures, em situações constitucionalmente previstas, revela-se admissível a intervenção estatal para balizar as relações econômicas e proteger a coletividade dos abusos contratuais, a fim de alcançar maior efetividade na proteção dos direitos do consumidor, sem caracterizar ofensa ao princípio da livre iniciativa – que não é absoluto e encontra limites na dignidade da pessoa humana (art. 5º, III, CF/88), na defesa do consumidor (art. 170, V, e CDC), no direito de propriedade (art. 5º, XXII, CF/88), na igualdade de todos perante a lei (art. 5º, *caput*, CF/88), dentre outros direitos individuais e coletivos.

2.3 Compatibilidade dos ditames da Lei n. 8.170/91 com as normas gerais da educação nacional previstas na CF/1988

Investe a apelante, ainda, contra a validade da norma federal reguladora da atividade privada de serviços educacionais.

Primeiramente, importante destacar que, ao tempo da contratação dos serviços oferecidos pelo estabelecimento de ensino réu para o ano de 1993, encontrava-se em vigor a Lei n. 8.170/1991 (posteriormente revogada pela Lei n. 9.870/1999), a qual estabelecia regras para a negociação e reajuste das mensalidades escolares.

Com efeito, inevitável a incidência desse normativo ao caso concreto, na medida em que referida legislação visava sobretudo reprimir possíveis abusos econômicos e regular alguns aspectos inerentes a esse segmento socialmente relevante de prestação de serviços.

Em face disso, não se olvidando da expressa previsão constitucional acerca da liberdade da iniciativa privada no exercício do ensino (“o ensino é livre à iniciativa privada, atendidas as seguintes condições: I - cumprimento das normas gerais da educação nacional; II - autorização e avaliação de qualidade pelo Poder Público” - art. 209), não há que se falar em desconformidade da Lei n. 8.170/91 com os ditames da Carta Política, pois, ao contrário, há nítida harmonização tanto com a disposição constitucional supracitada quanto com os seus arts. 5º, XXXII, 170, *caput* e incisos IV e V, 173, *caput* e § 4º e 174, e também do Código de Defesa do Consumidor.

Nesse contexto, como bem ressaltou o Magistrado de origem ao analisar o tema, “a intervenção regulatória ou indireta do estado, cuja prática legitima o exercício do poder de controle oficial dos preços, compõe uma categoria jurídica a que não se tem revelado insensível o legislador constituinte. Quaisquer que sejam as modalidades fixadas pelo sistema de controle oficial de preços ou qualquer que seja o momento em que esse sistema é operado – *a priori* ou *a posteriori*, as limitações que dele derivam, desde que fixadas sob a égide legal, abarcam na esfera de abrangência constitucional do poder interventivo e regulatório estatal” (fl. 562).

É que as atividades empresárias, independentemente do campo de atuação, e especialmente as que exploram atividade econômica educacional, não detêm proteção incondicional, ainda que pautadas na liberdade de iniciativa e na livre concorrência, pois, em verdade, devem se submeter aos encargos fundados na supremacia do bem comum e do interesse social, também derivados do texto constitucional.

Nesse rumo, ainda nos termos do que delineou o Togado *a quo*, “uma das formas de intervenção é o controle de preços de mercado, vista pelo setor privado como total usurpação de poder, isso porque dentro do princípio da livre iniciativa, além da possibilidade de principiar uma atividade, também está presente a liberdade de administração do empresário, sendo que a escolha do preço de seu produto ou serviço está entre as mais importantes medidas tomadas por ele” (fl. 560).

À vista disso, sob a perspectiva de intervenção indireta, regulatória e normativa do Estado na ordem econômica, não há que se falar em qualquer vício de arbitrariedade ou inconstitucionalidade na Lei n. 8.170/1991.

2.4 Análise do caso concreto – abusividades das cláusulas contrárias às estipulações legais

Superadas as teses defensivas acerca da impossibilidade de intervenção estatal na ordem econômica e na fixação/reajustamento de encargos educacionais pelas escolas particulares, devem

ser perscrutados os argumentos voltados à ausência de abusividade dos valores das mensalidades escolares estipuladas para o ano de 1993.

Defende o estabelecimento de ensino recorrente que “não houve qualquer excesso que possa gerar as nulidades contratuais relativas a fixação dos valores das mensalidades”, porquanto “em que pese a inconstitucionalidade da Lei n. 8.170/91, os reajustes daquele ano foram balizados nos arts. 1º e 2º da referida, o que restaria clarividente nos autos, não fosse as deficiências do laudo pericial [...]” (fl. 580).

O apelo, contudo, não comporta guarida.

Nesse palmilhar, a Lei n. 8.170/1991 (vigente à época dos fatos), quanto à fixação dos encargos educacionais e outros pressupostos, definiu:

Art. 1º A fixação dos encargos educacionais, referentes ao ensino nos estabelecimentos particulares de ensino de nível pré-escolar, fundamental, médio e superior será objeto de negociação entre os estabelecimentos, os alunos, os pais ou responsáveis, a partir de proposta apresentada pelo estabelecimento, com base nos planejamentos pedagógico e econômico-financeiro da instituição de ensino, procedendo, obrigatoriamente, à compatibilização dos preços com os custos, nestes incluídos os tributos e acrescidos da margem de lucro, até quarenta e cinco dias antes do início das matrículas, que será considerada acordada, no caso de não haver discordância manifesta, na forma desta lei.

§ 1º No caso de haver discordância em relação à proposta apresentada, o processo de negociação iniciar-se-á no prazo máximo de dez dias, a partir da data da publicação ou postagem da proposta apresentada pelo estabelecimento, por iniciativa individual de qualquer pai ou responsável, apoiado por, no mínimo, dez por cento de outros pais ou responsáveis, com dependentes matriculados na instituição; por iniciativa da associação de pais da referida instituição, com dependentes nela matriculados por iniciativa da Associação Estadual de Pais ou por iniciativa da Federação Nacional de Pais; sendo que, para os efeitos desta lei, a associação de pais, ligada à instituição, deve ser integrada por, no mínimo, quarenta por cento dos pais ou responsáveis, com dependentes nela matriculados; a Associação Estadual de pais deve ser integrada por, no mínimo, quarenta por cento das associações de pais, ligadas a cada instituição e a Federação Nacional de Pais deve ser integrada por, no mínimo, quarenta por cento das associações estaduais existentes no País.

§ 2º A iniciativa de qualquer das associações referidas no parágrafo anterior deverá obter o apoio de, no mínimo, dez por cento dos pais ou responsáveis pelos alunos matriculados na instituição.

§ 3º No caso das instituições privadas de ensino superior, a iniciativa e a representação cabem ao respectivo diretório acadêmico.

§ 4º Não havendo acordo entre as partes, cabe recurso, em primeiro lugar, para a instância administrativa e, em segundo lugar, para a instância judicial, nos termos do art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal.

§ 5º A instância administrativa, prevista neste artigo, será exercida na Delegacia Regional do MEC, por uma comissão de encargos educacionais, composta, paritariamente, por três representantes indicados pelos sindicatos dos estabelecimentos particulares e por três representantes indicados pelas associações estaduais de pais, ou por três representantes dos diretórios acadêmicos, no caso de estabelecimento de ensino superior, e será presidida pelo Delegado Regional do MEC, sem direito a voto, e decidirá no prazo de dez dias úteis.

§ 6º Persistindo o impasse, o presidente da Comissão de Encargos Educacionais dará por encerrada a

instância administrativa, cabendo às partes recorrer ao Poder Judiciário, que deverá apreciá-lo em rito sumariíssimo.

§ 7º A decisão retroage seus efeitos à data do efetivo recebimento dos valores pela instituição de ensino e as diferenças serão compensadas, devidamente corrigidas, nos meses subsequentes.

De outro lado, sobre os valores dos encargos educacionais, a legislação infraconstitucional previa que, uma vez acordado e homologado em contrato escrito, só poderiam ser reajustados pelo repasse de “(i) até setenta por cento do índice de reajuste concedido à categoria profissional predominante na instituição de ensino, em decorrência de lei, decisão judicial, acordo, convenção ou dissídio coletivo de trabalho; e (ii) no mês de agosto de cada ano, até trinta por cento da variação do Índice Nacional de Preços ao Consumidor (INPC) entre os meses de janeiro e julho, e, excepcionalmente, em 1991, até trinta por cento da variação do INPC entre os meses de março e julho” (art. 2º, I e II).

Ademais, observa-se expressa previsão no sentido de que, “no caso de celebração de contratos de prestação de serviços educacionais, os mesmos deverão obedecer o disposto na Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor)” (art. 3º, Lei n. 8.170/1991).

A legislação consumerista, portanto, garantia ao consumidor a possibilidade de discutir os reajustes implementados nas mensalidades escolares, a fim de coibir imposição unilateral e excessiva, consignando em seu art. 4º, III, a necessidade de “harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores [...]”.

O Código em referência ainda dispõe, além do mais, sobre a forma de cobrança de débitos e sobre a nulidade de determinadas cláusulas contratuais relativas a fornecimento de serviços, firmadas sem observância dos aspectos particulares das relações de consumo, nos seguintes termos:

Art. 42. Na cobrança de débitos, o consumidor inadimplente não será exposto a ridículo, nem será submetido a qualquer tipo de constrangimento ou ameaça.

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

[...]

X - permitam ao fornecedor, direta ou indiretamente, variação do preço de maneira unilateral;

XI - autorizem o fornecedor a cancelar o contrato unilateralmente, sem que igual direito seja conferido ao consumidor;

[...]

XV - estejam em desacordo com o sistema de proteção ao consumidor;

[...]

§ 1º Presume-se exagerada, entre outros casos, a vantagem que:

[...]

III - se mostra excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza e conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso.

Em comentários ao referido estatuto jurídico, Thiago Ferreira Cardoso Neves elucidou:

Os contratos são o instrumento para a circulação dos bens e serviços entre fornecedores e consumidores. É por meio desses negócios jurídicos que os consumidores adquirem os produtos e serviços oferecidos pelos fornecedores, de modo que são a principal fonte de estudo do direito do consumidor, ao lado dos princípios que regem as relações de consumo e dos direitos básicos dos consumidores.

No dia a dia todos somos consumidores. Desde a hora em que acordamos, até a hora de dormir, celebramos diversos contratos, desde os mais básicos, como o de transporte, ao tomarmos um ônibus, um metrô ou um táxi até o trabalho, curso ou escola, até outros mais complexos, como a compra e venda de um imóvel financiado, em que travamos uma relação contratual com uma instituição financeira, por meio do mútuo bancário, e outra coligada com uma incorporadora ou construtora, referente à (promessa de) compra e venda propriamente, sendo um típico contrato bancário.

[...]

Vivemos em uma sociedade de consumo. Essa frase pode ser vista em reportagens, propagandas e entrevistas, e mencionada até nas mais simples conversas travadas numa roda de amigos. Mas, essa que já se tornou uma costumeira afirmação, revela uma realidade trágica: o excessivo valor dado, em nosso meio, à aquisição de bens e os riscos que isso traz para o consumidor.

É comum encontrarmos pessoas cujo projeto de vida se resume a acumular dinheiro e comprar coisas, das mais variadas espécies. Isso, nos tempos atuais, é sinal de *status*, de sucesso e até de felicidade. Ter é melhor do que ser.

E é nesse ambiente que os fornecedores de produtos e serviços se aproveitam para, por meio das mais variadas práticas comerciais de propaganda, publicidade e marketing, atrair os consumidores, que caem na rede como peixes inocentes.

[...]

Atento a essas questões que não se afiguram recentes, o constituinte fez inserir em nosso texto constitucional uma importante ferramenta para a proteção do consumidor, a qual, se observada, é apta a inibir e coibir essas práticas predatórias que podem, sim, levar uma pessoa à ruína financeira, que é o primeiro passo para uma vida de grande sofrimento, dor e privações.

A nossa Constituição Federal previu expressamente em seus arts. 5º, XXXII, e 170, V, respectivamente como direito fundamental e como princípio a reger a ordem econômica do país, a defesa do consumidor.

[...]

Sem prejuízo, muito embora tardia, a legislação consumerista foi um verdadeiro alento, pois nela se estabeleceu importantes conceitos, assegurou-se relevantes direitos, e previu-se indispensáveis instrumentos de proteção do consumidor.

Seu perfil inovador trouxe para o ordenamento jurídico brasileiro institutos até então inexistentes, inutilizados ou subutilizados. Como exemplo, podemos citar a boa-fé, outrora subjetiva, consistindo numa mera exortação ética, que acabou por se tornar um verdadeiro dever de conduta para as partes a reclamar um atuar probo e honesto.

Dela se extraem os chamados deveres anexos, que impõem às partes, especialmente o fornecedor dos produtos e serviços, inúmeras obrigações como a de proteção – também denominado de cuidado e segurança –, que exige das partes um atuar cuidadoso, de modo a não causar danos às pessoas e coisas; o dever de informar, impondo uma obrigação de agir com transparência, esclarecendo todos os aspectos da contratação e da coisa que se pretende contratar; o dever de lealdade, visando coibir a prática de condutas que visem enganar o outro, fazendo-o, por exemplo, contratar coisa diversa daquilo que acreditava que estava adquirindo, ou em condições que lhe sejam prejudiciais; e o dever de cooperação e assistência, que obrigam as partes a manter uma conduta colaborativa para o bom e fiel cumprimento daquilo que foi contratado, assim como a prestarem assistência em relação ao próprio objeto do contrato, seja antes, durante, ou depois da sua celebração.

[...]

Mas, dentre todas essas questões, as mais relevantes são, indubitavelmente, aquelas previstas no Capítulo V do Código de Defesa do Consumidor, que tratou das práticas abusivas, e as do Capítulo VI, que dispõe sobre as formas de proteção contratual.

[...]

Há muitas possibilidades. E sobre esse aspecto, existem duas notícias: uma boa e outra ruim. A boa é que o CDC possui diversos mecanismos que vão garantir a proteção e a satisfação dos interesses do consumidor. A má é que a maioria delas só produzem efeitos *a posteriori*, isto é, depois que a conduta for praticada pelo fornecedor.

[...]

Também é indevida a realização de todo e qualquer serviço sem ter sido dado ao consumidor um prévio orçamento, o qual deve ser aprovado expressamente por ele. Se o fornecedor, porventura, fizer o serviço inobservando essas condições, deverá desfazê-lo, salvo se houver risco de dano para o consumidor ou à coisa de propriedade dele e sobre a qual recaiu o serviço, caso em que será considerado como amostra grátis, e nada será devido por ele.

[...]

Ainda numa abordagem geral das relações contratuais de consumo, importante é o exame das chamadas cláusulas abusivas. Estas são previstas, também de modo exemplificativo, no art. 51 do Código de Defesa do Consumidor.

Aspecto interessante a ser observado, de imediato, é a regra disposta no *caput* do mencionado dispositivo. Prevê o art. 51 do CDC que as cláusulas abusivas são *nulas de pleno direito*.

Ser nula de pleno direito significa que o magistrado pode, de ofício, reconhecer a sua invalidade. Desse modo, proposta uma ação questionando determinada prática contratual abusiva, ou mesmo suscitando a invalidade de alguma cláusula contratual, verificando o juiz que há outra ou outras cláusulas nulas no contrato, poderá ele declarar sua invalidade de ofício, mesmo que não tenha sido arguida pelo consumidor.

[...]

Um terceiro exemplo é o reconhecimento como cláusula abusiva aquela que prevê a possibilidade de o fornecedor rescindir unilateralmente o contrato. Trata-se de um poder que não pode ser conferido ao

fornecedor, especialmente porque, no frígir dos ovos, acaba por trazer um desequilíbrio à relação, deixando nas mãos do fornecedor a possibilidade, ou não, da manutenção do vínculo contratual, fazendo com que o consumidor fique à sua mercê.

A única exceção a essa possibilidade é a previsão de igual poder ao consumidor, o que torna mais equilibrada a relação. Ainda assim, crê-se que a outorga, ao fornecedor, desse verdadeiro direito potestativo é perigoso, pois o consumidor, sendo a parte mais fraca da relação, fica vulnerável aos caprichos do fornecedor, o que pode se agravar se se tratar de um serviço essencial ou que tenha um caráter relevante para a vida ou saúde do consumidor, como é o caso dos contratos de plano de saúde.

[...]

O que se percebe dessas breves linhas é que o sistema contratual previsto no Código de Defesa do Consumidor é complexo, e depende da observância de inúmeros aspectos particulares, que devem ser aferidos caso a caso a partir das espécies contratuais celebradas. E é isso que será examinado nos próximos capítulos, em que se buscará demonstrar esses aspectos nos principais contratos travados no âmbito das relações de consumo (*Direito do consumidor*. Sylvio Capanema de Souza, José Guilherme Vasi Werner e Thiago Ferreira Cardoso Neves. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 313).

In casu, em análise detida dos autos, verifica-se que o Colégio Coração de Jesus, no final do ano de 1992, distribuiu aos alunos formulário de contrato de prestação de serviços educacionais, por ele elaborado unilateralmente, com requerimento de matrícula visando o ano letivo de 1993 (fls. 12-14).

O valor da primeira parcela foi fixado em Cr\$ 1.150.000,00 (um milhão cento e cinquenta mil cruzeiros), com vencimento antecipado para o dia 5-1-1993 e aplicação do IGPM/FGV como indexador monetário das demais parcelas (observação “b” do contrato), sendo que para o mês de março restou estabelecido idêntico valor ao mês de fevereiro, corrigido pelo mesmo indexador (IGPM), acrescido do repasse paritário do aumento salarial dos professores e funcionários, nos termos da convenção de dissídios daquela categoria.

Demais disso, do campo de observação “a” do requerimento de matrícula de fl. 12, extrai-se a designação do dia de vencimento da primeira mensalidade do ano letivo subsequente para a data de 5-1-1993, sem o oferecimento de qualquer abatimento do valor pago por esta antecipação, além de não previsão da correção monetária dos Cr\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil cruzeiros) exigidos a título de garantia até a data da efetiva matrícula – 16-12-1992, conforme ficha de compensação colacionada à fl. 16.

Ora, a mera acareação do conteúdo dessas cláusulas contratuais com o teor da legislação em vigor à época – que estabeleceu as regras para a negociação de reajustes das mensalidades escolares –, revela evidente o descumprimento das prescrições legais por parte do colégio demandado.

Nesse diapasão, impende anotar que a conclusão do *expert* é prova hábil a definir a ocorrência de prejuízos financeiros aos alunos quando da aplicação dessa prática contrária à Lei n. 8.170/1991.

A partir dos documentos recolhidos nos autos, concluiu a perícia (fls. 281-291):

Consideradas as análises e conclusões expostas anteriormente e a norma processual aplicável à liquidação de sentença expressa na legislação consolidada, submete este profissional, às partes e ao MM. Juízo, os valores, em resumo, apurados, **os quais, na opinião técnica da perícia, representam o real *quantum debeatur* capaz de tornar líquidos os haveres deferidos ao autor na presente reclamatória.**

São os seguintes valores referidos:

Valor cobrado a maior pelo réu por aluno, a título de matrícula antecipada em 16.12.93, corrigido monetariamente pelo IGPM (FGV) até 01.10.2007	R\$ 11,92
Valor cobrado a maior pelo réu, por aluno, referente à 1ª mensalidade antecipada em 05.01.93, corrigido monetariamente pelo IGPM (FGV) até 01.10.2007	R\$ 245,86
Valor cobrado a maior pelo réu, por aluno, referente às mensalidades de fevereiro à dezembro/1993, corrigido monetariamente pelo IGPM (FGV) até 01.10.2007	R\$ 12,16
Total por aluno, em reais, atualizado até 01.10.2007	R\$ 269,94

Não bastasse, o contrato ainda previu a possibilidade de reajuste unilateral pelo colégio dos encargos educacionais, acaso ocorridos fatos novos que significassem aumento de custos operacionais da entidade, “mediante comunicado por escrito ao responsável e conseqüentemente serão considerados aceitos e passarão a vigorar imediatamente, sendo devidos de pleno direito e independente de interpelação judicial ou extrajudicial, nas datas e valores pré-avisados” (cláusula sétima, parágrafo terceiro).

Tal previsão afrontou diretamente os arts. 1º e 2º, da Lei n. 8.170/1991, os quais, como já visto, estabeleciam a imprescindibilidade de negociação dos encargos educacionais entre as escolas, os alunos, os pais ou responsáveis, a partir de proposta apresentada pelo estabelecimento, “com base nos planejamentos pedagógico e econômico-financeiro da instituição de ensino, procedendo, obrigatoriamente, à compatibilização dos preços com os custos [...]” (art. 1º, *caput*).

Na esteira das arbitrariedades anteriores, a instituição de ensino insurgente ainda estipulou cobranças extras, não previstas nos encargos contratuais, para serviços considerados extraordinários, quais sejam, “segunda chamada de provas e exames, declarações, estudos de recuperação, adaptação e dependência, segunda via de agenda escolar, boletim de avaliação, histórico escolar, documento de conclusão e de transferência, transporte, e material didático de uso individual” (cláusula sétima, parágrafo sétimo, fl. 14).

Ocorre que, especificamente com relação à segunda chamada de provas e exames, não previu em favor dos estudantes a possibilidade de realização destas sem encargo, quando sobrevindo motivo de força maior ou caso fortuito (e.g. doença plenamente justificável), em manifesta ofensa aos princípios fundamentais do sistema jurídico (art. 51, parágrafo primeiro, I, do CDC), pois subtrai do aluno a possibilidade de se exonerar do pagamento de taxa ainda quando demonstrada ocorrência de eventos imprevisíveis e inevitáveis.

De mais a mais, constata-se outra abusividade no contrato de prestação de serviços educacionais *sub examine*: a existência de impedimento para emissão de histórico escolar, certificados, declarações e guia de transferência aos alunos inadimplentes com o pagamento de qualquer quantia do contrato, até que suprida insolvência (cláusula sétima, parágrafo décimo segundo), o que desrespeita os arts. 42 e 71 do Código de Defesa do Consumidor, nos quais, respectivamente, se proíbe a submissão do consumidor a qualquer tipo de constrangimento na cobrança de débitos e se tipifica a conduta como crime.

Ainda, na cláusula quarta do ajuste, o educandário fixou a viabilidade de rescisão unilateral por si, sem assegurar igual prerrogativa ao contratante (aluno e/ou responsável), sendo tal disposição nula de pleno direito, nos termos do art. 51, XI, da legislação consumerista (“são nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: [...] autorizem o fornecedor a cancelar o contrato unilateralmente, sem que igual direito seja conferido ao consumidor”).

Em conclusão, e mesmo que de forma tardia, em face da longeva tramitação deste processo, irretocável a decisão de primeiro grau que declarou a nulidade das cláusulas 4º e 7º *caput*, § 1.º, § 2.º, § 3.º, § 7.º e § 12 do contrato de prestação de serviços educacionais do Colégio Coração de Jesus apresentado aos seus alunos para o ano letivo de 1993, bem como condenou, nos termos dos arts. 83 e 84 da Lei n. 8.078/1990, à divulgação da sentença, de forma reduzida, em jornal de grande circulação estadual, informando aos consumidores a declaração de abusividade das cláusulas e a apuração de valores a serem restituídos aos alunos matriculados no colégio no ano de 1993.

3 Encargos sucumbenciais

Finalmente, considerando o resultado deste julgamento, não há que se falar em modificação na distribuição sucumbencial realizada pelo Togado de primeiro grau que, verificada a condição de vencido do requerido, condenou-o ao pagamento das custas processuais, conforme disposto no art. 20, *caput*, do revogado Diploma Instrumental Civil.

Ademais, vale ressaltar que, por se tratar de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público, não houve condenação do réu ao pagamento de verba honorária de sucumbência, porquanto “a vedação constitucional contida nos arts. 127, § 5º, a e 129, III, não dá margem a qualquer interpretação permissiva da incidência de verba honorária na ação civil pública ou em qualquer outra em que seja titular o Ministério Público, seja sob qualquer pretexto, mesmo que tal se reverta em benefício da Fazenda Pública ou do Fundo de que trata o art. 13 da Lei 7.347/85” (*Honorários Advocatícios*, 3. ed., Revista dos Tribunais: São Paulo, 1997. p. 1288).

Assim, também não há falar em honorários recursais (art. 85, § 11, do Código de Processo Civil) no caso vertente, consoante interpretação conferida pelo Superior Tribunal de Justiça ao julgar os Embargos de Declaração no Agravo Interno no Recurso Especial n. 1.573.573/RJ.

4 Conclusão

Ante o exposto, voto no sentido de conhecer do recurso e negar-lhe provimento.

Apelação Cível n. 0302405-11.8.24.0019, de Concórdia

Relator: Desembargador Álvaro Luiz Pereira de Andrade

APELAÇÕES CÍVEIS. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. INSTITUIÇÃO PARTICULAR DE ENSINO SUPERIOR. EXPEDIÇÃO DE DIPLOMA SEM O RESPECTIVO RECONHECIMENTO DE CURSO EXIGIDO PELO MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. DEMANDANTE IMPEDIDO DE OBTER REGISTRO JUNTO AO CONSELHO DE CLASSE. PORTARIA DO MEC VALIDANDO O CURSO EMITIDA QUASE DOIS ANOS DA COLAÇÃO DE GRAU. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA.

1. APELO DA INSTITUIÇÃO DE ENSINO SUPERIOR. PRETENDIDA RESPONSABILIZAÇÃO DO CAU/SC E DO MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. INSUBSISTÊNCIA. ATRASO QUE DEVE SER IMPUTADO EXCLUSIVAMENTE À RÉ. CONJUNTURA FÁTICO-PROBATÓRIO QUE ATESTA A INOBSERVÂNCIA DO PRAZO PARA PROTOCOLO DO PROCESSO DE RECONHECIMENTO. EVIDENTE FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO EDUCACIONAL.

PLEITO DE EXCLUSÃO DA CONDENAÇÃO POR DANO MORAL REJEITADO. CONDUTA ILÍCITA ENSEJADORA DE TRANSTORNOS QUE ULTRAPASSAM A ESFERA DO MERO DISSABOR COTIDIANO. DEVER DE INDENIZAR MANTIDO, NO PATAMAR FIXADO NA SENTENÇA.

IRRESIGNAÇÃO QUANTO À MULTA DIÁRIA FIXADA. DESCABIMENTO. MEDIDA NECESSÁRIA A ASSEGURAR O EFETIVO CUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO, A TEOR DOS ARTS. 297 E 537 DO CPC.

ALEGADA INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 6º, II, DA LEI Nº 12.378/2010. TESE RECHAÇADA. EXIGÊNCIA COMPATÍVEL COM A LEI DE DIRETRIZES E BASES DA EDUCAÇÃO.

RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

2. APELO DO AUTOR. INSURGÊNCIA NO TOCANTE AO INDEFERIMENTO DOS LUCROS CESSANTES. FALTA DE COMPROVAÇÃO MÍNIMA DOS RENDIMENTOS NÃO AUFERIDOS. ÔNUS PROBATÓRIO DESATENDIDO (ART. 373, I, DO CPC). PLEITO DE MAJORAÇÃO DOS DANOS MORAIS PREJUDICADO. RECURSO CONHECIDO EM PARTE E, NESTA EXTENSÃO, DESPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0302405-11.8.24.0019, da comarca de Concórdia 1ª Vara Cível em que é Apte/Apdo Sociedade Educacional Concórdia Ltda. e Apdo/Apte Guilherme Ferronato.

A Sétima Câmara de Direito Civil decidiu, por votação unânime, conhecer do recurso da demandada e negar-lhe provimento, e conhecer em parte do apelo do autor e, nesta extensão, negar-lhe provimento. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Exmos. Srs. Des. Osmar Nunes Júnior e Bettina Maria Maresch de Moura.

Florianópolis, 25 de julho de 2019.

Álvaro Luiz Pereira de Andrade
PRESIDENTE e RELATOR

RELATÓRIO

Guilherme Ferronato propôs, perante a 1ª Vara Cível da comarca da Concórdia, ação de obrigação de fazer cumulada com indenização por danos materiais e morais em face de Sociedade Educacional Concórdia Ltda.

Aduziu, em síntese, ter frequentado o curso de arquitetura e urbanismo ofertado pela ré, finalizando-o em dezembro de 2014. Relatou que, embora a colação de grau tenha ocorrido em 28-02-2015, o diploma lhe fora entregue apenas em junho de 2015, sem conter a portaria de reconhecimento concedida pelo Ministério da Educação.

Por tal razão, o conselho de arquitetura não expediu seu registro profissional, o que lhe causou graves prejuízos, pois, apesar de ter preparado seu próprio escritório, não pode exercer seu ofício.

Nesse passo, postulou que a ré seja: (a) compelida a expedir o competente diploma, contento o número da portaria de reconhecimento do curso, devidamente registrado e homologado pelos órgãos competentes; (b) condenada ao pagamento de danos morais e lucros cessantes, estes na cifra de R\$ 4.728,00 por mês, “*desde a colação de grau até a data da entrega do diploma válido*”.

Em decisão interlocutória, o juízo de origem consignou que a matéria deduzida na petição inicial envolve interesse da União, declinando a competência para julgamento e processamento do feito à Justiça Federal.

Na sequência, o togado monocrático reconsiderou o comando de remessa dos autos ao juízo federal e, por entender ausente a verossimilhança das alegações, indeferiu o pedido de antecipação de tutela.

Citada, a ré ofereceu contestação, suscitando, preliminarmente, a incompetência da Justiça Estadual e a necessidade de denunciação da lide à União e ao Conselho de Arquitetura e Urbanismo. No mérito, defendeu inexistir ilicitude na sua conduta, considerando a hipótese de culpa exclusiva do conselho de classe, tanto pelo retardo na emissão da portaria de reconhecimento do curso, quanto pela não aceitação do diploma fornecido pela instituição demandada, contrariando o disposto no art. 63, § 1º da Portaria Normativa nº 40/2007 do MEC. Em caráter subsidiário, caso acolhida a obrigação de fazer, requereu sejam rechaçados os pleitos indenizatórios, dada a ausência de comprovação do dano alegado, ou mesmo, seja apenas a União e o conselho profissional condenados ao pagamento da indenização postulada.

Após a réplica, sobreveio sentença de parcial procedência do feito, cuja parte dispositiva tem a seguinte redação:

Ante o exposto, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTES os pedidos formulados na petição inicial, resolvendo o mérito, com fulcro no art. 487, inciso I, do Código de Processo Civil, para:

a) DETERMINAR que a requerida forneça ao demandante, no prazo de 30 (trinta) dias, o diploma válido relativo ao curso de “Arquitetura e Urbanismo” concluído, sob pena de multa diária no importe de R\$ 500,00

(quinhentos reais), limitada ao montante de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais);

b) CONDENAR a parte ré ao pagamento de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) a título de danos morais em favor da parte autora, valor a ser acrescido de correção monetária segundo INPC, a partir da data do arbitramento (súmula 362 do STJ) e juros de mora de 1% desde o dia do evento danoso (conclusão do curso - 28 de fevereiro de 2015, fl. 21);

Dada a sucumbência recíproca, condeno as partes, nas proporções de 70% (réu) e 30% (autor), ao pagamento de despesas processuais, bem como ao pagamento de honorários advocatícios, estes que arbitro em 15% do valor da condenação, conforme o art. 85, § 2º do CPC. Diante da concessão do benefício da justiça gratuita à fl. 52, fica suspensa a exigibilidade da verba sucumbencial em relação ao autor.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Irresignadas, ambas as partes apelaram.

A requerida, apelou repisando as teses lançadas na peça defensiva. Insistiu no acolhimento da preliminar de denunciação da lide à União e ao Conselho de Arquitetura e Urbanismo. Reafirmou que sua conduta não contribuiu para o retardo da obtenção do registro pelo autor, destacando que os eventuais transtornos devem ser imputados ao MEC e ao conselho fiscalizador, dada a negativa de registro provisório. Enfatizou o atraso injustificado do Ministério da Educação na conclusão do processo de reconhecimento do curso, salientando ter atendido todos os prazos estabelecidos na Portaria Normativa nº 01/2014. Pontuou, inclusive, que a exigência contida no art. 6º, II, da Lei n. 12.378/2010 é inconstitucional, em razão da “*discrepância em relação às demais legislações que regulamentam a forma de registro de seus profissionais (estatuto da OAB)*”.

Ao final, requereu:

-b) sejam acolhidas as preliminares levantadas, para efeito de anular a sentença e determinar o retorno dos autos ao Primeiro Grau de Jurisdição para atender ao pedido apresentado;

-c) seja reconhecida a inconstitucionalidade do artigo 6º, inciso II, da lei nº 12.378/2010, que cuida dos requisitos necessários à inscrição dos profissionais junto ao CAU; não sendo este o entendimento, que seja reconhecido tal argumento para afastamento do dano moral aplicado, ou a sua respectiva redução;

-d) seja provido o presente recurso, reformando a sentença no sentido de julgar improcedente a ação e, consequentemente, afastar a necessidade de fornecimento de outro diploma, dano moral aplicado [...];

-e) não sendo o entendimento desta Colenda Câmara, no sentido de afastar o dano moral, seja então redimensionado o valor aplicado, reduzindo-o de acordo com a fundamentação apresentada;

-f) seja afastada a multa diária aplicada, na forma da fundamentação, uma vez que o diploma fornecido possui validade, ou ainda, readequada de acordo com o suporte fático apresentado. (p. 221-222).

O demandante, por sua vez, postulou: (a) a majoração dos danos morais, em montante não inferior a R\$ 30.000,00; (b) a procedência do pleito de condenação do réu ao pagamento de lucros cessantes, os quais totalizam a cifra de R\$ 95.160,00; (c) a elevação do percentual dos honorários

sucumbenciais para 20% do valor da condenação; (d) seja afastada a sucumbência recíproca reconhecida na sentença.

Apresentadas contrarrazões apenas pela parte autora, os autos ascenderam a esta egrégia Corte de Justiça.

Esse é o relatório.

VOTO

Ressalta-se, inicialmente, que a decisão recorrida foi publicada após a vigência do CPC/2015, razão pela qual aplicam-se os preceitos contidos no novel Diploma, nos termos do Enunciado Administrativo n. 2 do STJ.

Para melhor compreensão dos inconformismos, passa-se ao exame individualizado de cada um dos recursos interpostos.

1. Do apelo da demandada

De pronto, salienta-se que a preliminar confunde-se com o mérito, de modo que com ele será apreciada.

Argumentou, resumidamente, que a responsabilidade pela negativa do registro provisório, bem como pelo retardo na publicação da portaria de reconhecimento do curso devem ser atribuídas ao CAU (Conselho de Arquitetura e Urbanismo) e ao MEC (Ministério da Educação), notadamente porque cumpriu com todos os prazos estabelecidos na Portaria Normativa nº 01/2014.

Asseverou que somente em 31-10-2016 foi expedida a portaria de reconhecimento do curso pelo MEC, quando já transcorridos mais de 3 meses da apresentação do relatório final da avaliação realizada no ano de 2015. Reiterou, assim, não ser legítima a recusa do conselho ao diploma apresentado pelos alunos, pois devidamente registrado pela certificadora (Universidade Tuiuti do Paraná), tendo contrariado o art. 63, § 1º, da Portaria Normativa nº 40/2007.

Pontuou, inclusive, que a exigência contida no art. 6º, II, da Lei n. 12.378/2010 é **inconstitucional**, dada a “*discrepância em relação às demais legislações que regulamentam a forma de registro de seus profissionais (estatuto da OAB)*”. Por derradeiro, requereu a reforma da sentença, a fim de que sejam excluídos a multa diária e o dano moral arbitrados ou, subsidiariamente, reduzido o *quantum* indenizatório arbitrado.

A insurgência, adianta-se, não merece prosperar.

Antes de adentrar na análise das razões recursais, salienta-se que a relação jurídica mantida entre as partes submete-se aos ditames previstos no Código de Defesa do Consumidor, vez que presentes as figuras de consumidor e prestador de serviços previstas no art. 2º e 3º do referido texto legal.

Paira incontroverso nos autos que o autor frequentou o curso de arquitetura e jornalismo ofertado pela faculdade demandada, colando grau no dia 28 de fevereiro de 2015. Retira-se, ainda, que o diploma fornecido pela ré foi recusado pelo respectivo conselho de classe, sob a alegação de que “*o registro profissional dos egressos da FACC - Faculdade de Concórdia somente serão deferidos após apresentação da portaria de reconhecimento do curso*” (p. 23).

Aliado a isso, infere-se que a requerida protocolou o referido pedido de reconhecimento de curso em 15.04.2014 (processo nº 201405275), conforme se verifica à p. 143.

Todavia, de acordo com o Ofício nº 714/2016 emitido pelo MEC, o processo “*foi protocolado no Sistema e-MEC apenas em 15/04/2014, portanto fora do prazo estabelecido pela Portaria Normativa nº 40/2007, não podendo utilizar-se da prerrogativa prevista no art. 63 para expedir o diploma dos seus alunos*” (p. 62).

Não bastasse isso, restou sobejamente demonstrado nos autos que a obtenção do “*reconhecimento de curso*” pela instituição ré foi condicionada ao atendimento de algumas medidas impostas pelo MEC. Sob esse aspecto, extraem-se os seguintes trechos da “*Sugestão de Protocolo de Compromisso*” elaborada, em 25-09-2015, pela Coordenação Geral de Legislação Normas de Regulação e Supervisão da Educação Superior (CGARCES):

O processo em epígrafe tem por finalidade o reconhecimento do curso de ARQUITETURA E URBANISMO (BACHARELADO) pelo poder público. Conforme relatório anexo ao processo, a visita in loco resultou nos conceitos 2.7 para a Organização Didático-Pedagógica, 2.9 para o Corpo Docente e 2.3 para as Instalações Físicas, conferindo ao curso o Conceito Global 03. [...]

O curso obteve conceito(s) insatisfatório(s) (1 ou 2) em uma ou mais dimensões avaliadas pela comissão do INEP. Por este motivo, decide-se pela Instauração deste Protocolo de Compromisso, nos termos dos art. 39, 41 (§ 2º) e 60 a 64 do Decreto nº 5.773, de 9 de maio de 2006, alterado pelo Decreto nº 6.303, de 12 de dezembro 2007, e nos termos dos arts. 36 a 43 da Portaria Normativa nº 40, de 12 dezembro de 2007, republicada em 29 de dezembro de 2010, de acordo com os procedimentos e prazos constantes da Proposta de Protocolo de Compromisso apresentada à IES por meio do sistema eletrônico e-MEC. [...]. (p. 157-158)

Inequívoco, portanto, que a ausência do “*reconhecimento de curso*”, pressuposto à expedição do diploma, impediu que o autor obtivesse a validação do diploma recebido após a colação, bem como o registro profissional para regular atuação na sua área de conhecimento.

A toda evidência, o defeito nos serviços educacionais prestados configura ato ilícito passível de reparação, pois, consoante bem consignado pelo juízo de origem, “*ficou provado que a ré perpetrou dano à parte autora por meio de sua conduta negligente, em franco desrespeito aos direitos básicos do consumidor*” (p. 188).

No ponto, desde logo afasta-se o pleito de exclusão/redução do valor da indenização por danos morais arbitrado em R\$ 20.000,00 na sentença.

Isso porque, a conjuntura fático-probatória contida nos autos denota claramente as frustrações vivenciadas pelo postulante, pois após frequentar por anos uma universidade viu-se impedido de exercer sua profissão.

Note-se que, à época da propositura da ação (28-07-2015), o autor acostou com a exordial cópia do e-mail enviado pelo Conselho de Arquitetura e Urbanismo em 19-06.2015, noticiando a negativa da sua inscrição. Juntou, ainda, fotos do escritório de arquitetura construído justamente para poder desempenhar o seu ofício (p. 28-31). Entretanto, consoante noticiado à p. 176, apenas em 31-10-2016 houve o reconhecimento do curso pelo MEC, por meio da Portaria nº 675/2016. Logo, a desídia da instituição de ensino deve ser repreendida, de forma a coibir a reiteração desse tipo de conduta, pois ensejadora de transtornos que ultrapassam, em muito, a esfera de um mero dissabor cotidiano, gerando injusta frustração no aluno.

Em relação ao pedido de diminuição do *quantum* indenizatório, entende-se que o montante fixado pelo magistrado de primeiro grau, além de condizente com a reparação dos danos suportados pelo demandante, não se mostra excessivo. Vale dizer: foi devidamente avaliada a capacidade econômica das partes, a importância não consubstancia enriquecimento indevido da parte lesada e coaduna-se com o patamar indenizatório comumente aplicado por esta Corte em casos análogos.

A propósito, cita-se precedente deste Tribunal que, ao apreciar demanda idêntica versando sobre atraso na entrega de diploma pela Sociedade Educacional de Concórdia, manteve a condenação desta ao pagamento de danos morais de R\$ 20.000,00: Apelação Cível n. 0302301-19.2015.8.24.0019, de Concórdia, rel. Des. Marcus Túlio Sartorato, Terceira Câmara de Direito Civil, j. 05-02-2019.

No mesmo rumo, deve ser rechaçado o pedido de exclusão da multa diária arbitrada na sentença, vez que tal medida mostra-se plenamente adequada à efetivação da tutela deferida. Ademais, até o presente momento, não sobreveio aos autos notícia de que a demandada tenha, de fato, expedido o diploma, em cumprimento ao comando emanado pela instância de origem.

Em arremate, a requerida sustentou que a exigência contida no art. 6º, II, da Lei n. 12.378/2010 é **inconstitucional**, dada a “*discrepância em relação às demais legislações que regulamentam a forma de registro de seus profissionais (estatuto da OAB)*”. Disse que o referido dispositivo legal exige que o profissional a ser vinculado ao conselho profissional “*apresente diploma de graduação em arquitetura e urbanismo, obtido em instituição de ensino superior oficialmente reconhecida pelo poder público*”. Em contraponto, fez referência ao art. 8º da Lei nº 8.906/1994, o qual solicita “*para o registro dos profissionais do direito que o diploma seja fornecido por instituição de ensino devidamente autorizada e credenciada*”. Tal discrepância, a seu juízo, enseja sua inconstitucionalidade, devendo-se, ao menos, ser sopesado que a exigência ali prevista é desproporcional, afastando-se o dano moral reconhecido na sentença.

Novamente não lhe assiste razão.

Observa-se que o Diploma legal em comento (Lei nº 12.378/2010) “*regulamenta o exercício da Arquitetura e Urbanismo; cria o Conselho de Arquitetura e Urbanismo do Brasil - CAU/BR e*

os Conselhos de Arquitetura e Urbanismo dos Estados e do Distrito Federal - CAUs; e dá outras providências”.

Como visto, o dispositivo tido por inconstitucional nada mais exige do que o diploma de “*graduação em arquitetura e urbanismo, obtido em instituição de ensino superior oficialmente reconhecida pelo poder público*” para a emissão do registro pelo conselho de classe.

A toda evidência, diferentemente do que a ré quer fazer crer, tal exigência não implica em violação ao princípio da simetria, pois a própria Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional estabelece, indistintamente para todas as áreas de conhecimento, que “*os diplomas de cursos superiores reconhecidos, quando registrados, terão validade nacional como prova da formação recebida por seu titular*” (art. 48, *caput*).

Perfilhando da mesma linha de raciocínio, colhe-se trecho do voto proferido pelo ilustre Des. Marcus Túlio Sartorato que, ao apreciar caso idêntico, também afastou a tese de inconstitucionalidade aventada:

Nas palavras da ré, a exigência supracitada é “inconstitucional, pois apresenta requisito de registro em órgão profissional sem razoabilidade e proporcionalidade, infringindo ainda o princípio da simetria, uma vez que se identifica discrepância em relação às demais legislações que regulamentam a forma de registro de seus profissionais (estatuto da OAB)” (fl. 189).

Contudo, em atenção à autonomia no conselho para regulamentar o exercício da profissão, além da ausência de verificação de eventual desproporcionalidade em comparação com os demais conselhos de classe - inclusive com a Ordem dos Advogados do Brasil, que exige, ainda, aprovação no Exame da Ordem - afastam-se as preliminares aventadas e o pedido de reconhecimento da inconstitucionalidade do art. 6º, II, da Lei n. 12.378/2010. (Apelação Cível n. 0302301-19.2015.8.24.0019, de Concórdia, Terceira Câmara de Direito Civil, j. 05-02-2019).

Feitas essas considerações, nega-se provimento ao recurso da ré.

2. Do apelo do autor

Em resumo, busca o postulante: (a) a majoração dos danos morais, em montante não inferior a R\$ 30.000,00; (b) a procedência do pleito de condenação do réu ao pagamento de lucros cessantes, os quais totalizam a cifra de R\$ 95.160,00; (c) a elevação do percentual dos honorários sucumbenciais para 20% do valor da condenação; (d) seja afastada a sucumbência recíproca reconhecida na sentença.

Entretanto, diante da fundamentação acima exposta, mostra-se prejudicada a análise do pedido de majoração dos danos morais, remanescendo o inconformismo quanto ao indeferimento do pleito de lucros cessantes e elevação da verba honorária.

Na vertente hipótese, afigura-se manifestamente improcedente a pretensão aos lucros cessantes formulada.

Partindo-se de uma detida análise do caderno processual não se vislumbra qualquer início de prova hábil a respaldar a assertiva de que “*se tivesse seu diploma auferiria um salário de no mínimo R\$ 4.728,00 (quatro mil setecentos e vinte e oito reais), conforme nos preconiza a Lei 4.950 A/66, até mesmo receberia mais por isso com abertura do escritório já montado*” (p. 12). Assim, o autor não se desincumbiu do ônus probatório quanto ao fato constitutivo do seu direito, a teor do art. 373, I, do CPC.

Ademais, segundo acertadamente assentou o togado monocrático, Dr. João Bastos Nazareno dos Anjos:

[...] não há nada que aponte que o requerente conseguiria, logo após a formatura, um emprego na área da arquitetura e urbanismo que lhe assegurasse salário compatível com a remuneração estabelecida na lei mencionada por ele (Lei n. 4.950-A/66), qual seja, 6 salários-mínimos.

Foge ao bom senso figurar que alguém, em nosso País, deixa os bancos acadêmicos e, no outro dia, é contratado justamente na área em que estudava, auferindo rendimentos equivalentes a 6 (seis) vezes o salário-mínimo.

Claro que seria possível que a parte autora vivenciasse tal condição após a conclusão do curso, porém, não era nada provável, dada a realidade do Brasil, o que impede o reconhecimento do direito a lucros cessantes, pois, como leciona Hans Albrecht Fischer, “*não basta a simples possibilidade de lucro, mas também é indispensável a absoluta certeza de que este se teria verificado sem a interferência do evento danoso*” (apud GONÇALVES, Carlos Roberto. Responsabilidade Civil. 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 362). (p. 189).

Igualmente rejeita-se o pleito de majoração do percentual dos honorários sucumbenciais, porquanto a demanda não exigiu expressivo trabalho, haja vista ter sido julgada antecipadamente, destacando-se que a causa não se reveste de elevado grau de complexidade.

Desse modo, observados os parâmetros definidos no art. 85, § 2º, do CPC, mantém-se o percentual de 15% sobre a condenação delineado na decisão objurgada.

Ante o exposto, vota-se no sentido de: (I) conhecer e desprover o recurso da ré; e (II) conhecer em parte do apelo do demandante e, nesta extensão, negar-lhe provimento.

Apelação Cível n. 0300162-31.2015.8.24.0040, de Tubarão

Relator: Desembargador Carlos Roberto da Silva

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE GUARDA. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. CONCESSÃO DA GUARDA EM FAVOR DO GENITOR E REGULAMENTAÇÃO DO DIREITO DE VISITAS EM FAVOR DA AVÓ MATERNA.

INCONFORMISMO DA AUTORA (AVÓ).

PRETENSÃO DE MODIFICAÇÃO DA GUARDA. INFANTE QUE, APÓS O FALECIMENTO DA GENITORA, ESTÁ SOB OS CUIDADOS DO GENITOR DESDE A CONCESSÃO DE TUTELA ANTECIPADA EM FEVEREIRO DE 2015. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS QUE DESABONEM A CONDUTA DO PAI QUANTO À CRIAÇÃO E OS CUIDADOS DO DESENVOLVIMENTO DE SEU FILHO, HOJE COM NOVE ANOS DE IDADE. ESTUDOS SOCIAIS, LAUDOS PSICOLÓGICOS E DEPOIMENTOS TESTEMUNHAIS QUE INDICAM BOM CONVÍVIO ENTRE PAI E FILHO E ADAPTAÇÃO DA CRIANÇA NO LAR EM QUE ESTÁ INSERIDA. PREVALÊNCIA DO VÍNCULO NATURAL. PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DO MENOR. MUDANÇA DE AMBIENTE FAMILIAR QUE IMPORTARIA EM RISCO À ESTABILIDADE EMOCIONAL DO INFANTE. CAPACIDADE E ADEQUAÇÃO COMPROVADAS DA AVÓ MATERNA EM CRIAR O NETO QUE NÃO SÃO SUFICIENTES PARA A ALTERAÇÃO DA SITUAÇÃO FÁTICA CONSOLIDADA. GUARDA EM FAVOR DO GENITOR MANTIDA.

FIXAÇÃO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS RECURSAIS. ART. 85, §§ 1º E 11, DO CPC/2015. SENTENÇA PUBLICADA APÓS A VIGÊNCIA DO ATUAL DIPLOMA PROCESSUAL CIVIL. MAJORAÇÃO DA VERBA HONORÁRIA QUE SE IMPÕE. EXIGIBILIDADE SUSPensa, POR SE TRATAR A AUTORA DE BENEFICIÁRIA DE JUSTIÇA GRATUITA, EX VI DO ART. 98, § 3º, DO MESMO DIPLOMA LEGAL.

RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0300162-31.2015.8.24.0040, da comarca de Tubarão (Vara da Família Órfãos Instância e Juventude) em que é Apelante W. C. F e Apelado C. A.

A Sétima Câmara de Direito Civil decidiu, por votação unânime, conhecer do recurso e negar-lhe provimento. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, o Exmo. Des. Osmar Nunes Júnior e o Exmo. Des. Álvaro Luiz Pereira de Andrade, presidente com voto.

Funcionou como representante do Ministério Público o Exmo. Sr. Procurador de Justiça Plínio César Moreira e lavrou parecer o Exmo. Sr. Procurador de Justiça Lenir Roslindo Piffer.

Florianópolis, 11 de julho de 2019.

Carlos Roberto da Silva
RELATOR

RELATÓRIO

W. C. F. interpôs recurso de apelação contra sentença (p. 405-415) que, nos autos da ação de guarda que move em desfavor de C. A., julgou improcedente o pleito inicial de concessão da guarda em seu favor do neto R. F. A. e deferiu a guarda definitiva ao demandado/genitor.

Para melhor elucidação da matéria debatida dos autos, adota-se o relatório da sentença recorrida:

W. C. F., residente em Laguna/SC, qualificada na inicial, propôs ação de guarda, perante o Juízo da Comarca de Laguna, contra C. A., residente em Tubarão-SC. A autora objetiva a guarda do neto R. F. A., informando que o requerido retirou o menor de seus cuidados a força e vem impedindo-a de ter contato com a criança, conforme petição inicial de fls. 01/08.

Relatou que sua filha, genitora do menor, R. C. F., viveu com em união estável por aproximadamente 11 anos com o requerido. Após o término do relacionamento, em razão das brigas e ameaças proferidas pelo último, Roberta e o menor foram residir na residência da requerente.

A seguir, informou também que, no dia 18/12/2014, sua filha faleceu e que no dia 23/12/2014, o requerido assinou um documento em que manifestou sua concordância com a manutenção da guarda do infante em favor da autora. Por fim, relatou que, no dia 23/01/2015, o requerido foi a sua residência e levou consigo a criança. Alegou que o neto sempre residiu consigo e que o requerido é usuário de substâncias entorpecentes, inclusive na presença da criança. Ainda, alegou que o requerido pratica atos de alienação parental e que o mesmo trabalha como caminhoneiro, ficando afastado de casa por períodos próximos a 40 dias. Por derradeiro, requereu, em tutela antecipada, a guarda provisória do neto e, ao final, a procedência do pedido, a citação do parte requerida, o benefício da justiça gratuita. Valorou a causa em R\$ 1.000,00. Juntou documentos de fls. 09/54.

Por meio da decisão de fls. 55/57, foi deferida a guarda provisória da criança em favor da autora, regulamentando-se provisoriamente o direito de visitas pelo requerido em finais de semana alternados.

O requerido compareceu espontaneamente no processo e apresentou resposta na modalidade de contestação (fls. 68/82) e exceção de incompetência (autos apartados).

Na contestação, ressaltou a ocorrência de prevenção do Juízo da comarca da Tubarão, onde propôs a ação de guarda nº 0300728-69.2015.8.24.0075. Alegou, preliminarmente, a ilegitimidade da requerente para figurar no polo ativo da demanda. No mérito, sustentou, em síntese, que sempre exerceu a guarda fática do filho, bem como, após o falecimento de sua companheira, visitava-o constantemente na casa dos ex-sogros. Afirmou também que mudou de emprego e, em razão disso, não faz mais viagens. Asseverou que matriculou o filho em escola de educação básica. Alega ainda que não faz uso de drogas e que a criança não está em risco sob sua guarda, pelo contrário, está sendo amado, bem como está saudável e feliz em sua companhia. Tocante à declaração juntada pela requerente alegou que “foi forjada”, que o documento verdadeiro que assinou referia-se ao funeral de sua companheira Roberta.

Em incidente apartado, o requerido arguiu a incompetência do juízo de Laguna, a qual foi acolhida, tendo sido os autos remetidos para esta comarca de Tubarão (fls. 33-34, dos autos nº 0000584-79.2015.8.24.0040).

Pela decisão de fl. 115, foi revogada a guarda provisória em favor da autora e concedida em favor do genitor, fixando-se visitas em finais de semana alternados em favor da requerente.

Realizado estudo social na casa da autora (fls. 159).

O Ministério Público requereu a realização de estudo social na residência de ambas as partes, bem como a realização de audiência de conciliação (fls. 176/177). Sobreveio o estudo social realizado na residência do requerido, em Tubarão (fls. 192-195).

Recebida a ação nesta Comarca de Tubarão, indeferiu-se o pedido a suspensão do direito de visitas da autora (fls. 204).

Intervindo no feito, o Ministério Público requereu a designação de audiência de instrução e julgamento (fl. 209).

Saneado o feito, deferiu-se a produção de prova testemunha, determinou-se a realização de avaliação psicológica das partes (fl. 210).

Juntado Laudo Psicológico às fls. 262/269, cujo parecer concluiu que as necessidades do infante estão sendo atendidas pelo genitor.

Na audiência de instrução e julgamento (fl. 270), os procuradores das partes desistiram da coleta dos depoimentos pessoais. Foram ouvidas duas testemunhas, Nivaldo de Souza Medeiros e Josiane da Silva. A procuradora do requerido desistiu da oitiva das demais testemunhas. Na ocasião, determinou-se a requisição de cópia dos autos 0008043-69.2014.8.24.0040 (medida protetiva). Restou a inquirição das testemunhas da autora, cujos depoimentos foram deprecados à comarca de Laguna. Deliberou-se que após a juntada dos documentos e da carta precatória inquiritória, as partes fossem intimadas para apresentar suas razões finais.

Juntada cópia do procedimento da medida protetiva n. 175/2014, em nome de Roberta Celestino Felisberto e em desfavor do requerido (fls. 287/213).

Intimada para dizer se as testemunhas que seriam ouvidas pelo juízo deprecado referiam-se a fato ainda não dito pelas demais já inquiridas (fls. 329 e 333), a autora ficou-se inerte (fls. 334).

Declarou-se encerrada a instrução (fls. 335).

Retorno da carta precatória de inquirição (fls. 341/368), quando foram ouvidas as testemunhas arroladas pela requerente. As partes foram intimadas para apresentação de alegações finais, conforme certidão de fl. 373.

Ao final, por meio da petição de fls. 374/375, o requerido informou que, após retornar das visitas realizadas pela avó, seu filho mencionou ter a avó afirmado que foi culpa de seu pai/requerido a morte de Roberta. Em razão disso, requereu a suspensão do direito de visitas da requerente.

O Ministério Público lançou parecer pela improcedência do pedido, mantendo-se a guarda da criança com o genitor. Opinou, também, pela realização de perícia psicológica, a fim de verificar eventual prática de alienação parental pela autora (fls. 376/382).

O requerido reiterou o pedido de suspensão das visitas (fls. 383/384).

O requerido apresentou suas razões finais, requerendo a guarda definitiva do filho (fls. 385/387).

Certificado o decurso do prazo para apresentação das razões finais pela autora (fls. 388).

Intimada sobre o teor da petição de fls. 383/384, a autora apresentou manifestação de fls. 396/403.

O Ministério Público reiterou parecer pela improcedência do pedido (fls. 404).

Os autos vieram conclusos.

Da parte dispositiva do *decisum*, extrai-se a síntese do julgamento de primeiro grau:

Ante o exposto, JULGO IMPROCEDENTE a pretensão inicial desta Ação de Guarda e DEFIRO a guarda definitiva de R. F. A. em favor do genitor C. A. e, por consequência, EXTINGO o feito, com resolução de mérito (CPC, art. 487, I).

Asseguro o direito de visitas em favor da avó materna na forma regulamentada na fundamentação.

Condeno a autora ao pagamento de custas e despesas processuais, bem como dos honorários advocatícios do procurador do requerido, estes últimos ora fixados em R\$ 1.000,00 (um mil reais), a teor do § 2º e § 8º do art. 85 do CPC, ficando, todavia, SUSPENSA a exigibilidade das obrigações, nos termos do § 3º do art. 98 do CPC, eis que beneficiária da justiça gratuita (fls. 57, in fine).

Em suas razões recursais (p. 430-440) a demandante assevera, em síntese, que seu neto, R. F. A., residia consigo desde o sétimo mês de vida juntamente com sua filha R. C. F., falecida em 18-12-2014. Afirma, ainda, que após o falecimento da genitora o pai da criança e ex-companheiro de sua filha consentiu em deixar os cuidados do filho com requerente, avó materna, e que em janeiro de 2015 o demandado resolveu assumir a guarda da criança.

Aduz que sua filha, apenas um dia antes de sua morte, registrou um Boletim de Ocorrência em desfavor do demandado a fim de que fosse instaurada medida protetiva, razão pela qual afirma que o requerido não possui condições de cuidar da criança, pois é agressivo e usuário de drogas.

Também sustenta que o guardião tem propiciado alienação parental, porquanto “está tentando implantar falsas memórias no menor, com relação à Apelante e sua família, denegrindo e distorcendo a imagem que o menor tinha de sua genitora, ameaçando ainda o infante de apenas 05 (cinco) anos, que se ele for residir com sua avó materna o apelado afirmou que nunca mais irá procurá-lo, criando um terror, um conflito interior em um menor de pouco mais de 05 anos” [sic] (p. 437).

Requer, ao fim, a reforma da sentença.

Com as contrarrazões (p. 449-452), ascenderam os autos a esta Corte de Justiça.

A Procuradoria-Geral de Justiça, por intermédio de parecer do Procurador de Justiça Lenir Roslindo Piffer, opinou pelo conhecimento e desprovimento do reclamo (p. 458-462), vindo os autos conclusos para julgamento.

Este é o relatório.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto contra sentença que julgou improcedente o pedido inaugural formulado pela apelante em desfavor do apelado.

Porque presentes os pressupostos de admissibilidade, conhece-se da apelação interposta.

De início, destaca-se que a decisão recorrida foi publicada quando já vigente o novo Código de Processo Civil, motivo pelo qual a referida norma norteará a presente decisão, por incidência do

princípio *tempus regit actum* (teoria do isolamento dos atos processuais), nos moldes do art. 1.046 do atual Código de Ritos.

Tem-se como fato incontroverso, porque reconhecido por parte dos litigantes, que há interesses conflitantes em relação à guarda da criança R. F. A., neto da apelante e filho do apelado, hoje com 9 (nove) anos (p. 12); e que as partes residem em cidades diferentes, o genitor em Tubarão e a avó materna em Laguna, ou seja, a aproximadamente 30 km de distância uma da outra. Também incontestado, porquanto é fato confesso, que há animosidade entre a recorrente e o recorrido.

A controvérsia, portanto, cinge-se em analisar a (im)possibilidade de modificação da guarda definida na decisão objurgada (manutenção em favor do pai) e sobre tal ponto debruçar-se-á a presente decisão.

Adianta-se, desde já, que o apelo não comporta acolhimento.

I – Do pleito de alteração da guarda:

A recorrente alega que a decisão que concedeu a guarda do neto R. F. A. com o genitor/recorrido deve ser reformada, sob o argumento, em suma, de que possui plenas condições de propiciar à criança os cuidados necessários ao seu desenvolvimento e que tal medida se revela no sentido do melhor interesse do infante.

Sem razão a apelante.

Inicialmente, como é de conhecimento, há a possibilidade de modificação da guarda a qualquer tempo por meio de decisão fundamentada, conforme preconiza o art. 35 do Estatuto da Criança e do Adolescente:

Art. 35. A guarda poderá ser revogada a qualquer tempo, mediante ato judicial fundamentado, ouvido o Ministério Público.

As decisões que versam sobre guarda de menor devem sempre estar em conformidade com o princípio do melhor interesse da criança, que se sobrepõe ao interesse dos demais envolvidos.

Sobre o tema, a doutrina Waldyr Filho Grisard:

O objetivo da lei é proteger interesses de uma forma geral e abstrata, convindo a um sem número de casos que cabem na hipótese legal. De outra parte, existem interesses individuais e concretos sobre os quais se procede a uma avaliação individualizada. É desses interesses concretos que se cuida na determinação da guarda dos filhos, sendo o juiz o intérprete dos particulares interesses materiais, morais, emocionais, mentais e espirituais de filho menor, intervindo segundo o princípio de que cada caso é um caso, o da máxima singularidade. O interesse concreto do menor, buscando em seu futuro, com o fim de protegê-lo e lograr seu desenvolvimento e sua estabilidade, apto à formação equilibrada de sua personalidade, é critério

da decisão do juiz (*Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 70).

Na mesma direção, Guilherme Gonçalves Strenger destaca que “a razão primordial que deve presidir a atribuição da guarda em tais casos é o interesse do menor, que constitui o grande bem a conduzir o juiz, no sentido de verificar a melhor vantagem para o menor, quanto ao seu modo de vida, seu desenvolvimento, seu futuro, sua felicidade e seu equilíbrio” (*Guarda de Filhos*, São Paulo: LTr, 1998, p. 56).

Assim sendo, deve-se optar sempre pela situação de maior vantagem aos interesses da criança, como forma de se efetivar a proteção integral dela em homenagem ao seu direito fundamental, consoante prescreve o art. 227 da Constituição Federal:

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.

Balizado nesse preceito constitucional, o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90) dispõe em seus arts. 3º e 4º, *verbis*:

Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

E ainda, na interpretação da referida legislação protecionista, levar-se-ão em conta os fins sociais, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento (ECA, art. 6º).

Pois bem.

Em análise aos autos infere-se que a avó, muito embora residisse com o neto, deteve a guarda exclusiva da criança por curto período de tempo, qual seja, após o falecimento de sua filha em dezembro de 2014 até janeiro de 2015, e judicialmente desde a concessão da tutela provisória em 6 fevereiro de 2015 (p. 55-57) até a revogação da liminar e deferimento da guarda em favor do pai no

dia 27 daquele mesmo mês e ano (p. 115). Naquela ocasião, o infante contava com pouco mais de 5 (cinco) anos de idade.

Também se observa, ao contrário do que sustentou a recorrente, que o pai exerce seu dever sem qualquer indício de maus tratos ou mesmo de tratamento distante ou incompleto sob os pontos de vistas afetivo e material, cumprindo, portanto, com eficiência, seu *munus*.

A propósito, o estudo social que aportou aos autos, datado de 20-3-2015 (p. 191-195), realizado na residência do genitor, conclui:

Pelo constatado R. F. A. encontra-se residindo com o pai, e aparenta estar assistido adequadamente.

C. conta com o apoio da família extensa, mais especificamente de sua mãe, para os cuidados com o filho.

No contato com R. observamos que é uma criança de fácil comunicação, falou com tranquilidade, embora tenha demonstrado estar fragilizado com esta disputa de guarda.

O que se deve levar em conta e o mais importante aqui é a relação entre pai e filho, que segundo constatado é boa e salutar para R.

A situação atual evidencia que a permanência da criança aos cuidados do pai possibilitará um recomeço de uma nova vida, bem como, permitirá à criança superar paulatinamente a dor da perda da genitora.

Assim sendo, no presente momento, não encontramos motivos que desabonem o pai de continuar com a guarda do filho.

Era o que tínhamos a informar.

Por sua vez, o estudo social realizado na residência da avó materna constatou (p. 159-151):

[...]

R. e C. conviveram maritalmente casados por aproximadamente 10 (dez) anos.

Residiram na casa dos pais de R. por 6 (seis) anos.

Em meados do ano de 2014 o casal se separou. C. voltou a residir em Tubarão e R., junto de seu filho R. ficou morando na residência de seus pais.

W. nos relata que R. após a separação recebia muitas mensagens, via celular, de C. com ofensas e palavras de baixo calão. Que nos últimos meses R. estava fazendo uso de calmantes por causa das perturbações de C.

C. chegava de viagem e não procurava o filho, quando R. descobria que C. já estava há dois na cidade, ligava e perguntava se o mesmo não ia visitar o filho.

Embora o casal estava separado, era normal C. as vezes dormir na casa de W., junto de R. e seu filho R.

R. cometeu suicídio em Dezembro, dois dias após C. assinou uma declaração de consentimento, declarando que era de livre e espontânea vontade que seu filho R. continuasse a residir com seus avós maternos pelo fato de não ter possibilidade de cria-lo sozinho.

Ocorre que dias após assinar a declaração C., foi até a casa de W. e pegou o menino e informou que ele criaria o filho.

W. relata que desde que C. levou R., só teve contato com o neto após a determinação judicial que lhe deu direito de visitar o neto a partir do sábado dia 14 próximos passado. Após algumas tentativas de ver seu neto e C. não deixar, W. foi até a residência de C. Em Tubarão e buscou o neto no dia 14/03/2015 sábado pela manhã e o devolveu no domingo as 18:00 horas.

Segundo W., R. se mostrou revoltado com ela, somente com ela. Com o avô e tios não demonstra revolta. Está tranquilo e os trata bem, mas a ela tratou com rispidez. W. acha que C. pegou o filho, para não mais pagar alimentos e ter o direito de receber pensão por morte de R., e que C. está colocando R. contra ela.”sic”

No ato da visita estava em sua casa, sua filha K., que reside em Tubarão e veio passar uns dias com os pais. W. se mostra entristecida com a atitude de C. Diz sentir falta de R. Deseja ter contato com o neto, e continua desejando sua guarda e responsabilidade, pois teme que a criança não seja bem cuidada pelo pai e a família paterna.

Assim, o que se verificou inicialmente é que ambos os litigantes nutrem profundo afeto pelo infante, mas existe um relacionamento desarmonioso entre a avó materna e o pai da criança, o que fica evidenciado principalmente nas acusações mutuas um ao outro, fato que, todavia, não desabona a conduta do pai com relação aos cuidados necessários com o filho.

Da avaliação psicológica extrai-se que o recorrido, muito embora estivesse impossibilitado do contato diário com o filho em função de sua profissão de caminhoneiro, sempre que possível estava com a criança e sua ex-companheira, isso até pouco tempo antes do fatídico suicídio da genitora, destacando-se que após o ocorrido mudou de profissão justamente para poder dar maior atenção ao filho, *vide* (p. 267-268):

Pelo que pode ser apreendido, até poucos meses antes do falecimento de sua genitora, R. viveu com sua família intacta, ou seja, com ambos os genitores, ainda que C. passasse um tempo distante por conta do trabalho como caminhoneiro. Mesmo após a separação dos pais, ocorrida poucos meses antes do falecimento de sua mãe, o menino continuava convivendo amplamente com o genitor pois ele tinha livre acesso à casa dos ex-sogros e para lá se dirigia sempre que voltava de viagem. Ainda que a parte requerente tenha trazido muitas informações com o intuito de desabonar a conduta de C. enquanto cônjuge (W. falou de violência física e psicológica contra sua filha e uma suposta indução ao suicídio), não foram trazidos quaisquer relatos passados ou atuais que desabonem a conduta de C. no exercício da função paterna. Pelo contrário, desde que assumiu exclusivamente os cuidados do filho vem buscando readequar sua rotina de modo a estar mais presente na vida de R., trocou de emprego e atualmente está gerindo um negócio próprio em sua casa, o que lhe confere flexibilidade de tempo. Na observação da interação entre pai e filho ficou evidente o carinho de R. para com o pai, o que nos fala da existência de um bom vínculo de afeto entre eles. Além do mais, entende-se que por mais que desempenhem um papel de extrema importância na família, os avós não podem, nem devem, tentar substituir os pais de seus netos quando eles estão disponíveis e tem capacidade para cuidar de sua prole, como no caso em tela.

A psicóloga forense ainda concluiu que “R. vem sendo adequadamente atendido em suas

necessidades básicas pelo seu genitor e atual guardião, C. A., evidenciando sinais que sua adaptação ao novo contexto familiar vem sendo bem sucedida” (p. 268).

Em análise à prova oral produzida nos autos (audiovisual à p. 368), verifica-se que os testigos confirmaram o bem estar da criança e que o apelado é bom pai.

Nesse sentido, considerando que os referidos relatos testemunhais já foram extraídos pela Togada *a quo*, sendo fidedignos aos testemunhos prestados, transcrevem-se tais como lançados na sentença, juntamente com parte dos fundamentos do *decisum* objurgado, os quais igualmente subsidiam o presente acórdão (p. 411):

A testemunha NIVALDO DE SOUZA MEDEIROS (arquivo audiovisual, fls. 270), foi vizinha, do requerido, não trouxe nenhuma notícia desabonadora da conduta do requerido, pelo contrário, relatou que o demandado é um bom pai. Do mesmo modo a informante JOSIANE DA SILVA, informou que a criança está bem feliz na companhia do pai, que sempre teve o pai como um herói (2:41”-54”).

As testemunhas e informantes arrolados pela autora também não souberam nada desabonador da conduta do requerido, com exceção da informante C. (filha da autora), que apesar de ter feito menção ao requerido como usuário de drogas, disse que nunca presenciou o fato.

Portanto, apesar de ser inconteste que ambos os litigantes possuem afeto pela criança e possuem semelhantes condições de cuidar e educar o infante, não há prova nos autos que indique estar o apelado exercendo a paternidade de modo prejudicial ao menino, aliás, como bem destacou o ilustre Procurador de Justiça em seu parecer (p. 459) “Inobstante alegue a avó da criança não estar o pai demandado em condições de exercer a guarda de R., a prova dos autos remete à conclusão diversa, da qual este Órgão de Execução não pode se distanciar, sob pena de se valorar meros inconformismos em detrimento de provas técnicas produzidas sob o ângulo do contraditório e da ampla defesa”.

Além disso, importa consignar que o filho do apelado, nascido em 16-11-2009, possui apenas 9 (nove) anos de idade e há mais de 4 (quatro) anos tem convivido exclusivamente com o genitor, inserido não somente na família paterna, mas também no ambiente escolar, onde, muito provavelmente, também fez vínculos de amizade, estabelecendo-se uma rotina que deve ser preservada.

Outrossim, não se pode olvidar que apesar da lamentável desarmonia entre as partes litigantes, não se mostra aconselhável a modificação da guarda, porquanto a criança já está adaptada ao convívio com o pai, o qual é o principal responsável pelo cuidado do filho, não havendo excepcionalidades no caso vertente que evidenciem a necessidade de se deferir a guarda em favor da avó materna em detrimento do convívio com o pai e família paterna.

Conclui-se, diante desse cenário, que uma mudança abrupta de guarda, com a conseqüente quebra da rotina, sem fatos graves que desabonem a conduta do pai biológico, somente acarretará

insegurança à criança, atentando contra sua estabilidade emocional, razão pela qual se desaconselha o rompimento do liame natural.

Sobre o assunto, leciona Carlos Roberto Gonçalves:

Em princípio, a guarda dos filhos constitui direito natural dos genitores. Verificado, porém, que não devem eles permanecer em poder da mãe ou do pai, o juiz deferirá a sua guarda preferencialmente a pessoa notoriamente idônea da família de qualquer dos cônjuges, 'que revele compatibilidade' com a natureza da medida, levando em conta a 'relação de afinidade e afetividade' com os infantes (CC, art. 1.584, § 5º, com a redação dada pela Lei n. 11.698/2008). Destaque-se a importância que o novo diploma confere aos laços de afinidade e de afetividade na fixação da guarda dos menores.

Para romper o liame natural existente entre pais e filhos, com o deferimento da guarda a terceiro, é necessário que existam motivos graves que autorizem a medida e atribuam maior vantagem aos filhos. (GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Direito de Família*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 293 – grifo nosso).

A propósito, em casos semelhantes, tem decidido esta Corte em privilegiar a relação dos filhos com os pais, observando-se o princípio do melhor interesse da criança:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE REGULAMENTAÇÃO DE GUARDA E FIXAÇÃO DE ALIMENTOS AJUIZADA PELO GENITOR. PROCEDÊNCIA. FALECIMENTO DA GENITORA NO CURSO DA DEMANDA. INFANTE SOB OS CUIDADOS DA AVÓ MATERNA DESDE O REFERIDO FALECIMENTO. EXERCÍCIO DA GUARDA. PREFERÊNCIA DO GENITOR. AUSÊNCIA DE CONDUTAS DESABONADORAS. PROVA TESTEMUNHAL E ESTUDO SOCIAL CONCLUSIVOS EM RELAÇÃO À CAPACIDADE DE EXERCÍCIO DOS DEVERES DE PAI. PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DO MENOR. EXEGESE DOS ARTIGOS 19 E 22 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E ARTIGO 1.584, § 5º, DO CÓDIGO CIVIL. PROCEDÊNCIA MANTIDA. REGULAMENTAÇÃO NECESSÁRIA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. “Pode ser conceituado atualmente como o direito fundamental da criança e adolescente a viver junto à sua família natural ou subsidiariamente à sua família extensa. [...] Assim, nos procedimentos da infância e juventude, a preferência é sempre de manutenção do menor junto aos genitores biológicos. [...]” (ISHIDA, Válder Kenji. *Estatuto da Criança e do Adolescente: Doutrina e Jurisprudência*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 40/41). (TJSC, Apelação Cível n. 0301828-10.2017.8.24.0004, de Araranguá, rel. Des. Paulo Ricardo Bruschi, Primeira Câmara de Direito Civil, j. 27-06-2019 – grifo nosso).

No mesmo sentido: TJSC, Apelação Cível n. 0300877-48.2016.8.24.0037, rel. Des. André Carvalho, Primeira Câmara de Direito Civil, j. 14-12-2017 e Apelação Cível n. 0306906-27.2015.8.24.0045, rel. Des. Sebastião César Evangelista, Segunda Câmara de Direito Civil, j. 13-07-2017.

Dado o exposto, com o intuito de preservar os laços afetivos já estabelecidos entre o infante

e seu genitor, bem como, por não restar comprovado por meio da prova produzida a existência de riscos à criança, mas tão somente benefícios para sua estabilidade emocional, tão importantes nessa fase de sua formação e crescimento, tem-se como medida razoável a manutenção da guarda em favor do pai, conforme deliberado na sentença combatida.

Por fim, registra-se que não há prova de alienação parental, inclusive o direito de visitas foi devidamente regulamentado em favor da apelante, sobrevindo aos autos informação por parte do recorrido de que a avó não tem buscado o convívio com a criança (p. 473-474).

III – Dos honorários recursais:

Por fim, seguindo regramento do CPC/2015, deve haver majoração da verba honorária sucumbencial, com base no art. 85, § 11, conforme já orientou o Superior Tribunal de Justiça no Enunciado Administrativo n. 7, *in verbis*:

Somente nos recursos interpostos contra decisão publicada a partir de 18 de março de 2016, será possível o arbitramento de honorários sucumbenciais recursais, na forma do art. 85, § 11, do novo CPC.

E o citado dispositivo preconiza:

Art. 85. A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor.

(...) § 11. O tribunal, ao julgar recurso, majorará os honorários fixados anteriormente levando em conta o trabalho adicional realizado em grau recursal, observando, conforme o caso, o disposto nos §§ 2º a 6º, sendo vedado ao tribunal, no cômputo geral da fixação de honorários devidos ao advogado do vencedor, ultrapassar os respectivos limites estabelecidos nos §§ 2º e 3º para a fase de conhecimento.

Sobre o tema, prescreve a doutrina:

No sistema do CPC pode haver a imposição de *nova* verba honorária, que não se confunde com aquela da primeira instância e que é devida em razão do trabalho adicional do advogado na instância superior.

O juiz de primeira instância, ao estipular o percentual dos honorários, não tem como saber se haverá recursos que demandarão mais trabalho do advogado. Porém, não se pode deixar de remunerar esse trabalho, sob pena de violação ao princípio constitucional da justa remuneração (CF 7º) (NERY JÚNIOR, Nelson; DE ANDRADE NERY, Rosa Maria. *Comentários ao Código de Processo Civil, novo CPC Lei 13.105/2015*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. ps. 436-437).

Dessa forma, tendo a decisão sido publicada após a entrada em vigor do CPC/2015 (26-8-2016 – p. 416), os honorários advocatícios de sucumbência devem ser majorados de R\$ 1.000,00

(mil reais) para R\$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais), na forma do art. 85, §§ 1º e 11º, do CPC/2015. Entretanto, permanece suspensa a exigibilidade da verba sucumbencial em relação à parte apelante, nos moldes do art. 98, § 3º, do CPC/2015, uma vez que é beneficiária da justiça gratuita (p. 57).

Ante o exposto, voto no sentido de conhecer do recurso e negar-lhe provimento, e, em consequência, majorar os honorários de sucumbência em favor do patrono da parte apelada, nos termos da fundamentação supra.

Este é o voto.

GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO COMERCIAL

Reclamação n. 4009679-49.2019.8.24.0000, de Joinville

Relator: Desembargador Luiz Zanelato

RECLAMAÇÃO. DECISÃO DE PRIMEIRO GRAU QUE SUSPENDEU O PROCESSO DE AÇÃO ORDINÁRIA ANTE PEDIDO DE INSTAURAÇÃO DE INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS. IMPUGNAÇÃO POR AGRAVO DE INSTRUMENTO NÃO CONHECIDO POR DECISÃO MONOCRÁTICA.

JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE.

RECLAMAÇÃO FUNDADA EM FALTA DE RECURSO ESPECÍFICO PARA COMBATER DECISÃO DO JUIZ SINGULAR, NOS TERMOS DO ARTIGO 243 DO JÁ REVOGADO REGIMENTO INTERNO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA. DECISÃO IMPUGNADA PROFERIDA APÓS A ENTRADA EM VIGOR DO NOVO REGIMENTO INTERNO, O QUAL NÃO MAIS CONTEMPLA REFERIDA HIPÓTESE DE CABIMENTO DA RECLAMAÇÃO. SUPREMACIA DO NOVO ESTATUTO DESTA CORTE QUE, EM SINTONIA COM O ARTIGO 988 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL (LEI N. 13.256/2016), RESERVA O CABIMENTO DA RECLAMAÇÃO PARA AS HIPÓTESES DE USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL, VIOLAÇÃO DA AUTORIDADE DE DECISÃO DO TRIBUNAL, OFENSA À AUTORIDADE DE PRECEDENTES DAS CORTES SUPREMAS E DE JURISPRUDÊNCIA VINCULANTE. CASO CONCRETO QUE NÃO SE AMOLDA A NENHUM DESTES CASOS, O QUE OBSTA SEU CONHECIMENTO.

ADEMAIS, DECISÃO MONOCRÁTICA DE NÃO CONHECIMENTO DO AGRAVO DE INSTRUMENTO QUE, EMBORA SUJEITA A AGRAVO INTERNO (ARTIGO 1021 DO CPC), RESTOU IRRECORRIDA. NÃO ESGOTAMENTO DA INSTÂNCIA RECURSAL ORDINÁRIA.

RECLAMAÇÃO NÃO CONHECIDA.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Reclamação n. 4009679-49.2019.8.24.0000, da comarca de Joinville 1ª Vara de Direito Bancário em que é Reclamante (s) Maura Alaide Chistanek e Reclamado (s) Juiz de Direito da 1ª Vara de Direito Bancário da Comarca de Joinville.

A Grupo de Câmaras de Direito Comercial decidiu, por votação unânime, não conhecer da reclamação. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Cláudio Barreto Dutra, com voto, e dele participaram os Exmos. Srs. Des. Jaime Machado Júnior, Des. Dinart Francisco Machado, Des. Monteiro Rocha, Des. Salim Schead dos Santos, Des. Sérgio Izidoro Heil, Des. Rejane Andersen, Des. Soraya Nunes Lins, Des. Túlio Pinheiro, Des. Ronaldo Moritz Martins da Silva, Des. Robson Varella, Des. Newton Varella Júnior, Des. Gilberto Gomes de Oliveira e Des. Guilherme Nunes Born.

Florianópolis, 12 de junho de 2019.

Desembargador Luiz Zanelato

Relator

RELATÓRIO

Maura Alaide Chirstanek interpôs, em 04-04-2019, correição parcial (reclamação), em face da decisão proferida pelo juízo da 1ª Vara de Direito Bancário da comarca de Joinville, que, nos autos da ação de restituição de valores e de indenização por danos morais ajuizada em face de Banco BMG S/A, suspendeu o processo diante da solicitação de instauração de incidente de demandas repetitivas, nestes termos:

Cuida-se de “ação de restituição de valores c/c indenização por dano moral, com pedido de tutela provisória de urgência antecipada”, em que se busca, liminarmente, impedir que a parte ré reserve margem consignável - RMC e realize empréstimo sobre a RMC para cartão de crédito e, em definitivo, a declaração de inexistência da contratação de empréstimo via cartão de crédito e reserva de margem para cartão de crédito, com a condenação da ré à restituição em dobro dos descontos realizados mensalmente nos últimos cinco anos, além de indenização por danos morais.

A respeito do tema, sabe-se do entendimento firmado pela Turma de Uniformização:

“PEDIDO DE UNIFORMIZAÇÃO DE INTERPRETAÇÃO DE LEI. AÇÃO DE RESTITUIÇÃO DE VALORES C/C INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. RMC - RESERVA DE MARGEM CONSIGNÁVEL. EMPRÉSTIMO POR MEIO DE SAQUE VIA CARTÃO DE CRÉDITO. PRETENSÃO DE DECLARAÇÃO DE INEXISTÊNCIA DA CONTRATAÇÃO DO EMPRÉSTIMO VIA CARTÃO DE CRÉDITO COM RESERVA DE MARGEM CONSIGNÁVEL, RESTITUIÇÃO EM DOBRO DOS DESCONTOS REALIZADOS E INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA DOS PEDIDOS INICIAIS. RECURSO DO REQUERENTE. ACÓRDÃO NEGOU PROVIMENTO PARA MANTER A DECISÃO DE MÉRITO. ART.46 DA LEI N.9.099/95.

PREVISÃO LEGAL E REGULAMENTAR DA RMC. MEDIDA PROVISÓRIA 681/2015, CONVERTIDA NA LEI N. 13.172/2015 QUE ALTEROU DISPOSITIVOS DA LEI 10.820/2003. CONTRATAÇÃO QUE VEIO A SER COMPROVADA PELA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. VALORES LIBERADOS EM FAVOR DAS PARTES CONTRATANTES, ESTAS QUE ADERIRAM LIVRE E CONSCIENTEMENTE AOS CONTRATOS DE EMPRÉSTIMO CONSIGNADO, POR MEIO DE SAQUES VIA CARTÃO DE CRÉDITO. VALIDADE AMPARADA POR LEGISLAÇÃO E REGULAMENTAÇÃO ESPECÍFICA. IMPOSSIBILIDADE DE SE AVENTAR ILEGALIDADES NAS CONTRATAÇÕES. INEXISTÊNCIA DE IMPUGNAÇÕES DAS ASSINATURAS E, TAMBÉM, DE VÍCIOS A MACULAREM AS MANIFESTAÇÕES DE VONTADES EXTERNADA NA ACEITAÇÃO DOS TERMOS DOS CONTRATOS. INEXISTÊNCIA DE NULIDADES. POR CONSEQUÊNCIA, NÃO CABE TAMBÉM A CONVERSÃO DO CONTRATO EM EMPRÉSTIMO CONSIGNADO, VEZ QUE TAL MODALIDADE DE CRÉDITO ESTÁ AMPARADA EM LEI.

INVIÁVEL, NO MAIS, READEQUAÇÃO DOS TERMOS DOS CONTRATOS, POSTO QUE AS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS NÃO INCORRERAM EM QUALQUER PRÁTICA QUE CARACTERIZE VANTAGEM EXCESSIVA OU ABUSIVA, CAPAZ DE SUBMETEREM OS CONSUMIDORES A SITUAÇÃO DE DESVANTAGEM EXAGERADA OU DE ENCERRAR ILEGALIDADE. POR VIA DE CONSEQUÊNCIA, INEXISTE ABALO ANÍMICO INDENIZÁVEL.

DIVERGÊNCIA RECONHECIDA - INTERPRETAÇÃO UNIFORMIZADA PARA ATESTAR A LEGALIDADE DOS CONTRATOS DE CRÉDITO COM RESERVA DE MARGEM CONSIGNÁVEL - RMC. DANO MORAL INEXISTENTE.

EDIÇÃO DE ENUNCIADOS PARA ORIENTAÇÃO DO SISTEMA DOS JUIZADOS ESPECIAIS, NA FORMA DO ART.66J, §4º DO REGIMENTO INTERNO DAS TURMAS DE RECURSOS DO SISTEMA DOS JUIZADOS ESPECIAIS DO ESTADO DE SANTA CATARINA COM AS SEGUINTE REDAÇÕES:

‘XIII - O Juizado Especial é competente para discussão dos contratos que tratam da reserva de margem consignável na Lei n.10.820/2003.’

‘XIV - Observados os termos da Lei n.10.820/03 a da Instrução Normativa n.28/2008-INSS, é válido o contrato de cartão de crédito consignado com autorização para desconto em benefício previdenciário, não havendo dano moral presumível no caso de sua contratação com inobservância daquelas regras.’

(TJSC, Pedido de Uniformização de Interpretação de Lei n. 0000018-87.2018.8.24.9009, de Quarta Turma de Recursos - Criciúma, rel. Des. Edison Zimmer, Turma de Uniformização, j. 21-10-2018).

Como se percebe, especialmente pela síntese contida nos enunciados XIII e XIV editados pela Turma de Uniformização, reconheceu-se a legalidade do contrato de cartão de crédito consignado com autorização para desconto em benefício previdenciário. Essa foi a tese firmada.

Nada obstante, fato é que grande parte das Câmaras de Direito Comercial do TJSC têm decidido em sentido diverso, ou seja, reconhecendo a nulidade da relação jurídica. Em síntese, a tese firmada pelo TJSC é em sentido diverso, da ilegalidade do contrato de cartão de crédito consignado com autorização para desconto em benefício previdenciário.

Para ilustrar:

[...]

Em face desse contexto, entendo que é absolutamente indispensável para a segurança do sistema e melhoria da eficiência suscitar um incidente de resolução de demandas repetitivas, na forma do art. 976 do CPC:

“Art. 976. É cabível a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas quando houver, simultaneamente:

I - efetiva repetição de pro II - risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica.”

O preenchimento de ambos os requisitos estabelecidos no dispositivo supracitado é evidente, ante a existência de acórdãos em sentidos distintos do TJSC e também da Turma de Uniformização, bem como de inúmeros processos sobre o tema nas Varas de Direito Bancário desta Comarca, conforme relatórios extraídos do SAJ/PG.

Pertinente frisar, outrossim, que a própria divergência de entendimentos espelha o “risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica”, previsto no inciso II do art. 976 do CPC.

Vale gizar, que tenho ciência clara e inequívoca de que o e. TJSC negou a instauração do IRDR n. 0000718-27.2018.8.24.0000:

“INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS. INSTAURAÇÃO POR PARTE DE JUIZ DE DIREITO INTEGRANTE DA TERCEIRA TURMA DE RECURSOS DA COMARCA DE CHAPECÓ/SC, COM SUPEDÂNEO NO ART. 977, I, DO CÓDIGO DE PROCESSO DE CIVIL DE 2015. IRDR INSTAURADO COM A FINALIDADE DE FIXAÇÃO DE TESE EM RELAÇÃO À EXISTÊNCIA DE DANO MORAL E ACERCA DA RESTITUIÇÃO DE VALORES RETIDOS NOS CASOS DE DESCONTO NÃO AUTORIZADO DE VALORES, PELAS FINANCEIRAS, A TÍTULO DE RESERVA DE MARGEM DE CARTÃO DE CRÉDITO EM CONTRATO DE EMPRÉSTIMO CONSIGNADO. INADMISSIBILIDADE DO INCIDENTE QUE SE VERIFICA. JULGADOS TRAZIDOS AOS AUTOS PELO MAGISTRADO QUE DEMONSTRAM NÃO TER HAVIDO CONTROVÉRSIA APENAS EM RELAÇÃO À QUESTÃO

DE DIREITO, MAS SIM A OCORRÊNCIA DE ANÁLISE DA MATÉRIA FÁTICA RESULTANTE DO DIREITO APLICADO.

“Encarece-se que o objetivo do incidente de resolução de demandas repetitivas é o de abreviar a atividade jurisdicional, por força do vínculo imposto pelo precedente, assegurando, portanto, a duração razoável dos processos afetados; e, de outro, uniformizar a aplicação da (s) norma (s) porventura aplicável (is) aos casos concretos (Araken, cit., p. 459).

[...] é o de optar por uma tese jurídica cuja presença, *ictu oculi*, ou com o mínimo de análise fático-probatória conduza o julgador para a aplicação da tese ao caso concreto, abreviando o curso do litígio e estabelecendo com maior celeridade a paz social” (TJSP, Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas n. 2141541-94.2017.8.26.0000, de Andradia, rel. Des. Alberto Gosson, Turma Especial - Privado 2, j. 24-10-2017).

NÃO CUMPRIMENTO DOS REQUISITOS DO ART. 976 DO CPC/2015. IRDR INADMITIDO.”

(TJSC, Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas n. 0000718-27.2018.8.24.0000, da Capital, rel. Des. Rejane Andersen, Grupo de Câmaras de Direito Comercial, j. 08-08-2018).

O detalhe, no entanto, é que a instauração então analisada versava exclusivamente sobre dano moral quando entabulado o contrato de reserva de margem consignável em cartão de crédito.

Com efeito, os seguintes trechos do acórdão ilustram bem essa delimitação da causa de pedir que circunscreveu o julgado que mereceu a respeitável relatoria da Des. Rejane Andersen:

“Não se mostra escorreita, portanto, a menção do magistrado singular da 3ª Turma Recursal no Ofício n. 001/2018, no sentido de que os inúmeros recursos inominados e mandados de segurança, bem como o volumoso número de contratos de empréstimo consignado realizados pelas instituições financeiras revelam a adequação do presente pedido aos termos do art. 976, I, do CPC/2015, dado que a discussão acerca da existência ou não do dano moral, em casos como os anexados ao presente caderno processual, perpassa indubitavelmente pela análise de produção de prova no âmbito de cada procedimento.

Ou seja, necessário que se analise, em cada caso em particular, se o desconto não autorizado de valores a título de reserva de margem de cartão em contratos de empréstimo consignado resulta em abalo de ordem anímica.

(...).

Os julgados carreados ao presente feito demonstram, portanto, que a condenação por abalo moral nos referidos casos necessita de análise de questão fático-probatória constante em cada caso, o que faz com que o presente incidente esbarre na hermenêutica do inciso I do art. 976, o qual preleciona que é cabível a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas tão somente quando houver efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre mesma questão unicamente de direito.” (Grifei)

Já o pedido que agora se deduz tem causa de pedir absolutamente diversa: a validade ou não da contratação de cartão de crédito com reserva de margem consignável, que, à toda evidência, se trata de questão unicamente de direito (se o contrato respeita ou não os direitos do consumidor, sobretudo diante da Lei 10.820/03 e da Instrução Normativa n. 28/2008-INSS).

São pedidos distintos, causas de pedir de natureza completamente diversa e que possibilitam análise e julgamentos diferentes, valendo sempre recordar a lição pretoriana oriunda do saudoso Des. Eder Graf quando num julgamento advertiu: É absolutamente impossível confundir as duas situações jurídicas totalmente diversas, porquanto, como diz a moda ilhéu, na palavra de um de seus mais típicos representantes, o jornalista Miguel Livramento, ‘uma coisa é uma coisa e outra coisa é outra coisa completamente diferente!!!’” (TJSC, EmbsDecl. n. 97.011308-0, de Itajaí, rel. Des. Eder Graf, j. 30.06.98, pub. DJSC de 30.06.98).

Registro que o ofício solicitando a instauração de incidente de resolução de demandas repetitivas foi expedido nos autos n. 0302728-51.2018.8.24.0038, motivo por que desnecessário oficiar novamente neste feito.

Em decorrência daquele pedido, a fim de não tumultuar a causa com a prolação de decisão em sentido diverso daquele eventualmente adotado pelo TJSC, SUSPENDO o trâmite processual até ulterior deliberação da Corte de Justiça Catarinense, forte no art. 313, V, “a”, do CPC.

Intimem-se. Cumpra-se. [fls. 36-41].

Irresignada com tal decisão, a reclamante interpôs agravo de instrumento (fls. 43-58), distribuído à Quarta Câmara de Direito Comercial, que, por decisão monocrática, não foi conhecido, por falta de cabimento (art. 1.015 do CPC) e por não visualizada urgência no caso (fls. 59-61).

Diante do não conhecimento do agravo de instrumento, a parte interpôs a presente reclamação, sustentando, em síntese, que não cabe ao juiz singular determinar a suspensão do processo diante de pedido para instauração de incidente de resolução de demandas repetitivas, uma vez que tal providência cabe ao relator, após admitir a instauração do incidente. Assim, pugna a reclamante pelo provimento da presente reclamação, com a cassação da decisão impugnada.

Os autos foram distribuídos à Quarta Câmara de Direito Comercial, sorteados ao relator o Des. Sérgio Izidoro Heil, que, por reconhecer a incompetência daquele órgão jurisdicional fracionário, determinou a redistribuição ao Grupo de Câmaras de Direito Comercial.

Vieram os autos conclusos.

Este é o relatório.

VOTO

Inicialmente, registra-se que a decisão agravada foi proferida já sob a égide do Código de Processo Civil de 2015, motivo pelo qual é este o diploma processual que deverá disciplinar o cabimento e o processamento do presente recurso, ante o princípio *tempus regit actum* (teoria do isolamento dos atos processuais).

Tratam os autos de reclamação interposta contra decisão do magistrado da 1ª Vara de Direito Bancário da comarca de Joinville, que determinou a suspensão do processo da ação de restituição de valores c/c indenização por danos morais em virtude de haver requerido a instauração de incidente de demandas repetitivas (IRDR) acerca da validade ou não da contratação de cartão de crédito com reserva de margem consignável.

A reclamante justifica o emprego da reclamação na inexistência de recurso específico para atacar a decisão impugnada e, assim, garantir seu direito à tramitação regular do processo, invocando, como fundamento, a norma do art. 243 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, da qual reproduz seu texto.

Com efeito, preceitua o dispositivo citado pela reclamante:

Art. 243 – Caberá reclamação de decisão que contenha erro ou abuso, que importe na inversão da ordem legal do processo, quando para o caso não haja recurso específico.

§ 1º – Distribuída a petição, o relator a indeferirá in limine, se não for caso de reclamação, ou se vier desacompanhada da prova do ato impugnado.

§ 2º – Poderá o relator ordenar a suspensão do despacho que deu motivo à reclamação, quando relevante o fundamento desta, e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida.

§ 3º – Se a petição for deferida, o relator, ouvido o reclamado e, se for o caso, o procurador geral de Justiça, no prazo de dez dias para cada um, apresentará os autos em mesa para julgamento, na sessão seguinte. [grifou-se]

No entretanto, tal dispositivo não é aplicável ao caso em apreciação, uma vez que se trata de norma prevista no antigo Regimento Interno deste egrégio Tribunal de Justiça, cuja vigência esgotou-se em 31-01-2019, enquanto a decisão impugnada foi proferida em 11-02-2019 (fls. 36-41), ou seja, quando já se encontrava em vigor o novo Regimento Interno do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, motivo pelo qual são as regras presentes no novo estatuto deste Tribunal que devem ser aplicadas ao caso concreto dos autos.

A Lei nº 13.105, de 16-03-2015, que instituiu o novo Código de Processo Civil, introduziu substanciais modificações quanto a natureza jurídica e objetivo da reclamação, não lhe conferindo índole de recurso.

Segundo a doutrina: “A reclamação é uma ação que visa a preservar a competência de tribunal, garantir a autoridade das decisões de tribunal e garantir a eficácia dos precedentes das Cortes superiores e da jurisprudência vinculante das Cortes de Justiça (art. 988, CPC).” (Código de Processo Civil Comentado. Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart, Daniel Mitidiero.- 3ª ed. Rev., atual. E ampl. - São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 1113)

Quanto ao cabimento deste instrumento processual, citados autores acrescentam logo adiante: “Cabe a reclamação sempre que se vislumbrar a usurpação de competência de tribunal, a violação de autoridade de decisão, a ofensa à autoridade de precedentes das Cortes Supremas (desde que esgotadas as instâncias ordinárias, art. 988, § 5º, II, CPC) e de jurisprudência vinculante.” (*op. cit.*, p. 1113)

O novo Regimento Interno do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, harmônico com a disciplina conferida à reclamação pelos artigos 988-993 da Lei nº 13.105, de 16-03-2015, que instituiu o novo Código de Processo Civil, demonstra, em seu art. 207, que entre as hipóteses de cabimento de reclamação perante este Tribunal não mais se insere a ausência de previsão de recurso específico para atacar determinada decisão. Senão, vejamos:

Art. 207. Caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para:

I – preservar a competência do Tribunal de Justiça;

II – garantir a autoridade de suas decisões;

III – garantir a observância de acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência; e

IV – dirimir divergência entre acórdão prolatado por turma recursal e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça consolidada em incidente de assunção de competência, incidente de resolução de demandas repetitivas, julgamento de recurso especial repetitivo, ou em enunciados de súmulas, e para garantir a observância de precedentes vinculantes.

Parágrafo único. As hipóteses previstas nos incisos III e IV deste artigo compreendem a aplicação indevida da tese jurídica e sua não aplicação aos casos que a ela correspondam.

Desta forma, considerando-se que não há no novo Regimento Interno deste Tribunal previsão de cabimento de reclamação de decisão que contenha erro ou abuso, ou que importe na inversão da ordem legal do processo, quando para o caso não haja recurso específico, conforme previa o regimento anterior, tem-se que a presente reclamação é manifestamente incabível, circunstância que obsta seu conhecimento.

Não fosse isto o bastante, não é despidendo observar que, ainda que estivesse em pleno vigor o Regimento Interno anterior, tampouco poderia a reclamante socorrer-se da norma prevista no art. 243 como fundamento à sua pretensão, uma vez que sequer chegou a esgotar as possibilidades de impugnação pelos meios recursais ainda cabíveis.

Como já relatado, o agravo de instrumento interposto da decisão do magistrado de primeiro grau não foi conhecido a teor do art. 932, III, do CPC, porque considerado incabível, em decisão monocrática do relator, da qual não houve insurgência recursal. Ocorre que esse pronunciamento comportava, ainda, recurso na instância ordinária, especificamente, o agravo interno previsto no art. 1.021 do CPC/15 e, em momento posterior, eventualmente, recurso especial à instância extraordinária.

Logo, tendo em vista que a presente reclamação foi interposta com base em Regimento Interno já revogado, e que a regra que embasou o pedido foi alterada por ocasião da entrada em vigor do novo estatuto desta Corte de Justiça, é evidente a ausência de cabimento da medida interposta, porquanto manifesta a inadmissibilidade da via eleita.

Ante o exposto, voto por não conhecer desta reclamação

Agravo Interno n. 0135494-66.2015.8.24.0000/50001, de Brusque

Relator: Desembargador Gilberto Gomes de Oliveira

AGRAVO INTERNO (ART. 1.021 DO CPC). DECISÃO DO RELATOR QUE NEGA PROVIMENTO A AÇÃO RESCISÓRIA, FUNDADA EM VIOLAÇÃO A LITERAL DISPOSITIVO DE LEI (ART. 485, INCISO V, DO CPC/73), POR TER O ACÓRDÃO CUJA RESCISÃO SE PEDE SE AMPARADO EM ENTENDIMENTO CONTROVERTIDO.

VIOLAÇÃO A LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI NÃO CONSTATADA. APLICABILIDADE DE UM DOS ENTENDIMENTOS POSSÍVEIS. IMPROCEDÊNCIA MANTIDA.

Não cabe ação rescisória, por ofensa a literal disposição de lei, se a interpretação adotada na decisão cuja rescisão se pede era controvertida na jurisprudência, ainda que esta posteriormente tenha se pacificado em sentido contrário ao adotado no julgado rescindendo.

AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno n. 0135494-66.2015.8.24.0000/50001, da comarca Brusque Vara Comercial em que é agravante Banco do Brasil S.A. e agravado Indústria Têxtil São Cristóvão Ltda.

A Grupo de Câmaras de Direito Comercial decidiu, por unanimidade, negar provimento ao agravo interno, nos termos do voto do relator. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Cláudio Barreto Dutra, com voto, e dele participaram os Exmos. Srs. Des. Guilherme Nunes Born, Luiz Zanelato, Jaime Machado Júnior, Dinart Francisco Machado, Monteiro Rocha, Salim Schead dos Santos, Sérgio Izidoro Heil, Rejane Andersen, Soraya Nunes Lins, Túlio Pinheiro, Ronaldo Moritz da Silva, Robson Luz Varella e Newton Varella Júnior.

Florianópolis, 12 de junho de 2019.

Desembargador Gilberto Gomes de Oliveira

Relator

RELATÓRIO

Trata-se de agravo interno interposto pelo Banco do Brasil S.A. da decisão, de lavra deste Julgador, que, nos autos da ação rescisória por ele proposta contra Indústria Têxtil São Cristóvão Ltda., na forma dos arts. 355, inciso I, 932, inciso IV, alínea “a”, do CPC/15 c/c art. 36, inciso XVII, alínea “b”, do anterior Regimento Interno deste Tribunal de Justiça, julgou improcedente o pedido rescisório porque, conquanto a presente ação rescisória esteja fundada em violação a literal dispositivo de lei (art. 485, inciso V, do CPC/73), o acórdão da Terceira Câmara de Direito Comercial em sua composição original (de lavra do

Des. Paulo Roberto Camargo Costa e com a participação dos Des. Gastaldi BUzzi e Jorge Luiz de Borba), ao determinar, no bojo de demanda revisional de 598 contratos e operações bancárias, que “a restituição de eventuais valores pagos indevidamente pela empresa autora em razão da cobrança dos encargos abusivos devem ser corrigidos com base nas mesmas taxas exigidas pela instituição financeira durante a contratualidade, a partir da citação”, amparou-se em farta jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e, inclusive, do Grupo de Câmara de Direito Comercial deste Tribunal, incidindo à hipótese, portanto, o enunciado da Súmula nº 343 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”, o que torna irrelevante, portanto, o fato de a jurisprudência ter se inclinado atualmente em sentido contrário ou, na época, haver entendimento divergente.

Em suas razões de agravo interno, o Banco do Brasil S.A. defende:

(i) que o enunciado da Súmula nº 343 do Supremo Tribunal Federal não se aplica à hipótese dos autos, pois desde a época da publicação do acórdão rescindendo, o Superior Tribunal de Justiça já entendia majoritária e pacificamente que, em ação revisional, não se pode devolver o indébito corrigido com os mesmos encargos pactuados nos instrumentos de crédito;

(ii) os julgados citados na decisão rescindenda são de data anterior à pacificação da controvérsia nas Cortes Superiores, razão pela qual “ou a assessoria do gabinete não se atentou para o fato de a jurisprudência ter se consolidado (meses antes) em sentido contrário à decisão proferida; ou o caso não possui as mesmas características daquele que consolidou a jurisprudência do STJ e, portanto, não pode ser aplicado à hipótese ora analisada”.

Pede, por tais motivos, pelo provimento do agravo interno para que a ação rescisória seja apreciada pelo Colegiado e seja julgada procedente, tendo em vista que a decisão rescindenda, ao determinar a restituição do indébito corrigido pelos mesmos encargos praticados nos títulos revisados, viola os arts. 876 e 884 do Código Civil e art. 42 do CDC.

A parte contrária, Indústria Têxtil São Cristóvão Ltda., apresentou contrarrazões às fls. 1525/1535, nas quais argumenta que o Banco do Brasil S.A. pretende a rescisão do julgado por violação à jurisprudência, e não à lei.

Pede, pois, pelo não provimento do agravo interno.

É o relatório.

VOTO

É direito constitucional das partes a prestação jurisdicional de modo célere. Este é o teor do art. 5º, inciso LXXVIII, da CF:

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:

(...)

LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

Dentre os meios que garantem a celeridade de tramitação dos processos judiciais, o Legislador permite o julgamento monocrático do recurso, pelo relator, de questões já pacíficas no âmbito dos Tribunais.

Veja-se o teor do CPC/73, vigente à época da propositura da presente ação rescisória:

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.

§ 1º-A. Se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso.

§ 1º. Da decisão caberá agravo, no prazo de cinco dias, ao órgão competente para o julgamento do recurso, e, se não houver retratação, o relator apresentará o processo em mesa, proferindo voto; provido o agravo, o recurso terá seguimento.

§ 2º. Quando manifestamente inadmissível ou infundado o agravo, o tribunal condenará o agravante a pagar ao agravado multa entre um e dez por cento do valor corrigido da causa, ficando a interposição de qualquer outro recurso condicionada ao depósito do respectivo valor.

Na atual codificação não é diferente:

Art. 932. Incumbe ao relator:

(...)

III - **não conhecer** de recurso inadmissível, prejudicado ou que não tenha impugnado especificamente os fundamentos da decisão recorrida;

IV - **negar provimento** a recurso que for contrário a:

- a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;
- b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;
- c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

V - depois de facultada a apresentação de contrarrazões, **dar provimento** ao recurso se a decisão recorrida for contrária a:

a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal;

b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

(...)

VIII - exercer outras atribuições estabelecidas no regimento interno do tribunal (destaquei).

O Regimento deste Tribunal de Justiça vigente ao tempo em que prolatada a decisão ora agravada assim estabelecia:

Art. 36. Compete ao relator:

(...)

XVII - por decisão monocrática:

a) não conhecer do recurso inadmissível, prejudicado ou que não tenha impugnado especificamente os fundamentos da decisão recorrida;

b) negar provimento ao recurso que esteja em confronto com súmula, enunciado ou jurisprudência dominante do próprio tribunal;

c) depois de facultada a apresentação de contrarrazões, dar provimento ao recurso se a decisão recorrida for contrária a súmula, enunciado ou jurisprudência dominante do próprio tribunal;

O novo regimento interno deste Tribunal acrescenta:

Art. 132. São atribuições do relator, além de outras previstas na legislação processual:

(...)

XIII - negar seguimento a recurso nos casos previstos em lei;

XIV - não conhecer de recurso inadmissível, prejudicado ou que não tenha impugnado especificamente os fundamentos da decisão recorrida;

XV - negar provimento a recurso nos casos previstos no inciso IV do art. 932 do Código de Processo Civil ou quando esteja em confronto com enunciado ou jurisprudência dominante do Tribunal de Justiça;

XVI - depois de facultada a apresentação de contrarrazões, dar provimento a recurso nos casos previstos no inciso V do art. 932 do Código de Processo Civil ou quando a decisão recorrida for contrária a enunciado ou jurisprudência dominante do Tribunal de Justiça.

A doutrina expõe as razões da norma: “pretende-se, com a aplicação da providência prevista no texto ora analisado, a economia processual, com a facilitação do trâmite do recurso no tribunal. O relator pode decidir monocraticamente *tudo*, desde a admissibilidade do recurso até o seu próprio mérito, sempre sob o controle do colegiado a que pertence, órgão competente para decidir, de modo definitivo, sobre a admissibilidade e mérito do recurso. O relator pode conceder a antecipação dos efeitos a serem obtidos no recurso (“efeito ativo” ou, *rectius*, “tutela antecipada recursal”), conceder efeito suspensivo ao recurso, conceder liminar em tutela de urgência, não conhecer do recurso (juízo de admissibilidade), negar provimento a recurso e dar-lhe provimento (juízo de mérito)” (NERY JÚNIOR, Nelson. MARIA DE ANDRADE NERY, Rosa. Comentários ao CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 1851) (grifo no original).

A jurisprudência também aponta que os poderes conferidos ao relator, para decidir recurso de forma monocrática, têm legitimidade constitucional.

Nesse sentido: STF. AgRgMI nº 375-PR, rel. Min. Carlos Velloso; AgRgADIn nº 531-DF, rel. Min. Celso de Mello; Rep. Nº 1299-GO, rel. Min. Célio Borja; AgRgADIn nº 1507-RJ, rel. Min. Carlos Velloso.

Também: “o relator, monocraticamente e no Superior Tribunal de Justiça, poderá dar ou negar provimento ao recurso quando houver entendimento dominante acerca do tema” (Súmula nº 568, Corte Especial, j. em 16.03.2016).

Qualquer que seja o teor da decisão monocrática do relator, pelo não conhecimento, provimento ou não provimento do recurso, o Legislador assegura à parte a interposição de agravo interno, na forma do art. 1.021 do CPC.

Porém, nesse caso, compete à parte, ao fazer uso deste expediente, atacar especificadamente os fundamentos da decisão monocrática do relator, de forma a demonstrar que não se trata de recurso inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou jurisprudência dominante, sob pena de, não o fazendo, não ter o seu agravo interno conhecido.

Veja-se o § 1º do art. 1.021 do CPC “na petição de agravo interno, o recorrente impugnar especificadamente os fundamentos da decisão agravada”.

A doutrina ratifica a necessidade de exposição dos fundamentos pelos quais a parte entende que a decisão do relator deve ser reformada:

Como deve ser em todo e qualquer recurso, o recorrente tem o ônus de impugnar especificadamente os fundamentos da decisão agravada, sob pena de não conhecimento do agravo. O parágrafo em questão acolheu o disposto na STJ 182

(NERY JÚNIOR, Nelson. Comentários ao CPC. SP: RT, 2015. p. 2115).

O §1º, do art. 1.021, CPC/15, com a nítida finalidade de afastar os recursos protelatórios e assim prestigiar o princípio da celeridade processual, dispõe que ‘na petição de agravo interno, o recorrente impugnar especificadamente os fundamentos da decisão agravada.’ Trata-se de regra inédita que compõe a regularidade

formal do recurso não prevista na lei revogada. A ideia é elidir a repetição de argumentos já afastados pela decisão recorrida

(FLEXA, Alexandre; MACEDO, Daniel; BASTOS, Fabrício. Novo Código de Processo Civil: temas inéditos, mudanças e supressões. Salvador: JusPODIVM, p. 668, 2015).

Também nesse sentido colhe-se da jurisprudência deste Tribunal de Justiça: Agravo em AC nº 2015.012924-1, rel. Des. Gaspar Rubick, j. em 26.05.2015; Agravo em AC nº 2014.042484-9, rel. Des. Carlos Adilson Silva, j. em 10.03.2015; e, Agravo em AC nº 2008.051295-6, rel. Des. Sebastião César Evangelista, j. em 17.07.2014.

Pois bem.

Na hipótese concreta, em rápida elucidação, está-se diante de ação rescisória proposta pelo réu, Banco do Brasil S.A., contra a autora de ação de revisão de 598 contratos e operações bancárias, Indústria Têxtil São Cristóvão Ltda., tendo em vista que a decisão colegiada, de lavra da Terceira Câmara de Direito Comercial deste Tribunal (acórdão de lavra do Des. Paulo Roberto Camargo Costa e com a participação dos Des. Gastaldi BUzzi e Jorge Luiz de Borba), determinou que “a restituição de eventuais valores pagos indevidamente pela autora em razão da cobrança dos encargos abusivos devem ser corrigidos com base nas mesmas taxas exigidas pela instituição financeira durante a contratualidade, incidentes a partir da citação” (fl. 721).

Pela decisão monocrática ora agravada, assim decidi:

Pois bem. O Banco do Brasil S.A. aponta violação a literal dispositivo de lei (art. 485, inciso V, do CPC/73), tendo em vista que o acórdão da Terceira Câmara de Direito Comercial, ao determinar que os valores objeto da repetição de indébito devessem ser corrigidos com base nas mesmas taxas exigidas pela instituição financeira durante a contratualidade, a partir da citação, afrontou os arts. 876 e 884 do CC e art. 42 do CDC. Defende, no ponto, que apenas devem ser aplicados à repetição de indébito os juros legais de 1% ao mês.

A pretensão não logra perspectiva de êxito.

A ação rescisória, que tem natureza jurídica de ação autônoma de impugnação e tem por objetivo desconstituir a coisa julgada, isto é, pretende retirar dela o manto de imutabilidade que se ampara no trânsito em julgado, somente é admitida em hipóteses excepcionalíssimas, arroladas de maneira taxativa pelo Legislador no art. 485 do CPC/73 (art. 966 do CPC/15), *in verbis*:

Art. 485. A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:

I - se verificar que foi dada por prevaricação, concussão ou corrupção do juiz;

II - proferida por juiz impedido ou absolutamente incompetente;

III - resultar de dolo da parte vencedora em detrimento da parte vencida, ou de colusão entre as partes, a fim de fraudar a lei;

IV - ofender a coisa julgada;

V - violar literal disposição de lei;

VI - se fundar em prova, cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal ou seja provada na própria ação rescisória;

VII - depois da sentença, o autor obtiver documento novo, cuja existência ignorava, ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável;

VIII - houver fundamento para invalidar confissão, desistência ou transação, em que se baseou a sentença;

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.

Então, ao sucesso da pretensão rescisória a parte deve comprovar uma ou algumas das hipóteses elencadas na Lei para a sua viabilidade ciente que se trata de matéria de direito indisponível (segurança jurídica), tanto que não ocorrem, por exemplo, os efeitos da revelia (art. 319 do CPC).

Na presente hipótese, como exaustivamente esmiuçado, o fundamento para a rescisão da coisa julgada (*iudicium rescindens*) advinda do acórdão prolatado pela Terceira Câmara de Direito Comercial (em sua composição original) reside na existência de violação literal a disposição de lei, mais precisamente os arts. 876 e 884 do CC e art. 42 do CDC, que assim dispõem:

Art. 876. Todo aquele que recebeu o que lhe não era devido fica obrigado a restituir; obrigação que incumbe àquele que recebe dívida condicional antes de cumprida a condição.

Art. 884. Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários.

Art. 42. Na cobrança de débitos, o consumidor inadimplente não será exposto a ridículo, nem será submetido a qualquer tipo de constrangimento ou ameaça.

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.

No resumo da pretensão, o Banco do Brasil S.A. pretende que incida, à repetição de indébito devida para a Indústria Têxtil São Cristóvão Ltda., apenas correção monetária e juros legais, e não as mesmas taxas de juros aplicadas durante a contratualidade (frise-se: 598 contratos foram revisados).

Ocorre, porém, que a ação rescisória fundada no art. 485, inciso V, do CPC/1973 pressupõe violação frontal e direta de disposição de lei, razão pela qual a adoção, pela decisão rescindenda, de uma entre as interpretações cabíveis não enseja a rescisão do *decisum*.

Este é exatamente o caso dos autos.

Isso, porque a decisão rescindenda, ao determinar que sobre a devolução do indébito devido para a Indústria Têxtil São Cristóvão Ltda. incidissem os mesmos parâmetros do período da normalidade aplicados pela instituição financeira, “a fim de possibilitar a recomposição plena do prejuízo sofrido pela parte autora”, amparou-se em farta jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e, inclusive, do Grupo de Câmara de Direito Comercial deste Tribunal.

Veja-se a fundamentação da decisão rescindenda:

Dos embargos declaratórios opostos pela Autora

Pugnou a Autora pela complementação do julgado para que sejam determinados os parâmetros de

atualização de eventuais valores a serem restituídos pelo Banco. Ainda, requereu que fosse esclarecido se tais valores devem ou não serem corrigidos até a data da compensação ou restituição.

O art. 535 do Código de Processo Civil dispõe que cabem embargos de declaração para dirimir eventual obscuridade, contradição ou omissão existente em decisão judicial.

Compulsando os autos, verifico que não houve manifestação no acórdão acerca da matéria referida nos embargos, devendo tal omissão ser suprida a fim de evitar prejuízo às partes por ocasião da liquidação de sentença.

Determinou o acórdão embargando a repetição de indébito de forma simples, caso fique configurado por meio dos cálculos de liquidação de sentença que a Autora efetivamente pagou valores em quantia superior à devida, sob pena de restar sancionado um enriquecimento sem causa da Instituição Financeira.

A remuneração do indébito deve ter como parâmetros de atualização as mesmas taxas utilizadas pela Instituição Financeira na execução do contrato, porquanto deve o montante a ser restituído abarcar todos os valores recebidos indevidamente pelo Demandado, compostos não só do principal (encargos abusivos), mas também dos frutos advindos com a disposição do capital, a fim de possibilitar a recomposição plena do prejuízo sofrido pela parte Autora.

Corroborando tal entendimento, colhe-se da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. ENCARGOS FINANCEIROS.

1. O montante a ser apurado a título de repetição de indébito deve ser encontrado pela mesma metodologia de cálculo adotada pela instituição financeira no contrato do qual o indébito procede.

2. Recurso especial não-conhecido.

(STJ, Recurso Especial n.º 755.172/SE. Rel. Min. João Otávio de Noronha. Decisão Monocrática. Publicada em 09/05/2008).

E, ainda:

Processual civil e Comercial. Recurso Especial. Contrato de abertura de crédito em conta-corrente (cheque especial). Cobrança de valores indevidos pela instituição financeira. Restituição ao correntista. Remuneração do indébito. Taxa idêntica à exigida pela instituição financeira em situações regulares. Possibilidade.

É direito do titular de contrato de abertura de crédito em conta-corrente (cheque especial) obter a restituição de valores indevidamente cobrados pela instituição financeira.

O montante do indébito a ser restituído deverá ser composto não apenas pelo valor cobrado indevidamente (principal), mas também por encargos que venham a remunerar o indébito à mesma taxa praticada pela instituição financeira no empréstimo pactuado (acessório).

Se, em contrato de cheque especial pactuado à taxa de 11% ao mês, a instituição financeira cobrou valor de seu correntista indevidamente, deverá restituí-lo acrescido da mesma taxa, isto é, 11% ao mês.

A solução adotada não fere a Lei de Usura, porquanto o correntista não concedeu crédito à instituição financeira, mas apenas busca restituir o que lhe foi cobrado indevidamente.

A remuneração do indébito à mesma taxa praticada para o cheque especial se justifica, por sua vez, como a única forma de se impedir o enriquecimento sem causa pela instituição financeira.

Recurso especial não conhecido.

(STJ, Recurso Especial n.º 453.464/MG, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, Rel. p/ Acórdão Min. Nancy Andriahi. Julgado em 02.09.2003).

Destaco, também, que nessa esteira, ainda que por maioria, decidiu o Grupo de Câmaras de Direito Comercial no julgamento dos Embargos Infringentes n. 2008.014722-3, do qual participei com voto vencedor:

EMBARGOS INFRINGENTES - AÇÃO REVISIONAL - ABERTURA DE CRÉDITO EM CONTA CORRENTE - REPETIÇÃO DO INDÉBITO - JUSTA A REMUNERAÇÃO DO INDÉBITO NOS MOLDES EXIGIDOS PELA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA - OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA EQUIDADE - ENTENDIMENTOS REITERADOS DO STJ E DESTE TRIBUNAL - RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO

“A repetição dos valores recebidos indevidamente do devedor deve ser realizada com base nas mesmas taxas cobradas pela instituição financeira na vigência do contrato” (REsp n. 724206/MG, rel. Ministro Castro Filho, DJ de 21-11-2005). (ACV n. 2007.026467-4, de Joaçaba, rel. Salim Schead dos Santos, j. 20/09/07)”

(TJSC, Embargos Infringentes n. 2008.014722-3, de Joaçaba. Órgão Julgador: Grupo de Câmaras de Direito Comercial. Rel. Des. Marli Mosimann Vargas. Julgados em 14/05/2008).

Por fim, esclareço que a remuneração do indébito deve ocorrer a partir da citação inicial, consoante o disposto no artigo 219 do Código de Processo Civil.

Frente ao exposto, acolho os embargos declaratórios opostos pela Autora para, suprimindo a omissão, determinar que os valores pagos indevidamente sejam restituídos com base nas mesmas taxas aplicadas pela instituição financeira, desde a citação inicial.

Do inteiro teor da decisão prolatada pelo STJ no Recurso Especial n.º 453.464-MG, de que foi rela. para o acórdão a Mina. Nancy Andrighi, citado na decisão cuja rescisão se pede, se colhem os seguintes fundamentos:

Cuida-se, como já exposto, de ação de repetição de indébito, também chamada, em doutrina, de ação de repetição por enriquecimento injustificado, cuja pretensão está amparada pelo art. 964 do CC.

Restou comprovado o enriquecimento injustificado do banco-recorrente pela retirada indevida de quantias da conta-corrente da ora recorrida, seja por total ausência de autorização contratual, seja por cobrança de taxas a maior.

O juízo de primeiro grau condenou o ora recorrente na devolução de todos os valores cobrados indevidamente, inclusive aqueles provenientes da incidência de encargos moratórios sobre as dívidas inexistentes, monetariamente corrigidos e acrescidos de juros de mora.

Assim, a rigor, entende-se que tal decisão permite uma perfeita recomposição da perda patrimonial sofrida pela correntista, ora recorrida.

Não restou provada a alegação deduzida pela ora recorrida, de que a cobrança de encargos excessivos pela ora recorrente levou aquela a contrair novos empréstimos, perante outras instituições financeiras.

É de se observar, ademais, que tal alegação, ainda que verdadeira fosse, não se insere no pedido formulado na petição inicial, o qual está fundado na repetição do indébito, e não em indenização por danos materiais advindos de ato ilícito.

Todavia, no pedido de repetição de indébito deve se entender por incluído todos os valores injustificadamente auferidos pelo réu com a cobrança de encargos indevidos.

Nesses termos, é direito do titular de contrato de abertura de crédito em conta-corrente (cheque especial) obter a restituição de valores indevidamente cobrados pela instituição financeira.

O montante do indébito a ser restituído deverá ser composto não apenas pelo valor cobrado indevidamente (principal), mas também por encargos que venham a remunerar o indébito à mesma taxa praticada pela instituição financeira no empréstimo pactuado (acessório). Assim, o autor não tem direito somente à devolução do que pagou indevidamente ao réu, mas, também, dos rendimentos advindos a este com a livre disposição do patrimônio usurpado.

Ensina Pontes de Miranda, que “o que se presta, em caso de repetição por enriquecimento injustificado, não é o valor do bem ao tempo em que se deu o enriquecimento, é o valor tal qual enriquece o demandado no momento em que se exerce a pretensão. Se o bem, ficando com o demandante, valeria a, mas com o demandado passou a valer a + x, é a + x que se há de prestar, (...)” (“Tratado de Direito Privado”, Parte Especial, Tomo XXVI, 3ª ed., 1971, p. 167).

Além disso, dar a alguém a oportunidade de obter lucro, como é o caso, por meio da prática de ilícito, afronta à própria noção de equidade, pelo que deve ser afastada, ao máximo, qualquer solução jurídica que venha a acolher o enriquecimento ilícito.

Deve-se, ao contrário, obrigar a instituição financeira a devolver não só as quantias que indevidamente reteve do correntista, mas também a efetiva remuneração que auferiu com tal procedimento.

Para isso, é razoável presumir que o banco obteve rendimentos, no mínimo, iguais às taxas e juros que pactuou com a correntista, ora recorrida, pois o destino usual da remuneração obtida pela instituição financeira é a concessão de novos créditos a clientes, mediante contratos que prevêm encargos semelhantes. Se, em contrato de cheque especial pactuado à taxa de 11% ao mês, a instituição financeira cobrou valor de seu correntista indevidamente, deverá restituí-lo acrescido da mesma taxa, isto é, 11% ao mês.

Do contrário, caso se exigisse da autora da ação de repetição de indébito, a prova sobre quais os lucros advindos ao banco com a utilização do dinheiro usurpado, restaria ineficaz a norma contida no art. 964 do CC, pois é manifesta a impossibilidade de produção desta prova.

Em conclusão, a remuneração do indébito à mesma taxa praticada para o cheque especial se justifica, por sua vez, como a única forma de se impedir o enriquecimento sem causa pela instituição financeira.

Não se vislumbra, tampouco, violação às normas que regulam o sistema financeiro, pois não se está concedendo - a quem não tem - o direito de cobrar juros acima da taxa legal ou outros encargos somente permitidos às entidades participantes do sistema. Trata-se, repita-se, de pedido vinculado tão-somente à reparação do dano causado e à coibição do enriquecimento ilícito.

E, de fato, este Tribunal de Justiça adotou, por certo período de tempo, aludido entendimento - calçado, pois, na vedação ao enriquecimento ilícito das instituições financeiras - conforme ainda se verifica dos seguintes julgados:

APELAÇÃO CÍVEL. REVISIONAL. CHEQUE ESPECIAL. CONTRATO DE ADESÃO. RECONHECIMENTO. JUROS. CAPITALIZAÇÃO ANUAL. MANUTENÇÃO. REPETIÇÃO DO INDÉBITO. MESMAS TAXAS UTILIZADAS PELO BANCO. POSSIBILIDADE.

(...)

“A repetição dos valores recebidos indevidamente do devedor deve ser realizada com base nas mesmas taxas cobradas pela instituição financeira na vigência do contrato” (REsp n. 724206/MG, rel. Ministro Castro Filho, DJ de 21-11-2005).

(Apelação Cível nº 2007.026467-4, de Joaçaba, rel. Salim Schead dos Santos, j. 20.09.07).

No que toca à devolução dos valores pagos a maior também houve pedido expresso na inicial. Ademais a determinação da repetição do indébito remunerado às mesmas taxas aplicadas pela instituição bancária é medida necessária a fim de se obstar a ocorrência de enriquecimento ilícito, que é em última análise a razão da própria repetição de indébito (Nesse sentido: REsp n. 785258, rel. Ministro Castro Filho, DJ

de 2-2-2006; REsp n. 453464/MG, rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, DJU de 19-12-2003, Ag n. 520979/MG, rel. Ministro Castro Filho, DJU de 22-3-2005, Resp n. 724206/MG, rel Ministro Castro Filho, DJ de 21-11-2005).

(Apelação Cível nº 2007.046828-9, de Balneário Camboriú, rel. Des. Salim Schead dos Santos, j. 29.11.07).

Trata-se da solução jurídica mais justa ao caso, pois, ainda que ilicitamente utilizadas algumas taxas pelos bancos, a aplicação destas sobre a devolução dos valores objetiva restabelecer a isonomia da relação contratual, impedindo, assim, o enriquecimento sem causa de uma parte em detrimento do empobrecimento injustificado da outra.

(ED em Apelação Cível nº 2006.043495-5/0001.00, de Urussanga, j. 06.12.07).

Nesse cenário, ainda que a jurisprudência tenha alterado seu entendimento e atualmente compreenda que não se aplicam as mesmas taxas cobradas pela instituição financeira à restituição de valores indevidamente lançados na conta de correntista, apenas correção e juros legais, não há falar em violação ao texto dos arts. 876 e 884 do CC e art. 42 do CDC, na forma do art. 485, inciso V, do CPC/73, pois, conforme visto, a violação deve ser frontal e direta, e não amparada em divergência de entendimento jurisprudencial no curso do tempo.

Agora, no presente agravo interno, o Banco do Brasil S.A. defende que a Súmula nº 343 do STF não se aplica à hipótese, pois desde a época da publicação do acórdão rescindendo, o STJ já entendia majoritária e pacificamente que, em ação revisional, não se pode devolver o indébito corrigido com os mesmos encargos pactuados nos instrumentos de crédito. Ademais, acrescenta que os julgados citados na decisão rescindenda são de data anterior à pacificação da controvérsia nas Cortes Superiores.

Porém, pensa-se, com a devida vênia, que os argumentos expostos no presente agravo, que são, em sua essência, idênticos aos argumentos já invocados na ação rescisória, não tem o condão de alterar o julgamento monocrático que concluiu pela improcedência, haja vista que a instituição financeira ora agravante apenas vem a ratificar que a questão de fundo (imposição de repetição de indébito, em demanda revisional, com correção pelos mesmos índices praticados nos contratos revisados) era, ao tempo do julgado cuja rescisão se pede, calorosa e divergente na jurisprudência.

Conquanto o julgado cuja rescisão se pede tenha se pautado em entendimento contrário aos interesses do ora agravante, ainda que pautado em entendimento minoritário, isto não dá azo à ação rescisória por suposta violação literal de disposição de lei, conforme, a propósito, farta jurisprudência citada na decisão monocrática de lavra deste Julgador, senão vejamos novamente:

A ação rescisória, fundada no art. 485, V, do CPC/1973, pressupõe violação frontal e direta de literal disposição de lei, sendo certo que **a adoção pela decisão rescindenda de uma entre as interpretações cabíveis não enseja a rescisão do *decisum***

(AgInt no AREsp nº 635.766-AL, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. em 15.12.2016) (destaquei).

AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO RESCISÓRIA. VIOLAÇÃO A LITERAL

DISPOSITIVO DE LEI. DIVERGÊNCIA QUANTO AO ÍNDICE DE CORREÇÃO MONETÁRIA. MATÉRIA CONTROVERTIDA NOS TRIBUNAIS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 343/STF. DECISÃO MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO.

À época do julgado rescindendo, havia divergência de entendimentos nos tribunais quanto ao índice oficial de correção monetária. A adoção de uma dentre as interpretações possíveis não é suficiente para justificar a procedência da ação rescisória, mesmo porque o aresto rescindendo não conferiu nenhuma interpretação aberrante ao art. 389 do Código Civil.

A aplicabilidade da Súmula 343 do STF foi ratificada pelo Plenário do STF (RE 590.809, Rel. Min. Marco Aurélio, DJe de 24/11/2014). O entendimento firmado pela col. Suprema Corte deve-se estender ao âmbito da legislação infraconstitucional.

3. Agravo interno não provido.

(AgInt no REsp nº 1.375.241-MS, rel. Min. Lázaro Guimarães (Des. Convocado do TRF 5ª Região), j. em 12.12.2017) (destaquei).

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO RESCISÓRIA. PREVIDÊNCIA PRIVADA. INCISO V DO ART. 485 DO CPC/1973. VIOLAÇÃO DE LITERAL DISPOSIÇÃO LEGAL AFASTADA NA ORIGEM. SÚMULA N.343/STF. NECESSIDADE DE PERÍCIA ATUARIAL. SÚMULA N. 7/STJ. DECADÊNCIA DO DIREITO DO AUTOR. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. DECISÃO MANTIDA.

A ação rescisória, fundada no art. 485, V, do CPC/1973, pressupõe violação frontal e direta de literal disposição de lei, de forma que seja possível extrair a ofensa legal do próprio conteúdo do julgado que se pretende rescindir.

No caso concreto, **o acórdão rescindendo adotou uma das interpretações possíveis para normas que à época eram objeto de controvérsia interpretativa nos tribunais. Incide, por analogia, o entendimento consolidado na Súmula n. 343 do STF.**

(...)

6. Agravo interno a que se nega provimento.

(AgInt no REsp nº 1.282.564-RS, rel. Min. Antônio Carlos Ferreira, julgado em 13.09.2016) (destaquei).

AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO RESCISÓRIA. AFRONTA A LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI. NÃO CONFIGURAÇÃO. ENTENDIMENTO ADOTADO NESTA CORTE. VERBETE 83 DA SÚMULA DO STJ. NÃO PROVIMENTO.

Se as questões trazidas à discussão foram dirimidas, pelo Tribunal de origem, de forma suficientemente ampla, fundamentada e sem omissões, deve ser afastada a alegada violação aos artigos 131, 458 e 535 do Código de Processo Civil.

“Não é cabível ação rescisória por violação de literal dispositivo de lei, mormente por ter a decisão que se visa desconstituir se utilizado de uma dentre as interpretações possíveis ou de interpretação analógica, uma vez que a ofensa a dispositivo de lei capaz de ensejar o ajuizamento da ação rescisória é aquela evidente e direta” (AgRg no AREsp 695.678/PB, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/6/2015, DJe 25/6/2015).

O Tribunal de origem julgou nos moldes da jurisprudência desta Corte. Incidente, portanto, o enunciado 83 da Súmula do STJ.

Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no AREsp nº 612.428-SP, rela. Mina. Maria Isabel Gallotti, j. em 01.03.2016) (destaquei).

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. PRAZO DECADENCIAL. TERMO INICIAL. TRÂNSITO EM JULGADO DA ÚLTIMA DECISÃO PROFERIDA NOS AUTOS. ART. 495 DO CPC. SÚMULA N. 401/STJ. COISA JULGADA “POR CAPÍTULOS”. INADMISSIBILIDADE. SFH. UTILIZAÇÃO DO IPC (84,32%) NO MÊS DE ABRIL DE 1990. ADOÇÃO DA TAXA REFERENCIAL (TR) COMO ÍNDICE DE ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA (LEI N. 8.177/1991). VIOLAÇÃO DE LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI. ART. 485, V, DO CPC. SÚMULA N. 343/STF. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA.

A violação do art. 535 do CPC não se configura na hipótese em que o Tribunal de origem, ainda que sucintamente, pronuncia-se sobre a questão controvertida nos autos, não incorrendo em omissão, contradição ou obscuridade.

O prazo decadencial de 2 (dois) anos para a propositura da ação rescisória inicia com o trânsito em julgado da última decisão proferida no processo, que se aperfeiçoa com o exaurimento dos recursos cabíveis ou com o transcurso do prazo recursal, a teor do que dispõe a Súmula n. 401/STJ: “O prazo decadencial da ação rescisória só se inicia quando não for cabível qualquer recurso do último pronunciamento judicial”.

É incabível o trânsito em julgado de capítulos da sentença ou do acórdão em momentos distintos, a fim de evitar o tumulto processual decorrente de inúmeras coisas julgadas em um mesmo feito.

A ação rescisória, fundada no art. 485, V, do CPC, pressupõe violação frontal e direta de literal disposição de lei, sendo certo, ainda, que **a adoção pela decisão rescindenda de uma dentre as interpretações cabíveis não enseja a rescisão do decisum. Incidência da Súmula n. 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”.**

No caso concreto, diversamente da atual jurisprudência, o acórdão rescindendo (transitado em julgado em 19/12/2001), embasado em uma das interpretações possíveis à época do julgamento (15/8/2000), decidiu pela aplicação do BTNf para a correção monetária do saldo devedor dos contratos do SFH no mês de março de 1990, no percentual de 41,28% (quarenta e um inteiros e vinte e oito centésimos percentuais), bem como pela impossibilidade de aplicação da TR nos contratos de financiamento habitacional celebrados antes da Lei n. 8.177, de 1º de março de 1991, sob pena de locupletamento.

A pacificação da jurisprudência desta Corte em sentido contrário e posteriormente ao acórdão rescindendo não afasta a aplicação do enunciado n. 343 da Súmula do STF.

Firmado o posicionamento deste Tribunal Superior quanto à interpretação de determinada norma infraconstitucional, torna-se cabível a ação rescisória contra julgado proferido em data posterior à pacificação, desde que contrário ao entendimento que se consolidou no STJ, afastando-se, em tal hipótese, a incidência do referido enunciado sumular.

Recurso especial conhecido e parcialmente provido.

(REsp 736650 / MT, rel. Min. Antônio Carlos Ferreira, j. 20.08.2014) (grifei).

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. AÇÃO RESCISÓRIA. VIOLAÇÃO A LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI. FGTS. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. APLICAÇÃO DA SÚMULA Nº 343/STF. INDEFERIMENTO LIMINAR DE PETIÇÃO INICIAL. PRECEDENTES DESTA CORTE. RECURSO NÃO PROVIDO.

O tema relativo à correção monetária dos saldos das contas vinculadas do FGTS foi examinado pelo acórdão rescindendo à luz tão-somente da legislação infraconstitucional.

Não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei se a interpretação da matéria à época

da decisão rescindenda era controvertida nos tribunais, ainda que a jurisprudência, em momento posterior, tenha se firmado favoravelmente à pretensão do autor (Súmula n. 343/STF e 134/TFR).

A não incidência do enunciado da Súmula n. 343/STF, segundo orientação da Primeira Seção desta Corte, deve ocorrer apenas na hipótese em que o Supremo Tribunal Federal declarar a inconstitucionalidade da lei aplicada pelo acórdão rescindendo.

Precedentes do STJ: AgRg na AR n. 2.394-CE, DJ 30.09.2002; AgRg na AR n. 2.445-CE, DJ de 04.08.2003.

Agravo regimental improvido.

(AgRg na AR 2912 / PR, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. 10.12.2003).

Por tais razões, então, aplicou-se e aplica-se ao caso o enunciado da Súmula nº 343 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”, ainda que em entendimento minoritário. Nem mesmo cabe ação rescisória por ter o julgado se amparado em entendimento jurisprudencial ultrapassado, fosse o caso.

E é válido lembrar, no caso dos autos, que:

(i) o STJ, em decisão de lavra do Min. Massami Uyeda, deu provimento parcial ao recurso especial interposto pelo Banco do Brasil S.A. para, ante o entendimento consolidado daquela Corte no sentido de que “não incide a limitação de 12% ao ano, prevista no Decreto nº 22.626/33, salvo nas hipóteses legais específicas”, limitar os juros remuneratórios não ao percentual fixado na Lei de Usura, mas à taxa média de mercado à época de cada contratação; e,

(ii) desta decisão, o Banco do Brasil S.A. interpôs agravo regimental ao fundamento “que a Corte Regional, equivocadamente, determinou que eventuais valores repetidos à ora agravada sejam corrigidos pelos encargos dos instrumentos objeto da presente revisional, e não dos encargos legais”; porém, este agravo não foi provido pela Terceira Turma do STJ tendo em vista que “deixou de impugnar o fundamento do decisório impugnado, limitando-se a alegar equívocos quanto à forma de atualização dos encargos ilegais”.

Por amor ao debate, é válido consignar que o STJ, ao julgar o Tema 968 nos autos do REsp nº 1.552.434-GO, no qual se estabeleceu que aos mútuos feneratícios celebrados com instituição financeira “descabe repetição de indébito com os mesmos encargos do contrato”, isto em decisão datada de 13 de junho de 2018 - portanto, bastante recente -, expressamente reconheceu, conquanto tenha aplicado tal tese, que a questão ainda é atual e bastante polêmica na doutrina e na jurisprudência, merecendo, inclusive, melhor análise oportuna por aquela Corte de Justiça:

O lucro da intervenção também pode ser vislumbrado na hipótese da presente afetação, pois, como os bancos praticam taxas de juros bem mais altas do que a taxa legal, a instituição financeira acaba auferindo vantagem dessa diferença de taxas, mesmo restituindo o indébito à taxa legal.

O problema se torna grave, do ponto de vista da equidade, quando o indébito decorre de má-fé do banco,

pois este acaba auferindo lucro com base numa conduta deliberadamente ilícita.

Em caso de má-fé e de juros a taxas elevadas (v.g., crédito rotativo), nem mesmo a sanção civil da repetição em dobro (art. 42, p. u., do CDC) seria suficiente para eliminar o lucro da intervenção.

Mencione-se, por exemplo, o caso subjacente ao REsp 1.556.759/RS (de minha relatoria), em que uma instituição financeira em notória situação de crise de liquidez praticava reiteradamente a cumulação de comissão de permanência com juros remuneratórios e moratórios, além de multa contratual e correção monetária, auferindo lucros com essa patente abusividade contratual (cf. Tema 52/STJ), fato que teria dado ensejo a cerca de dez mil ações individuais, conforme levantamento do MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, evidenciando que a prática abusiva era vantajosa para a instituição financeira, apesar das condenações judiciais.

Sob a ótica do lucro da intervenção, a instituição financeira teria que ser condenada não somente a reparar o dano causado ao mutuário, mas também a restituir o lucro que obteve com a cláusula abusiva.

(...)

Ante esse cenário do lucro da intervenção, torna-se prudente, no presente recurso repetitivo, fixar uma tese que não impeça a evolução da jurisprudência.

Portanto - e demonstrada a atualidade da discussão sobre o tema na jurisprudência -, porque o Banco do Brasil S.A., cujos recursos não foram providos em tal tocante, novamente pretende, com a presente ação rescisória, amoldar o caso ao entendimento jurisprudencial que entende mais judicioso aos seus interesses, circunstância que não se amolda ao contido no art. 485, inciso V, do CPC/73, então vigente, seria o caso, mesmo, de improcedência da pretensão inicial, tal qual decidido monocraticamente.

Nega-se provimento ao agravo interno, nestes termos.

Com a improcedência da pretensão, ratificada pelo Colegiado por unanimidade, passada em julgado a presente decisão, o depósito de 5% sobre o valor da causa (art. 488, inciso I, do CPC/73), na forma do art. 494 do CPC/73, é revertido em favor da aqui ré-agravada, Indústria Têxtil São Cristóvão Ltda.

É, pois, como voto.

Agravo Interno n. 4012197-46.2018.8.24.0000/5000, de Pomerode

Relator: Desembargador Jaime Machado Junior

AGRAVO INTERNO INTERPOSTO DE DECISÃO MONOCRÁTICA TERMINATIVA QUE INDEFERIU A INICIAL DE AÇÃO RESCISÓRIA. ALEGADA VIOLAÇÃO A NORMA JURÍDICA (ART. 966, V, DO CPC/15). INSURGÊNCIA DO AUTOR. SUSTENTADA INCIDÊNCIA DE LEGISLAÇÃO EXTEMPORÂNEA QUANTO À DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA DA EMPRESA EXECUTADA E REDIRECIONAMENTO DO FEITO AOS SÓCIOS. PRETENDIDA MELHOR INTERPRETAÇÃO DA NORMA JURÍDICA. INVIABILIDADE. REQUISITO LEGAL NÃO SATISFEITO.

*O pressuposto do pedido que vem lastreado no art. 966, V, do CPC/15 é de que tenha ocorrido evidente afronta a norma legal em sua literalidade, consistente em verdadeiro **erro contra litteram**, sendo insuficiente quando se pretende melhor interpretação de norma jurídica, como se verifica na hipótese.*

*Para efeito de violação a dispositivos legais (art. 485, V do CPC), é mister que as disposições normativas tidas por malferidas o sejam em sua literalidade, existindo verdadeiro **erro contra litteram**, com a violação ao direito posto em tese. O pressuposto não se configura caso, não havendo violação objetiva, se pretenda melhor interpretação de norma jurídica (Ação Rescisória n. 2010.042399-3, rela. Desa. Maria do Rocio Luz Santa Rita, julgada em 9-9-2015, grifou-se).*

“[...] a via rescisória não se presta a rediscutir a matéria já apreciada nos autos, nem mesmo a analisar a Justiça da decisão fustigada, desde que, por óbvio, a interpretação aplicada se mostre possível, razoável e devidamente fundamentada, sob pena de transformar a via excepcional da ação rescisória em verdadeiro sucedâneo recursal” (STJ, AgInt na Ação Rescisória n. 5.062/PE, rel. Min. Benedito Gonçalves, j. em 4-5-2018).” (Ação Rescisória n. 4000342-07.2017.8.24.0000, rel. Des. Fernando Carioni, Terceira Câmara de Direito Civil, j. 9-10-2018). RECURSO DESPROVIDO. (TJSC, Agravo Interno n. 4001761-91.2019.8.24.0000, de Porto Belo, rel. Des. Rosane Portella Wolff, Primeira Câmara de Direito Civil, j. 16-05-2019).

RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Interno n. 4012197-46.2018.8.24.0000/5000, da comarca de Pomerode 1ª Vara em que é Agravante Ademir Koch e Agravado Fiação São Bento S/A.

A Grupo de Câmaras de Direito Comercial decidiu, por unanimidade, conhecer do recurso e negar-lhe provimento. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Excelentíssimo senhor desembargador Cláudio Barreto Dutra, com voto, e dele participaram os Excelentíssimos senhores desembargadores Dinart Francisco Machado, Monteiro Rocha, Salim Schead dos Santos, Sérgio Izidoro Heil, Rejane Andersen, Soraya Nunes Lins, Túlio Pinheiro, Ronaldo Moritz Martins da Silva, Robson Luz Varella, Newton Varella Júnior, Gilberto Gomes de Oliveira, Guilherme Nunes Born e Luiz Zanelato.

Florianópolis, 12 de junho de 2019

Desembargador Jaime Machado Junior

Relator

RELATÓRIO

Ademir Koch interpôs recurso de agravo interno contra decisão monocrática de p. 145-150 que indeferiu a inicial a ação rescisória e julgou extinto o feito, sem resolução de mérito, na forma do art. 485, I, do CPC/15.

Alega o agravante que é descabido o indeferimento liminar da ação rescisória com base em fundamento que se confunde com o próprio mérito da causa, segundo destacado entendimento jurisprudencial.

Discorreu que a desconsideração da personalidade jurídica sobre os atos praticados entre 1983 a 1986 devem ser “*julgados e sopesados pela legislação vigente à época, ou seja, pelo Código Civil de 1916, do Código Comercial de 1850, da Constituição Federal de 1966, do Decreto n. 3.708/1919, e pela Lei de Introdução ao Código Civil de 1942*”.

Argumentou que há plausibilidade e justa causa para o processamento da demanda, a qual está fulcrada na manifesta violação à norma jurídica (art. 966, V, do CPC/15).

Requeru, por fim, o provimento do reclamo, com o consequente prosseguimento da ação rescisória.

Este é o relatório.

VOTO

Satisfeitos os pressupostos de admissibilidade, conhece-se do recurso.

Considerando que a decisão objurgada restou publicada na vigência do Código Processual de 2015, a análise do reclamo ficara a cargo de mencionado diploma legal.

A decisão agravada foi lavrada nos seguintes termos:

Ademir Koch ajuizou ação rescisória com pedido de tutela provisória de urgência na qual objetiva a rescisão das sentenças proferidas pelo Juízo da comarca de Pomerode nos autos n. 000000350.1986.8.24.0050 (ação incidental de desconsideração da personalidade jurídica) e n. 0001072-77.2010.8.24.0050 (embargos à execução), bem como visa desconstituir o acórdão prolatado nos autos da Apelação Cível n. 2011.045935-5, de relatoria do Des. Robson Luz Varela, julgado pela Segunda Câmara de Direito Comercial deste Tribunal.

Alega, em síntese, que os magistrados fizeram incidir legislação imprópria ao caso concreto, ou seja, aplicaram de forma extemporânea a legislação do Código Civil de 2002 sobre atos e fatos consumados e perfectibilizados durante os anos de 1983 a 1986, cuja lei vigente à época era o Código Civil de 1916, o Código Comercial de 1850 e o Decreto-Lei n. 3.708/19.

Aduziu que a empresa Pedrini Artefatos Têxteis Ltda foi declarada encerrada judicialmente em 22-11-1989, e que após pedido incidental de desconsideração da personalidade jurídica, o postulado foi acolhido pela togada singular, “a qual redirecionou a responsabilidade do pagamento da dívida aos sócios, incluído neste, o sócio minoritário e sem poder de gerencia Ademir Koch, autor da presente”.

Reforçou que as decisões possuem claro erro temporal de aplicação da lei, de modo que lastreia seu o pedido rescisório na manifesta violação à norma jurídica (art. 966, V, do CPC/15).

Postulou a concessão da tutela provisória de urgência para que sejam suspensos os efeitos da execução de n. 0001072-77.2012.8.24.0050.

Pois bem.

De início, anota-se que o autor anexou comprovante de depósito com o fito de comprovar a satisfação do requisito previsto no art. 968, inciso II, do Código de Processo Civil de 2015. Outrossim, observa-se que a lide foi ajuizada antes de transcorrido lapso superior a dois anos desde a data de trânsito em julgado do último pronunciamento judicial no feito, satisfazendo, assim, o disposto pelo art. 975, caput, do CPC/15.

Segundo assente entendimento jurisprudencial desta Corte, “com ênfase na segurança jurídica e no respeito à coisa julgada, sem esquecer das consequências negativas da movimentação da máquina pública, o recebimento da ação rescisória exige plausibilidade maior de sua argumentação inicial, a demonstrar justa causa para o seu processamento. Se, da análise de plano da argumentação inicial, é possível concluir a inexistência de base sólida para o pretendido juízo rescindendo, impõe-se a extinção do feito sem resolução de mérito, mediante o indeferimento da petição inicial” (TJSC, Agravo Regimental em Ação Rescisória n. 2014.080036-2, da Capital, rel. Des. Henry Petry Junior, j. 11-02-2015).

Nesse sentido, destaca-se que “a ação autônoma de impugnação prevista no art. 966 e seguintes do CPC é causa excepcionalíssima, pois adentra na seara da segurança jurídica, porquanto permite a desconstituição da coisa julgada em taxativas hipóteses. Não é e jamais será supedâneo recursal, isto é, alternativa para reapreciação de inconformidades com a solução dada ao litígio nas instâncias a quo e ad quem” (Agravo n. 4013156-51.2017.8.24.0000, rel. Des. Ricardo Fontes, j. 09.05.2018).

Na hipótese, a causa de pedir se funda na aplicação extemporânea do art. 50 do Código Civil de 2002 – que trata da desconsideração da personalidade jurídica - sobre atos e fatos consumados e perfectibilizados durante os anos de 1983 a 1986, o que traduziria, no entender do autor, violação à norma jurídica.

Sobre o tema, elucida a doutrina que:

Quando este fala em violação a ‘literal’ disposição de lei, em primeiro lugar, há que se entender que está, aí, reafirmando o caráter excepcional da ação rescisória, que não se presta simplesmente a corrigir injustiça da decisão, tampouco se revelando simples abertura de uma nova instância recursal, ainda que de direito (FLÁVIO LUIZ YARSHELL. Ação Rescisória. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 323).

*Nessa perspectiva, o pressuposto do pedido que vem lastreado no art. 966, V, do CPC/15 é de que tenha ocorrido evidente afronta à dispositivo legal em sua literalidade, consistente em verdadeiro **erro contra litteram**, sendo insuficiente quando se pretende melhor interpretação de norma jurídica, como se verifica na hipótese.*

Já decidiu o Superior Tribunal de Justiça que “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” (STJ. REsp 1702281/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, j. 05-12-2017).

A respeito, igualmente já assentou o Grupo de Câmaras de Direito Civil deste Tribunal quanto à necessária violação objetiva da norma:

A ação rescisória é instrumento processual técnico. Surge como ação autônoma e não como recurso. Não diz, essencialmente, com a justiça ou a injustiça (mérito) da decisão rescindenda, já envolta pela coisa julgada material, limitando-se a avaliar a ocorrência ou não de um dos pressupostos de rescindibilidade (art. 485 e incisos do CPC), sem os quais resulta a improcedência do pedido desconstitutivo. Para efeito de violação a dispositivos legais (art. 485, V do CPC), é mister que as disposições normativas tidas por malferidas o sejam

em sua literalidade, existindo verdadeiro erro contra litteram, com a violação ao direito posto em tese. O pressuposto não se configura caso, não havendo violação objetiva, se pretenda melhor interpretação de norma jurídica (Ação Rescisória n. 2010.042399-3, rela. Desa. Maria do Rocio Luz Santa Rita, julgada em 9-9-2015, grifou-se).

Anota-se que o instituto da desconsideração da personalidade jurídica já continha previsão antes da vigência do Código Civil de 2002, visto que foi positivado no artigo 28 do Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/1990), no artigo 18 da Lei n. 8.884/1994, no artigo 4º da Lei n. 9.605/1998 e, então, no artigo 50 do Código Civil de 2002. Hodiernamente, o procedimento de referido incidente é disciplinado no art. 133 e seguintes do CPC/15.

Logo, não se cogita qualquer violação à norma, tampouco de que houve retroatividade de forma prejudicial, no sentido de que não haveria amparo legal sobre a incidência da desconsideração da personalidade jurídica.

Além disso, a via é inadequada para se verificar a (ir)responsabilidade patrimonial do sócio sobre atos e fatos consumados e perfectibilizados durante os anos de 1983 a 1986.

É que, consoante frisado, a ação rescisória não é o meio apropriado para analisar o acerto ou desacerto da interpretação dada aos fatos pelo julgador, tampouco se presta ao reexame dos fatos e da prova produzida ou à sua complementação, à guisa de se debater eventual violação de literal disposição legal (CPC, art. 966, V).

Nesse sentido:

AÇÃO RESCISÓRIA. INADMISSIBILIDADE. FALTA DE PROCURAÇÃO COM PODERES ESPECIFICOS. PRETENSÃO À REVISÃO DO JULGADO RESCINDENDO. IMPOSSIBILIDADE.

Necessário à propositura da ação rescisória que o procurador apresente procuração com poderes específicos para tanto.

A ação rescisória não se presta à rediscussão de matéria analisada na decisão rescindenda, o acerto, ou não, da decisão, sob pena de se reabrir prazo recursal esgotado” (AR n. 2007.034855-4, de Lages, Grupo de Câmaras de Direito Civil, Rel. Des. Domingos Paludo, j. em 08.04.2015).

Não bastasse, observa-se que a tese agora articulada se trata de inovação argumentativa, ao passo que não há prova a confirmar que foi submetida anteriormente quando do julgamento da demanda rescindenda.

Especificamente, trago à baila precedente do Superior Tribunal de Justiça:

Na ação rescisória, fundada no inciso V do art. 485 do CPC, a violação de lei deve ser literal e direta, não admitindo inovação argumentativa, sob pena de se aceitar o uso dessa ação de natureza desconstitutiva negativa unicamente com o fim de se permitir novo julgamento à luz de outro enfoque. O fato de o julgado haver adotado a interpretação menos favorável à parte, ou mesmo a pior dentre as possíveis, não justifica o manejo da rescisória, na medida em que não se cuida de via recursal com prazo de dois anos” (STJ, AR 4309, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 11.04.2012, grifou-se).

*Nesse diapasão, forçoso concluir que não está presente a hipótese de rescindibilidade alegada pelo autor na petição inicial desta ação rescisória, ao passo que não há evidente **erro contra litteram**, sendo que se busca, em verdade, melhor interpretação da norma jurídica aplicada, o que obsta a pretendida desconstituição da coisa julgada.*

Com efeito, observa-se que o agravante, nas razões recursais, renova os argumentos anteriormente articulados, contudo, estes são incapazes de infirmar a conclusão do julgado, ao passo que, nos termos da assente jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, “A ação rescisória

é medida extrema e excepcional que não serve para reapreciar as provas produzidas ou para a análise acerca de sua correta interpretação pelo acórdão rescindendo” (AgRg no REsp n. 1.367.250/RS, rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, DJe de 7-3-2016).

Sobre o tema, lecionam Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero:

*A razão pela qual se viabiliza a propositura de uma nova ação para rescindir a coisa julgada não está na simples injustiça da decisão rescindenda tanto é assim que não se admite ação rescisória apenas para rediscussão de prova. Embora o Código de 1973 nem o Código de 2015 tenham repetido a fórmula expressa do art. 800 do Código de 1939, é certo que essa vedação ressaí do sistema: **admitir ação rescisória fundada na simples injustiça da decisão rescindenda o que importa admiti-la para correção da valoração da prova significa transformar a ação rescisória em uma apelação com prazo estendido** (Ação Rescisória: Do Juízo Rescindente ao Juízo Rescisório. São Paulo: RT, 2017, p. 22-23, grifou-se).*

Portanto, a ação rescisória não é o meio adequado para a correção de suposta injustiça do *decisum*, apreciação de má interpretação dos fatos ou de reexame de provas produzidas, tampouco para complementá-las.

Com efeito, deve-se “[...] reforçar o exercício de racionalização do uso da ação rescisória, com o objetivo de impedir o seu desvirtuamento e, assim, garantir a segurança jurídica inerente à coisa julgada. Indispensável, por isso, maior refinamento por ocasião da admissibilidade deste tipo de demanda, com a glosa do seu ajuizamento quando não verificado, efetivamente, algum dos seus elementos essenciais, dentre os quais se inserem os permissivos elencados no Código de Processo Civil (na hipótese, do art. 485 do CPC/1973)” (Agravo Regimental n. 0018852-73.2016.8.24.0000/50000, rel. Des. Ricardo Roesler, j. 25-10-2017)”.

Outrossim, conforme destacado na decisão agravada, é curioso que o insurgente não tenha acenado e defendido a tese aqui articulada ao tempo da demanda rescindenda. Aliás, quanto ao ponto, não houve manifestação no agravo. Por oportuno, sobre a impossibilidade de inovação argumentativa na rescisória, vale citar novamente o precedente destacado do Superior Tribunal de Justiça:

Na ação rescisória, fundada no inciso V do art. 485 do CPC, a violação de lei deve ser literal e direta, não admitindo inovação argumentativa, sob pena de se aceitar o uso dessa ação de natureza desconstitutiva negativa unicamente com o fim de se permitir novo julgamento à luz de outro enfoque. O fato de o julgado haver adotado a interpretação menos favorável à parte, ou mesmo a pior dentre as possíveis, não justifica o manejo da rescisória, na medida em que não se cuida de via recursal com prazo de dois anos” (STJ, AR 4309, Rel. Min. Gilson Dipp, j. 11.04.2012, grifou-se).

Nesse diapasão, mantém-se incólume a decisão objurgada.

Ante o exposto, vota-se no sentido de conhecer do recurso e negar-lhe provimento.

Este é o voto.

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

Agravo de Instrumento n. 4002617-55.2019.8.24.0000, de Jaraguá do Sul

Relator: Desembargador Salim Schead dos Santos

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE EXECUÇÃO. INSURGÊNCIA DO EXECUTADO.

ENUNCIADO ADMINISTRATIVO N. 3 DO STJ. APLICAÇÃO. RECURSO REGIDO PELO CPC/2015.

PENHORA DE VALORES DEPOSITADOS EM CONTA POUPANÇA. VEDAÇÃO. ARTIGO 833, INCISO X DO CPC. ARGUMENTO DE QUE É UTILIZADA COMO CONTA CORRENTE. ENTENDIMENTO CONFERIDO PELO STJ NO SENTIDO DE APLICAR INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA AO ARTIGO 833, INCISO X DO CPC. IMPENHORABILIDADE RECONHECIDA. RECURSO PROVIDO.

[...] A simples ocorrência de constantes movimentações financeiras não é, por si só, motivo suficiente para descaracterizar a impenhorabilidade de valores abaixo de 40 salários mínimos, não existindo na letra da lei tal ressalva.

O STJ se manifestou no sentido de que “a legislação não faz distinção entre os tipos de contas ou cadernetas de poupança, sendo incabível a penhora de valores inferiores a quarenta salários mínimos nelas depositadas” [...].

Somente poderia se cogitar no afastamento, na hipótese, da impenhorabilidade, caso comprovado o abuso, a ma-fé ou a fraude da cobrança, hipótese que nem sequer foi examinada nos autos pelo Sodalício estadual (REsp n. 1774698, rel. Ministro Luis Felipe Salomão, DJe de 1-2-2019).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 4002617-55.2019.8.24.0000, da comarca de Jaraguá do Sul Vara Regional de Direito Bancário em que são Agravantes Álvaro Ewald e outro e Agravado Fundo de Investimento em Direitos Creditórios Não Padronizados NPL

A Primeira Câmara de Direito Comercial decidiu, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Excelentíssimos Senhores Desembargadores Guilherme Nunes Born e Luiz Zanelato.

Florianópolis, 25 de julho de 2019.

Desembargador Salim Schead dos Santos
Presidente e Relator

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Álvaro Ewald e Renan Ewald contra a decisão proferida nos autos da ação de execução n. 0001056-68.2010.8.24.0036 que indeferiu seu pedido de impenhorabilidade, nos seguintes termos:

Os executados Álvaro Ewald e Renan Ewald arguíram a impenhorabilidade dos valores bloqueados através do sistema BACEN JUD, sob a alegação de que se tratam de quantias depositadas em caderneta de poupança.

Intimada para manifestação, a parte exequente sustentou que os valores são penhoráveis.

É o relatório.

DECIDO.

Inicialmente, a responsabilidade patrimonial dos bens do devedor à satisfação do direito substancial do credor não é atributo irrestrito. Assim, a impenhorabilidade de certos bens é uma “restrição ao direito fundamental à tutela executiva”, para proteção da “dignidade do executado, o direito ao patrimônio mínimo, a função social da empresa ou a autonomia da vontade” (DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processual civil: execução. 7. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 811).

Especificamente em relação às verbas depositadas em caderneta de poupança, o inciso X do art. 833 do CPC prevê serem impenhoráveis “*a quantia depositada em caderneta de poupança, até o limite de 40 (quarenta) salários mínimos*”.

Da análise da prova documental contida nos autos é possível vislumbrar que de fato as contas n. 20.245-2 (de Renan Ewald) e n. 1243-60.012717-2 e 1243-60.014618-6 (de Álvaro Ewald) possuem a nomenclatura de conta poupança.

Todavia, conforme se depreende das operações financeiras realizadas (fls. 165-168 e 169-177), referidas contas são utilizadas como conta corrente, fato que afasta a impenhorabilidade a que alude o dispositivo legal acima descrito.

A propósito:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA DE AÇÃO MONITÓRIA. DECISÃO INTERLOCUTÓRIA QUE DESCONSTITUI A PENHORA REALIZADA. INSURGÊNCIA DO BANCO. MÉRITO. NUMERÁRIO BLOQUEADO DE CONTA BANCÁRIA. CONTA INTITULADA COMO POUPANÇA. INVOCADA IMPENHORABILIDADE NA FORMA DO ART. 833 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. DESNATURAÇÃO CONSTATADA. EXTRATO QUE COMPROVA DIVERSOS SAQUES EM UM MESMO MÊS, EM NÍTIDA FEIÇÃO DE CONTA CORRENTE. PRECEDENTE DESTA RELATOR. RECURSO PROVIDO.” (TJSC, Agravo de Instrumento n. 4004200-80.2016.8.24.0000, de Garopaba, rel. Des. Guilherme Nunes Born, Quinta Câmara de Direito Comercial, j. 02-02-2017).

Ante o exposto, indefiro o pedido formulado pelos executados e determino a conversão em penhora do valor total bloqueado sem necessidade de lavratura de termo, devendo o valor ser transferido para conta vinculada ao processo (art. 854, § 5º, CPC).

Autorizo a liberação dos valores em favor do credor para satisfação parcial do crédito exequendo, com base no art. 904, I, do CPC.

Preclusa esta decisão, expeça-se alvará em favor da parte Exequente.

Em seguida, a parte exequente deve apresentar cálculo atualizado da dívida, com o desconto dos valores liberados, e promover o andamento do feito, indicando bens à penhora, sob pena de suspensão da execução na forma do art. 921, III, do CPC. Intimem-se.

Sustentam, em síntese, que a legislação processual não excepcionou condutas ou situações que pudessem afastar a impenhorabilidade dos valores depositados em caderneta de poupança até o limite de 40 (quarenta) salários mínimos. Ao final, requereram a atribuição de efeito suspensivo ao recurso a fim de obstar a expedição de alvará em favor da parte agravada (fls. 1-5).

O pedido de antecipação da tutela recursal foi deferido para reconhecer a impenhorabilidade dos valores bloqueados (fls. 210-214).

Intimado, o agravado apresentou contrarrazões (fls. 218-224).

É o relatório.

VOTO

1 – Admissibilidade

1.1 – Nos termos do Enunciado Administrativo n. 3 do Superior Tribunal de Justiça, o processamento do presente recurso rege-se pelo Código de Processo Civil de 2015, uma vez que a decisão recorrida foi publicada na sua vigência.

1.2 – O recurso é tempestivo, porquanto a intimação foi efetuada em 14-12-2018, dando início ao prazo recursal em 17-12-2018, findo em 5-2-2019, e o protocolo data de 4-2-2019 (fl. 1), posterior ao preparo (fl. 204). Os demais requisitos de admissibilidade estão presentes, razão pela qual dele conheço.

2 – Mérito

O MM. Juiz indeferiu o pedido de impenhorabilidade, por entender que, não obstante o numerário estar em conta poupança, depreende-se das operações financeiras realizadas, que se trata de conta corrente, o que, no entender do magistrado, desvirtua a finalidade da poupança e, por consequência, lhe retira o caráter impenhorável.

Os agravantes discordam dessa decisão, sustentando que a legislação processual não excepcionou condutas ou situações que pudessem afastar a impenhorabilidade dos valores depositados em caderneta de poupança até o limite de 40 (quarenta) salários mínimos. E tem razão.

De fato, o Superior Tribunal de Justiça, recentemente, com o intuito de pacificar o entendimento jurisprudencial sobre o tema, afastou a possibilidade de discussão do uso da conta poupança para fins de conta corrente, fixando que o valor daquela só pode ser penhorado para alimentos ou se evidenciada fraude ou má-fé do executado, o que não se verifica no caso dos autos.

A propósito:

RECURSO ESPECIAL. PENHORABILIDADE. LIMITE DE 40 SALÁRIOS MÍNIMOS. EXISTÊNCIA DE MOVIMENTAÇÃO EXPRESSIVA NA CONTA-POUPANÇA. IRRELEVÂNCIA. RECURSO PROVIDO.

Prevaleceu, no Tribunal de origem, o entendimento de que os valores depositados em conta poupança utilizada de forma análoga à conta corrente, com expressiva movimentação financeira de saques rotineiros, não se encontram protegidas pela impenhorabilidade do art. 833, inciso X, do CPC/2015.

A simples ocorrência de constantes movimentações financeiras não é, por si só, motivo suficiente para descaracterizar a impenhorabilidade de valores abaixo de 40 salários mínimos, não existindo na letra da lei tal ressalva.

O STJ se manifestou no sentido de que “a legislação não faz distinção entre os tipos de contas ou cadernetas de poupança, sendo incabível a penhora de valores inferiores a quarenta salários mínimos nelas depositadas” (AgInt no REsp 1.494.266/RO, Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 17/8/2017, DJe 30/8/2017).

Somente poderia se cogitar no afastamento, na hipótese, da impenhorabilidade, caso comprovado o abuso, a má-fé ou a fraude da cobrança, hipótese que nem sequer foi examinada nos autos pelo Sodalício estadual.

Recurso Especial provido. (REsp n. 1774698, rel. Ministro Luis Felipe Salomão, DJe de 1-2-2019).

AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. BLOQUEIO DE VALOR EM CADERNETA DE POUPANÇA INTEGRADA À CONTA-CORRENTE. IMPOSSIBILIDADE. DESNECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA DOS AUTOS. SÚMULA 7/STJ. INAPLICABILIDADE. RECURSO NÃO PROVIDO.

O legislador previu a impenhorabilidade absoluta do depósito em caderneta de poupança até o limite de 40 salários mínimos, devendo-se ter, quanto a esse comando, interpretação restritiva, admitindo-se a mitigação dessa ordem apenas no caso de pensão alimentícia, ou se comprovada má-fé ou fraude. Precedentes.

Na espécie dos autos, a simples movimentação atípica *per se* não constitui má-fé ou fraude a ensejar a mitigação da impenhorabilidade do art. 833, X, do NCPC, motivo pelo qual não há falar em necessidade de revolvimento de matéria fático-probatória dos autos e, conseqüentemente, em incidência da Súmula 7/STJ.

Agravo interno a que se nega provimento. (AgInt no REsp 1716236/RS, rel. Ministro Lázaro Guimarães, DJe de 30-5-2018).

Nesta Corte, embora ainda exista controvérsia a respeito do tema, pode-se citar dentre outros precedentes:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE EXECUÇÃO. BLOQUEIO DE VALORES EM CONTA POUPANÇA. IMPOSSIBILIDADE. SALDO QUE É INFERIOR A 40 (QUARENTA) SALÁRIOS MÍNIMOS E DÍVIDA EXIGIDA QUE NÃO REPRESENTA CRÉDITO DE PENSÃO ALIMENTÍCIA. IMPENHORABILIDADE QUE ESTÁ PREVISTA NO ARTIGO 833, INCISO X, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. MOVIMENTAÇÃO DO SALDO DA CONTA POUPANÇA POR

INTERMÉDIO DE SAQUES E PAGAMENTOS QUE NÃO INVIABILIZA O SEU RECONHECIMENTO. PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E DA CÂMARA. RECURSO PROVIDO (Agravo de instrumento n. 4032900-95.2018.8.24.0000, rel. Des. Jânio Machado, j. em 25-2-2019).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. DECISÃO QUE INDEFERIU O PLEITO DE IMPENHORABILIDADE E MANTEVE A PENHORA, VIA BACENJUD, EM RAZÃO DA EXISTÊNCIA DE MOVIMENTAÇÃO FINANCEIRA. INSURGÊNCIA DA EXECUTADA. SUSCITADA IMPENHORABILIDADE DE TAL QUANTIA. SUBSISTÊNCIA DA TESE. ENTENDIMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA NO SENTIDO DE SER IMPENHORÁVEL O VALOR CORRESPONDENTE A 40(QUARENTA) VEZES O SALÁRIO MÍNIMO VIGENTE À ÉPOCA DO BLOQUEIO, AINDA QUE DEPOSITADO EM CONTA CORRENTE. IMPENHORABILIDADE ABSOLUTA. INTELIGÊNCIA DO ART. 833, INCISO X, DO CPC/15. IMPERIOSO DESBLOQUEIO DO MONTANTE CONSTRITO. *DECISUM* MODIFICADO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS RECURSAIS. IMPOSSIBILIDADE DE MAJORAÇÃO ANTE A AUSÊNCIA DE FIXAÇÃO EM PRIMEIRO GRAU. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO (Agravo de Instrumento n. 4009226-54.2019.8.24.0000, de Meleiro, rel. Des. Sérgio Izidoro Heil j. em 11-6-2019).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO DE SENTENÇA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. DECISÃO AGRAVADA QUE INDEFERIU O PEDIDO DE LIBERAÇÃO DE VALORES BLOQUEADOS PELO SISTEMA BACENJUD. NUMERÁRIO INFERIOR A 40 (QUARENTA) SALÁRIOS MÍNIMOS. IMPENHORABILIDADE PREVISTA NO ARTIGO 833, INCISO X, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL/2015. MOVIMENTAÇÕES NA CONTA BANCÁRIA, ADEMAIS, QUE NÃO DESNATURAM A NATUREZA DE CONTA POUPANÇA. INTERLOCUTÓRIA REFORMADA. RECURSO PROVIDO.” (agravo de Instrumento n. 4018534-85.2017.8.24.0000, rel. Des Cláudio Barreto Dutra, j. em 7-6-2018).

Assim, ainda que não se trate de julgamento em demanda repetitiva, por questão de economia e celeridade processual e até segurança jurídica, passa-se a adotar esse posicionamento, juntamente com os demais integrantes desta Primeira Câmara de Direito Comercial.

No presente caso, analisando os documentos juntados aos autos (fls. 6 a 203), verifica-se que foram bloqueados na conta poupança n. 20.245-2, de titularidade de Renan Ewald, os seguintes valores: R\$ 0,23, R\$ 2.286,03 e R\$ 171,02 e nas contas poupança n. 1243-60.012717.2 e n. 1243-60.0146618.6, de titularidade de Álvaro Ewald, os valores de r\$ 4.967,97 e R\$ 101,16, valores abaixo do limite legal.

Por essas razões, se a regra da impenhorabilidade de até 40 (quarenta) salários mínimos, prevista no artigo 833, inciso X, do CPC é estendida para a conta corrente, ainda que se verifique a existência de movimentações na conta poupança, tal não afasta a impenhorabilidade do valor nela mantido.

3 – Ante o exposto, o meu voto é no sentido de conhecer do recurso e dar-lhe provimento para reconhecer a impenhorabilidade dos valores bloqueados na poupança de titularidade dos executados, devendo ser procedida a sua devolução.

É o voto.

Apelação Cível n. 0300066-98.2018.8.24.0011, de Brusque

Relator: Desembargador Guilherme Nunes Born

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. PROCEDÊNCIA. RECURSO DO REQUERIDO. ADMISSIBILIDADE.

ALEGAÇÃO DE ABUSIVIDADE NOS ENCARGOS DO CONTRATO (JUROS REMUNERATÓRIOS, TARIFAS ADMINISTRATIVAS E COMISSÃO DE PERMANÊNCIA) PRETENDIDA REPETIÇÃO DE INDÉBITO. NECESSIDADE DE PRODUÇÃO DE PROVA COM RELAÇÃO AOS JUROS CONTRATADOS, VALORES INSERIDOS NO CARNÊ E DANOS MORAIS. QUESTÕES NÃO VENTILADAS EM CONTESTAÇÃO E NÃO AFETAS A MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. AUSENTE ALEGAÇÃO DE MOTIVO DE FORÇA MAIOR (ART. 1.014, CPC). DESCARACTERIZAÇÃO DA MORA ANTE A EXISTÊNCIA DE ENCARGOS ABUSIVOS. PLEITO FUNDADO EM ARGUMENTO DIVERSO DAQUELE LANÇADO NA ORIGEM, A SABER, PELA UTILIZAÇÃO DO SEGURO PRESTAMISTA. NÍTIDA INOVAÇÃO RECURSAL. RECURSO NÃO CONHECIDO NESSES ASPECTOS.

CAPITALIZAÇÃO DE JUROS. TÓPICO QUE, EMBORA VENTILADO NA PEÇA DE DEFESA, FOI DISCUTIDO NA AÇÃO REVISIONAL, NÃO SENDO OBJETO DA SENTENÇA RECORRIDA. OFENSA AO PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE (ART. 1.010, II E III, CPC).

PRELIMINAR.

CERCEAMENTO DE DEFESA ANTE O JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE SEM DILAÇÃO PROBATÓRIA. NÃO OCORRÊNCIA. RÉ QUE NÃO APONTA O QUE PRETENDE PROVAR COM A REALIZAÇÃO DE PERÍCIA. MEIO DE PROVA INÓCUO, INVIÁVEL E DESNECESSÁRIO NA HIPÓTESE. PREFACIAL RECHAÇADA.

SUCUMBÊNCIA INALTERADA.

HONORÁRIOS RECURSAIS. ART. 85, § 11, DO CPC. CRITÉRIOS CUMULATIVOS ATENDIDOS (STJ, EDCL NO AGINT NO RESP 1.573.573/RJ). MAJORAÇÃO DA VERBA FIXADA EM FAVOR DO PROCURADOR DA REQUERENTE QUE SE IMPÕE.

Recurso conhecido em parte e, nesta, desprovido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0300066-98.2018.8.24.0011, da comarca de Brusque (Vara Comercial), em que é Apelante Florisvaldo Sateles Santana e Apelada BV Financeira S.A. - Crédito, Financiamento e Investimento.

A Primeira Câmara de Direito Comercial decidiu, por meio eletrônico, por votação unânime, conhecer do recurso em parte e, nesta, negar-lhe provimento. Custas legais.

O julgamento, realizado no dia 25 de julho de 2019, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Salim Schead dos Santos, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. Luiz Zanelato.

Florianópolis, 25 de julho de 2019.

Desembargador Guilherme Nunes Born
Relator

RELATÓRIO

1.1) Da inicial

BV Financeira S.A. - Crédito, Financiamento e Investimento ajuizou Ação de Busca e Apreensão em face de Florisvaldo Sateles Santana, pretendendo, em síntese, a busca e apreensão do veículo Renault Sandero, cor prata, ano/modelo 2013/2014, placa OQT9209, chassi 93YBSR76HEJ877064, Renavam 569875056, financiado e dado em garantia fiduciária na Cédula de Crédito Bancário para Aquisição de Bens n. 490475599, firmada em 12.2.2015, no valor de R\$ 39.921,12, a ser pago em 48 parcelas mensais de R\$ 831,69, já que o requerido ficou inadimplente a partir da 12ª parcela do financiamento.

Liminarmente, pleiteou a tramitação do processo em segredo de justiça e a busca e apreensão do veículo em questão.

Requeru a citação do requerido para, querendo, pagar a dívida e, permanecendo silente, a consolidação da propriedade do bem em seu favor.

Ao final, pediu a condenação do requerido ao pagamento das despesas processuais e dos honorários advocatícios.

Atribuiu valor à causa e juntou documentos (fls. 5/20).

1.2) Da resposta

Devidamente citado (fl. 33), o requerido ofereceu resposta, em forma de contestação (fls. 38/61), arguindo, preliminarmente, a ausência de constituição em mora ante a falta da sua assinatura na notificação extrajudicial. No mérito, defendeu a quitação da dívida por meio do seguro prestamista, já que ficou desempregado e, por isso, só conseguiu pagar até a 10ª prestação, tendo comunicado a ocorrência do sinistro à requerente. Aduziu a ilegalidade dos juros capitalizados. Pediu a revogação da liminar com a devolução do bem, já que o utiliza como ferramenta de trabalho ou, ao menos, seja obstado à requerente a alienação do bem até o julgamento definitivo da lide. Requeru a extinção do processo com o acolhimento da prefacial e, de forma subsidiária, a improcedência do pedido inicial, com a condenação da requerente nas verbas sucumbenciais e às sanções por litigância de má-fé.

Juntou documentos (fls. 62/67).

1.3) Do encadernamento processual

Em decisão às fls. 21/23, foi deferida a liminar.

À fl. 25, foi inserida restrição de circulação do veículo *sub judice* no Sistema Renajud.

Em seguida, o Oficial de Justiça procedeu à busca e apreensão do veículo *sub examine* (fl. 31).

À fl. 68, foi retirada a restrição de circulação sobre o veículo *sub judice*.

Manifestação sobre a contestação às fls. 72/90.

Adiante, a requerente pediu o julgamento antecipado da lide (fl. 91).

1.4) Da sentença

Prestando a tutela jurisdicional, a Juíza de Direito Clarice Ana Lanzarine proferiu sentença resolutiva de mérito para julgar procedente a pretensão inicial deduzida (fls. 92/96), nos seguintes termos:

Diante do exposto, **JULGO PROCEDENTE** o pedido formulado pela instituição financeira autora para consolidar-lhe a propriedade e a posse plena e exclusiva sobre o veículo individuado na exordial. Por consequência, **extingo o processo**, com resolução do mérito, na forma do artigo 487, I, do CPC.

Condeno a parte requerida ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, os quais confirmo a fixação em 10% sobre o valor do débito, com fundamento no artigo 85, §2º, incisos I a IV, do CPC, em favor do procurador do autor. Justifica-se a fixação dos honorários, porquanto remunera dignamente o trabalho desenvolvido, considerando o grau de zelo profissional, a natureza e importância da ação, as intervenções realizadas no feito, o tempo de tramitação do feito e o fato de que o processo tramitou de forma digital.

A exigibilidade dos ônus da sucumbência resta suspensa, pois defiro ao réu o benefício da Justiça Gratuita. (grifos do original)

1.5) Do recurso

Inconformado com a prestação jurisdicional, o requerido interpôs recurso de Apelação Cível (fls. 99/121), arguindo a ocorrência do cerceamento de defesa ante o julgamento antecipado da lide sem dilação probatória. Defende a limitação dos juros remuneratórios a 0,99% ao mês, a vedação à capitalização de juros, o afastamento das tarifas de abertura de crédito e de emissão de carnê, a descaracterização da mora, a não incidência da comissão de permanência, a repetição de indébito em dobro e a redistribuição da sucumbência.

1.6) Das contrarrazões

Presentes (fls. 126/150).

Este é o relatório.

VOTO

2.1) Do objeto recursal

A discussão versa sobre cerceamento de defesa, comissão de permanência, tarifas administrativas, juros remuneratórios, capitalização de juros, repetição de indébito, mora e honorários advocatícios.

2.2) Do juízo de admissibilidade

Ab initio, não conheço do recurso com relação às teses de juros remuneratórios, tarifas administrativas e comissão de permanência abusivos e repetição de indébito em dobro, porque não ventiladas na contestação e não são questões de ordem pública, inexistindo alegação de motivo de força maior para sua arguição apenas em grau recursal (art. 1.014, CPC).

De igual modo, porque não questionados os juros remuneratórios e os valores inseridos no carnê, nem alegado o dano moral na peça contestatória, descabida a insurgência no tocante a necessidade de produção de prova nesse sentido (fl. 101, 120).

Igualmente, não conheço do pedido de descaracterização da mora ante a existência de encargos abusivos, pois fundado em argumento diverso daquele utilizado na contestação, a saber, pela utilização do seguro prestamista (fls. 60/61).

Evidente, pois, a inovação recursal nesses pontos do reclamo.

Outrossim, não conheço do apelo quanto ao pedido de vedação à capitalização de juros, pois a questão não foi tratada na sentença recorrida, mormente porque, embora ventilada na origem, foi efetivamente discutida nos autos revisionais (n. 0300506-94.2018.8.24.0011).

Dessarte, nítida a ofensa ao princípio da dialeticidade (art. 1.010, II e III, CPC).

No mais, conheço do apelo, pois presentes os requisitos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade, já que oferecido a tempo e modo, dispensado o preparo (art. 1.007, § 1º, CPC) e evidenciados o objeto e a legitimação.

2.3) Do julgamento antecipado da lide

Argui o apelante a ocorrência do cerceamento de defesa ante o julgamento da lide sem a produção de prova pericial.

Sem razão.

Cediço que a finalidade da prova no processo é permitir ao juiz, que é o destinatário final da prova, formar convicção quanto à existência dos fatos e daí extrair suas consequências jurídicas.

Por isso, não basta que a parte somente alegue o cerceamento de defesa por não ter o juízo oportunizado a dilação probatória, devendo apontar a relevância e a pertinência daquilo que lhe foi suprimido, além de sua aptidão para modificar o entendimento do magistrado.

In casu, não há pedido específico de realização de perícia na contestação (fl. 61), tampouco a parte informou o que pretende demonstrar por esse meio de prova, não se encontrando qualquer fundamento para a sua realização, já que o caso versa sobre ação de busca e apreensão de veículo financiado com garantia de alienação fiduciária, a qual dispensa dilação probatória como regra e pode ser resolvida só com a prova documental.

Em verdade, os autos se enquadram no que dispõem os incisos I e II do artigo 464 do CPC, pois a prova do fato independe do conhecimento especial de técnico e a perícia se mostra desnecessária ante a juntada de cópia do contrato *sub judice*, sendo eventual insuficiência documental suprida com a aplicação da presunção de veracidade disposta no artigo 400, I, do CPC.

Desta Corte:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. INSCRIÇÃO INDEVIDA DO NOME DA PARTE AUTORA NOS ÓRGÃOS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. APELO DA RÉ. PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. INOCORRÊNCIA. LIVRE CONVENCIMENTO DO MAGISTRADO. RECORRENTE QUE SEQUER ESPECIFICOU AS PROVAS QUE PRETENDIA PRODUZIR E OS FATOS QUE QUERIA PROVAR. Quando convencido que o conjunto probatório 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, ainda mais quando a parte sequer informa as provas que pretende produzir e os fatos que deseja demonstrar. [...] (AC 2013.022172-1, rel. Des. João Batista Góes Ulysséa, j. 18.7.2013)

Ademais, “*o instituto do julgamento antecipado da lide não ocasiona cerceamento de defesa; ao contrário, evita a produção de atos dispensáveis para a resolução da demanda, que apenas postergam a efetiva entrega da prestaçãojurisdicional*” (TJSC, AC 0303400-17.2016.8.24.0010, rel. Des. Gilberto Gomes de Oliveira, j. 29.11.2018).

Logo, não há óbice para o julgamento nos termos em que proferido, pelo que mantenho a sentença.

Rechaçada, pois, a prefacial supra.

2.4) Da sucumbência

Inalterada a sentença, mantenho os ônus sucumbenciais consoante distribuído pelo juízo *a quo*.

2.4.1) Dos honorários recursais

Majoro em 2% (dois por cento) a verba honorária de sucumbência fixada em favor do procurador da apelada, pois atendidos os critérios cumulativos (STJ, EDcl no AgInt no REsp 1.573.573/RJ).

3.0) Conclusão

Diante da fundamentação acima exarada:

3.1) conheço do recurso em parte e, nesta, nego-lhe provimento; e

3.2) majoro em 2% (dois por cento) os honorários advocatícios de sucumbência fixados em favor do procurador da apelada.

Este é o voto.

Agravo de Instrumento n. 4035248-86.2018.8.24.0000, de Papanduva

Relator: Desembargador Mariano do Nascimento

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO ANULATÓRIA. MAGISTRADO DE ORIGEM QUE INDEFERE PEDIDO DE TUTELA DE URGÊNCIA, POR MEIO DO QUAL SE OBJETIVAVA O LEVANTAMENTO DE PENHORA SOBRE DIREITOS DE VEÍCULO. INSURGÊNCIA DA AUTORA.

ALEGADA INEXISTÊNCIA DE FRAUDE À EXECUÇÃO, AO FUNDAMENTO DE QUE, AO TEMPO DA ALIENAÇÃO DO BEM, NÃO MAIS PENDIA RESTRIÇÃO NO PRONTUÁRIO DO VEÍCULO. TESE QUE MERECE ACOLHIDA. EXECUÇÃO MOVIDA PELA AGRAVADA EM FACE DO ANTIGO PROPRIETÁRIO DO AUTOMÓVEL, NO QUAL HOVE A AVERBAÇÃO DE RESTRIÇÃO NO PRONTUÁRIO DO VEÍCULO. POSTERIOR COMUNICAÇÃO PELA EXEQUENTE, NAQUELES AUTOS, DE ALIENAÇÃO DO BEM EM FAVOR DA ORA AGRAVANTE, COM O CONSEQUENTE RECONHECIMENTO DE FRAUDE À EXECUÇÃO. AVERBAÇÃO LEVADA A EFEITO ANTERIORMENTE À ALIENAÇÃO DO BEM. PRONTUÁRIO DO VEÍCULO, CONTUDO, QUE, AO TEMPO DA VENDA, APONTAVA A BAIXA DA RESTRIÇÃO. AVERBAÇÃO, PORTANTO, QUE NÃO SE MANTINHA AO TEMPO DA VENDA, TENDO SIDO REINSERIDA, APENAS, MESES DEPOIS. ARTIGO 615-A, §3º DO CPC/1973 (ARTIGO 828, §4º DO CPC/2015) E ENUNCIADO 375 DA SÚMULA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA QUE EXIGEM, PARA A CONFIGURAÇÃO DE FRAUDE À EXECUÇÃO, A EXISTÊNCIA DE AVERBAÇÃO DO REGISTRO DE PENHORA OU A MÁ-FÉ. FRAUDE À EXECUÇÃO QUE NÃO PODE SER PRESUMIDA. PROBABILIDADE DO DIREITO ALEGADO. DECISÃO QUE MERECE REFORMA.

RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 4035248-86.2018.8.24.0000, da comarca de Papanduva Vara Única em que é Agravante Gertrudes Terezinha Hillesheim Salm e Agravada Marambaia Comércio de Veículos Ltda.

A Primeira Câmara de Direito Comercial decidiu, por votação unânime, conhecer do recurso e dar-lhe provimento. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Excelentíssimos Senhores Desembargadores Guilherme Nunes Born e Luiz Zanelato.

Florianópolis, 30 de maio de 2019.

Desembargador Mariano do Nascimento
Presidente e Relator

RELATÓRIO

Gertrudes Terezinha Hillesheim Salm interpôs agravo de instrumento de decisão proferida na

ação anulatória n. 0300805-60.2018.8.24.0047, por si ajuizada em desfavor de Marambaia Comércio de Veículos Ltda., na qual o magistrado de origem indeferiu a tutela de urgência postulada pela parte autora, que visava a anulação da penhora lançada sobre os direitos de crédito referentes ao veículo descrito na inicial (pp. 109/110, da origem).

Inconformada, recorreu a autora aduzindo, em linhas gerais, que: a) em 2-12-2016, adquiriu o veículo descrito na inicial do Sr. Robson José Silva; b) em novembro de 2017, foi intimada acerca da decisão exarada nos autos da execução n. 0600022-34.2014.8.24.0047, na qual foi reconhecida a existência de fraude à execução, considerando ineficaz a compra e venda daquele bem; c) quando adquiriu o veículo não havia qualquer restrição no registro perante o órgão de trânsito, que só veio a ser reinserida em 28-3-2017; d) a restrição lançada sobre os direitos creditórios do veículo se mostra indevida. Requereu, com base nisso, a antecipação da tutela recursal, para *“suspender o trâmite da execução nº 0600022-34.2014.8.24.0047, no que tange a penhora dos direitos sobre o veículo marca CHEVROLET, modelo SPIN, ano 2013/2013, cor verde, placa MMD 3724, renavam 559014104”*. Requereu, ainda, a concessão da justiça gratuita, e, ao final, o conhecimento e provimento do recurso (pp. 1/12).

Com as contrarrazões (pp. 28/29), os autos retornaram conclusos.

VOTO

Conheço do recurso, porquanto presentes os pressupostos extrínsecos e intrínsecos de admissibilidade.

Trata-se de agravo de instrumento interposto da decisão proferida na ação anulatória n. 0300805-60.2018.8.24.0047, que move Gertrudes Terezinha Hillesheim Salm em face de Marambaia Comércio de Veículos Ltda., na qual o magistrado de origem indeferiu o pedido de tutela de urgência pleiteado, no qual objetivava a parte autora a baixa da penhora dos direitos creditórios sobre o veículo Chevrolet Spin, placa MMD-3724.

Denota-se dos autos de origem, que Marambaia Veículos Ltda., ora agravada, ingressou, em 29-1-2014, com ação de execução de título extrajudicial n. 060022-34.2014.8.24.0047 (n. 047.14.600022-2), em face de Robson José Silva, objetivando o recebimento de R\$ 10.763,82 (dez mil setecentos e sessenta e três reais e oitenta e dois centavos), representado por 4 (quatro) cheques (pp. 22/25 dos autos de origem).

Citado o executado, e diante do não pagamento da dívida, a exequente, em 28-3-2014, compareceu aos autos informando ter efetuado a averbação da existência da ação à margem do prontuário do veículo Chevrolet Spin, placa MMD-3724, de propriedade do executado (pp. 69/70 dos autos de origem).

Após idas e vindas processuais, a exequente, em 10-7-2017, noticiou nos autos que, em 2-12-2016, o executado alienou o veículo em questão para Gertrudes Terezinha Hillesheim Salm, ora agravante, pugnando, com base nisso, pelo reconhecimento da fraude à execução (pp. 89/91 dos autos de origem).

Conclusos os autos da execucional, o magistrado, em 19-7-2017, reconheceu a fraude à execução, determinando a expedição de mandado de penhora sobre os direitos de crédito que possui o executado em relação ao veículo (pp. 92/94 dos autos de origem), decisão da qual foi intimada a ora agravante em 10-11-2017 (p. 102 dos autos de origem), tendo se mantido, contudo, inerte (p. 103 dos autos de origem).

Foi aí que, em 17-4-2018, a agravante ingressou com ação anulatória em face de Marambaia Veículos Ltda. – exequente nos autos em que houve a penhora –, pleiteando pela baixa do gravame, ao fundamento de que não houve fraude à execução.

Pois bem.

O art. 615-A do Código de Processo Civil de 1973, vigente à época, facultava ao exequente a possibilidade de averbação da execução nos registros dos órgãos competentes. Feito isso, a alienação ou oneração do bem permitia – como ainda permite pela literalidade do artigo 828, §4º do Código de Processo Civil de 2015 – presumir a fraude à execução.

Veja-se:

Art. 615-A. O exequente poderá, no ato da distribuição, obter certidão comprobatória do ajuizamento da execução, com identificação das partes e valor da causa, para fins de averbação no registro de imóveis, registro de veículos ou registro de outros bens sujeitos à penhora ou arresto.

[...]

§3º Presume-se em fraude à execução a alienação ou oneração de bens efetuada após a averbação (art. 593).

Outrossim, o enunciado 375 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça preceitua que “*o reconhecimento da fraude à execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente*”.

No caso dos autos, a averbação no prontuário do veículo foi comunicada em 28-3-2014 (p. 69 dos autos de origem), ao passo que o veículo foi transferido à agravante, em virtude de alienação, em 2-12-2016 (p. 14 dos autos de origem), isto é, depois de feita a averbação na matrícula do bem.

Ocorre que, conforme se denota do prontuário do veículo (p. 21 dos autos de origem), a restrição foi equivocadamente baixada em 8-7-2016, e, posteriormente, reinserta em 28-3-2017, ou seja, ao tempo da alienação, que se deu em 2-12-2016, de fato não havia qualquer anotação de penhora no dossiê do automóvel.

Logo, o que se tem é que, ao tempo da alienação, a restrição, ao que tudo indica, aparecia como baixada no prontuário do veículo, o que, diante da aparente ausência de averbação ativa, e, bem ainda, de comprovada má-fé da adquirente, a presunção de fraude à execução deve, por ora, ser afastada.

A propósito:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. RESTRIÇÃO REFERIDA NO ARTIGO 615-A DO CPC/73 BAIXADA DE FORMA INDEVIDA PELO ÓRGÃO DE TRÂNSITO. PEDIDOS DE ENVIO DE OFÍCIOS PARA APURAÇÃO ADMINISTRATIVA DOS FATOS E DE RECONHECIMENTO DA FRAUDE À EXECUÇÃO INDEFERIDOS. RECURSO DO EXEQUENTE.

COMUNICAÇÕES ADMINISTRATIVAS. AGRAVANTE QUE PODE POSTULAR AS MEDIDAS DIRETAMENTE AOS ÓRGÃOS COMPETENTES. DIREITO DE PETIÇÃO. CF, ART. 5º, XXXIV, A. PODER DISCIPLINAR DA ADMINISTRAÇÃO. APURAÇÕES, ADEMAIS, QUE NÃO PODEM SER FEITAS NO BOJO DO PROCESSO JUDICIAL. PROVIDÊNCIAS ALMEJADAS QUE SE REVELAM DESNECESSÁRIAS. DECISÃO MANTIDA, NO PONTO.

FRAUDE À EXECUÇÃO. AQUISIÇÕES DO VEÍCULO POR TERCEIROS QUANDO NÃO MAIS HAVIA A RESTRIÇÃO. INEXISTÊNCIA, ADEMAIS, DE PROVA DA MÁ-FÉ DOS ADQUIRENTES. PRESSUPOSTOS DA MEDIDA NÃO EVIDENCIADOS. APLICAÇÃO DE ORIENTAÇÕES DO STJ NO JULGAMENTO DO TEMA 243.

RECURSO DESPROVIDO (grifei) (TJSC. AI 4005911-23.2016.8.24.0000 de Balneário Camboriú. Rel.: Des. André Luiz Dacol. J. em: 13-3-2018).

Ainda:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL – CUMPRIMENTO DE SENTENÇA – PENHORA DE BEM IMÓVEL – ALEGAÇÃO DE FRAUDE À EXECUÇÃO – REJEIÇÃO DO PEDIDO EM PRIMEIRO GRAU – INCONFORMISMO DA EXEQUENTE – AFASTAMENTO – AUSÊNCIA DE REGISTRO DA PENHORA AO TEMPO DA ALIENAÇÃO – AUSÊNCIA DE PROVA DE MÁ-FÉ DO TERCEIRO ADQUIRENTE – ÔNUS DA EXEQUENTE – FRAUDE À EXECUÇÃO INCONFIGURADA – DECISÃO MANTIDA – PROVIMENTO NEGADO.

Sem o registro da constrição judicial do bem alienado ou comprovante do elemento subjetivo da má-fé de terceiro adquirente, incorre fraude à execução (grifei) (TJSC. AI 0157167-18.2015.8.24.0000 de Camboriú. Rel.: Des. Monteiro Rocha. J. em: 20-7-2017).

Assim, preenchidos os requisitos contidos no artigo 300 do Código de Processo Civil, a saber, probabilidade do direito alegado e perigo de dano, a tutela de urgência deve ser concedida, a fim de afastar a ordem de penhora determinada na execução n. 0600022-34.2014.8.24.0047.

Diante do exposto, conheço do recurso e dou-lhe provimento.

É como voto.

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

Agravo de Instrumento n. 4012055-08.2019.8.24.0000, de Joinville

Relator: Desembargador Robson Luz Varella

AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE ADIMPLENTO CONTRATUAL – DECISÃO INTERLOCUTÓRIA, PROFERIDA APÓS INTIMAÇÃO DOS LITIGANTES ACERCA DO RETORNO DOS AUTOS DA SEGUNDA INSTÂNCIA, ATRAVÉS DA QUAL FOI DETERMINADO À EXECUTADA A EXIBIÇÃO DO CONTRATO DE PARTICIPAÇÃO FINANCEIRA FIRMADO ENTRE AS PARTES, SOB PENA DE SER CONSIDERADO VÁLIDO O CÁLCULO DO EXEQUENTE (CPC, ART. 524, §§ 4º E 5º) – INSURGÊNCIA DA EMPRESA DE TELEFONIA.

ALEGAÇÃO DE INCONSISTÊNCIA DO PLEITO EXIBITÓRIO – DEFENDIDA IMPOSSIBILIDADE DE APRESENTAÇÃO DA DOCUMENTAÇÃO REQUERIDA, POIS PERTENCENTE À TELEBRÁS – INACOLHIMENTO – RESPONSABILIDADE DA RECORRENTE EM RELAÇÃO ÀS OBRIGAÇÕES ASSUMIDAS PELAS SOCIEDADES EMPRESÁRIAS ANTECESSORAS – ADEMAIS, SUSCITADA AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR QUANTO AO PEDIDO DE EXIBIÇÃO QUE NÃO PROSPERA – DESNECESSIDADE DA COMPROVAÇÃO DA REALIZAÇÃO DE PRÉVIO PEDIDO ADMINISTRATIVO – EXIGÊNCIA RESTRITA ÀS DEMANDAS CAUTELARES EXIBITÓRIAS – DE OUTRO MODO, ADUZIDA SUFICIÊNCIA DA RADIOGRAFIA PARA ELABORAÇÃO DO CÁLCULO DO MONTANTE DEVIDO – TESE AGASALHADA PARCIALMENTE – CONTRATAÇÃO PELA PLANTA COMUNITÁRIA DE TELEFONIA (PCT) – MODALIDADE NA QUAL APENAS PARTE DA QUANTIA PAGA PELO CONSUMIDOR ERA CONVERTIDA EM AÇÕES – EVOLUÇÃO DO ENTENDIMENTO DESTA CÂMARA JULGADORA QUANTO À MATÉRIA – VIABILIDADE DE UTILIZAÇÃO DO VALOR CONSTANTE NA RADIOGRAFIA OU DO PREÇO MÁXIMO AUTORIZADO EM PORTARIA MINISTERIAL CORRESPONDENTE AO PERÍODO DE AQUISIÇÃO DO TERMINAL TELEFÔNICO, PREVALECENDO A QUANTIA QUE SE APRESENTAR MAIS BENÉFICA AO CONSUMIDOR – INTERLOCUTÓRIA REFORMADA NO PONTO.

Após a privatização do sistema de telecomunicação, a Brasil Telecom S/A, atualmente denominada Oi S/A, sucedeu a Telebrás na prestação dos serviços de telefonia, não se tratando, portanto, o contrato de participação financeira, como um documento de terceiro.

Por outro lado, a exigência de prévio requerimento formal dos documentos perante a empresa de telefonia é exigível somente para as ações cautelares de exibição de documentos, conforme pacificado pelo Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o REsp n. 982.133/RS, aplicando a Lei dos Recursos Repetitivos (Lei n. 11.672/2008), e pelo Grupo de Câmaras de Direito Comercial desta Corte de Justiça, através do Enunciado XI.

Nada obstante, refluindo do posicionamento até então consolidado, este Órgão Fracionário passou a reconhecer que, nos casos de avença firmada na modalidade Planta Comunitária de Telefonia (PCT) - cujo vínculo jurídico envolvia o adquirente da linha telefônica e o empreendedor, não existindo relação direta com a empresa de telefonia -, mostra-se desnecessária a exibição do pacto para que o débito seja contabilizado na fase de cumprimento da sentença, podendo ser apurado o “quantum” mediante utilização do valor constante na radiografia ou do “preço máximo” previsto em Portaria Ministerial correspondente ao período de aquisição do terminal telefônico, prevalecendo a quantia que se apresentar mais benéfica ao consumidor-acionista.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 4012055-08.2019.8.24.0000, da comarca de Joinville 5ª Vara Cível em que é Agravante Oi S/A Em Recuperação Judicial e Agravado Elton Silva de Oliveira.

A Segunda Câmara de Direito Comercial decidiu, por votação unânime, dar parcial provimento ao recurso para que seja afastada a determinação de juntada do instrumento de participação financeira (PCT), utilizando-se como valor do contrato o preço que se apresentar mais benéfico ao consumidor, apurado em comparação realizada entre a radiografia e a portaria ministerial correspondente ao período de aquisição do terminal telefônico, nos termos da fundamentação. Custas legis.

Do julgamento, realizado em 30 de julho de 2019, os Exmos. Srs. Des. Newton Varella Júnior e Dinart Francisco Machado.

Florianópolis, 25 de agosto de 2019.

Desembargador Robson Luz Varella
Relator

RELATÓRIO

Oi S/A Em Recuperação Judicial interpôs o presente agravo de instrumento contra interlocutória (fl. 23), proferida na ação de adimplemento contratual n. 0056615-33.2012.8.24.0038, que determinou a intimação da empresa de telefonia para juntada da documentação requerida pelo acionante (contrato de participação telefônica firmado entre as partes - fls. 529/537), sob pena de ser considerada válida a estimativa apontada pela parte contrária (CPC, art. 524, §§ 4º e 5º).

Em suas razões de insurgência (fls. 1/19), sustentou, em síntese: a) a inconsistência da exibição judicial de contrato de participação financeira firmado com empresa de telefonia do Sistema Telebrás; b) a carência de interesse de agir do exequente, porquanto não demonstrou ter formulado requerimento de apresentação do documento na via administrativa; c) a desnecessidade de exibição do instrumento, uma vez que a radiografia seria suficiente à realização dos cálculos do “quantum”. Por outro lado, defendeu a impossibilidade de aplicação do §5º do art. 524 do Código Processual Civil, asseverando se tratar de presunção relativa, “devendo ser permitido o direito de opor impugnação aos cálculos por excesso de execução” (fl. 17). Instruiu a irresignação com os documentos de fls. 20/541.

Intimada, a parte contrária ofertou contraminuta (fls. 553/570).

Este é o necessário relatório.

VOTO

Insurge-se a empresa de telefonia contra decisão, em ação de adimplemento contratual, na qual foi assim deliberado:

Vistos para despacho. I- **Intime-se a parte ré para juntar aos autos os documentos solicitados pela parte autora (art. 524, §§ 4º e 5º do Código de Processo Civil)**. II- Após apresentado, intime-se a parte autora para requerer o que entender de direito, ciente que eventual cumprimento de sentença deverá ser protocolado de forma digital, e os cálculos lá apresentados deverão ser elaborados na forma do art. 524 e seguintes, do Código de Processo Civil. III- Nada sendo requerido, dou por encerrada a fase cognitiva da lide. Cobradas as custas, arquivem-se os autos. Joinville (SC), 26 de outubro de 2018. (fl. 23) (sem grifos no original)

Assevera, inicialmente, a inconsistência do pedido de exibição de documentos, argumentando não ser possível a apresentação judicial de contrato de participação financeira ajustado com empresa de telefonia do Sistema Telebrás e, por outro lado, a carência de interesse de agir do exequente, porquanto não demonstra ter formulado requerimento exhibitório na via administrativa.

É consabido que, após a privatização do sistema de telecomunicação, a Brasil Telecom S/A, atualmente denominada Oi S/A, sucedeu a Telebrás na prestação dos serviços de telefonia, não se tratando, portanto, o contrato de participação financeira, como um documento de terceiro.

Não bastasse, importa registrar que, por ocasião do julgamento monocrático do recurso de Apelação Cível n. 0056615-33.2012.8.24.0038, em 23/8/2016, decidiu-se pela legitimidade da concessionária ora agravante para responder pela emissão de ações ou indenizações em nome da Telebrás (fls. 444/447), decisão que transitou em julgado na data de 14/12/2016, e, assim, tem-se por configurado o instituto da coisa julgada.

De outro modo, anota-se não se desconhecer o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, firmado em sede de recursos repetitivos, no sentido de que, na ação cautelar de exibição de documentos intentada para obtenção de dados societários, falta ao autor interesse de agir quando não demonstrada a formalização de requerimento administrativo perante a sociedade empresária:

PROCESSUAL CIVIL. **AÇÃO CAUTELAR DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTO. RECURSO ESPECIAL. CONTRATO DE PARTICIPAÇÃO FINANCEIRA. FORNECIMENTO DE DOCUMENTOS COM DADOS SOCIETÁRIOS. RECUSA. RECURSO À COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS. LEI N. 6.404/1976, ART. 100, § 1º. AUSÊNCIA DO COMPROVANTE DE RECOLHIMENTO DA “TAXA DE SERVIÇO”. RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. LEI N. 11.672/2008. RESOLUÇÃO/STJ N. 8, DE 07.08.2008. APLICAÇÃO. I. **Falta ao autor interesse de agir para a ação em que postula a obtenção de documentos com dados societários, se não logra demonstrar: a) haver apresentado requerimento formal à ré nesse sentido; b) o pagamento pelo custo do serviço respectivo, quando a empresa lhe exigir, legitimamente respaldada no art. 100, parágrafo, 1º da Lei 6.404/1976.** II. Julgamento afetado à 2ª Seção com base no Procedimento da Lei n. 11.672/2008 e Resolução/STJ n. 8/2008 (Lei de Recursos Repetitivos). III. Recurso especial não conhecido (REsp. n. 982.133/RS, rel. Ministro Aldir Passarinho Júnior, j. em 10/9/2008) (sem grifos no original)**

Nesse mesmo sentido, os integrantes do Grupo de Câmaras de Direito Comercial desta Corte homologaram o enunciado XI a seguir reproduzido:

XI - Em demanda cautelar de exibição de documentos, falta interesse de agir àquele que não comprova ter realizado requerimento formal de fornecimento de dados societários junto à companhia, exceto se a necessidade do ingresso em juízo, em casos concretos excepcionais, for inequivocamente comprovada por outro meio.

Contudo, evidencia-se que o requisito consagrado pela jurisprudência, acerca da necessidade de comprovação da realização de requerimento formal da apresentação de documentos na esfera administrativa, é exigível apenas para os casos de demanda cautelar exhibitória, não sendo esta a hipótese dos presentes autos, no qual se trata de exibição formulada em sede de ação comum ordinária.

Acerca dos temas ora tratados, vale citar os seguintes julgados: Agravo de Instrumento n. 4026254-06.2017.8.24.0000, rel. Des. Soraya Nunes Lins, j. em 8/3/2018; Agravo de Instrumento n. 4026353-73.2017.8.24.0000, rel. Des. Jânio Machado, j. em 8/3/2018; Agravo de Instrumento n. 4014303-15.2017.8.24.0000, rel. Des. José Carlos Carstens Köhler, j. 7/11/2017.

Sob esses aspectos, portanto, não merece acolhimento o reclamo da empresa de telefonia.

Por outro lado, a agravante sustenta a desnecessidade de apresentação do instrumento de participação financeira, defendendo que, para fins de apuração do “quantum debeatur”, mostra-se suficiente a radiografia.

Esta Câmara de Direito Comercial vinha partilhando do entendimento de que a radiografia não seria documento suficiente à realização dos cálculos do montante exequendo, pois se argumentava que, na fase de cumprimento da sentença, os dados necessários, em especial, o valor efetivamente pago pelo contratante a título de participação financeira quando da assinatura da avença, somente poderia ser extraído da análise do instrumento contratual.

Nesses casos, inclusive, pouco importava para definição da necessidade de apresentação do ajuste celebrado entre as partes a modalidade em que firmado o contrato (Planta Comunitária de Telefonia - PCT ou Plano de Expansão - PEX).

Nada obstante, em sessão realizada na data de 9/4/2019 (Precedente: Agravo de Instrumento n. 4034572-41.2018.8.24.0000 de relatoria da Exma. Desa. Rejane Andersen), refluindo do posicionamento até então consolidado, este Órgão Fracionário passou a reconhecer que, nos casos de avença firmada na modalidade Planta Comunitária de Telefonia (PCT) – cujo vínculo jurídico envolvia o adquirente da linha telefônica e o empreendedor, não existindo relação direta com a empresa de telefonia –, mostra-se desnecessária a exibição do pacto para a apuração do “quantum”.

Além disso, nessa hipótese, ficou decidido que pode ser aplicado o valor constante na radiografia do contrato ou o “preço máximo” previsto em Portaria Ministerial correspondente ao período de aquisição do terminal telefônico, prevalecendo a quantia que se apresentar mais benéfica ao consumidor-acionista.

Contudo, tratando-se de contrato celebrado pelo Plano de Expansão (PEX) – no qual o montante pago pelo consumidor à título de participação financeira era efetivamente revertido em ações –, manteve-se sedimentado que, em sede de cumprimento de sentença, há necessidade de exibição do instrumento, uma vez que a radiografia, em regra, não reproduz o valor integralizado nem a forma de pagamento.

No mesmo sentido, vale citar os seguintes julgados desta Câmara:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE ADIMPLEMENTO CONTRATUAL EM FASE DE CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. DECISÃO QUE DETERMINOU A JUNTADA DO CONTRATO DE PARTICIPAÇÃO FINANCEIRA, SOB PENA DE APLICAÇÃO DO DISPOSTO NO ART. 524, § 5º, DO CPC/2015. INSURGÊNCIA DA EMPRESA DE TELEFONIA. 1 - ALEGAÇÃO DE SUFICIÊNCIA DA RADIOGRAFIA DOS CONTRATOS PARA A ELABORAÇÃO DOS CÁLCULOS. NOVO ENTENDIMENTO DESTA CÂMARA NO SENTIDO DE QUE DEVEM SER ANALISADAS AS PECULIARIDADES DE CADA MODALIDADE CONTRATUAL. CONTRATO N. 1501257, FIRMADO SOB A MODALIDADE PCT - PLANTA COMUNITÁRIA. RADIOGRAFIA DO CONTRATO SUFICIENTE PARA A VERIFICAÇÃO DO VALOR INTEGRALIZADO E A QUANTIDADE DE AÇÕES CORRESPONDENTES. RECURSO PROVIDO NO TOCANTE. POR OUTRO LADO, EM RELAÇÃO AOS CONTRATOS N. 33793000 E 403017, FIRMADOS NA MODALIDADE PEX - PLANO DE EXPANSÃO. NECESSÁRIA APRESENTAÇÃO DO CONTRATO DE PARTICIPAÇÃO, UMA VEZ QUE A RADIOGRAFIA NÃO DISPÕE DAS INFORMAÇÕES SUFICIENTES PARA A VERIFICAÇÃO DO DIREITO ACIONÁRIO A SER COMPLEMENTADO/INDENIZADO À PARTE. DECISÃO MANTIDA NO TOCANTE. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO NO PONTO. “Planta Comunitária de Telefonia (PCT). Quantia destinada à remuneração do intermediário responsável pela implantação do sistema de comunicação que deve ser deduzida da importância desembolsada pelo consumidor no momento da contratação. “Valor integralizado” que não corresponde ao número de ações devidas. Exibição da avença despicienda. Dados constantes na “radiografia” suficientes à elaboração do cálculo. Irresignação acolhida nesse ponto. Plano de Expansão (PEX). Modalidade de contrato que, a depender da norma vigente à época da sua assinatura, confere ao assinante, que optou pelo pagamento de forma parcelada, a conversão em ações não só do valor do investimento, mas também da soma correspondente aos encargos acrescidos na prestação. Radiografia que, em regra, não apresenta esse dado (forma de pagamento à vista ou parcelado). Necessidade de exibição do contrato ou de outro documento que apresente essa informação, apenas para o caso de a celebração ter ocorrido na modalidade PEX após a Portaria 86/1991” (Agravo de Instrumento n. 4011994-03.2018.8.24.0900, de São Joaquim, rel. Des. Ronaldo Moritz Martins da Silva, Terceira Câmara de Direito Comercial, j. 13-12-2018). 2 - PRESUNÇÃO RELATIVA DO ART. 524, § 5º, DO CPC/2015 QUE MERECE SER MANTIDA PARA O CASO DE NÃO APRESENTAÇÃO DO CONTRATO EM RELAÇÃO AO CONTRATO DE PARTICIPAÇÃO FIRMADO NA MODALIDADE PEX - PLANO DE EXPANSÃO. RECURSO DESPROVIDO NO PONTO. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. (TJSC, Agravo de Instrumento n. 4016108-66.2018.8.24.0000, rel. Des. Dinart Francisco Machado, j. em 7/5/2019) (sem grifos no original)

Também:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE COMPLEMENTAÇÃO DE AÇÕES. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. DECISÃO QUE NEGA PEDIDO DE JUNTADA DE CONTRATO DE PARTICIPAÇÃO FINANCEIRA ENTABULADO ENTRE AS PARTES. DETERMINAÇÃO PARA A CREDORA REFAZER OS CÁLCULOS APRESENTADOS, ADOTANDO VALOR MÁXIMO ESTABELECIDO

EM PORTARIA MINISTERIAL. RECURSO DA PARTE AUTORA. PLEITO DE CASSAÇÃO DA DECISÃO PARA A JUNTADA DO CONTRATO E ADOÇÃO DO SEU VALOR PARA O CÁLCULO. DESCABIMENTO. RADIOGRAFIA QUE, DIANTE DAS ESPECIFICIDADES DO CASO CONCRETO, DEMONSTRA QUE A CONTRATAÇÃO OCORREU NA MODALIDADE PLANTA COMUNITÁRIA - PCT. CATEGORIA CONTRATUAL QUE SE DISTINGUE PELA NÃO CORRESPONDÊNCIA DO VALOR INTEGRALIZADO AO NÚMERO DE AÇÕES DEVIDAS. VALOR MÁXIMO AFERÍVEL CONFORME A LIMITAÇÃO ESTABELECIDA EM PORTARIA EXPEDIDA PELO MINISTÉRIO DA INFRA-ESTRUTURA, CORRESPONDENTE AO PERÍODO DA AQUISIÇÃO DO TERMINAL TELEFÔNICO. PRECEDENTES DESTA CORTE. DECISÃO MANTIDA. “Todavia, os contratos de participação financeira firmados na modalidade Planta Comunitária de Telefonia - PCT, não eram celebrados diretamente com a empresa de telefonia, mas com empresa intermediária. [...] A quantia investida pelo consumidor a título de participação financeira não era integralmente revertida em ações, porquanto as Portarias que regulamentavam a implantação do PCT previam limitações à remuneração da concessionária de telefonia. [...] Portanto, tendo em vista que nem todo valor investido pelo consumidor era transformado em ações, mas apenas o valor máximo estabelecido pelas Portarias, na hipótese, dispensável a apresentação do contrato” (Agravado de Instrumento n. 4026143-85.2018.8.24.0000, de Brusque, rel. Des. Cláudio Barreto Dutra, Quinta Câmara de Direito Comercial, j. 21-3-2019. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (TJSC, Agravo de Instrumento n. 4002958-81.2019.8.24.0000, rel. Des. Rejane Andersen, j. em 23/4/2019) (sem grifos no original)

Acerca do tema, elucida o eminente Des. Gilberto Gomes de Oliveira, ao decidir o Agravo de Instrumento n. 4004058-76.2016.8.24.0000:

[...] no Plano de Expansão - PEX, os adquirentes de linhas telefônicas firmaram contratos de participação financeira diretamente com as empresas de telefonia, a fim de adquirirem o uso de um terminal telefônico, tornando-se, em contrapartida ao investimento feito, um acionista. Mas, nem todo o investimento feito seria automaticamente convertido em ações da companhia. Isto dependeria da norma administrativa que regulava o contrato.

[...]

Nesta modalidade de contrato (PEX) e neste período (de 1976 até 1991) [...] o valor a ser convertido em ações pela empresa de telefonia deveria corresponder ao preço pago pelo consumidor à vista, e não ao total integralizado parceladamente, e seria limitado ao montante estabelecido pela Secretaria Geral do Ministério das Comunicações em suas portarias.

[...]

Nesta modalidade de contrato (PEX) e neste período (de 1991 até 1997), [...] o valor a ser convertido em ações pela empresa de telefonia deveria corresponder ao preço pago pelo consumidor, à vista ou parceladamente, incluindo juros, em ambos os casos limitados ao valor máximo previsto pelo governo.

[...]

A forma de pactuação Planta Comunitária de Telefonia – PCT [...] voltava-se à implementação ou à extensão de toda uma rede de telefonia por uma comunidade.

[...]

Nesta forma de pactuação, por conseguinte, os adquirentes de linha telefônica não firmavam contrato de participação financeira com as empresas de telefonia mas, sim, com um empreendedor, que detinha o direito de comercializar as linhas telefônicas na localidade onde o programa seria implantado.

Nestes casos, as portarias que regulamentavam a implantação da Planta Comunitária de Telefonia -

PCT estabeleciam que a remuneração da empresa de telefonia deveria ser convertida em ações para os adquirentes finais, porém, “limitada ao valor máximo de participação financeira por ela praticado em sua área de concessão” (Portaria nº 117, de 13 de agosto de 1991, da Secretaria Nacional de Telecomunicações - DOU 14.08.1991, p. 16473).

[...]

No que tange à espécie do pacto, se de Planta Comunitária de Telefonia – PCT ou Plano de Expansão – PEX, ao primeiro jamais se mostrará relevante a exposição do acordo, porquanto que o valor ali constante como integralizado não revelará aquele que foi de fato capitalizado pelo consumidor/acionista, já que presente nesta modalidade o empreendedor, o qual possuía o direito de comercializar as linhas telefônicas e, por conseguinte, recebia dos adquirentes quantia distinta daquela havida na avença que detinha com a companhia.

[...]

Com isso em vista, a radiografia do contrato de participação financeira revela-se documento apto a instruir o cumprimento de sentença [...] mormente por considerar-se que os limites praticados no mercado atrelados às portarias ministeriais vigentes à época da avença são de conhecimento público e notório.

Outrossim, destaca-se que, em razão do reconhecimento da condição de consumidor atribuída ao adquirente da linha telefônica, este órgão fracionário firmou os seguintes juízos:

a) nos casos em que o valor exprimido na radiografia do contrato demonstrar-se inferior àquele autorizado em disposição ministerial aplicável ao pacto e ao tempo, elevar-se-á a quantia a ser considerada para o fim do importe a ser convertido em ações até o último, ou seja, para aquele que se mostre mais benéfico ao consumidor;

b) na mesma linha de raciocínio, se a radiografia da avença apresentar montante capitalizado superior ao outorgado pela portaria ministerial pertinente será o primeiro valor levado em conta para a conversão das ações, porque maior, prevalecendo, novamente o interesse do consumidor. (Agravo de Instrumento n. 4004058-76.2016.8.24.0000, j. em 1º/3/2018)

Ainda a respeito:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE ADIMPLEMTO CONTRATUAL EM FASE DE CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. TELEFONIA. RECURSO DA REQUERIDA. PLEITO DA EMPRESA PARA RECONHECER COMO SUFICIENTES AS INFORMAÇÕES CONTIDAS NA RADIOGRAFIA DO CONTRATO. CONTRATO NA MODALIDADE PLANTA COMUNITÁRIA DE TELEFONIA (PCT). VALOR PAGO PELO CONSUMIDOR QUE NÃO É INTEGRALMENTE CONVERTIDO EM AÇÕES. VALOR DO CONTRATO A SER UTILIZADO NO CÁLCULO DA DÍVIDA QUE CORRESPONDE AO PREÇO MÁXIMO DOS CONTRATOS DE PARTICIPAÇÃO FINANCEIRA ESTABELECIDO PELO ÓRGÃO COMPETENTE À ÉPOCA DA CONTRATAÇÃO. RADIOGRAFIA QUE, NESSE CASO, MOSTRA-SE SUFICIENTE. DESNECESSIDADE DE EXIBIÇÃO DO CONTRATO DE PARTICIPAÇÃO FINANCEIRA. REFORMA DA DECISÃO AGRAVADA NESSE ASPECTO. CONTRATO FIRMADO NA MODALIDADE PLANO DE EXPANSÃO (PEX). VALOR INTEGRALIZADO INDICADO NO CONTRATO QUE CORRESPONDE AO MONTANTE EFETIVAMENTE PAGO NA CONTRATAÇÃO. QUANTUM QUE DEVE SER UTILIZADO PARA APURAR A EXISTÊNCIA DE DIFERENÇA ACIONÁRIA EM FAVOR DA PARTE POSTULANTE EM RESPEITO À COISA JULGADA. DETERMINAÇÃO DE APRESENTAÇÃO DO CONTRATO MANTIDA EM RELAÇÃO AO PACTO TIPO PLANO DE EXPANSÃO (PEX). INSURGÊNCIA NÃO ACOLHIDA NO PONTO. PRESUNÇÃO RELATIVA DE VERACIDADE DOS CÁLCULOS APRESENTADOS PELA PARTE CREDORA. MEDIDA PREVISTA NO ART. 524, §5º DO CPC. MANUTENÇÃO DA DECISÃO AGRAVADA.

RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. (TJSC, Agravo de Instrumento n. 4032441-93.2018.8.24.0000, rel. Des. Soraya Nunes Lins, j. em 23/5/2019) (sem grifos no original)

Pois bem.

Ao examinar o caderno processual, verifica-se juntada a radiografia do contrato (fl. 20), firmado na modalidade Planta Comunitária de Telefonia - PCT, na data de 4/11/1996, contendo “valor à vista” de R\$ 1.117,63.

Assim, mostra-se dispensável a juntada do instrumento de participação financeira (PCT) para a apuração dos valores devidos.

No entanto, nos termos já consignado, é de ser utilizado como valor do contrato o preço que se apresentar mais benéfico ao consumidor, apurado em comparação realizada entre a radiografia e a portaria ministerial correspondente ao período de aquisição do terminal telefônico.

Registra-se que, na data da assinatura do pacto “sub judice” (4/11/1996), vigia a Portaria n. 307 de 7/12/1995, dado aferido mediante ferramenta denominada “Planilha para cálculo de diferença de subscrição de ações de telefonia - BRT”, uso recomendado por ocasião da publicação do Comunicado CGJ n. 67 (Cálculo de diferença de subscrição de ações de telefonia - BRT), datado de 21/7/2014.

Com tais considerações, resta prejudicado o presente agravo quanto à tese de aplicação do §5º do art. 524 do Código Processual Civil, porquanto decorrente do não cumprimento de comando reformado.

Ante o exposto, vota-se no sentido de dar parcial provimento ao recurso para que seja afastada a determinação de juntada do instrumento de participação financeira (PCT), utilizando-se como valor do contrato o preço que se apresentar mais benéfico ao consumidor, apurado em comparação realizada entre a radiografia e a portaria ministerial correspondente ao período de aquisição do terminal telefônico, nos termos da fundamentação.

Agravo de Instrumento n. 4010954-83.2018.8.24.0900, de Criciúma

Relator: Des. Newton Varella Júnior

AGRAVO DE INSTRUMENTO. INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. INDEFERIMENTO. IRRESIGNAÇÃO DO SUSCITANTE.

SUSTENTADA INCIDÊNCIA DO CDC. NÃO ACOLHIMENTO. SUSCITANTE QUE É FORNECEDOR DA RELAÇÃO CONSUMERISTA.

O que determina a aplicação do CDC é o fato de o litigante ser consumidor, e não a mera existência de relação consumerista. Portanto, é incabível inverter a lógica legal para beneficiar o fornecedor em detrimento do cliente na aplicação dessa norma.

ALEGADO ENCERRAMENTO IRREGULAR DA EMPRESA. INSUBSISTÊNCIA. FATO QUE NÃO SE QUALIFICA COMO ABUSO DE PERSONALIDADE. ILÍCITO PRATICADO APENAS PELO SÓCIO NÃO CITADO. IMPOSSIBILIDADE DE EXTENSÃO DA RESPONSABILIDADE AOS JÁ RETIRADOS.

“O encerramento irregular das atividades da pessoa jurídica, por si só, não basta para caracterizar abuso de personalidade jurídica”. Enunciado 282 da IV Jornada de Direito Civil.

RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 4010954-83.2018.8.24.0900, da comarca de Criciúma (4ª Vara Cível), em que é Agravante Comercial Elétrica São Pedro Ltda CELESP, e Agravados Dirceu Scarsi e outros:

A Segunda Câmara de Direito Comercial decidiu, por votação unânime, conhecer do recurso e negar-lhe provimento. Custas legais.

O julgamento, realizado no dia 30 de julho, foi presidido pela Exma. Sra. Desa. Rejane Andersen, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. Dinart Francisco Machado.

Florianópolis, 1º de agosto de 2019.

Newton Varella Júnior

RELATOR

RELATÓRIO

Trata-se de Agravo de Instrumento interposto por Comercial Elétrica São Pedro Ltda CELESP em face de decisão proferida pelo MM. Juiz de Direito da 4ª Vara Cível da Comarca de Criciúma que, em Incidente de Desconsideração de Personalidade Jurídica, julgou improcedentes os pedidos formulados em face de Dirceu Scarsi, Alan Jonson Piccini e Clério Bonfanti.

Extrai-se da decisão combatida:

Ante o exposto, INDEFIRO o pedido de desconsideração da personalidade jurídica.

Custas pela suscitante.

Deixo de arbitrar honorários advocatícios, conforme art. 85, §1º, do CPC.

Em suas razões recursais, a parte busca a reforma da decisão sob as alegações de que (I) o Código de Defesa do Consumidor é aplicável ao caso; e (II) a desconsideração é cabível em razão do encerramento irregular da empresa.

Recolheu preparo (fl. 8).

Contrarrazões às fls. 19/23.

É o relatório.

VOTO

1. Legislação consumerista

A primeira questão levantada menciona a necessidade de aplicar ao caso o Código de Defesa do Consumidor, pois, consoante afirma em seu recurso, a agravante forneceu bens à parte agravada, o que caracteriza a relação de consumo entre ambas.

A tese, entretanto, desmerece acolhimento.

As razões apresentadas expõe com a necessária clareza que a parte agravada é a consumidora da relação, não a agravante.

Desse modo, a existência de relação de consumo é irrelevante, pois a referida legislação é destinada a defender o consumidor, e não a parte fornecedora:

Art. 1º O presente código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos dos arts. 5º, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal e art. 48 de suas Disposições Transitórias.

Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

O que determina a aplicação do CDC é o fato de o litigante ser consumidor, e não a mera existência de relação consumerista. Portanto, é incabível inverter a lógica legal para beneficiar o fornecedor em detrimento do cliente na aplicação dessa norma.

2. Personalidade

O argumento restante envolve a tese de que o encerramento irregular da empresa e a ausência de bens para saldar a dívida caracterizam o abuso permissivo da desconsideração da personalidade jurídica.

Sobre isso, extrai-se do art. 50 do Código Civil conforme a redação vigente ao tempo do fato:

Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.

Tal norma denota a adoção da teoria maior pelo ordenamento jurídico, pois ela exige a demonstração de abuso de direito para possibilitar a episódica relevação da personalidade, permitindo que os bens dos beneficiados também passem a responder pela dívida da sociedade (FARIAS e ROSENVALD, Curso de Direito Civil, 2016).

Mesmo sob o paradigma objetivo da citada teoria, que dispensa a prova de dolo, ainda se exige a demonstração do abuso através de prova do desvio de finalidade ou da confusão patrimonial.

Para tanto, a única alegação da parte é a de que isso se caracteriza pelo encerramento irregular da empresa.

Entretanto, mesmo que comprovado, esse fato não culmina no preenchimento de nenhum dos requisitos citados. Tanto é que a IV Jornada de Direito Civil aprovou o enunciado 282 nos seguintes termos: “O encerramento irregular das atividades da pessoa jurídica, por si só, não basta para caracterizar abuso de personalidade jurídica”.

Não bastasse isso, constata-se que os sócios citados sequer foram responsáveis pelo encerramento irregular, posto que já haviam vendido suas cotas anteriormente.

Embora o normativo citado não tenha disposto sobre o assunto, é relevante a menção à alteração trazida pela Medida Provisória 881/2019, que permitiu a desconsideração “parcial” da personalidade jurídica, de modo a atingir apenas o sócio que se beneficiou direta ou indiretamente do ilícito.

Em outras palavras, o abuso imputado à sociedade constituiu ato praticado após a transferência das cotas ao novo sócio – que sequer foi citado –, sendo que é incabível responsabilizar os anteriores pelos atos deste.

Ante o exposto, voto por conhecer do recurso e negar-lhe provimento.

Agravo de Instrumento n. 4026219-12.2018.8.24.0000, de Turvo

Relatora: Desembargadora Rejane Andersen

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO DE QUANTIA CERTA CONTRA DEVEDOR SOLVENTE (CÉDULA DE CRÉDITO BANCÁRIO). DECISÃO INTERLOCUTÓRIA QUE REJEITOU AS ALEGAÇÕES DE INEXIGIBILIDADE DO TÍTULO E DE NECESSIDADE DO DEPÓSITO DA CÉDULA ORIGINAL AOS AUTOS, E CONCEDEU O PRAZO DE 10 (DEZ) DIAS PARA QUE A PARTE EXECUTADA COMPROVASSE SUA HIPOSSUFICIÊNCIA FINANCEIRA. RECURSO DOS REQUERIDOS.

PLEITO DE CONCESSÃO DA ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. NÃO ACOLHIMENTO. AUSÊNCIA DE DOCUMENTOS APTOS A COMPROVAR A ALEGADA CRISE FINANCEIRA ENFRENTADA PELA PESSOA JURÍDICA. ADEMAIS, PRAZO PARA COMPROVAR A NECESSIDADE DA BENESSE QUE TRANSCORREU SEM MANIFESTAÇÃO DOS AGRAVANTES. MANUTENÇÃO DA DECISÃO ATACADA NO PONTO.

“Para a concessão do benefício da justiça gratuita, tem-se exigido não só a simples declaração de hipossuficiência da parte, mas a juntada de outros documentos que demonstrem a real necessidade da benesse.

Em se tratando de pessoa jurídica, deve o Magistrado, para fins de constatação da carência de recursos a ensejar a concessão da gratuidade da justiça, ponderar as peculiaridades da situação financeira da empresa no momento da formulação do pedido, examinando, entre outros fatores, a sua inatividade, balancetes mensais etc [...]” (Agravo de Instrumento n. 4003929-66.2019.8.24.0000, de Porto Belo, rel. Des. Robson Luz Varela, Segunda Câmara de Direito Comercial, j. 2-7-2019).

SUSTENTADA A INEXEQUIBILIDADE DO TÍTULO E A NECESSIDADE DE DEPÓSITO EM CARTÓRIO DA VIA ORIGINAL. TESE RECHAÇADA. CÉDULA DE CRÉDITO BANCÁRIO QUE SE AFIGURA COMO TÍTULO EXECUTIVO DESDE QUE CUMPRIDAS AS EXIGÊNCIAS DO ARTIGO 28, § 2º, DA LEI N. 10.931/04. MATÉRIA QUE JÁ FOI DECIDIDA EM SEDE DE RECURSO REPETITIVO PELA CORTE SUPERIOR. DOCUMENTOS ACOSTADOS AOS AUTOS DE ORIGEM QUE SÃO SUFICIENTES PARA O SEU PROCESSAMENTO. CÉDULA DE CRÉDITO ORIGINAL QUE FOI ENTREGUE E ENCONTRA-SE ARQUIVADA EM CARTÓRIO. INTERLOCUTÓRIO MANTIDO.

“Para fins do art. 543-C do CPC: A Cédula de Crédito Bancário é título executivo extrajudicial, representativo de operações de crédito de qualquer natureza, circunstância que autoriza sua emissão para documentar a abertura de crédito em conta-corrente, nas modalidades de crédito rotativo ou cheque especial. O título de crédito deve vir acompanhado de claro demonstrativo acerca dos valores utilizados pelo cliente, trazendo o diploma legal, de maneira taxativa, a relação de exigências que o credor deverá cumprir, de modo a conferir liquidez e exequibilidade à Cédula (art. 28, § 2º, incisos I e II, da Lei n. 10.931/2004)” (REsp 1.291.575/PR, Segunda Seção, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 14-8-2013).

RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 4026219-12.2018.8.24.0000, da Comarca de Turvo (Vara Única), em que é/são Agravante Rodrigo Pagani ME e outro e Agravado Cooperativa de Crédito de Livre Admissão de Associados Sul Catarinense – Sicoob Credisulca:

A Segunda Câmara de Direito Comercial decidiu, por unanimidade, conhecer do recurso e negar-lhe provimento. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Exmos. Srs. Desembargadores Robson Luz Varella e Newton Varella Júnior.

Florianópolis, 30 de julho de 2019.

Rejane Andersen
PRESIDENTE E RELATORA

RELATÓRIO

Rodrigo Pagani e Rodrigo Pagani ME interpuseram agravo de instrumento em face de decisão interlocutória que, no âmbito da ação de execução de quantia certa contra devedor solvente (autos n. 0300291-54.2017.8.24.0076) proposta por Cooperativa de Crédito de Livre Admissão de Associados Sul Catarinense – Sicoob Credisulca, rejeitou a pretensão de extinção da actio executória, tendo em vista a inexistência dos vícios alegados pelos executados em sede de exceção de pré-executividade.

Sustentam os agravantes a necessidade de reforma da decisão guerreada para que seja reconhecida a inexecutabilidade do título e a necessidade de depósito da via original da cédula de crédito bancário em cartório ou sua juntada nos autos, além de pugnam pelo benefício da justiça gratuita e pela concessão do efeito suspensivo ao recurso ora analisado.

O efeito suspensivo foi indeferido às fls. 212-218.

Não houve apresentação de contrarrazões.

É o relatório.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra decisão interlocutória proferida nos autos de ação de execução de quantia certa contra devedor solvente, no qual os agravantes pleiteiam a concessão da justiça gratuita e a reforma do decisum para reconhecer a inexecutabilidade do título e a necessidade do depósito em cartório ou apresentação da via original da cédula de crédito bancário objeto dos autos.

Adianta-se que o pleito não merece acolhimento.

1 Gratuidade da justiça

Inicialmente, no que tange ao pleito de gratuidade da justiça, esta Corte, amparada por precedentes dos Tribunais Superiores, consolidou o entendimento acerca da possibilidade do magistrado - com espeque no princípio do livre convencimento estampado nos arts. 370 e 371 do

Código de Processo Civil de 2015 (arts. 130 e 131 do CPC/1973) - analisar as provas apresentadas pelos requerentes, a fim de consolidar a real necessidade de concessão da benesse pretendida.

Além disso, a concessão do beneplácito da justiça gratuita à pessoa jurídica exige comprovação, mediante apresentação de documentos, da suscitada condição financeira precária, o que se afere do teor da Súmula n. 481 do Superior Tribunal de Justiça, a qual dispõe que “Faz jus ao benefício da justiça gratuita a pessoa jurídica com ou sem fins lucrativos que demonstrar sua impossibilidade de arcar com os encargos processuais”.

Portanto, “De acordo com o enunciado da Súmula n. 481 do Superior Tribunal de Justiça, faz jus ao benefício da justiça gratuita a pessoa jurídica com ou sem fins lucrativos que demonstrar sua impossibilidade de arcar com os respectivos encargos processuais” (Agravado de Instrumento n. 1001157-89.2016.8.24.0000, de Itapiranga, Câmara Especial Regional de Chapecó, rel. Des. Luiz Antônio Zanini Fornerolli, j. 3-10-2016).

Nesse sentido, tem-se julgado desta Corte:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DE EXECUÇÃO - DECISÃO INDEFERITÓRIA DA GRATUIDADE DA JUSTIÇA - INCONFORMISMO DA PARTE AUTORA. BENESSE POSTULADA POR PESSOA JURÍDICA - ALEGADA CRISE FINANCEIRA - IRRESIGNANTE QUE COLACIONOU, DENTRE OUTROS INSTRUMENTOS, BALANÇO PATRIMONIAL REFERENTE AO EXERCÍCIO DE 2018, NO QUAL CONSTOU ATIVO DE R\$ 789.705,64 (SETECENTOS E OITENTA E NOVE MIL, SETECENTOS E CINCO REAIS E SESSENTA E QUATRO CENTAVOS), AO PASSO QUE O PASSIVO FOI DE R\$ 861.757,08 (OITOCENTOS E SESSENTA E UM MIL, SETECENTOS E CINQUENTA E SETE REAIS E OITO CENTAVOS) E RELATÓRIOS DE PROCESSOS JUDICIAIS QUE ENCONTRAM-SE PENDENTES DE PAGAMENTOS DAS CUSTAS FINAIS - INSTRUMENTOS QUE “DE PER SI” NÃO DEMONSTRAM A DIFICULDADE FINANCEIRA EXPERIMENTADA PELA INSURGENTE - AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA HIPOSSUFICIÊNCIA FINANCEIRA A JUSTIFICAR A CONCESSÃO DA BENESSE - PRECEDENTES DESTES SODALÍCIO ENVOLVENDO A EMPRESA RECORRENTE, NOS QUAIS TAMBÉM RESTOU INDEFERIDA A POSTULAÇÃO DA GRATUIDADE EM VIRTUDE DA INOCORRÊNCIA DE PROVA ACERCA DA PRECARIÉDADA FINANCEIRA - RECURSO DESPROVIDO.

Para a concessão do benefício da justiça gratuita, tem-se exigido não só a simples declaração de hipossuficiência da parte, mas a juntada de outros documentos que demonstrem a real necessidade da benesse.

Em se tratando de pessoa jurídica, deve o Magistrado, para fins de constatação da carência de recursos a ensejar a concessão da gratuidade da justiça, ponderar as peculiaridades da situação financeira da empresa no momento da formulação do pedido, examinando, entre outros fatores, a sua inatividade, balancetes mensais etc.

Ademais, a teor do enunciado pela súmula 481 do Superior Tribunal de Justiça, “faz jus ao benefício da justiça gratuita a pessoa jurídica com ou sem fins lucrativos que demonstrar sua impossibilidade de arcar com os encargos processuais” Na espécie, infere-se que a embargante deixou de colacionar documentos aptos a comprovar sua hipossuficiência econômica, mormente porque o balanço patrimonial referente ao exercício de 2018, no qual constou ativo de R\$ 789.705,64 (setecentos e oitenta e nove mil, setecentos e cinco reais e sessenta e quatro centavos), ao passo que o passivo foi de R\$ 861.757,08 (oitocentos e sessenta e um

mil, setecentos e cinquenta e sete reais e oito centavos) e os relatórios de processos judiciais que encontram-se pendentes de pagamentos das custas finais, “de per si”, não demonstram sua situação de incapacidade financeira.

Ademais, em outras oportunidades, como no julgamento do Agravo de Instrumento n. Agravo de Instrumento n. 4004715-13.2019.8.24.0000, este Sodalício indeferiu a benesse com amparo no fundamento retro.

Assim, pelo conjunto probatório carreado ao caderno recursal, entende-se indemonstrada a carência de recursos por parte da recorrente, razão pela qual não merece reforma o “decisum” proferido em Primeiro Grau de Jurisdição (Agravo de Instrumento n. 4003929-66.2019.8.24.0000, de Porto Belo, rel. Des. Robson Luz Varela, Segunda Câmara de Direito Comercial, j. 2-7-2019).

In casu, esta Relatora, no interlocutório em que se analisou o pleito de efeito suspensivo, determinou a intimação da parte agravante para que apresentasse, no prazo de 10 dias, “documentos como a declaração de imposto de renda, extrato de movimentação bancárias atualizados, e, ainda, junte aos autos comprovantes de eventuais despesas ou quaisquer outros documentos idôneos que possam fazer prova da alegada impossibilidade de arcar com as custas do presente recurso, sob pena de indeferimento do benefício requerido” (fl. 214).

No entanto, afere-se da certidão de fl. 221 que referido prazo transcorreu sem qualquer manifestação dos recorrentes, de modo que se faz impositivo o indeferimento da benesse pleiteada.

2 Inexequibilidade do título

Os agravantes aduzem, ainda, a inexequibilidade do título objeto da execucional, ao argumento de que, por se tratar de cédula de crédito bancário destinada à disponibilização de limite de crédito rotativo sobre conta corrente, deveria estar acompanhada do demonstrativo de origem do débito para ter força executiva.

Sobre a quaestio, o Superior Tribunal de Justiça já assentou, no âmbito do Recurso Especial n. 1.291.575/PR, afetado ao regime dos recursos repetitivos (art. 543-C do CPC), que a cédula de crédito bancário, ainda que vinculada a operação de crédito rotativo, mantém a sua eficácia executiva, desde que cumpridas as exigências do art. 28, § 2º, da Lei 10.931/04.

Por oportuno, colaciona-se o precedente paradigmático:

DIREITO BANCÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC. CÉDULA DE CRÉDITO BANCÁRIO VINCULADA A CONTRATO DE CRÉDITO ROTATIVO. EXEQUIBILIDADE. LEI N. 10.931/2004. POSSIBILIDADE DE QUESTIONAMENTO ACERCA DO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS RELATIVOS AOS DEMONSTRATIVOS DA DÍVIDA. INCISOS I E II DO § 2º DO ART. 28 DA LEI REGENTE.

Para fins do art. 543-C do CPC: A Cédula de Crédito Bancário é título executivo extrajudicial, representativo de operações de crédito de qualquer natureza, circunstância que autoriza sua emissão para documentar a abertura de crédito em conta-corrente, nas modalidades de crédito rotativo ou cheque

especial. O título de crédito deve vir acompanhado de claro demonstrativo acerca dos valores utilizados pelo cliente, trazendo o diploma legal, de maneira taxativa, a relação de exigências que o credor deverá cumprir, de modo a conferir liquidez e exequibilidade à Cédula (art. 28, § 2º, incisos I e II, da Lei n. 10.931/2004). (REsp 1.291.575/PR, Segunda Seção, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 14-8-2013).

No caso em análise, verifica-se que, a princípio, a casa bancária agravada cumpriu com todas as exigências para o ajuizamento da actio executiva, uma vez que apresentou o contrato firmado entre as partes, o que demonstra o vínculo existente entre os litigantes (fls. 104-114), bem como trouxe aos autos demonstrativo dos valores utilizados pelos recorrentes (fls. 82-84), de modo que os documentos acostados ao processo executivo de origem são suficientes para o processamento deste.

Nesse sentido, colhe-se julgado desta Corte:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE EXECUÇÃO DE TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. DECISÃO AGRAVADA QUE DETERMINOU A APRESENTAÇÃO DOS EXTRATOS RELATIVOS AO CRÉDITO CONCEDIDO NA CÉDULA DE CRÉDITO BANCÁRIO FIRMADA ENTRE OS LITIGANTES. INSURGÊNCIA DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA [...] ALEGAÇÃO NO SENTIDO QUE A CÉDULA DE CRÉDITO SE REVESTE DE LIQUIDEZ, CERTEZA E EXIGIBILIDADE. ACOLHIMENTO. PACTO QUE SE AFIGURA COMO TÍTULO EXECUTIVO, NOS TERMOS DO ARTIGO 28 DA LEI Nº 10.931/2004 E 784, III, DO CPC/2015. PRESCINDIBILIDADE DA JUNTADA DOS DOCUMENTOS QUE ORIGINARAM A DÍVIDA SE NÃO AVENTADA A SUA ILEGALIDADE. AUSÊNCIA DOS EXTRATOS DA OPERAÇÃO QUE NÃO AFASTA A LIQUIDEZ DA CÉDULA DE CRÉDITO. ACOLHIMENTO NO PONTO. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESTA, PROVIDO” (Agravado de Instrumento n. 4035060-93.2018.8.24.0000, de Brusque, rel. Des. Soraya Nunes Lins, Quinta Câmara de Direito Comercial, j. 28-2-2019).

Tem-se, ainda, precedente desta Câmara:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXECUÇÃO - CÉDULA DE CRÉDITO BANCÁRIO - ALEGAÇÃO DE NULIDADE DO TÍTULO INACOLHIDA - EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE REJEITADA - INCONFORMISMO DOS CONSUMIDORES. EXEQUIBILIDADE DA AVENÇA REPRESENTATIVA - MATÉRIA DECIDIDA EM SEDE DE RECURSO REPETITIVO PELA CORTE SUPERIOR - EXEGESE DO ART. 28, § 2º, I E II, DA LEI N. 10.931/2004 - RECURSO DESPROVIDO.

O Superior Tribunal de Justiça decidiu, em sede de recurso repetitivo que, “para fins do art. 543-C do CPC: A Cédula de Crédito Bancário é título executivo extrajudicial, representativo de operações de crédito de qualquer natureza, circunstância que autoriza sua emissão para documentar a abertura de crédito em conta-corrente, nas modalidades de crédito rotativo ou cheque especial. O título de crédito deve vir acompanhado de claro demonstrativo acerca dos valores utilizados pelo cliente, trazendo o diploma legal, de maneira taxativa, a relação de exigências que o credor deverá cumprir, de modo a conferir liquidez e exequibilidade à Cédula (art. 28, § 2, incisos I e II, da Lei n. 10.931/2004)”.

Na hipótese, verifica-se que os requisitos acima mencionados foram cumpridos pelo banco, uma vez que

a exordial executiva veio instruída com a cédula de crédito bancário e planilhas de cálculo discriminando o crédito aberto em favor dos recorridos e encargos incidentes, razão pela qual não há falar em nulidade do título exequendo” (Agravo de Instrumento n. 2014.081879-2, de Videira, rel. Des. Robson Luz Varela, Segunda Câmara de Direito Comercial, j. 18-08-2015).

Quanto às alegações dos agravantes de que os demonstrativos de cálculos acostados aos autos não expressam qual o índice de correção monetária foi utilizado e não indicam qual a periodicidade de capitalização do juros, igualmente, não lhes assiste razão, uma vez que verifica-se serem estes suficientes para o cumprimento do disposto no art. 28, § 2º, inciso I, da Lei n. 10.931/2004.

Desse modo, não há que se falar ausência de liquidez, certeza e exigibilidade do título executivo extrajudicial objeto dos autos, devendo ser mantido o decisum guerreado no ponto.

3 Necessidade de depósito ou apresentação do título original

Por fim, o agravante sustenta a necessidade de depósito em cartório da cédula de crédito original ou sua apresentação, em razão da facilidade de negociação do referido título, no entanto, consta da certidão às fls. 168 dos autos de origem que a cédula de crédito bancário original foi entregue e encontra-se arquivada no Cartório da Vara Única de Turvo/SC, de modo a insurgência não merece acolhimento.

Ante o exposto, conhece-se do recurso e nega-se-lhe provimento

É o voto.

TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

Agravo de Instrumento n. 4026404-66.2018.8.24.0900, da Capital

Relator: Desembargador Jaime Machado Junior

AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONTRATO DE FRANQUIA. AÇÃO DE ABSTENÇÃO DE PRÁTICA CONCORRENCIAL CUMULADA COM PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR LUCROS CESSANTES. DECISÃO QUE REVOGOU INTERLOCUTÓRIA ANTERIOR QUE HAVIA CONCEDIDO TUTELA DE URGÊNCIA CONSISTENTE NA ORDEM DE ABSTENÇÃO IMEDIATA PELOS AGRAVADOS DE ATUAR EM ATIVIDADE CONCORRENTE. EXISTÊNCIA DE VÍNCULO FAMILIAR ENTRE A EMPRESA CONCORRENTE E AS SÓCIAS DA EX-FRANQUEADA. PROBABILIDADE DO DIREITO E PERIGO DE DANO DEMONSTRADOS. REQUISITOS PREVISTOS NO ART. 300, **CAPUT**, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015 SATISFEITOS. DECISÃO REFORMADA PARA REAVIVAR A TUTELA DE URGÊNCIA CONCEDIDA NA ORIGEM.

RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 4026404-66.2018.8.24.0900, da comarca da Capital 4ª Vara Cível em que é Agravante Loft Company Importação e Exportação Eireli e Agravado Davi da Silva Amaro Comércio Eletrônico Me e outros.

A Terceira Câmara de Direito Comercial decidiu, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento para reformar a decisão agravada, de modo que impera confirmada a decisão monocrática de p. 192-196. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Excelentíssimo Senhor Desembargador Tulio Pinheiro, com voto, e dele participou o Excelentíssimo Senhor Desembargador Ronaldo Moritz Martins da Silva.

Florianópolis, 11 de julho de 2019

Desembargador Jaime Machado Junior

Relator

RELATÓRIO

Loft Company Importação e Exportação Eireli interpôs recurso de agravo de instrumento contra decisão proferida pelo Juízo da 4ª Vara Cível da comarca da Capital que, nos autos da “ação de abstenção de prática concorrencial c/c tutela de urgência com pedido de indenização por lucros cessantes” que move em face de Davi da Silva Amaro Comércio Eletrônico ME, Davi da Silva Amaro e Marcelle Amaral de Miranda, revogou a decisão de fls. 152-155 dos autos da origem que havia

concedido a tutela antecipada de urgência por si postulada, consistente na abstenção imediata, pelos agravados, de atuar em atividade concorrente.

O pedido de antecipação da tutela recursal foi deferido para revogar a decisão agravada e, por conseguinte, restabelecer a ordem para que os agravados se abstenham de atuar em atividade concorrente da agravante, nos termos da decisão de fls. 152-155 do processo originário.

Com contrarrazões, vieram os autos conclusos.

Este é o relatório.

VOTO

Satisfeitos os pressupostos de admissibilidade conhece-se do recurso.

Considerando que a decisão objurgada restou publicada na vigência do Código Processual de 2015, a análise do reclamo ficará a cargo de mencionado legal.

Alega que no ano de 2015 firmou contrato de franquia com a empresa AD Sumus Loft Tijuca Ltda, que tem como sócias Marcelle Amaral de Miranda e Maria Cecília da Silva Amaro, com atuação no shopping Tijuca, localizado no Rio de Janeiro/RJ.

Referiu que, em razão de comportamento incompatível com os interesse da franquia, a agravada Marcelle iniciou processo de “virada de bandeira”, com o desiderato de implementar nova rede com o agravado Davi, seu esposo.

Disse que promoveu a rescisão do contrato por meio de notificação extrajudicial realizada em 04-05-2018, com prazo de 30 (trinta) dias para desocupação do ponto franqueado, contudo, ultrapassado o prazo, os agravados Marcelle e Davi inauguraram estabelecimento concorrente ao lado da nova franqueada.

Destacou que a tutela de urgência foi revogada de maneira equivocada após oferta de contestação, na qual se alegou que a cláusula de não concorrência não mais se aplicaria ao agravado Davi, em razão da separação com Marcelle, pois esta não era a única sócia da empresa ex-franqueada.

Salientou, para tanto, que também compunha o quadro societário Maria Cecília da Silva Amaro, que é irmã do recorrido Davi.

Defende, assim, a inequívoca existência de vínculo familiar entre a empresa concorrente e as sócias da ex-franqueada, fato que é suficiente para incidir a vedação prevista na cláusula n. 13 do contrato de franquia.

Pois bem.

Consabido que os contratos de franquia, cujo conceito está previsto no art. 2º da Lei n. 8.955/94, “*é o sistema pelo qual um franqueador cede ao franqueado o direito de uso de marca ou patente, associado ao direito de distribuição exclusiva ou semi-exclusiva de produtos ou serviços e,*

eventualmente, também ao direito de uso de tecnologia de implantação e administração de negócio ou sistema operacional desenvolvidos ou detidos pelo franqueador, mediante remuneração direta ou indireta, sem que, no entanto, fique caracterizado vínculo empregatício”.

No caso, desponta que a ex-franqueada AD Sumus Loft Tijuca Ltda compôs seu quadro societário entre as cunhadas Marcelle Amaral de Miranda e Maria Cecília da Silva Amaro.

O contrato de franquia, por sua vez, estabelece em sua cláusula 13.1, que:

“Durante o prazo de vigência do pacto e pelo período de 05 (cinco) anos após o seu término ou rescisão, por qualquer motivo, a FRANQUEADA, por si e por seus sócios, compromete-se a não exercer, não participar, e/ou permitir e/ou facilitar, individualmente e/ou em grupo, por meio de qualquer pessoa que a si possa ser relacionada, por vínculo familiar, de qualquer grau e colateralidade, ou não, as atividades que lhe couberem nos termos do presente Contrato [...]”

A empresa concorrente, Davi da Silva Amaro Comércio Eletrônico ME, é do irmão da ex-sócia franqueada Maria Cecília da Silva Amaro, conforme fazem prova os documentos de p. 224 e p. 101 dos autos de origem.

Dessa forma, à margem de eventual separação matrimonial ocorrida, o vínculo familiar permanece pela colateralidade de segundo grau com a ex-sócia Maria Cecília.

Além disso, observa-se que a área de atuação da concorrente é a mesma da ex-franqueada, conforme se extrai de fls. 66 e 71, consistente no: *“comércio varejista especializado de equipamentos de telefonia e comunicação; comércio varejista especializado de equipamentos e suprimentos de informática; comércio varejista especializado de peças e acessórios para aparelhos eletrônicos; e reparação e manutenção de equipamentos de comunicação”.*

Vale pontuar que a análise do presente recurso restringe-se ao acerto ou desacerto da decisão recorrida, sobretudo à luz do preenchimento dos requisitos para o deferimento da tutela vindicada – art. 300 do CPC, que, conforme fundamentado na decisão monocrática, encontram-se satisfeitos.

Nessa perspectiva, como a decisão agravada se limitou a destacar a inexistência de vínculo familiar, no ponto em que aqui foi reformada, a discussão sobre as cláusulas pertinentes ao contrato de franquia e de sua exigibilidade, inclusive sobre a disposição da cláusula de não concorrência, deve ser objeto de deliberação pelo Juízo de origem, sob pena de se incorrer manifesta supressão de instância.

Por fim, em consulta aos autos de origem, verifica-se que o agravado informou que já deixou o local em que estava exercendo suas atividades, qual seja, shopping Tijuca, localizado no Rio de Janeiro/RJ.

Ante o exposto, vota-se no sentido de conhecer do recurso e dar-lhe provimento para reformar a decisão agravada, de modo que impera confirmada a decisão monocrática de p. 192-196.

Este é o voto.

Apelação Cível n. 0003836-04.2012.8.24.0135, de Navegantes

Relator: Desembargador Tulio Pinheiro

AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO. IMPORTE REFERENTE A DESPESAS DE ARMAZENAMENTO EXIGIDO PELO OPERADOR PORTUÁRIO. SERVIÇOS PRESTADOS NO FINAL DO ANO DE 2010 E INÍCIO DO ANO DE 2011. ASSERTIVA DA AUTORA DE QUE A QUANTIA COBRADA PELA RÉ FOI ABUSIVA, POIS AMPARADA EM TABELA DE PREÇOS DE SERVIÇOS REFERENTE AO ANO DE 2011 ACERCA DA QUAL NÃO POSSUÍA CIÊNCIA, UMA VEZ QUE NÃO FOI ARQUIVADA E NEM PUBLICADA PELA JUNTA COMERCIAL DESTE ESTADO. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA.

PEDIDO REALIZADO EM CONTRARRAZÕES PELA OPERADORA PORTUÁRIA ACIONADA.

TENCIONADO NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO DE APELAÇÃO INTERPOSTO, SOB A ALEGAÇÃO DE SER DISSOCIADO DO CONTEÚDO DA DECISÃO GUERREADA. VÍCIO INOCORRENTE. RAZÕES RECURSAIS QUE COMBATEM A FUNDAMENTAÇÃO LANÇADA NO *DECISUM*. PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE NÃO VIOLADO. PREFACIAL AFASTADA.

RECURSOS DA PESSOA JURÍDICA DEMANDANTE.

AGRAVO RETIDO.

AUSÊNCIA DE PEDIDO EXPRESSO PARA SUA APRECIÇÃO. NÃO CONHECIMENTO DIANTE DA OFENSA AO ART. 523, § 1º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973, ENTÃO VIGENTE.

APELAÇÃO.

POSTULADA CONCESSÃO DA JUSTIÇA GRATUITA. POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DO BENEFÍCIO A PESSOAS JURÍDICAS. COMPROVAÇÃO DO DIREITO AO BENEPLÁCITO, O QUAL, A PROPÓSITO, JÁ RESTOU CONCEDIDO POR OUTRO TRIBUNAL DE JUSTIÇA PÁTRIO À PARTE AUTORA (ATUALMENTE MASSA FALIDA), EM OUTRA OPORTUNIDADE. GRATUIDADE DEFERIDA. PREPARO RECURSAL DISPENSADO.

PRETENDIDA REFORMA DA SENTENÇA, A FIM DE SE JULGAR PROCEDENTE A *ACTIO*. POSTULADA REPETIÇÃO DOS VALORES COBRADOS A MAIOR, UTILIZANDO-SE A TABELA DO ANO DE 2010, PARA TODO O PERÍODO, OU, SUCESSIVAMENTE, A DO ANO DE 2011 SOMENTE A PARTIR DE 1º DE JANEIRO DO REFERIDO ANO. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PELA RÉ INCONTROVERSA. IRRESIGNAÇÃO CALCADA, EXCLUSIVAMENTE, EM COBRANÇA EXCESSIVA. ARGUMENTAÇÃO DE QUE A TABELA DE PREÇOS DE SERVIÇOS DO ANO DE 2010 NÃO PODERIA TER SIDO EMPREGADA NOS CÁLCULOS PELA RÉ, POIS NÃO FOI ARQUIVADA E NEM PUBLICADA PELA JUNTA COMERCIAL DESTE ESTADO, CONSOANTE DETERMINAM OS ARTS. 1º, 4, “B”, DO DECRETO N. 1.102/1903 E 2º, § 3º, DA INSTRUÇÃO NORMATIVA N. 70/98 DO DEPARTAMENTO NACIONAL DO REGISTRO DO COMÉRCIO. ACOLHIMENTO INVIÁVEL. NORMAS EM QUESTÃO INAPLICÁVEIS AO CASO, POR DIZEREM RESPEITO A ARMAZÉNS GERAIS. REQUERIDA, CONTUDO, QUE SE TRATA DE TERMINAL PORTUÁRIO ALFANDEGADO. PREÇOS COBRADOS PELAS DESPESAS DE ARMAZENAMENTO PREVISTOS EM TABELA PUBLICADA NO SITE OFICIAL DA OPERADORA DE PORTO DEMANDADA. OBSERVÂNCIA AO DEVER DE INFORMAÇÃO. INEXISTÊNCIA, POR OUTRO LADO, DE ACORDO INDIVIDUAL ENTRE

AS PARTES. HIPÓTESE EM QUE A COBRANÇA DEVE TER COMO BASE A TABELA VIGENTE NA DATA DO FATURAMENTO DO SERVIÇOS, *IN CASU*, AQUELA DO ANO DE 2011. PRECEDENTES DESTA CORTE. INEXISTÊNCIA, NESTE CENÁRIO, DE QUALQUER ILEGALIDADE DO IMPORTE COBRADO PELA DEMANDADA. SENTENÇA QUE DEVE SER MANTIDA.

RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0003836-04.2012.8.24.0135, da Comarca de Navegantes (2ª Vara Cível) em que é Apelante VML Comercial Importadora e Exportadora Ltda., e Apelada Portonave S.A. Terminais Portuários de Navegantes:

A Terceira Câmara de Direito Comercial decidiu, por unanimidade, não conhecer do agravo retido interposto; rejeitar o pedido de não conhecimento do reclamo, formulado em contrarrazões; e conhecer do recurso para dar-lhe parcial provimento, apenas para conceder o benefício da justiça gratuita à autora. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Exmos. Srs. Ronaldo Moritz Martins da Silva e Des. Gilberto Gomes de Oliveira.

Florianópolis, 14 de março de 2019.

Desembargador Tulio Pinheiro
PRESIDENTE E RELATOR

RELATÓRIO

Perante o Juízo da 2ª Vara Cível da Comarca de Navegantes, VML Comercial Importadora e Exportadora Ltda. ajuizou “ação de cobrança” em face de Portonave S.A. Terminais Portuários de Navegantes, objetivando ver repetidos valores pagos.

Na inicial (fls. 2/12), afirmou a empresa demandante ter-se utilizado de serviços de armazenagem prestados pela ré, referentes a 6 (seis) contêineres – B/L 560000063318 –, do dia 29.04.2010 até 08.02.2011, ou seja, pelo prazo de 285 (duzentos e oitenta e cinco) dias. Disse ter sido surpreendida, na ocasião, pela exigência do importe de R\$ 251.109,70 (duzentos e cinquenta e um mil, cento e nove reais e setenta centavos). Alegou que o importe cobrado, devidamente pago à época, foi abusivo, uma vez que a empresa ré valeu-se, para tanto, de uma tabela nova, vigente a partir do dia 1º.01.2011, da qual não teve ciência. Asseverou que a referida tabela foi utilizada inclusive de forma retroativa. Aduziu, outrossim, que a demandada não observou os arts. 1º, 4, “b” do Decreto n. 1.102/1903 e 2º, § 3º, da Instrução Normativa n. 70/98 do Departamento Nacional do Registro do Comércio, na medida em que a tabela de preços de 2011 não foi arquivada e nem publicada pela Junta Comercial do Estado de Santa Catarina. Concluiu ter havido um pagamento a maior de R\$ 150.825,23 (cento e cinquenta mil, oitocentos e vinte e cinco reais e vinte e três e centavos). Diante disso, requereu a procedência da *actio*, com a restituição do importe quitado a

maior, devidamente atualizado. Sucessivamente, postulou que as tarifas previstas na tabela nova sejam empregadas apenas a partir de 1º.01.2011. Ao final, pleiteou a produção de provas. A fim de comprovar suas assertivas, acostou, dentre outros documentos, cópias: da tabela de preços de serviços (fls. 23/26 e 28/30); da certidão emitida pela Junta Comercial do Estado de Santa Catarina, dando conta da inexistência de relação de tarifa remuneratória de depósito de mercadorias e demais serviços (fls. 32/34); de correspondências eletrônicas encaminhadas entre as partes (fls. 36/48); e de comprovante de pagamento, referente ao valor dos serviços prestados pela ré (fl. 50).

Citada, a requerida apresentou contestação. Na peça apresentada (fls. 67/75), sustentou a legalidade da quantia exigida. Aduziu, para tanto, que, diversamente do que defendeu a pessoa jurídica autora, foram armazenados 7 (sete) contêineres pelo lapso de 284 (duzentos e oitenta e quatro dias), e não 6 (seis) contêineres por 285 (duzentos e oitenta e cinco dias). Defendeu, ainda, não ser obrigada a depositar a tabela de preços perante a Junta Comercial. Informou, por fim, que os preços por si praticados são tabelados e públicos, podendo ser consultados em seu *site* (www.portonave.com.br). Nesse cenário, tencionou a improcedência da *actio*. Juntou documentos às fls. 77/127.

Houve réplica (fls. 130/138).

À fl. 139, Sua Excelência determinou a intimação das partes para se manifestarem acerca da produção de provas, ocasião em que a demandada pleiteou a colheita de prova oral, bem assim a juntada de documentos suplementares (fl. 148).

Contra referida decisão a autora, por sua vez, interpôs agravo retido (fls. 141/145), devidamente contrarrazoado (fls. 152/156).

Em seguida, a pessoa jurídica requerida desistiu da dilação probatória (fl. 161).

Ao sentenciar, o MM. Juiz Murilo Leirião Consalter julgou improcedente a ação. Ao final, responsabilizou a demandante pelo pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, os quais arbitrou em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) (fls. 164/166).

Foram opostos embargos de declaração pela autora (fls. 168/170), nos quais aventou que o pleito subsidiário não teria sido examinado – consistente no emprego da tabela referente ao ano de 2011 somente a partir de 1º.01.2011) –, rejeitados às fls. 177/178.

Inconformada, a pessoa jurídica autora recorreu (fls. 180/196). De início, postulou a concessão do benefício da justiça gratuita, em especial em razão da decretação de sua falência em 24.08.2015. No tocante ao mérito, postulou a procedência da *actio*. Alegou, para tanto, que a quantia cobrada pela ré foi abusiva, pois amparada na tabela de preços de serviços referente ao ano de 2011 acerca da qual não possuía ciência, uma vez que não foi arquivada e nem publicada pela Junta Comercial do Estado, consoante determinações dos arts. 1º, 4, “b” do Decreto n. 1.102/1903 e 2º, § 3º, da Instrução Normativa n. 70/98 do Departamento Nacional do Registro do Comércio. Concluiu ser devida a restituição dos valores cobrados a maior, utilizando-se a tabela do ano de 2010, para todo o período, ou, sucessivamente, a do ano de 2011 somente a partir do dia 1º do referido ano.

Com as contrarrazões da parte apelada às fls. 249/256, ocasião em que se defendeu a não cognição do reclamo com arrimo na ausência de impugnação específica dos fundamentos da decisão recorrida, subiram os autos a esta Corte.

Distribuídos os autos à Segunda Câmara de Direito Civil, por decisão colegiada, aquele Órgão não conheceu do recurso e determinou a redistribuição do feito a uma das Câmaras de Direito Comercial (fls. 266/270).

Após, vieram os autos conclusos.

Este é o relatório.

VOTO

Trata-se de recurso interposto por VML Comercial Importadora e Exportadora Ltda. contra sentença que julgou improcedente a ação de cobrança ajuizada pela recorrente em face de Portonave S.A. Terminais Portuários de Navegantes.

Ab initio, verifica-se que a demandante interpôs agravo retido (fls. 141/145) contra decisão de fl. 139, cujo teor determinou a intimação das partes para se manifestarem acerca da produção de provas.

Nada obstante, observa-se que a requerente deixou de postular, em suas razões, a apreciação de referido recurso, circunstância esta que impede o conhecimento deste, a teor do art. 523, § 1º, do Código de Processo Civil de 1973, então vigente, *in verbis*:

Art. 523. Na modalidade de agravo retido o agravante requererá que o tribunal dele conheça, preliminarmente, por ocasião do julgamento da apelação.

§ 1º Não se conhecerá do agravo se a parte não requerer expressamente, nas razões ou na resposta da apelação, sua apreciação pelo Tribunal.

Dessarte, não se conhece do agravo retido.

Por outro lado, não há porque deixar de conhecer o presente reclamo de apelação, sob o argumento de ausência de impugnação específica dos fundamentos da decisão recorrida.

É que, lendo as razões recursais, infere-se que estas, ao contrário do sustentado, combatem a fundamentação lançada no *decisum*, inexistindo, deste modo, qualquer ofensa ao princípio da dialeticidade.

Feita tal digressão, passa-se ao exame do recurso, no qual, preambularmente, requereu a parte autora a concessão do benefício da justiça gratuita.

O pleito, adianta-se, merece prosperar.

Inicialmente, cumpre consignar a possibilidade de concessão do benefício da justiça gratuita a sociedades empresárias, sobretudo pelo fato de o dispositivo constitucional que prevê a benesse (art. 5º, inc. LXXIV, da Constituição Federal) não fazer qualquer distinção, limitando-se a estabelecer que:

(...) o Estado prestará assistência judiciária integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.

Neste sentido, não há impedimento para a concessão do benefício às pessoas jurídicas, sendo apenas exigido prova da precariedade financeira, conforme entendimento sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça: “*Faz jus ao benefício da justiça gratuita a pessoa jurídica com ou sem fins lucrativos que demonstrar sua impossibilidade de arcar com os encargos processuais*” (Súmula 481).

No tocante à demonstração da precariedade financeira, a apelante encartou ao processado cópia de decisão exarada pelo Juízo da 13ª Vara Cível Especializada Empresarial, de Recuperação Judicial e Falências da Comarca da Capital/ES, decretando sua falência (fls. 236/241), situação esta a denotar, pois, sua indisponibilidade financeira para arcar com as despesas processuais.

A propósito, em outros casos já apreciados, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo entendeu pela concessão da benesse em questão à ora recorrente (atualmente massa falida), conforme se verifica:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECOLHIMENTO DO PREPARO, DO PORTE DE REMESSA E RETORNO. Sendo o pedido de concessão de assistência judiciária, dentre outros temas, o objeto do recurso, é possível sua apreciação, sem o recolhimento do preparo. Agravo conhecido.

ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA. PESSOA JURÍDICA. COMPROVAÇÃO EFICAZ DA HIPOSSUFICIÊNCIA FINANCEIRA. Cabível a concessão do benefício às pessoas jurídicas, desde que comprovada de forma eficaz a insuficiência de recursos. Demonstrado, através de balancete, que a empresa encontra-se em prejuízo no exercício de 2014, no valor de R\$ 429.883,94. Demonstrada a existência de 52 pendências financeiras, 59 restrições financeiras, e 66 protestos, os quais, somados, representam o montante de R\$ 9.438.775,09, em dívidas. Presente a comprovação, a pessoa jurídica faz jus à concessão da assistência judiciária. A contratação de advogado particular, por si só, não elide a presunção *juris tantum* que milita em favor do requerente do benefício, a qual deve prevalecer. Hipótese, ademais, em que o escritório de advocacia está sem receber honorários desde 2013. Aplicação da Súmula nº 481 do C. STJ. Precedentes deste E. TJSP. Inteligência do art. 5º, LXXIV, da CF e arts. 3º e 4º, § 1º, da Lei nº 1.060/50. Benefício concedido em favor da pessoa jurídica. Decisão reformada. Agravo provido. (...) (Agravo de Instrumento 2142850-58.2014.8.26.0000, rel. Des. Salles Vieira, j. em 27.11.2014).

Do corpo deste último julgado é ressaltado, ainda, que a ora postulante passa por situação delicada em suas finanças, havendo discrepância entre sua receita líquida e o montante devido, fato este a atestar, pois, que efetivamente não tem recursos disponíveis para saldar seus débitos.

Diante disso, merece provimento o reclamo no ponto, a fim de conceder a ora apelante a gratuidade de justiça, admitindo-se, por conseguinte, o processamento do presente apelo independentemente do recolhimento do preparo recursal.

Passa-se, então, ao exame do mérito recursal.

Em seu apelo, lembrando, busca a apelante procedência da *actio*. Alegou, para tanto, que a quantia cobrada pela ré foi abusiva, pois amparada na tabela de preços de serviços referente ao ano de 2011, acerca da qual não possuía ciência, uma vez que não foi arquivada e nem publicada pela Junta Comercial deste Estado, consoante determinações dos arts. 1º, 4, “b” do Decreto n. 1.102/1903 e 2º, § 3º, da Instrução Normativa n. 70/98 do Departamento Nacional do Registro do Comércio. Concluiu ser devida a restituição dos valores cobrados a maior, utilizando-se a tabela do ano de 2010, para todo o período, ou, sucessivamente, a do ano de 2011 somente a partir do dia 1º do referido ano.

A irresignação, contudo, não merece acolhida.

Primeiro, porque as normas em questão são inaplicáveis ao caso, por dizerem respeito a armazéns gerais, sendo que a requerida se trata de terminal portuário alfandegado. Segundo, porquanto os preços cobrados pelas despesas de armazenamento estão previstos em tabela publicada no *site* oficial do porto demandado, de sorte que houve observância ao dever de informação. E, terceiro, haja vista que, inexistindo acordo individual entre as empresas litigantes, a cobrança deve ter como base a tabela vigente na data do faturamento dos serviços, *in casu*, aquela do ano de 2011, conforme faz prova o documento de fl. 28.

Assim sendo, considerando que não há qualquer ilegalidade no importe cobrado pela demandada, outra solução não há além de manter incólume a sentença de improcedência, por seus próprios fundamentos, os quais, aliás, pede-se vênia para transcrever *in verbis*, adotando-se-os, outrossim, como razões de decidir:

(...) Inicialmente, verifico irrelevante para o julgamento do feito o equívoco da indicação de 06 containers na inicial, quando se verificam 07, na contestação. Conforme salientado pelas partes, a cobrança é realizada pelo valor da CIF da carga, de modo que a quantidade de containers utilizados, neste caso, em nada altera o valor devido.

Não acresce ao julgamento do feito a discussão acerca da obrigatoriedade ou não da ré de comunicar a Junta Comercial acerca da tarifa remuneratória do depósito e outras avenças. A um, porque não se trata a ré de verdadeiro armazém geral, especificamente a hipótese aventada. A dois, mesmo se considerasse falha da ré nesse sentido, isso não implicaria necessariamente na consequência jurídica requerida pela autora, que é a aplicação da tabela anterior.

Compulsando-se os autos, resta claro que a ré efetua a cobrança da armazenagem com base na tabela vigente na data do faturamento do serviço, quando inexistir acordo individual, conforme se observa da observação na parte superior da tabela referente ao ano de 2011, acostada às fls. 28, bem como em consulta ao *sitio* da ré na rede mundial de computadores (www.portonave.com.br).

Inexiste, porque sequer alegada, acordo individual envolvendo a autora com a ré, de modo que os serviços prestados se inserem na regra geral, com aplicação da respectiva tabela.

Não vislumbro, sequer, quebra do princípio da boa-fé objetiva, previstos no art. 422 do Código Civil, *in verbis*:

Art. 422: “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.”

Embora a lei não diga o que venha a ser boa-fé objetiva, sendo um elemento normativo; pode-se afirmar que o “*princípio da boa-fé objetiva*” é um patamar mínimo, base mínima de ética e lealdade que as partes devem observar no momento da contratação e execução dos contratos (antes, durante e depois de sua realização), observando-se ainda, sinceridade, lealdade e probidade. Quando estabelece-se relações com pessoas (advindas das relações jurídicas tuteladas pela lei), cria-se uma justa expectativa, confiança, que não deve ser frustrada ou defraudada. Deve-se agir de modo leal de tal forma que não se frustrasse as expectativas e confiança criadas aos contratantes. Em suma, a boa-fé objetiva é o comportamento esperado em fazer garantir e manter a boa execução do contrato, esperança esta criada na contratação da obrigação.

Inexiste algo nos autos que indique que a tabela referente à armazenagem realizada pela ré seria imutável. Pelo contrário. Ano a ano as tabelas são publicadas, fato que deve ser de conhecimento da autora, que inclusive mantém relacionamento comercial com a ré, conforme se depreende da troca de mensagens eletrônicas e da própria inicial. Certo é que deve, portanto, a autora acautelar-se quando da realização de negócios, pois manifestamente negligente em deixar o container em depósito com a ré por longos 284 dias, sem verificar atualização da tabela publicada na internet, quando poderia, há muito tempo, encaminhar os containers, após o desembarço aduaneiro, para depósitos localizados nesta ou em outra cidade, com preços mais módicos. Nota-se que sequer é a atividade precípua da ré a armazenagem de longo prazo, que inclusive dificulta a logística de embarque e desembarque de mercadorias.

Qualquer acordo entre as partes, para aplicação da tabela inicial mereceria ser comprovada, bem como eventual praxe diferente da supracitada (CPC, 333, I), ônus que não se desincumbiu a autora.

Por tais razões, as pretensões iniciais não prosperam. (...) (fls. 165/166).

A corroborar a conclusão ora adotada, citam-se precedentes desta Corte de Justiça:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. DISCUSSÃO A RESPEITO DO VALOR DAS DESPESAS DE ARMAZENAMENTO COBRADO PELO OPERADOR PORTUÁRIO E DA RETENÇÃO DE MERCADORIAS. IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO PRINCIPAL E PROCEDÊNCIA DA RECONVENÇÃO. VALOR COBRADO PELAS DESPESAS DE ARMAZENAGEM. PREVISÃO EM TABELA PÚBLICA DE PREÇOS E SERVIÇOS. AUSÊNCIA DE ACORDO INDIVIDUAL SOBRE A COBRANÇA DESSAS DESPESAS. APLICAÇÃO DA TABELA OFICIAL VIGENTE À ÉPOCA DO DO FATURAMENTO DO SERVIÇO. RETENÇÃO DE MERCADORIAS EM TERMINAL PORTUÁRIO COMO MECANISMO DE COBRANÇA DAS DESPESAS DE ARMAZENAGEM. POSSIBILIDADE. INTELIGÊNCIA DO ART. 644 DO CÓDIGO CIVIL. PRECEDENTES DESTES TRIBUNAL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. VALOR ADEQUADO. OBSERVADOS OS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE. PARÂMETROS DO ART. 20, § 3º E 4º, DO CPC/1973 ATENDIDOS. MANUTENÇÃO. (Apelação Cível n. 2015.081860-9, rel.ª Des.ª Janice Goulart Garcia Ubiali, j. em 05.05.2016).

E, ainda:

APELAÇÃO CÍVEL. “AÇÃO ORDINÁRIA DE OBRIGAÇÃO DE FAZER”. PRETENDIDA DECLARAÇÃO DE ILEGALIDADE DA COBRANÇA DE DESPESAS COM ARMAZENAGEM DE MERCADORIAS REIMPORTADAS EM CONTÊINER. EXPLORAÇÃO DE TERMINAL PORTUÁRIO DE USO PRIVATIVO MISTO MEDIANTE AUTORIZAÇÃO. CONTRATO LIVREMENTE FIRMADO ENTRE AS PARTES SOB O REGIME PRIVADO E OBSERVADA A LIVRE CONCORRÊNCIA. LEGALIDADE DA COBRANÇA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ARBITRAMENTO POR EQUIDADE. PRETENSÃO DE REDUÇÃO QUE É AFASTADA. RECURSO DESPROVIDO. (Apelação Cível n. 2015.012705-8, rel. Des. Jânio Machado, j.em 23.04.2015).

Ante todo o exposto, outra solução não há além de não conhecer do agravo retido da demandante; rejeitar o pedido de não conhecimento do reclamo, formulado em contrarrazões; e conhecer do recurso para dar-lhe parcial provimento, apenas para conceder o benefício da justiça gratuita à autora.

Este é o voto.

Apelação Cível n. 0010101-20.2009.8.24.0008, de Blumenau

Relator: Desembargador Tulio Pinheiro

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE FALÊNCIA. SENTENÇA DE EXTINÇÃO DO FEITO, SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO.

RECURSO DA PARTE AUTORA.

APELO DESACOMPANHADO DE PREPARO. INTIMAÇÃO DA APELANTE, NESTA INSTÂNCIA, PARA COMPROVAR O RECOLHIMENTO DO ENCARGO EM DOBRO, NOS TERMOS DO § 4º DO ART. 1.007 DO ATUAL CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. PETIÇÃO, PROTOCOLIZADA APÓS O QUINQUÍDIO CONFERIDO, POSTULANDO, SEM QUALQUER JUSTIFICATIVA, A DILAÇÃO DO PRAZO. DESCABIMENTO. RECONHECIMENTO DA DESERÇÃO QUE SE IMPÕE,

RECLAMO NÃO CONHECIDO.

RECURSO DA PARTE RÉ.

PRETENDIDA CONDENAÇÃO DA PARTE AUTORA À PENALIDADE PREVISTA NO ARTIGO 101, *CAPUT*, DA LEI N. 11.101/2005. ALEGAÇÃO DE QUE A AÇÃO TERIA SIDO AJUIZADA COM O ESCOPO ÚNICO DE COAGIR AO PAGAMENTO DA DÍVIDA. TESE REJEITADA. SANÇÃO CUJA INCIDÊNCIA EXIGE O JULGAMENTO DE MÉRITO (DE IMPROCEDÊNCIA) DA DEMANDA. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS. ADEMAIS, DOLO PROCESSUAL DA AUTORA E PREJUÍZOS À PARTE RÉ NÃO DEMONSTRADOS OU NEM SEQUER ALEGADOS. SENTENÇA MANTIDA NO PONTO.

TENCIONADO AFASTAMENTO DA CONDENAÇÃO AO PAGAMENTO DE PARTE DAS DESPESAS PROCESSUAIS. ACOLHIMENTO. SENTENÇA EM QUE FORAM DIVIDIDOS OS ENCARGOS DE SUCUMBÊNCIA EM 70% (SETENTA POR CENTO) A CARGO DA AUTORA E 30% (TRINTA POR CENTO) DA RÉ. HIPÓTESE, NO ENTANTO, DE SUCUMBÊNCIA MÍNIMA DA REQUERIDA. ARGUIÇÃO, EM SEDE DE CONTESTAÇÃO, DE APLICAÇÃO DA SANÇÃO PREVISTA NO ART. 101, *CAPUT*, DA LEI N. 11.101/2005 QUE SE EQUIPARA A PEDIDO DE CONDENAÇÃO AO PAGAMENTO DE MULTA POR LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. INDEFERIMENTO DA PENALIDADE QUE NÃO TEM O CONDÃO DE REPRESENTAR SUCUMBÊNCIA REPRESENTATIVA DA PARTE RÉ. SENTENÇA REFORMADA NO PONTO, PARA AFASTAR A CONDENAÇÃO DA ACIONADA AO PAGAMENTO DOS ÔNUS SUCUMBENCIAIS, ATRIBUINDO-SE-OS, EM SUA INTEGRALIDADE, À PARTE AUTORA.

RECURSO CONHECIDO E PROVIDO EM PARTE.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0010101-20.2009.8.24.0008, da Comarca de Blumenau (4ª Vara Cível), em que são Apelantes e Apeladas Construtora Mestra Ltda. e Div Design Indústria e Comércio de Paredes Divisórias Ltda.:

A Terceira Câmara de Direito Comercial decidiu, por unanimidade, não conhecer do recurso da apelante Div Design Indústria e Comércio de Paredes Divisórias Ltda., ante a deserção; e conhecer do recurso da apelante Construtora Mestra Ltda. e dar-lhe parcial provimento, a fim de afastar a condenação desta ao pagamento das despesas processuais, em razão do reconhecimento da sucumbência mínima. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Exmos. Srs. Des. Ronaldo Moritz Martins da Silva e Des. Gilberto Gomes de Oliveira.

Florianópolis, 14 de fevereiro de 2019.

Desembargador Tulio Pinheiro
PRESIDENTE E RELATOR

RELATÓRIO

Perante o Juízo da 4ª Vara Cível da Comarca de Blumenau, Div Design Indústria e Comércio de Paredes Divisórias Ltda. ajuizou ação de falência em face de Construtora Mestra Ltda (Autos n. 008.09.010101-1), alegando, em suma, inadimplemento por parte da ré da quantia líquida de R\$ 61.440,00 (sessenta e um mil, quatrocentos e quarenta reais), representada em 2 notas fiscais, acompanhadas de instrumentos de protesto.

Ao contestar a demanda, a requerida sustentou, em apertada síntese: ausência de título executivo em favor da autora; invalidade dos protestos apresentados junto à inicial; e descabimento da ação de falência para fins de se coagir o devedor ao pagamento de dívida líquida (fls. 45/68).

Houve réplica por parte da autora (fls. 78/95).

Instado a se manifestar, o Ministério Público do Estado de Santa Catarina, em parecer lavrado pela Dr.ª Monika Pabst, opinou pela extinção do feito sem resolução do mérito, ao fundamento de ausência de interesse de agir por parte da requerente (fls. 95/98).

Sentenciando o feito, o MM. Juiz Emmanuel Schenkel do Amaral e Silva acolheu o parecer ministerial, para julgar extinto o processo, sem resolução do mérito, com fulcro no artigo 267, incisos IV e VI, do Código de Processo Civil de 1973 (fls. 100/104).

Em sede de recurso de apelação, interposto pela parte ré (fls. 107/115), esta Câmara reconheceu, *ex officio*, a nulidade da sentença, por ter incorrido em julgamento *citra petita* (acórdão às fls. 155/160).

Em novo julgamento, o MM. Juiz Marcos D'Avila Scherer decretou a extinção do feito, sem resolução do mérito, aos fundamentos de: ausência de título executivo, irregularidade dos protestos efetivados e inadequação da via processual eleita. No mais, rejeitou o pedido indenizatório formulado pela ré em contestação. Ao final, reconheceu a sucumbência recíproca e condenou as partes ao pagamento das despesas processuais, na proporção de 70% (setenta por cento) a cargo da autora e 30% (trinta por cento) da requerida, fixados os honorários advocatícios em R\$ 7.000,00 (sete mil reais) em favor do patrono da ré e em R\$ 3.000,00 (três mil reais) para o procurador da autora, vedada a compensação (fls. 164/170).

Contra o *decisum* ambas as partes interpuseram recurso de apelação.

Em seu inconformismo, pretende a acionante a reforma da sentença, a fim de que seja julgada procedente a demanda ou, subsidiariamente, sejam reduzidos os honorários advocatícios de sucumbência (fls. 173/179).

A requerida, por sua vez, reitera o pedido de condenação da autora ao pagamento de indenização por perdas e danos, amparando-se, para tanto, no disposto no art. 101 da Lei n. 11.101/2005. No mais, sustenta a não ocorrência de sucumbência recíproca e pugna pela condenação da autora à integralidade dos ônus sucumbenciais (fls. 182/192).

Contrarrazões da ré às fls. 198/205.

Em despacho à fl. 212, este relator constatou a não comprovação do recolhimento do preparo recursal por parte da apelante Div Design Indústria e Comércio de Paredes Divisórias Ltda. e determinou a sua intimação para que, no prazo de 5 (cinco) dias, promovesse o recolhimento em dobro do encargo, à luz do que promana o § 4º do art. 1.007 do atual Código de Processo Civil.

Em resposta, a reportada recorrente requereu prazo suplementar de 5 (cinco) dias para comprovação do recolhimento do preparo (fl. 215).

Este é o relatório.

VOTO

1. Recurso da autora, Div Design Indústria e Comércio de Paredes Divisórias Ltda..

A irresignação, adianta-se, não há como ser conhecida.

De acordo com o art. 1.007, *caput*, da Lei Processual Civil de 2015, já vigente à época em que publicada a sentença: “*No ato da interposição do recurso, o recorrente provará, quando exigido pela legislação pertinente, o respectivo preparo, inclusive porte de remessa e de retorno, sob pena de deserção.*”.

In casu, recebido o apelo nesta instância, foi constatada a ausência de comprovação do recolhimento do preparo, razão pela qual foi determinada a intimação da apelante, por meio de seus defensores, para promover, no prazo de 5 (cinco) dias, o recolhimento em dobro do preparo, nos moldes do § 4º do art. 1.007 do CPC/2015.

Em resposta, limitou-se a recorrente a requerer a dilação do prazo por mais 5 (cinco) dias (fl. 215).

Tal pedido, no entanto, além de não possuir amparo legal, foi protocolizado após o término o quinquídio conferido no despacho acima mencionado e, não bastasse, veio desacompanhado de qualquer justificativa (a demonstrar haver justo impedimento).

Nesse cenário, ante a ausência do recolhimento do preparo, bem como o flagrante descabimento da dilação do prazo concedido à apelante para suprir o vício constatado, o reconhecimento da deserção do recurso é a medida que se impõe.

A propósito, colhe-se da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

(...) incide na espécie o disposto na Súmula n.º 187 deste Tribunal, o que leva à deserção do recurso. Ademais, percebeu-se, no STJ, haver irregularidade no recolhimento do preparo. A parte, embora regularmente intimada para sanar referido vício, apenas requereu, já fora do prazo de manifestação (fl. 1.384), a dilação de prazo para recolher o preparo. Dessa forma, o recurso especial não foi devida e oportunamente preparado. (AREsp n. 1.324.051, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. em 04.10.2018).

Ante o exposto, não se conhece do reclamo.

2. Recurso da ré, Construtora Mestra Ltda..

Pretende a apelante seja aplicada à autora a penalidade prevista no art. 101, *caput*, da Lei n. 11.101/2009, o qual dispõe que: “*Quem por dolo requerer a falência de outrem será condenado, na sentença que julgar improcedente o pedido, a indenizar o devedor, apurando-se as perdas e danos em liquidação de sentença.*”.

Argumenta, para tanto, que a demandante ajuizou a ação sem se atentar para requisitos básicos, tais como a juntada de título executivo hábil. Aduz, outrossim, que o verdadeiro propósito da demanda seria apenas o de coagir a ré ao pagamento da dívida a qualquer custo.

Razão, porém, não lhe assiste.

Primeiramente, observa-se que a sentença combatida decretou a extinção do feito sem resolução do mérito, ao fundamento de ausência de interesse de agir (inadequação da via processual eleita).

Ou seja, não houve julgamento de improcedência do pedido inicial, hipótese esta, prevista expressamente no dispositivo acima transcrito como requisito para a aplicação da sanção em voga.

A propósito, colhem-se precedentes jurisprudenciais:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE FALÊNCIA. SENTENÇA DE EXTINÇÃO DO FEITO. RECURSO DA RÉ. PLEITO DE CONDENAÇÃO DA PARTE AUTORA AO PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS, CONFORME ARTIGO 101 DA LEI N. 11.101/2005. IMPOSSIBILIDADE. PREVISÃO TAXATIVA DA HIPÓTESE DE CABIMENTO. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

“O autor da ação de falência somente poderá ser condenado a compensar os prejuízos suportados pela requerida em decorrência do ajuizamento daquela, com amparo na norma contida no artigo 101 da Lei Federal n. 11.101/05, nos casos em que for a ação julgada improcedente, razão pela qual deve ser declarada insubsistente a condenação quando o processo for extinto sem julgamento do mérito”. (TJMS, Apelação Cível n. 2008.006514-1, rel. Des. Rêmolo Letteriello, j. 15-4-2008). (TJSC, Apelação Cível n. 2013.060319-8, rel.^a Des.^a Rejane Andersen, j. em 18.03.2014) (grifou-se).

E também:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE FALÊNCIA. COOPERATIVA. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. EXTINÇÃO, SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. PRETENSÃO CONTRA TEXTO EXPRESSO DE LEI. ARTIGOS 17, INCISO I, E 18 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973. REQUERIMENTO DOLOSO DA FALÊNCIA. ARTIGO 101 DA LEI FEDERAL 11.101/2005. IMPOSSIBILIDADE DIANTE DA EXTINÇÃO DA AÇÃO, SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO. ARTIGO 267, INCISO VI, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973. SENTENÇA REFORMADA EM PARTE. (...)

- A indenização prevista no artigo 101 da Lei Federal 11.101/2005 pressupõe a improcedência do pedido, bem como a prova de requerimento doloso da falência e a comprovação efetiva do prejuízo suportado. (TJMG, Apelação Cível 1.0000.16.057955-3/001, rel. Des. Moacyr Lobato, j. em 15.12.2016).

Não bastasse, consoante se infere dos autos, a decisão combatida decretou a extinção do feito, dentre outros motivos, pela insuficiência da documentação apresentada pela autora para aparelhar a peça inicial.

Segundo o magistrado sentenciante, as notas fiscais colacionadas, ainda que acompanhadas de instrumentos de protesto e de comprovantes de entrega e recebimento de mercadorias, seriam imprestáveis para embasar o pedido de falência, porquanto imprescindível a juntada das duplicatas mercantis em sua forma física.

Além disso, entendeu-se que os protestos realizados seriam igualmente inaptos para aparelhar a inicial da demanda, uma vez que seria necessária a realização de “protesto para fins falimentares”.

Como se vê, as razões que fundamentaram a sentença extintiva compreendem meras formalidades na instrução da peça inicial, não havendo como se concluir que a autora agiu de maneira dolosa, objetivando prejudicar maliciosamente a parte ré.

Não há, outrossim, elementos capazes de assegurar que o ajuizamento da demanda visou exclusivamente a compelir a ré a promover o pagamento da dívida, tampouco qualquer prova, ou mesmo alegação, de prejuízo à parte ré decorrente da propositura da *actio*.

Por tais razões, deve ser mantida incólume o *decisum* vergastado, no que toca ao indeferimento do pleito indenizatório.

Por outro lado, merece acolhimento a pretensão recursal atinente ao afastamento da condenação da apelante ao pagamento de parte das verbas sucumbenciais.

Ao fixar os ônus de sucumbência, o magistrado sentenciante condenou ambas as partes ao pagamento das despesas processuais, na proporção de 70% (setenta por cento) a cargo da autora e os demais 30% (trinta por cento), pela ré. Além disso, fixou em R\$ 7.000,00 (sete mil reais) a verba honorária devida pela autora ao patrono da ré e em R\$ 3.000,00 (três mil reais) o valor devido pela acionada ao procurador demandante.

Com a devida vênia ao entendimento do togado de origem, tenho que não é caso de sucumbência parcial da parte ré.

O requerimento, em sede de contestação, de aplicação da penalidade prevista no art. 101, *caput*, da Lei n. 11.101/2009 pode ser equiparado a pedido de condenação da parte adversa ao pagamento de multa por litigância de má-fé, o qual, uma vez indeferido, não tem o condão, apenas por si, de justificar a atribuição de parte das despesas processuais à parte que teve o seu pedido negado (v.g. Apelação Cível n. 2012.077096-0, rel. Des. Guilherme Nunes Born, j. em 19.09.2013).

Nesse contexto, o mero indeferimento da sanção pretendida implica, a meu ver, sucumbência mínima da parte ré, razão pela qual devem ser atribuídos à demandante a integralidade dos ônus sucumbenciais.

Destarte, afasta-se a condenação da ré ao pagamento da verba honorária sucumbencial, bem como de parcela das custas processuais.

Ante o exposto, impõe-se dar parcial provimento ao recurso, a fim de reconhecer a ocorrência da sucumbência mínima da ré, isentando-a, por conseguinte, do pagamento dos encargos sucumbenciais.

Este é o voto.

QUARTA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

Apelação Cível n. 0055682-02.2008.8.24.0038, de Joinville

Relator: Desembargador Sérgio Izidoro Heil

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RESCISÃO DE CONTRATO COM DEVOLUÇÃO DE VALORES C/C INDENIZ AÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. IMPROCEDÊNCIA NA ORIGEM. SENTENÇA PROFERIDA ANTES DO ADVENTO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. INCIDÊNCIA DO CPC/1973. RECURSO DA AUTORA. ALEGADA ENTREGA DE PRODUTO DIVERSO DO REQUERIDO. DEMANDANTE QUE INTENCIONAVA ADQUIRIR MÁQUINA DE CORTE E VINCO ELÉTRICA, SENDO-LHE ENTREGUE A VERSÃO MANUAL. DOCUMENTOS CARREADOS AOS AUTOS QUE INDICAM A SOLICITAÇÃO DO EQUIPAMENTO SEM ESPECIFICAÇÃO. ERRO NO PEDIDO QUE NÃO PODE SER IMPUTADO À RÉ. SENTENÇA MANTIDA. HONORÁRIOS RECURSAIS. DESCABIMENTO. ENUNCIADO N. 7 DO STJ. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0055682-02.2008.8.24.0038, da comarca de Joinville 3ª Vara Cível em que é Apelante Associação Educacional Luterana Bom Jesus Ielusc e Apelado Suprema Comércio e Serviços de Impressão Ltda.

A Quarta Câmara de Direito Comercial decidiu, por unanimidade, conhecer do recurso e negar-lhe provimento. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Exmos. Srs. Des. José Carlos Carstens Köhler e Desª. Janice Ubialli.

Florianópolis, 2 de julho de 2019.

Desembargador Sérgio Izidoro Heil
Relator

RELATÓRIO

Trata-se de apelação cível interposta por Associação Educacional Luterana Bom Jesus IELUSC contra sentença proferida pelo Juiz de Direito da 3ª Vara Cível da comarca de Joinville que, nos autos da ação de rescisão de contrato com devolução de valores c/c indenização por danos materiais e morais, julgou improcedentes seus pedidos (fls. 116/120).

Em suas razões, sustentou, em síntese, que: adquiriu da apelada uma máquina de corte e vinco elétrica, porém recebeu maquinário manual e de valor de mercado muito inferior ao que pagou; da documentação juntada pelo próprio requerido é possível observar que se tratava de pedido de máquina elétrica; as testemunhas ouvidas confirmam suas alegações; o fato de a empresa

autora jamais ter utilizado a máquina manual também comprova que o produto entregue não foi o solicitado. Pleiteou, ao final, pelo total provimento do recurso (fls. 124/131).

As contrarrazões não foram apresentadas (fl. 137) e os autos ascenderam a esta Corte de Justiça.

Na decisão de fls. 149/154 foi reconhecida a incompetência das Câmaras de Direito Civil para o julgamento do reclamo e determinada a redistribuição do feito a uma das Câmaras de Direito Comercial.

Este é o relatório.

VOTO

De início, vale esclarecer que tanto a prolação da decisão recorrida quanto a interposição do recurso antecederam a entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/2015).

Logo, a admissibilidade recursal deve observar o regramento disposto no Código de Processo Civil de 1973, segundo estabelecido no Enunciado Administrativo n. 2 do Superior Tribunal de Justiça:

Aos recursos interpostos com fundamento do CPC/1973 (relativos a decisões publicada até 17 de março de 2016) deve ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com a interpretações dadas, até então, pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

Dito isso, porque presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso e passo à análise de suas razões.

Insurgiu-se a recorrente contra a improcedência dos pedidos iniciais, sob o argumento de que pagou e recebeu produto diverso do adquirido, de valor inferior, o que lhe gerou danos pelo risco de não mais receber verbas públicas para a execução de projetos. Pediu pela rescisão do negócio, devolução dos valores pagos e condenação da apelada ao pagamento de indenização por danos morais.

Inicialmente, há que se reconhecer a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor à relação existente entre a autora e a ré, porquanto a primeira se enquadra no conceito de “consumidor” (art. 2º) e a segunda se amolda à concepção de “fornecedor” (art. 3º).

Cumprе ressaltar, entretanto, que muito embora haja a previsão do art. 6º, VIII, CDC, de inversão do ônus da prova em favor do consumidor, sendo uma das mais importantes medidas previstas na legislação consumerista, não se pode ignorar a necessidade de verossimilhança das alegações, ao menos que mínima.

Na ausência de qualquer indício de veracidade da tese, há que ser observada então a regra geral do ônus da prova imposta pelo art. 373 do atual Código de Processo Civil, antigo artigo 333 do CPC/73, no sentido de que cabe ao autor comprovar os fatos constitutivos de seu direito e ao réu os fatos extintivos, modificativos ou impeditivos do direito do autor. Sobre o tema, ensina Humberto Theodoro Júnior:

Não há um dever de provar, nem à parte contrária assiste o direito de exigir a prova do adversário. Há um simples ônus, de modo que o litigante assume o risco de perder a causa se não provar os fatos alegados dos quais depende a existência do direito subjetivo que pretende resguardar através da tutela jurisdicional. Isto porque, segundo máxima antiga, fato alegado e não provado é o mesmo que fato inexistente (Curso de Direito Processual Civil, 51ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 430).

Pois bem. A empresa autora afirma que, para a execução do projeto social denominado “Desenvolvimento de grupos de ocupação produtiva com base na atividade artesanal” n. 002/2006, registrado e financiado pelo Ministério do Trabalho e Emprego, efetuou a aquisição de uma máquina de corte e vinco elétrica da requerida. Contudo, teria sido entregue a versão manual do produto, por preço superior ao praticado no mercado.

Compulsando os autos, verifico que na proposta comercial do processo licitatório – modalidade convite n. 03/2008 (fl. 41), há a expressa menção à aquisição de 1 unidade de máquina de corte e vinco, pelo valor de R\$ 11.790,00 (onze mil, setecentos e noventa reais), sem especificação do produto quanto a ser manual ou elétrico.

Da mesma forma, no e-mail de solicitação de material enviado pelo representante da autora à ré, em 30.5.2008, há o pedido de uma máquina de corte e vinco sem maiores especificações (fl. 42). No corpo do e-mail há a seguinte ressalva:

Solicitamos a entrega do material abaixo solicitado. O recebimento efetivar-se-á na Associação de Artesãos de Barra Velha, com a Presidente Susete Roveda ou Sr. João. O recebimento definitivo dar-se-á após 72 (setenta e duas) horas do recebimento provisório. **Durante este período a ASSOCIAÇÃO EDUCACIONAL LUTERANA – BOM JESUS IELUSC poderá exigir a substituição de qualquer dos materiais que não esteja de acordo com as especificações.** [...] (grifei).

Já na entrega do material, datada de 12.6.2008, foi emitida a nota fiscal de fls. 21 e 44, referente à “máquina de corte e vinco”, pelo valor de R\$ 11.790,00 (onze mil, setecentos e noventa reais), dando conta de que a venda se deu nos exatos termos do pedido.

A testemunha ouvida em juízo confirmou a conferência da nota fiscal no ato do recebimento, relatando, ainda, que a máquina foi recebida por uma pessoa da cooperativa, e que posteriormente foi verificado que o equipamento não correspondia às necessidades da associação. Disse que

o representante da ré se comprometeu a efetuar a troca da máquina, mas que isso não chegou a acontecer (fl. 119).

Do contexto probatório, portanto, conclui-se que o réu entregou o produto conforme lhe foi solicitado – uma máquina de corte e vinco, desincumbindo-se de seu ônus probatório. Logo, outra não pode ser a conclusão senão a de que o erro foi da requerente ao não especificar que a máquina deveria ser elétrica, e não manual.

Corroborando a isso, aliás, o fato de que não há qualquer documento nos autos indicando que a demandante notificou a requerida, no prazo estabelecido de 72 horas, acerca do erro de especificação da máquina.

Não se desconhece que houve, de fato, a tentativa de substituição do equipamento pela versão elétrica, como demonstram os documentos de fls. 17, 19 e 47. Contudo, a troca se daria mediante a devolução da máquina manual, se ainda não utilizada, acrescida do pagamento da diferença dos maquinários (fl. 19), por mera liberalidade da fábrica, sendo tal fato insuficiente para afastar o evidente equívoco na solicitação do produto pela autora.

Dessa forma, é inviável responsabilizar o vendedor pela falha na elaboração do pedido, que é ônus exclusivo do comprador, razão pela qual não há que se falar em rescisão contratual.

Assim, a manutenção da sentença de improcedência é medida que se impõe.

Por fim, tendo em vista que a sentença foi publicada na vigência do CPC de 1973, não cabe a majoração de honorários prevista no § 11 do art. 85 do CPC/2015 (Enunciado Administrativo n. 7 do STJ).

Ante o exposto, voto no sentido de conhecer do recurso e negar-lhe provimento.

Agravo de Instrumento n. 4008239-18.2019.8.24.0000, de Joinville

Relator: Des. José Carlos Cartens Köhler

AGRAVO DE INSTRUMENTO. “AÇÃO INIBITÓRIA C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS COM PEDIDO DE TUTELA DE URGÊNCIA”. INTERLOCUTÓRIA DESAFIADA QUE CONFERE, EM PARTE, A TUTELA DE URGÊNCIA CLAMADA PELA REQUERENTE. INCONFORMISMO DA RÉ.

DIREITO INTERTEMPORAL. DECISÃO PUBLICADA EM 8-2-19. INCIDÊNCIA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015.

AVENTADA CARÊNCIA DOS REQUISITOS PARA A CONCESSÃO DA TUTELA PROVISÓRIA. VERSÃO INACOLHIDA. DISCUSSÃO ACERCA DE TITULARIDADE INDUSTRIAL DE “ANDAIME DE PLATAFORMA MODULAR”. RÉ QUE, NA FIGURA DE SEU SÓCIO-ADMINISTRADOR, MANTINHA AJUSTE DE REPRESENTAÇÃO COMERCIAL COM A AUTORA. REPENTINA MUDANÇA NO OBJETO SOCIAL DA AGRAVANTE, PASSANDO A CONSTAR CERTA IDENTIDADE COM AS ATIVIDADES ECONÔMICAS PRATICADAS PELA REQUERENTE. ALTERAÇÃO QUE, AINDA, FEZ CONSTAR PARA A RÉ O IDÊNTICO LOGRADOURO DA RECORRIDA. MUDANÇAS HAVIDAS ANTES DO ENCERRAMENTO DO PACTO DE REPRESENTAÇÃO COMERCIAL. CAPTAÇÃO DE CLIENTES QUE, SEGUNDO CONSTAM NOS DOCUMENTOS QUE GUARNECEM A EXORDIAL, SE DEU AINDA NA CONSTÂNCIA DO NEGÓCIO JURÍDICO DE REPRESENTAÇÃO. INDÍCIOS, NO MÍNIMO RAZOÁVEIS, DE QUE OS FORNECEDORES ERAM COMPELIDOS A EMITIR FATURAS EM BENEFÍCIO DO CNPJ DA RÉ, COMO SE PERTENCESSE À AUTORA. CADASTRAMENTO DE SÍTIO ELETRÔNICO EM NOME DA PESSOA FÍSICA DO RÉU. DOMÍNIO QUE, NITIDAMENTE, SUPRIME UMA DAS LETRAS DO NOME FANTASIA DA AGRAVADA, A FIM DE INDUZIR OS INTERESSADOS EM ERRO. ADITAMENTO, MEDIANTE O EMPREGO DE ESTRATAGEMA CIBERNÉTICO, DE ENDEREÇO DE *E-MAIL* NO SÍTIO DA AUTORA. PROCEDER QUE FAZIA A REMESSA, SEM A ANUÊNCIA DA RECORRIDA, DE CORRESPONDÊNCIAS ELETRÔNICAS PARA *E-MAIL* LEGÍTIMO E, VIA DE CONSEQUÊNCIA, PARA AQUELE EM BENEFÍCIO DOS DEMANDADOS. PROPÓSITO DE PROCEDER AO PRIMEIRO CONTATO COM POSSÍVEIS INTERESSADOS NOS PRODUTOS DA REQUERENTE. REGISTROS FOTOGRÁFICOS QUE CONFEREM INDÍCIOS DE QUE A RÉ VEM PRODUZINDO PRODUTO SIMILAR AO QUE A AUTORA DETÉM PROPRIEDADE INDUSTRIAL. ALTERAÇÃO, POR FIM, DOS CADASTROS DE MERCADORIAS JUNTO AOS FORNECEDORES DA AUTORA, EM PROL DA FACILITAÇÃO DE COMERCIALIZAÇÃO DOS PRODUTOS PRODUZIDOS PELOS RÉUS. EMINENTE PERIGO DE DANOS DE ORDEM FINANCEIRA E MORAL À AUTORA, CASO AS CONDUTAS TEORICAMENTE PRATICADAS PELO RÉU NÃO CESSAREM. VIOLAÇÃO, EM TESE, AOS ARTS. 5º, INCISO XXIX, DA “CARTA DA PRIMAVERA”, E 129 DA LEI N. 9.279/1996. PRESSUPOSTOS ENCARTADOS NO ART. 300, *CAPUT*, DO CPC/2015 POR ORA POSITIVADOS. INTERLOCUTÓRIA QUE DEVE PERMANECER INDENE.

HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS RECURSAIS. IMPOSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE OFÍCIO EM RAZÃO DA NATUREZA JURÍDICA DA DECISÃO VERGASTADA E DA CONSEQUENTE INEXISTÊNCIA DE FIXAÇÃO DA VERBA SUCUMBENCIAL NO PRIMEIRO GRAU.

REBELDIA IMPROVIDA.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 4008239-18.2019.8.24.0000, da comarca de Joinville 4ª Vara Cível em que é Agravante Aparasul Representações e Treinamentos Ltda. e Agravado Monteuse Fabricação e Comércio de Equipamentos Industriais Eireli ME.

A Quarta Câmara de Direito Comercial decidiu, por unanimidade, negar chancela ao Inconformismo. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Exmos. Srs. Des. Janice Goulart Garcia Ubialli e Guilherme Nunes Born.

Florianópolis, 14 de maio de 2019.

Carstens Köhler
PRESIDENTE E RELATOR

RELATÓRIO

Aparasul Representações e Treinamentos Ltda. interpôs Agravo de Instrumento (fls. 1-21) em desfavor da decisão interlocutória prolatada pela Magistrada oficiante na 4ª Vara Cível da Comarca de Joinville (fls. 22-27) que, nos autos da “ação inibitória c/c indenização por danos materiais e morais com pedido de tutela de urgência” n. 0327718-09.2018.8.24.0038, movida por Monteuse Fabricação e Comércio de Equipamentos Industriais Eireli ME em desfavor da ora Recorrente, Alexandre Dalprat Sousa Ricardo e Ana Rosa Dalprat, deferiu em parte a tutela de urgência clamada pela Autora, nos seguintes termos:

ANTE O EXPOSTO, **defiro em parte** os efeitos da tutela provisória de urgência pleiteada para tão somente determinar que a parte demandada: a) suspenda a fabricação, comercialização e fornecimento de quaisquer produtos similares ou constantes no catálogo de produtos da autora; b) não realize a alteração dos dados cadastrais da requerente junto aos fornecedores e clientes, bem como divulgação de notícias falsas a seu respeito; c) que se abstenha de “hackear” o site da demandante além da imediata retirada da sociedade do mesmo endereço, com alteração perante os órgãos públicos competentes; finde a realização de toda e qualquer prática de concorrência desleal, dentre as quais a fabricação de equipamentos nos mesmos moldes e formatos da autora, encerrando a prática de contrafação, no prazo de 5 (cinco) dias, após o recebimento da intimação, sob pena de multa diária no valor de R\$ 1.000,00 (mil reais).

(fl. 26, destaques do original).

Em suas razões recursais, a Agravante aduz, em apertada síntese, que: a) os requisitos necessários à concessão da tutela de urgência, previstos no art. 300 do Código de Processo Civil de 2015, não estão presentes na hipótese vertente; b) “[...] é prática comum perante na Agravada a alteração e inclusão de cadastro perante fornecedores, para fornecimento de diversos orçamentos aos clientes” (fls. 6-7); c) “[...] a Agravada sempre teve conhecimento das alterações sociais da agravante e da sua localização, conforme se observará detalhadamente” (fl. 7); d) houve

o encaminhamento de correspondência eletrônica à sra. Leila (sócia da Recorrida) “[...] com o orçamento da própria APARASUL, denotando assim absoluta ciência das atividades, objeto social, endereços e demonstrando a boa-fé da Agravante” (fl. 9); e “[...] não pode afirmar que o Agravante alterou de endereço, objeto social, passando a exercer suas atividades no mesmo endereço, com o intuito de ludibriar seus clientes” (fl. 9); f “[...] as alterações ocorridas, foram solicitadas pela própria Agravada, muitas vezes, para concretizar suas vendas, ainda, a própria Agravada era quem pagava a contabilidade da Agravante” (fl. 9); g “[...] Recebia, ainda, mês a mês, as notas fiscais de prestação de serviço da APARASUL, inclusive lhe fazia cobranças a respeito da alteração contratual, constando nitidamente endereço da parte Agravante como Rua Waldemiro Jose Borges, muito embora não houvesse atualização de endereço por parte da Monteeuse, que até mesmo na inicial consta como Av. Plácido Hugo de Oliveira, ou seja, sequer é passível de confundir os clientes, ainda que fosse esta a intenção da Agravante, conforme alega, ainda, a respeito das alterações contratuais” (fls. 9-10); h “[...] a Agravada discorre de maneira leviana que a Agravante não possui alvará e licenças para operar” (fl. 10); i “[...] os produtos comercializados pela Agravante, muito embora da mesma espécie da comercializada pela Agravada, igualmente possui registro perante o INPI, sem que houvesse objeção por parte da Agravada no prazo legal” (fl. 11); j “[...] todos os produtos comercializados pela Agravante são produzidos com extrema qualidade (atestado pelos clientes que a própria Agravada fez questão de mencionar), assinado por engenheiro responsável (ART) e dentro das normas técnicas exigidas, inexistindo qualquer notícia ou prova, por mais leviana que seja sobre a ‘baixa’ qualidade dos produtos fornecidos pela Agravante” (fl. 11); k “[...] não existe qualquer semelhança entre a marca APARASUL (ACESSO VERTICAL) e a marca MONTEEUSE, conforme se observa em suas logomarcas e sites” (fls. 11-12); l “[...] a proibição de comercializar qualquer produto do portfólio da Agravada, como deferido, é medida descomunal” (fl. 13); m) a Agravada “[...] não traz a baila nenhuma prova de captação ilícita de cliente concretizada pela Agravante, de maneira capciosa citou em seu petitório inaugural que seu faturamento vem em declínio” (fl. 13); n) “[...] não ocorreu qualquer queda no faturamento do grupo econômico, apenas direcionou as notas fiscais para a empresa MFP e ocultou deste juízo a existência desta empresa, obviamente para aparentar uma queda de faturamento e, então, induzir este juízo que o responsável foi o Sr. Alexandre, então sócio da Aparasul (Acesso Vertical)” (fl. 14); o “[...] não há prova robusta o suficiente para provar qualquer atitude de concorrência desleal, apenas a existência de concorrência, essencial ao livre mercado” (fl. 15); p) “[...] não há elementos técnicos suficientes que permitem concluir pela reprodução da configuração com registro pela Agravada Monteeuse” (fl. 15); q) há claro risco de dano inverso com a preservação da tutela de urgência proclamada na origem; e r) “[...] a Agravante tem plenas condições de indenizar eventuais prejuízos que venham a ser reconhecidos e apurados em hipotética condenação, desde que permaneça em plena atividade” (fl. 20).

Ao final, requereu a concessão de carga suspensiva ao Reclamo, a fim de sustar os efeitos do *decisum* invectivado até manifestação final do mérito recursal, na forma dos arts. 995, parágrafo único, e 1.019, inciso I, ambos do CPC/2015.

Juntou os documentos de fls. 22-349.

Na sequência, os autos foram distribuídos a esta relatoria por sorteio (fls. 351-353).

Diante da complexidade da matéria, oportunizou-se à Agravada a apresentação de contrarrazões (fl. 354-355), o que sucedeu às fls. 358-374.

A Autora anexou ao feito os papéis de fls. 375-402.

Ato contínuo, o feito volveu concluso para julgamento (fl. 403).

É o necessário escorço.

VOTO

Primeiramente cumpre gizar que uma vez preenchidos os requisitos de admissibilidade, o Recurso é conhecido.

Esclarece-se, por oportuno, que a decisão recorrida se subsume ao regramento processual contido no Novo Código de Processo Civil, porquanto a publicidade do comando judicial prolatado pelo Estado-Juiz se deu em 8-2-19, isto é, já na vigência do CPC/2015.

1 Do Inconformismo

Isagógicamente, conforme se depreende das razões recursais alhures listadas, o mote precípua do Reclamo é a modificação do *decisum* recorrido (fls. 22-27), sob a justificativa de que os pressupostos do art. 300 do CPC/2015 não se encontram presentes.

Pois bem, cuida-se de feito cuja matéria, além de ser complexa, envolve temas sensíveis às Contendoras.

Não obstante, em se tratando de tutela provisória, a análise limita-se às provas documentais que acompanham o pórtico inaugural.

É dizer que, nessa fase de cognição sumária não se exige convencimento absoluto, sendo possível, inclusive, a modificação da tutela no provimento final, ou, ainda, com a superveniência de elementos infirmativos.

Portanto, o exame da matéria controvertida, na hipótese, resume-se ao acerto ou desacerto da interlocutória objurgada.

É de sabença de todos que o Código Fux em seu art. 300 dispôs sobre a tutela recursal, *in verbis*: “a tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo”.

Nesses termos, trata-se a tutela de urgência, repita-se, de uma prestação jurisdicional satisfativa, mas de cunho provisório, deferida mediante a formação de um mero juízo de cognição sumária (não exauriente), nas hipóteses excepcionais em que o provável titular do direito invocado não possa suportar o ônus da demora processual sem risco de padecer prejuízo relevante (*periculum in mora*).

Acerca da prova inequívoca da verossimilhança da alegação indispensável à concessão da tutela antecipada, ensina o festejado Desembargador Hélio do Valle Pereira:

A “verossimilhança da alegação” e a “sua prova inequívoca” têm em conta o direito verberado pelo acionante. São a causa de pedir e o pedido que são trazidos por ele. Para alcançar a antecipação da tutela, deverá o autor apresentar uma tese jurídica consistente, é dizer, uma interpretação jurídica que seja convincente, que não esteja sujeita a uma compreensão diversa. Não que se pretenda que o Direito possa ser unívoco (com somente uma possível interpretação), mas que no caso concreto a visão do autor seja a mais plausível, aquela que traga um destacado conforto. Claro que assim ocorrerá quando houver a esse respeito uma sedimentação doutrinária e jurisprudencial – sem prejuízo, é claro, da apresentação de uma tese original, que ainda não tenha sido submetida ao anterior enfrentamento do foro. O que se exige, em outros termos, é que ao juiz surja uma forte probabilidade de que a exegese apresentada pelo autor seja a certa – ainda que teoricamente possam ser achados argumentos que a desabonem.

Ocorre que a pretensão deve também estar alicerçada em um fato, devendo ele estar bem revelado nos autos. Quer dizer, deve haver provas de que a versão do autor, vista sob o ângulo fático, seja verdadeira. A análise dos elementos de convicção já encartados no processo hão de demonstrar a perspectiva de que a narrativa do autor seja autêntica.

(*Manual de direito processual civil: Roteiros de Aula – Processo de Conhecimento*. 2ª ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008. p. 562-563).

In casu, cuida-se de “ação inibitória c/c indenização por danos materiais e morais com pedido de tutela de urgência” detonada por Monteeuse Fabricação e Comércio de Equipamentos Industriais Eirelli ME em desfavor de Aparasul Representações e Treinamentos Ltda. e de seus sócios-administradores Alexandre Dalprat Sousa Ricardo e Ana Rosa Dalprat.

Aduziu a Autora na peça vestibular, em síntese, o que se passa a listar, até mesmo para uma melhor compreensão da porfia e do desfecho que será entregue na presente decisão colegiada:

i) na vigência do ajuste de representação comercial mantido entre as Partes, houve uma alteração do contrato social da Recorrente, em 10-11-16, que acarretou na adição de atividades econômicas semelhantes às da Agravada, a exceção da fabricação (indústria) dos produtos questionados – maquinários para o desenvolvimento de atividades em instalações industriais, parques fabris, galpões, trabalhos em altura ou em áreas de difícil acesso e que requerem segurança diferenciada;

ii) a sobredita alteração do objeto do estatuto social da Inconformada implicou, também, na substituição do seu logradouro, passando a ter sede no mesmo local que a Demandante – Rua Plácido Hugo de Oliveira, n. 555, Galpão 8A, bairro Itinga, Joinville/SC;

iii) embora tivesse passado a explorar objeto social semelhante à Requerente, não detém a Demandada atividade econômica afeta à fabricação de equipamentos perante os órgãos competentes, mas apenas de fornecimentos dos mesmos;

iv) não sendo titular de tais alvarás, a Insurgente fabrica e fornece os produtos questionados,

de modo que seu nome fantasia – Acesso Vertical – se encontra presente nos equipamentos comercializados;

v) os maquinários são produzidos de maneira irregular na sede de fato da Agravante – Rua João Tavares, n. 276, bairro Boehmerwald, Joinville/SC;

vi) a Requerida “produz” os produtos cuja qualidade e segurança são duvidosos, mormente porque não detém as lideças e alvarás para tanto, bem como não conta com profissional técnico responsável e registro para tal prática junto ao CREA/SC;

vii) dentre os objetos fabricados pela Ré, encontra-se produto de exclusiva titularidade da Autora, qual seja, “Andaime de Plataforma Modular”, com registro de propriedade de desenho industrial junto ao Instituto Nacional da Propriedade Industrial – INPI, o que configura crime de contrafação, nos termos do art. 8º, da Lei n. 9.279/1996, cujas penalidades repousam nos arts. 184 e 185 da Lei de Regência;

viii) atuando o sócio-administrador da Ré como representante comercial da Requerente, utilizou o sr. Alexandre Dalprat da sociedade Agravante para captar clientes, o fazendo de forma totalmente abusiva e desleal;

ix) ainda na vigência do ajuste de representação, o requerido Alexandre Dalprat acessou os cadastros dos fornecedores da Autora e substituiu os produtos da Agravada por denominações e referências de mercadorias fornecidas pela Recorrente;

x) o sr. Alexandre Dalprat adquiriu e registrou sob sua titularidade o domínio na *internet* denominado “monteuse.com.br”, ou seja, semelhante à razão social e marca utilizada pela Agravada – MONTEEUSE –, porém, sem a letra “e”;

xi) com a aludida prática, passou a captar clientes que digitavam tal referência na rede mundial de computadores, direcionando para o site da Recorrente; e

xii) criou o sr. Alexandre Dalprat *e-mail* de contato comercial – vendas@monteuse.com.br – e o inseriu na seção destinada à comunicação/trato com clientes/interessados no sítio eletrônico oficial da Requerente – www.monteuseandaimes.com.br –, fazendo constar, além de endereço de correspondência eletrônica legítimo da Autora – contato@monteuse.com.br –, aquele criado sem o consentimento da última, no nítido intuito de captação de clientes pela *internet*, configurando a prática ardilosa do Réu.

Ajoujou a Requerente vasta gama documental perante o primeiro grau de jurisdição – fls. 37-235 do caderno eletrônico de origem.

Na sequência, sem a oitiva dos Requeridos, sobreveio a interlocutória admoestada (fls. 22-27), que conferiu parcialmente a tutela de urgência almejada, nos seguintes termos:

ANTE O EXPOSTO, **defiro em parte** os efeitos da tutela provisória de urgência pleiteada para tão somente

determinar que a parte demandada: a) suspenda a fabricação, comercialização e fornecimento de quaisquer produtos similares ou constantes no catálogo de produtos da autora; b) não realize a alteração dos dados cadastrais da requerente junto aos fornecedores e clientes, bem como divulgação de notícias falsas a seu respeito; c) que se abstenha de “hackear” o site da demandante além da imediata retirada da sociedade do mesmo endereço, com alteração perante os órgãos públicos competentes; finde a realização de toda e qualquer prática de concorrência desleal, dentre as quais a fabricação de equipamentos nos mesmos moldes e formatos da autora, encerrando a prática de contrafação, no prazo de 5 (cinco) dias, após o recebimento da intimação, sob pena de multa diária no valor de R\$ 1.000,00 (mil reais).

(fl. 26, destaques do original).

No entanto, em que pese o esforço jurídico da Recorrente em suas razões recursais, a interlocutória recorrida deve ser preservada incólume. Explica-se, contudo, com a brevidade que o estágio processual comporta.

A probabilidade do direito invocado pela Autora se afigura presente no porfia *sub examine*, porquanto, ao que tudo indica, a Requerida não detém a autorização para a fabricação dos equipamentos debatidos – vide a comparação dos “Alvarás de licença para localização e permanência” emitidos pelo Município de Joinville para o ano de 2018 (fls. 252-253) –, notadamente do “Andaime de Plataforma Modular”, cuja propriedade do desenho industrial guarnece a Demandante desde agosto de 2006 (fls. 161-162).

Não obstante, procedeu a Recorrente de maneira duvidosa e durante a constância do ajuste de representação comercial – no dia 10-11-16 (fls. 170-182), quando a rescisão do pacto apenas se operou apenas em 24-3-17 (fl. 163) – a alteração do seu objeto social e logradouro, passando a constar o que se transcreve:

ENDEREÇO

CLÁUSULA PRIMEIRA. A sociedade passa a exercer suas atividades no seguinte endereço sito à AVENIDA PLÁCIDO HUGO DE OLIVEIRA, 555, GALPÃO 8A, ITINGA, JOINVILLE, SC, CEP 89.233-580.

OBJETO SOCIAL

CLÁUSULA SEGUNDA. A sociedade passa a ter o seguinte objeto:

PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE REPRESENTAÇÃO COMERCIAL DE MÁQUINAS E EQUIPAMENTOS INDUSTRIAIS; TREINAMENTO EM DESENVOLVIMENTO PROFISSIONAL E GERENCIAL; MONTAGEM E DESMONTAGEM DE ANDAIMES E ESTRUTURAS TEMPORÁRIAS; ALUGUEL DE MÁQUINAS E EQUIPAMENTOS COMERCIAIS E INDUSTRIAIS, SEM OPERADOR; COMÉCIO ATACADISTA DE ROUPAS E ACESSÓRIOS PARA USO PROFISSIONAL E DE SEGURANÇA DO TRABALHO; COMÉRCIO ATACADISTA DE MÁQUINAS, EQUIPAMENTOS, PARTES E PEÇAS PARA USO INDUSTRIAL; CORRETAGEM NA COMPRA, VENDA E AVALIAÇÃO DE IMÓVEIS.

(fl. 172).

Já o estatuto social da Autora, datado de 28-2-14, perante a Junta Comercial do Estado de Santa Catarina, giza que o seu objeto é a:

[...] fabricação de comércio de máquinas, equipamentos e peças para uso industrial, serviços de instalação mecânicas industriais, serviços de instalações e manutenção elétrica industrial, mecânica e hidráulica, automação, industrial, montagem de painéis elétricos, representação comercial, exportação e importação.
(fl. 141, sublinhou-se).

E, por fim, a sede da Requerente, devidamente registrada no “Órgão Mercantil”, com protocolo em 19-1-16, repousa no documento comercial de fls. 143-144, assim descrito:

CLÁUSULA PRIMEIRA. A sociedade passa a exercer suas atividades no seguinte endereço sito à AVENIDA PLÁCIDO HUGO DE OLIVEIRA, 555, ITINGA, JOINVILLE, SC, CEP 89.233-580
(fl. 143).

Merece ser gizado que os documentos fiscais de fls. 40-41 atestam que a Ré omitia a alteração do seu real logradouro da Recorrida, embora tivesse procedido previamente o registro de novo endereço perante a Junta Comercial do Estado.

Tal prática, ao que se sugere, significa verdadeiro intento da Agravante de suprimir da Autora as transações comerciais havidas perante terceiros.

A propósito, trouxe a Demandante registros fotográficos de que o produto questionado é produzido em endereço de fato diverso daquele constante nos registros públicos competentes – Rua João Tavares, n. 276, bairro Boehmerwald, Joinville/SC (fls. 241-243).

Anote-se que tal logradouro foi reconhecido pela própria Recorrente na qualificação do presente Inconformismo (fl. 1), de modo antagônico daquele constante na nota fiscal de fl. 53, emitida em 6-4-17, mencionando “Avenida Placido Hugo de Oliveira, 555, Itinga, Joinville”.

Repousam registros fotográficos, ainda, de que o “Andaime de Plataforma Modular” indigitado vem sendo comercializado/fabricado pela Ré (fls. 210-218).

Não passa desapercibido por esta relatoria que, tal qual registrado no *decisum* admoestado, a confrontação das imagens ajuizadas às fls. 147-160, 208-243 é o bastante para perceber a ligação umbilical entre a prática de comércio/fabricação de produtos similares, cuja titularidade industrial, porém, remetem à Autora.

De outra banda, em juízo de cognição sumária, a captação abusiva e desleal de clientes pela Ré restou exteriorizada pelas trocas de correspondências de fls. 207, 260-263 e 265-267 e pelo orçamento de fls. 268-270.

De mais a mais, com êxito positivou a Agravada, de maneira perfunctória e preambular, a alteração junto aos cadastros dos fornecedores dos produtos por si produzidos por denominações e referências de mercadorias fornecidas pela Recorrente, empós o encerramento do ajuste de representação comercial, a fim de que, com tal proceder, o sr. Alexandre Dalprat obtivesse certa facilidade na comercialização e concretização das tratativas de sua Empresa – ata notarial de fls. 276-290.

Com efeito, o requerido Alexandre Dalprat procedeu ao registro de domínio eletrônico em seu nome – www.monteuse.com.br –, a fim de que, com a supressão de uma única letra, induzisse em erro eventuais clientes/interessados, já que o correto sítio eletrônico mantido pela Autora é “https://www.monteeuseandaimes.com.br/” – fls. 309-312.

Ao cabo, demonstrado pela Autora, ainda que de forma rasa, que sobreveio alteração nos registros internos do seu sítio eletrônico, com o propósito de adição de endereço eletrônico diverso daqueles por si reconhecidos. Tal acréscimo implicou na remessa, via *e-mail*, de todo e qualquer contato de interessados/clientes para o endereço “vendas@monteuse.com.br”, cujo domínio, isto é “@monteuse.com.br”, como se indicou alhures, pertence ao sócio-proprietário da Ré – vide ata registral de fls. 315-331.

É de ser gizado que a Recorrente, embora tenha apresentado farta documentação em sede recursal, deixou de refutar argumentos e provas nodais ao reconhecimento das práticas indicadas pela Autora, como, por exemplo: a) a alteração ulterior e de responsabilidade da Ré dos dados cadastrais de produtos e serviços mantidos pela Requerente com fornecedores de longa data; b) adição de endereço eletrônico pertencente ao domínio de titularidade do sr. Alexandre Dalprat no sítio da Autora, com a finalidade de manter os primeiros contatos ou fidelizar interessados, sem a anuência da Agravada; c) a propriedade definitiva do produto alvo de suposta contrafação – “Andaime de Plataforma Modular” (fls. 161-162) – cujo depósito remete a agosto de 2006 junto ao INPI, enquanto o pleito de produto semelhante pela Ré ocorreu apenas em 31-7-17 (fls. 77-102), sem a sua conclusão definitiva atestada pela respectiva Autarquia Federal; d) a alteração repentina e semelhante do objeto social da Autora, fazendo constar o mesmo logradouro daquela e, ainda, durante a vigência do negócio jurídico de representação comercial estabelecido entre a Requerente e o sr. Alexandre Dalprat; e e) o premente risco de dano econômico-financeiro e à imagem da Autora já que, dia após dia, os clientes e demais interessados possam estar sendo, teoricamente, ludibriados pelas práticas anticomerciais perpetradas pelos Requeridos.

Logo, configurado, em tese, violação aos arts. 5º, inciso XXIX, da “Carta da Primavera”, e 129 da Lei n. 9.279/1996, a concorrência desleal dormita por ora assinalada, de modo que a concessão da tutela de urgência, nos moldes do comando debatido e até o desfecho final da presente quizila, torna-se medida de rigor.

2 Da verba advocatícia recursal

Finalmente, quanto aos honorários sucumbenciais recursais, por ter sido publicada a decisão vergastada na vigência do Novo Código de Processo Civil, as alterações relativas ao cálculo dos

honorários advocatícios introduzidas por este novo Diploma, em tese, teriam aplicação ao caso *sub judice*, em obediência à regra de direito intertemporal no art. 14 do novo Diploma Legal.

Todavia, por não ter havido, na primeira instância, condenação ao pagamento de honorários advocatícios sucumbenciais, dada a natureza jurídica da decisão prolatada, a fixação do estipêndio recursal neste grau de jurisdição é descabida.

É o quanto basta.

Ante o exposto, por unanimidade, nega-se guarida ao Inconformismo.

Comunique-se imediatamente ao Juízo *a quo*.

Apelação Cível n. 0002597-17.2017.8.24.0061, de São Francisco do Sul

Relator: Des. José Carlos Cartens Köhler

APELAÇÕES CÍVEIS. “AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E LUCROS CESSANTES”. AQUISIÇÃO DE MERCADORIAS IMPORTADAS. TRANSPORTE MARÍTIMO. IRREGULARIDADES QUE CULMINARAM NA APREENSÃO E POSTERIOR PENA DE PERDIMENTO DOS PRODUTOS. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA DOS REQUERIMENTOS DEDUZIDOS NA PEÇA PORTAL. INCONFORMISMOS DA AUTORA E DE TRÊS DAS QUATRO RÉS.

DIREITO INTERTEMPORAL. DECISÃO PUBLICADA EM 5-10-18. INCIDÊNCIA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015.

AGÊNCIA MARÍTIMA QUE ADUZ SER A PRESTAÇÃO JURISDICIONAL NULA POR FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO. *DECISUM* QUE EXPÕE MINUDENTEMENTE TODOS OS DETALHES CONTIDOS NA EXORDIAL DOS REQUERIMENTOS ENDEREÇADOS AO ESTADO-JUIZ. RESOLUÇÃO FUNDAMENTADA DO IMBRÓGLIO INAUGURADO PELAS CONTENDORAS. ENTENDIMENTO PELA DESNECESSIDADE DE PRODUÇÃO DE NOVOS ELEMENTOS PROBATÓRIOS. PROVAS IMPRESCINDÍVEIS À FORMAÇÃO DO CONVENCIMENTO DO TOGADO QUE SE ENCONTRAM CARREADAS AO FEITO. DESNECESSIDADE DE PROTRAIMENTO PROBATÓRIO. POSSIBILIDADE DE JULGAMENTO DO PROCESSO NO ESTADO EM QUE SE ENCONTRA. INTELIGÊNCIA DO ART. 355, INCISO I, DO NOVO CPC. PREFACIAL REPELIDA.

MÉRITO PROPRIAMENTE DITO. AUTORA QUE ADQUIRIU ARTIGOS TÊXTEIS DA CHINA. MERCADORIAS QUE TINHAM COMO DESTINO O PORTO DE SUAPE, PERNAMBUCO, MEDIANTE O TRANSPORTE MARÍTIMO, DESCRITO EM AJUSTES DE CONHECIMENTO DE EMBARQUE (*BILL OF LADING*). TRANSLADO DOS ITENS QUE FOI REALIZADO POR UM ARMADOR ATÉ O PORTO DE SÃO FRANCISCO DO SUL, QUANDO ENTÃO FORAM REALIZADAS PELO OPERADOR PORTUÁRIO SUCESSIVAS OPERAÇÕES DE CARGA E DESCARGA DAS MERCADORIAS EM NOVOS CONTÊINERES E ACOMODADOS EM DUAS NOVAS EMBARCAÇÕES, QUE SEGUIRAM A SUA DESTINAÇÃO DERRADEIRA. INEXISTÊNCIA, CONTUDO, DE COMUNICAÇÃO TEMPESTIVA PERANTE O SISTEMA SISCOMEX CARGA DA PRESENÇA DOS PRODUTOS A BORDO DO NAVIO PRIMEVO, TAMPOUCO A RESPEITO DAS ESCALAS REALIZADAS PELO ARMADOR E DE EVENTUAIS DESCARGAS PROCEDIDAS EM SOLO NACIONAL. VINCULAÇÃO POSTERIOR PELA AGÊNCIA DE NAVEGAÇÃO DE MANIFESTO À ESCALA DA EMBARCAÇÃO INTERNACIONAL. PROCEDIMENTO FISCAL INSTAURADO QUE CULMINOU NA APREENSÃO E POSTERIOR DECRETAÇÃO DE PERDIMENTO DOS PRODUTOS. IRREGULARIDADE NA DESCARGA DAS MERCADORIAS PELO OPERADOR PORTUÁRIO SEM O DEVIDO LANÇAMENTO ADREDE NO SISTEMA ADUANEIRO. TRANSPORTADOR EXECUTOR E AGÊNCIA MARÍTIMA QUE, POR ATO OMISSIVO, NÃO INFORMARAM OS DADOS NECESSÁRIOS À REGULARIZAÇÃO DA OPERAÇÃO. INESCONDÍVEL RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA E OBJETIVA DAS PARTES EM RELAÇÃO AOS DANOS MATERIAIS RECLAMADOS PELA DEMANDANTE. EXEGESE DOS ARTS. 4º, 5º, 11, 12, 22, 33 E 50 DA INSTRUÇÃO NORMATIVA N. 800/2007 DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL, ARTS. 26 E 27 DA LEI N. 12.815/2013 E ART. 37 DO DECRETO-LEI N. 37/1966. APRESENTAÇÃO DA TUTELA JURISDICIONAL INTANGÍVEL NO PONTO.

SEGURADORA DENUNCIADA QUE DEFENDE A NECESSIDADE DE ABATIMENTO DA FRANQUIA DO VALOR A SER INDENIZADO À AUTORA. DECISÓRIO GUERREADO QUE ENTREGOU

A IDÊNTICA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL CLAMADA NESTE GRAU DE JURISDIÇÃO. CONSTATAÇÃO, INCLUSIVE, DE QUE A FRANQUIA NÃO DEVE SER ARCADADA PELA DENUNCIADA, MAS SIM PELO SEGURADO. POSSIBILIDADE DE ABATIMENTO DO SOMATÓRIO ESTIPULADO A TÍTULO DE FRANQUIA DO MONTANTE QUE A DENUNCIADA VIER A REEMBOLSAR O OPERADOR PORTUÁRIO SEGURADO. FLAGRANTE AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. DEBUXE OBSTADO DO RECURSO DA SEGURADORA NA SEARA.

ÔNUS DE SUCUMBÊNCIA. POSTULADA RECALIBRAGEM. ACOLHIMENTO. DISTRIBUIÇÃO RECÍPROCA E PROPORCIONAL À VITÓRIA DAS PARTES. EXEGESE DO ART. 86 DO NOVO CPC. VERBA HONORÁRIA. ARBITRAMENTO QUE DEVE OBSERVÂNCIA À REGRA DO ART. 85, § 2º, DO CPC/2015. ÓBICE A COMPENSAÇÃO DOS HONORÁRIOS, POR FORÇA DO ART. 85, § 14, DO NCPC.

HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS RECURSAIS. INTELIGÊNCIA DO ART. 85, §§ 1º E 11, DO CÓDIGO FUX. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE OFÍCIO EM RAZÃO DA EXISTÊNCIA DE CONDENAÇÃO AO PAGAMENTO DA VERBA PROFISSIONAL NA ORIGEM. ENTENDIMENTO SEDIMENTADO PELA “CORTE DA CIDADANIA”.

REBELDIA DA SEGURADORA CONHECIDA EM PARTE E IMPROVIDA E APELOS DA AGÊNCIA DE NAVEGAÇÃO E DO OPERADOR PORTUÁRIO ACOLHIDOS EM PARTE.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0002597-17.2017.8.24.0061, da comarca de São Francisco do Sul 1ª Vara Cível em que são Apelantes e Apelados Allianz Seguros S.A., Alpha Shipping do Brasil Ltda. (Maruba do Brasil), WRC Operadores Portuários S.A., MWTI Agenciamento de Cargas, Representação e Logística Ltda. ME e SBF Comércio de Produtos Esportivos Ltda.

A Quarta Câmara de Direito Comercial decidiu, por unanimidade, afastar a preliminar de nulidade da sentença, conhecer em parte do Reclamo da Denunciada e negar-lhe albergue e dar parcial chancela aos Inconformismos da Agência de Navegação e do Operador Portuário. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Sérgio Izidoro Heil, e dele participaram os Exmos. Srs. Des. Janice Goulart Garcia Ubialli e Luiz Felipe Siegert Schuch.

Florianópolis, 25 de junho de 2019.

Carstens Köhler
RELATOR

RELATÓRIO

Allianz Seguros S.A., MWTI Agenciamento de Cargas, Representação e Logística Ltda. ME e WRC Operadores Portuários S.A. interpuseram Apelações Cíveis (fls. 1.310-1.325, 1.350-1.372 e 1.407-1.417) contra a sentença prolatada pelo Magistrado oficiante na 1ª Vara Cível da Comarca de São Francisco do Sul (fls. 1.274-1.294) que, nos autos da “ação de indenização por danos materiais

e lucros cessantes” detonada por SBF Comércio de Produtos Esportivos Ltda., julgou parcialmente procedentes os requerimentos deduzidos na peça portal, cuja parte dispositiva restou vazada nos seguintes termos:

Em face do que foi dito:

a) na lide principal, **julgo procedente em parte** o pedido articulado por **SBF Comércio de Produtos Esportivos Ltda.**, para condenar as rés **Clan Compañia Latino Americana de Navegión S/A, WRC Operadores Portuário S/A e MWTI - Agenciamento de Cargas, Representação e Logística Ltda-ME.**, solidariamente, no pagamento em favor da autora da quantia R\$ 108.085,00 (U\$ 47.980,09), referente às mercadorias adquiridas pelo autor; da quantia de R\$ 6.157,65, correspondente ao valor pago pelo transporte, não realizado, da China até o Porto de Suape, no Brasil (fl. 72); da quantia de R\$ 4.070,38, valor despendido com honorários advocatícios do escritório Albuquerque e Pinto, relativos ao mandado de segurança impetrado pela parte autora, com a intenção de tentar reaver a sua carga declarada perdida. Os valores devem ser corrigidos monetariamente com base no INPC, a partir de cada desembolso, acrescidos de juros moratórios de 1% ao mês, a incidir a partir da citação.

Diante da sucumbência recíproca, condeno a parte autora no pagamento de 30% do valor da causa, além de honorários advocatícios em favor dos advogados dos réus, no equivalente a 10% sobre 30% do valor atualizado da causa, cabendo 1/3 a cada demandado. Por outro lado, condeno as rés no pagamento proporcional (1/3 para cada uma) das custas remanescentes (70%), além de honorários advocatícios arbitrados em 10% sobre o valor atualizado da condenação, também dividido 1/3 para cada uma. A propósito, quando do arbitramento das custas processuais e honorários, estabelece o art. 87 do CPC que “*concorrendo diversos autores ou diversos réus, os vencidos respondem proporcionalmente pelas despesas e pelos honorários*”.

b) na lide secundária, **julgo procedente** o pedido formulado por **WRC Operadores Portuários S/A** na denúncia à lide para condenar **Allianz Seguro S/A** a reembolsar o valor que vier a pagar à parte autora, conforme restou condenado no item acima, até o limite estipulado no respectivo contrato de seguro, com o abatimento do valor estipulado a título de franquia.

Condeno a denunciada ao pagamento das custas processuais referentes à ação de denúncia, sem condená-la no pagamento de honorários, porque não houve resistência à denúncia.

Sabido que “À vista da natureza condicional da denúncia da lide, a respectiva procedência só induz a condenação em honorários de advogado, quando for objeto de resistência; se adериu, simplesmente, à defesa que o denunciante opôs ao autor da demanda, sem negar sua responsabilidade acaso procedente a ação, o denunciado não está sujeito ao pagamento de honorários de advogado” (Resp n.º 285.723 Min. Nancy Andrighi).

(fls. 1.293-1.2934, destaques do original).

Houve a oposição de três Embargos de Declaração – autos ns. 0002551-91.2018.8.24.0061, 0002578-74.2018.8.24.0061 e 0002576-07.2018.8.24.0061 – por SBF Comércio de Produtos Esportivos Ltda., WRC Operadores Portuários S.A. e MWTI Agenciamento de Cargas, Representação e Logística Ltda. ME, respectivamente, os quais foram rejeitados.

Allianz Seguros S.A. defende, no seu Apelo (fls. 1.310-1.325), em síntese, que: a) “[...] no caso em tela, não restou comprovado que tenha o segurado WRC Operadores Portuários S/A praticado

qualquer conduta que pudesse ser classificada como culposa, muito mais a ponto de ser considerada a sua culpa objetiva para ensejar a sua responsabilidade” (fl. 1.314); b) é das demais Requeridas a responsabilidade pelos danos materiais aduzidos pela Requerente, porquanto são empresas “[...] de navegação responsáveis pelo transporte marítimo e as responsáveis pela alimentação do sistema SISCOMEX CARGA, prestando as informações devidas à Receita Federal” (fl. 1.315); c) “[...] restou notificado do processo administrativo instaurado pela Receita Federal, apresentando a sua respectiva defesa e informando que o navio “Americas Bridge” atracou, primeiramente, no Porto de Paranaguá – PR, em 01/03/2009 e, por conseguinte, no dia 02/03/2009, no porto de São Francisco do Sul – SC, desatracando no dia 03/03/2009, conforme extrato de escala apresentado ao segurado” (fl. 1.315); d) “[...] a requerida MWTI, Agenciamento de Cargas, Representação e Logística – ME, representante do transportador em São Francisco do Sul é responsável pela logística das cargas e inserções de informações no sistema SISCOMEX, em data anterior, encaminhou a lista de descarregamento, constando 3 contêineres (AMFU8549752, NEXU9534042 e JOLU1196414), restando garantido pela requerida MWTI que todas as informações estariam corretamente retificadas no SISCOMEX da CARGA” (fl. 1.315); e) “[...] o segurado apenas procedeu com a descarga mediante a apresentação das listagens das cargas pela representante do transportador, entretanto, após a notificação exarada pela Receita Federal é que o segurado tomou ciência do ato omissivo das corrés, especialmente da corré MWTI, que não realizaram as informações das quais eram responsáveis no sistema SISCOMEX no tempo hábil” (fl. 1.315); f) “[...] na prática o representante MWTI enviou uma listagem para o segurado de forma concomitante ao início do descarregamento com a listagem do que estaria no sistema SISCOMEX” (fl. 1.315); g) a lista fornecida era idêntica a constante no sistema, de modo que, segundo dedução do Segurado, não havia nenhuma irregularidade; h) WRC Operadores Portuários S.A. agiu dentro das suas competências e atividades de operador portuário no porto de São Francisco do Sul, sendo que “[...] os danos suportados pela parte autora/apelada são decorrentes exclusivamente pela ausência de informação do transportador sobre o real destino e escalas da carga dos contêineres AMFU8549752, NEXU9534042 e JOLU1196414, assim sobre as cargas e descargas” (fl. 1.317); i) “[...] o próprio auto de infração lavrado pela Receita Federal consigna que o transportador que deve prestar as informações da chegada de cargas transportadas no sistema eletrônico à Receita Federal” (fl. 1.317), isto é, “[...] a informação do manifesto não é uma responsabilidade do operador portuário (uma vez que este apenas efetua a carga de descarga dos contêineres), mas sim da empresa de navegação operadora da embarcação, no caso, as demais requeridas, as quais eram as responsáveis pela prestação de informações no sistema SISCOMEX, com fulcro no artigo 37 do Decreto 37/66” (fl. 1.317); j) “[...] não há que se falar em responsabilidade solidária das requeridas, com a respectiva condenação do segurado e da seguradora denunciada à lide, devendo ser reformada a sentença, afastando qualquer condenação em face da WRC e da seguradora ora apelante” (fl. 1.318); k) “[...] as atividades do operador portuário, no caso, o segurado, eram secundárias, razão pela qual este não pode ser responsabilizado solidariamente pela desídia dos reais responsáveis pela prestação de informações à Receita Federal, no caso, às corrés, empresa transportadora e seu respectivo representante (MWTI)” (fl. 1.318); l) “[...] os danos materiais aduzidos pelo requerente/apelante são de responsabilidade das requeridas Clan Compania Latino Americana Navegacion S/A; Alpha Shipping do Brasil Ltda. e MWTI, Agenciamento de Cargas,

Representação e Logística – ME, considerando que somente o transportador e seus representantes podem inserir informações no sistema SISCOMEX” (fl. 1.318); m) “[...] na condenação da lide secundária, restou consignado que a seguradora seria responsável de forma direta e solidária com o segurado e que não poderia abater a sua franquia da indenização devida, situação que viola o artigo 125 e 129 do CPC, bem como os artigos 757, 760 e 781 do Código Civil” (fl. 1.321); e n) “[...] se o contrato de seguro prevê uma franquia de U\$ 15.000,00 dólares, esta deve ser descontada de forma direta do pagamento devido pela seguradora, devendo, o segurado arcar com o pagamento da franquia que deverá ser abatida da condenação da lide secundária, bem como qualquer valor que exceda a cobertura aplicável ao caso concreto” (fl. 1.323).

Por sua vez, MWTI Agenciamento de Cargas, Representação Logística Ltda. ME argumenta, em compêndio, que (fls. 1.350-1.372): a) o *decisum* impugnado é nulo por falta de fundamentação, nos termos do art. 489, § 1º, incisos II, III, IV e V, do CPC/2015; b) houve omissão de motivação nos seguintes pontos: b.1) inexistência de autorização para a descarga procedida pela ré WRC Operadores Portuários S.A.; b.2) consequência da suposta falta de registro no SISCOMEX CARGA por parte da MWTI Agenciamento de Cargas, Representação e Logística Ltda. ME; e b.3) equívoco material relativo à definição da proporcionalidade do rateio das custas e dos honorários; c) a decisão recorrida não apresentou fundamentação adequada para justificar o julgamento antecipado da lide, violando o art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal; d) não há nos autos “[...] qualquer prova de que a MWTI teria comunicado, autorizado, determinado ou mesmo credenciado a WRC para proceder a descarga dos contêineres assinalados” (fl. 1.356); e) “[...] as informações ao SISCOMEX CARGA referiam-se à existência, no navio, dos contêineres, efetuadas *a posteriori* pela MWTI por negligência da agência marítima local contratada pela CLAN – Companhia Latino Americana de Navegación S.A., representada no Brasil por Alpha Shipping do Brasil Ltda. (anteriormente denominada Maruba do Brasil Agência Marítima Ltda.) [...], e inclusive desta, que não informou tempestivamente os dados necessários para a referida providência” (fl. 1.356); f) “[...] não só não há prova nos autos de que a MWTI comunicou, autorizou, determinou ou mesmo credenciou a WRC para proceder à descarga dos contêineres da Autora, providência que, de resto, sequer lhe competia, como, ao contrário, foi comprovado que, tendo havido a comunicação oficial dos dados dos contêineres ao SISCOMEX CARGA apenas em 04.03.2009, a WRC não teve acesso a ditas informações antes da descarga, o que importa consolidar a situação de que a MWTI não teve qualquer participação na atividade de descarga” (fl. 1.357); g) “[...] é manifesta a responsabilidade da WRC na atividade de descarga irregular dos contêineres, sendo que a entrega a ela da referida ‘lista de contêineres’ jamais foi comprovada” (fl. 1.358); h) a sua responsabilização limitou-se ao fato de que, “[...] mesmo se a ela incumbida, a suposta omissão [da inserção tempestiva das informações junto ao SISCOMEX CARGA] é legalmente apenada com multa, e não com o perdimento da carga, decorrentes exclusivamente da operação de descarga indevidamente realizada pela WRC” (fl. 1.360); i) os ônus de sucumbência devem ser revistos, a fim de se adequar ao percentual de cada requerimento deferido; j) “[...] em função de renitentes problemas anteriores detectados na relação de representação da CLAN/ALPHA/MARUBA, a MWTI advertiu a esta previamente ao embarque sobre as providências a serem adotadas para a regularidade das mercadorias ao chegarem ao Brasil, mas, apesar disso, com insistentes mensagens e recomendações a respeito, a CLAN/ALPHA/MARUBA

nunca as respondeu diretamente, apenas tendo mencionado numa das mensagens, por meio da preposta Elaine Felix, com quem mantinha contatos, que lamentava o desapontamento com relação à falta de posicionamento pela CLAN/ALPHA/MARUBA quanto a tais mensagens e recomendações, aduzindo que também estava desapontada, pois havia enviado a mensagem a Buenos Aires e não havia recebido qualquer resposta, afirmando ainda que sabia dos problemas que foram gerados com as cargas provenientes da Ásia” (fl. 1.362); k) “[...] a CLAN/ALPHA/MARUBA, não disponibilizava os dados necessários para a vinculação da carga à escala no porto de São Francisco do Sul, de modo a haver sua inserção no SISCOMEX CARGA, cuja competência, como já foi afirmado e decorrente da área de representação, era da ALIAMAR, dados esses relativos aos manifestos de carga e suas vinculações à escala do navio no porto de São Francisco do Sul, tanto que o navio chegou à referida escala sem as informações no SISCOMEX CARGA, porquanto a ALIAMAR deixou de procedê-las” (fl. 1.362); l) “Percebendo a negligência da CLAN/ALPHA/MARUBA e de sua agente marítima no local, ALIAMAR, e por apurar que a carga já havia sido desembarcada no porto pela WRC, procurou sanar a falha procedendo a inserção das informações devidas, mesmo sem a representação para tanto, ainda que tardiamente (04.03.2009, às 17:39h), vez que ultrapassado o prazo do art. 22, inciso II, d, da Instrução Normativa SRF nº 800/2007, já que a atracação do navio ocorreu em 02.03.2009, às 19:01h, tendo zarpado para outro destino em 03.03.2009, às 13:31h” (fl. 1.363); m) “[...] em função de sua providência de inserção de informações no SISCOMEX CARGA, a MWTI teve seu nome constando como agente marítimo da CLAN/ALPHA/MARUBA em São Francisco do Sul sem, no entanto sê-lo, como comprova a procuração que lhe foi outorgada, constante dos autos” (fl. 1.363); n) “[...] sua responsabilidade como representante da CLAN/ALPHA/MARUBA era apenas no porto de destino (Suape), cabendo-lhe, somente então, informar ao SISCOMEX CARGA os dados e proceder à vinculação da carga à escala em Suape” (fl. 1.363); o) “[...] não tinha qualquer responsabilidade com relação à efetivação das escalas no Brasil do navio transportador vindo do exterior, o ‘América’s Bridge’, pois sabia que a carga da autora iria chegar no porto de Suape em outro navio, por navegação de cabotagem, vez que o que vinha da China não faria escala nem teria Suape como destino, mas apenas os portos do sul do Brasil, sendo a responsabilidade com relação à escala no porto de São Francisco do Sul da representante local da CLAN/ALPHA/MARUBA, a ALIAMAR” (fl. 1.363); p) “[...] o fato da MWTI ter efetuado o suprimento dos dados da carga no SISCOMEX CARGA deveu-se à omissão da CLAN/ALPHA/MARUBA, ou de sua representante local no porto de São Francisco do Sul, a ALIAMAR, de proceder ditos suprimentos, tendo a MWTI uma atuação extrapolante mas emergencial, haja vista dita omissão, de modo a tentar reparar os efeitos da falta do referido suprimento, senão no prazo devido mas ao menos para tentar evitar a consequência que acabou ocorrendo, de perdimento da carga” (fl. 1.365); q) “[...] a representação da CLAN/ALPHA/MARUBA era exercida, no Estado de Santa Catarina, local do porto de São Francisco do Sul, onde ocorreu a atracação do navio e a descarga e transbordo das referidas mercadorias, pela ALIAMAR, e não pela MWTI, cuja legitimidade para tanto circunscrevia-se aos Estados da Bahia e de Pernambuco” (fl. 1.365); r) “[...] há como vincular à MWTI qualquer responsabilidade decorrente da representação da CLAN/ALPHA/MARUBA no caso do perdimento da carga da Autora” (fl. 1.365); s) “[...] é inquestionável a responsabilidade exclusiva da WRC pela irregular operação de descarga das mercadorias da Autora, negligenciando

seu munus e procedendo a uma atuação contrária ao regramento aplicável, e, em consequência, ficando como responsável direta pela penalidade de perdimento da carga” (fl. 1.368); t) “[...] a MWTI não tinha qualquer habilitação ou competência para tratar das questões de carga no porto de São Francisco do Sul, inclusive em relação ao suprimento do SISCOMEX CARGA com as informações sobre a carga, e, sem habilitação para a atuação no porto de São Francisco do Sul, não tinha qualquer obrigação ou responsabilidade em informar, autorizar ou determinar a descarga das referidas mercadorias, para quem quer que seja” (fl. 1.369); u) “[...] a descarga pela WRC não teve qualquer vinculação a ato ou providência da MWTI, sendo que esta jamais fez contato com aquela, nem deu ordens ou autorizações para o desembarque das mercadorias, providência que era de competência da CLAN/ALPHA/MARUBA por meio de sua representante local ALIAMAR” (fl. 1.369); e v) “[...] a WRC, como operador portuário que efetuou a descarga dos contêineres da Autora, não comprovou ter sido autorizada, determinada ou mesmo orientada pela MWTI ou por qualquer outra entidade para tanto, e descumpriu manifestamente o rito determinado para tal operação, como definem os citados arts. 32 e 33, do Decreto-lei nº 37/1966” (fl. 1.371).

A seu turno, aduz a WRC Operadores Portuários S.A. no Reclamo por si dirigido (fls. 1.407-1.417) que: a) não deve ser responsabilizada pelos prejuízos sofridos pela Autora, sobretudo porque não deu causa ao perdimento da mercadoria; b) “[...] a pena de perdimento foi aplicada pela Receita Federal do Brasil em razão da ausência de informações no sistema Siscomex, ato, contudo, que cabia tão somente às empresas responsáveis pelo transporte da carga” (fl. 1.411); c) embora no dia 2-3-09 o navio *America's Bridge* tenha atracado no Porto de São Francisco do Sul, em data anterior “[...] a representante e corrê MWTI (responsável pela logística das cargas e inserção de informações no sistema) encaminhou à Apelante uma lista de descarregamento idêntica à do SISCOMEX, na qual constava os três contêineres com as mercadorias da Autora” (fl. 1.412); d) confiando nos dados apresentados pelo responsável pela logística das cargas, procedeu a movimentação dos indigitados contentores; e) “[...] as informações deveriam ter sido lançadas pelo transportador no Siscomex até 72 horas antes da atracação, conforme registra a Instrução Normativa nº 800/07, da Receita Federal do Brasil, vigente à época” (fl. 1.412), de modo que “[...] a relação encaminhada pela MWTI à WRC (idêntica ao Siscomex!) em data anterior à atracação estaria, obviamente, refletindo a situação real” (fl. 1.412); f) “[...] as Rés Clan e MWTI foram as únicas responsáveis pela extemporaneidade e equivocadas informações incluídas no sistema, que acarretaram na penalidade [de perdimento]” (fl. 1.413); g) não há falar em responsabilidade objetiva no caso concreto; h) diante da falta de culpa ou ato ilícito, bem como de nexos causal entre a sua conduta e o dano experimentado pela Requerente, inexistente o dever de indenizar; i) de forma alternativa, “[...] requer seja a responsabilidade da Apelante perante a Apelada declarada apenas como subsidiária (e não solidária)” (fl. 1.414); j) deve ser revista a distribuição dos ônus de sucumbência, porquanto a Demandante decaiu na maior parte do pleito endereçado ao Juízo; k) do valor requerido na exordial – R\$ 412.281,22 (quatrocentos e doze mil, duzentos e oitenta e um reais e vinte e dois centavos) – R\$ 293.968,19 (duzentos e noventa e três mil, novecentos e sessenta e oito reais e dezenove centavos) correspondiam aos lucros cessantes, os quais foram rejeitados pelo Magistrado de origem; e l) diante desse contexto, sucumbiu a Autora em 71,3% dos seus pedidos, de sorte que não se pode admitir a responsabilização, em maior parte, das Requeridas.

Empós, vertidas as contrarrazões (fls. 1.331-1.335, 1.336, 1.337-1.349, 1.383-1.392, 1.424-1.428, 1.430-1.434, 1.435-1.440, 1.441-1.445, 1.448-1.457 e 1.459-1.464), os autos ascenderam a este grau de jurisdição, sendo distribuídos a esta relatoria por sorteio (fls. 1.468-1.470).

É o necessário escorço.

VOTO

Esclarece-se, por oportuno, que a decisão recorrida se subsume ao regramento processual contido no Novo Código de Processo Civil, porquanto a publicidade do comando judicial prolatado pelo Estado-Juiz se deu em 5-10-18 (fl. 1.295), isto é, já na vigência do CPC/2015.

1 Da preliminar de nulidade da apresentação da tutela jurisdicional

Defende a ré MWTI Agenciamento de Cargas, Representação Logística Ltda. ME que: a) o *decisum* impugnado é nulo por falta de fundamentação, nos termos do art. 489, § 1º, incisos II, III, IV e V, do CPC/2015; b) houve omissão de motivação nos seguintes pontos: b.1) inexistência de autorização para a descarga procedida pela ré WRC Operadores Portuários S.A.; b.2) consequência da suposta falta de registro no SISCOMEX CARGA por parte da MWTI Agenciamento de Cargas, Representação e Logística Ltda. ME; e b.3) equívoco material relativo à definição da proporcionalidade do rateio das custas e dos honorários; e c) a decisão recorrida não apresentou fundamentação adequada para justificar o julgamento antecipado da lide, violando o art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal.

Todavia, a prefacial imerece guarida.

Isagógicamente, antes de se adentrar na porfia propriamente dita, tem-se que, em uma análise minudente da quizila, o Magistrado de origem não apresentou tutela jurisdicional carente de fundamentação.

Ao revés, o Juízo de origem pontuou os meandros da narrativa posta na exordial e os pedidos da Requerente, resolveu as teses e antíteses apresentadas pelas Partes e, diante de todo o arcabouço probatório coligido ao caderno processual, entendeu pela desnecessidade de produção de novas provas, em especial a testemunhal, julgando antecipadamente a lide, com espeque no art. 355, inciso I, do CPC/2015.

Aflora como dispensável a produção de qualquer outro elemento fático além daqueles cotejados nos autos, motivo pelo qual era realmente devido o julgamento antecipado.

Ainda, deve-se observar que o destinatário das provas é o Togado que irá julgar a causa, incumbindo a ele indeferir aquelas que entender serem impertinentes.

Nesse viés, os arts. 370 e 371 do Código Fux são hialinos ao gizar:

Art. 370. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito.

Art. 371. O juiz apreciará a prova constante dos autos, independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento.

Também, quanto ao julgamento antecipado, o art. 355, inciso I, do CPC/2015, é incisivo ao insculpir que:

O juiz julgará antecipadamente o pedido, proferindo sentença com resolução de mérito, quando:

I - não houver necessidade de produção de outras provas [...].

Esta Corte já proclamou:

AGRAVO RETIDO. INDEFERIMENTO DE REALIZAÇÃO DE PROVA PERICIAL. IRRELEVÂNCIA PARA O DESLINDE DA AÇÃO. FATO QUE NÃO ACARRETA CERCEAMENTO DE DEFESA. IMPROVIMENTO.

O indeferimento de prova pericial não caracteriza, por si, cerceamento de defesa, visto que, mesmo cabendo às partes o ônus probante, o juiz é quem verifica a sua conveniência, selecionando quais as indispensáveis para a instrução e julgamento do feito, porquanto é livre a apreciação da prova pelo Magistrado, que poderá ou não se valer da perícia para julgar a lide [...].

(Apelação Cível n. 2004.025859-3, Rel. Des. Paulo Roberto Camargo Costa, j. 14-12-07).

Por obviedade ululante, inexistente qualquer nulidade processual, ademais porquanto a instrução processual não se encontra cunhada no princípio dispositivo, uma vez que o destinatário das provas é o Magistrado do feito, incumbindo-lhe, inclusive, indeferir a produção daqueles elementos que entender serem impertinentes, a preliminar é derrubada.

De mais a mais, exsurge como necessário gizar a inocorrência de afronta ao art. 5º, inciso LV, da “Carta da Primavera”, porquanto o princípio da ampla defesa quedou-se imaculado no curso do processo, além de que o objeto de ataque na demanda volta-se exclusivamente contra o plexo probatório já exibido no feito, razão pela qual a realização de qualquer outra diligência a fim de produção de prova se desnuda totalmente desnecessária, o que contribuiria, inclusive, para a demora desnecessária da entrega da solução jurídica à porfia travada nestes autos.

Ausente, portanto, se mostra a nulidade agitada e, via de consequência, inexistente cerceamento de defesa.

2 Do mérito propriamente dito

Cuida-se de ação de indenização por danos materiais e lucros cessantes movida por SBF Comércio de Produtos Esportivos Ltda. em desfavor de Clan Compañia Latino Americana de Navegación S.A., representada por Alpha Shipping do Brasil Ltda. (atual denominação de Marubá do Brasil Agência Marítima Ltda.), WRC Operadores Portuários S.A. e MWTI, Agenciamento de Cargas, Representação e Logística Ltda. ME, proposta perante o Juízo de São Paulo.

Na peça portal (fls. 2-25), alegou a Requerente, em síntese, que: a) adquiriu mercadorias de fabricação chinesa, nos termos do *invoice* (fatura) n. 0186, no valor de U\$ 47.980,09, emitida em 9-1-09 (fl. 75); b) a ré Clan Compañia Latino Americana de Navegación S.A., representada por Alpha Shipping do Brasil Ltda. (atual denominação de Marubá do Brasil Agência Marítima Ltda.), foi a responsável pelo transporte dos produtos adquiridos da China para o Brasil, deslocamento este contratado com a empresa Itatrans RL Logística Internacional; c) o destino das mercadorias era o Porto de Suape, em Pernambuco; d) no dia 2-3-09 as mercadorias transportadas chegaram ao Porto de São Francisco do Sul, ocasião em que foram descarregadas e novamente embarcadas sem que houvesse autorização da fiscalização para tanto; e) as Requeridas foram autuadas pela Receita Federal e foi declarada a pena de perdimento dos produtos, tendo em vista a ausência de lançamento de informações no sistema SICOMEX Carga; f) as cargas transportadas deveriam ter sido comunicadas em até 72 horas de antecedência da atracação ou desatracação da embarcação; g) diante da inexistência da informação, o operador portuário (WRC Operadores Portuários S.A.) não poderia ter procedido o descarregamento em virtude da omissão do transportador; h) a incorreção foi solvida apenas em 4-3-09, de forma extemporânea, motivo pelo qual a mercadoria foi bloqueada e, ato contínuo, reconhecido o seu perdimento; e i) as Rés são responsáveis pela reparação dos danos materiais e lucros cessantes advindos das práticas irregulares.

A requerida Clan Compañia Latino Americana de Navegación S.A., representada por Alpha Shipping do Brasil Ltda., verteu contestação (fls. 422-429), aduzindo que: a) o agente portuário WRC Operadores Portuários S.A. foi o responsável direto pela perda da mercadoria importada pela Autora; b) por intermédio da empresa requerida MWTI Agenciamento de Cargas, Representação e Logística Ltda. ME é que tomou nota que o operador portuário admitiu a descarga indevida, tendo a MWTI imediatamente vinculado as escalas no SISCOMEX Carga; c) inexistente nexos causal entre o dano experimentado e a sua conduta, de forma que não há falar em sua responsabilização; e d) os requerimentos deduzidos na exordial imerecem acolhida.

Já a ré WRC Operadores Portuários S.A. defendeu, em resumo, que (fls. 434-458): a) de forma preliminar: a.1) deve ocorrer a denúncia da lide da Seguradora Allianz Seguros S.A.; a.2) é ilegítima para figurar no polo passivo da demanda; b) a requerida MWTI Agenciamento de Cargas, Representação e Logística Ltda. ME era representante do transportador no Brasil, razão pela qual encaminhou lista de descarregamento contendo os três contêineres AMFU8549752, NEXU9534042 e JOLU1196414, garantindo que todas as informações estariam corretamente inseridas e retificadas no SISCOMEX Carga; c) por força desses dados procedeu com a descarga das mercadorias da Demandante; d) de acordo com a sua interpretação, a demandada MWTI encaminhou uma listagem idêntica ao do SISCOMEX à ora requerida “[...] quase que concomitante ao início do descarregamento listando as informações que registraria no SISCOMEX” (fl. 441); e) incumbia à

Transportadora e seus Representantes a inserção ou alteração das informações no sistema, restando-lhe apenas a visualização e inserção de informações secundárias, como horários; f) o caso concreto diz respeito à culpa exclusiva da Transportadora; e g) rechaçou os pedidos de dano material e lucro cessante e postulou a improcedência dos requerimentos deduzidos na exordial.

Sucedeu a apresentação de réplica às fls. 641-643.

Por sua vez, a requerida MWTI Agenciamento de Cargas, Representação e Logística Ltda. ME externou sua defesa (fls. 947-968), oportunidade na qual alegou, em compêndio, que: a) o Juízo de São Paulo é incompetente, devendo o feito ser remetido para a Comarca de São Francisco do Sul, local em que ocorreram os fatos, na forma do art. 53, incisos II, alínea “d”, e IV, alínea “a”, do CPC/2015; b) é ilegítima para figurar no polo passivo da contenda, mormente porque não há comprovação da vinculação entre Itatrans (contrato) e a ré Clan/Alpha/Marubá, tampouco delas consigo; c) sua eventual responsabilidade seria apenas com a requerida Clan Companhia Latino Americana de Navegación S.A.; d) deveria ser procedido o chamamento ao processo da empresa Itatrans Logística Internacional S.A., Aliamar Sul Agência Marítima (representante da ré Clan no Estado de Santa Catarina) e Logística Ltda., Administração do Porto de São Francisco do Sul; e) não era agente marítimo da ré Clan, mas apenas inseriu os dados no SISCOMEX e que sua responsabilidade se restringe ao plano de percurso do porto de Nigbo, na China até o Brasil; e f) contraditou o pleito de lucros cessantes postulados, requereu a improcedência dos requerimentos inaugurais e apresentou documentos.

Nova réplica exteriorizada às fls. 1.028-1.034.

Houve o acolhimento da preliminar de incompetência relativa, no que resultou na remessa da porfia à Comarca de São Francisco do Sul (fls. 1.070-1.072).

O requerimento de denúncia à lide de Allianz Seguros S.A., vazado pela requerida WRC Operadores Portuários S.A., foi deferido. No mesmo ato, rechaçou-se o pedido de chamamento ao processo formulado por MWTI Agenciamento de Cargas, Representação e Logística Ltda. ME (fls. 1.121).

Ato contínuo, a denunciada Allianz Seguros S.A. apresentou contestação (fls. 1.157-1.176) arguindo que: a) a sua responsabilidade deve ser limitada ao teto da cobertura prevista na apólice de seguro, a saber, U\$ 5.000.000,00 (cinco milhões de dólares americanos), com o abatimento da franquia de U\$ 15.000,00 (quinze mil dólares americanos); b) a Segurada não deve ser responsabilizada, nos termos da contestação já apresentada pela WRC Operadores Portuários S.A.; c) os danos materiais e os lucros cessantes são insubsistentes; e d) as pretensões inaugurais devem ser rechaçadas.

Apenas a ré MWTI Agenciamento de Cargas, Representação e Logística Ltda. ME e a denunciante – WRC Operadores Portuários S.A. – se manifestaram a respeito da sobredita peça de defesa (fls. 1.240-1.241 e 1.242, respectivamente), mantendo-se inerte a Autora (fl. 1.273).

Pois bem, feito o necessário resumo histórico dos principais acontecimentos que permeiam a lide, passa-se ao enfrentamento das discussões postas nos Reclamos detonados pelas Partes,

fazendo-se, tal qual procedido pelo Juízo de origem, uma breve ponderação a respeito das relações jurídicas travadas pelas Contendoras.

A Demandante importou da China diversos artigos têxteis que foram transportados em 3 (três) contêineres a bordo do navio *America's Bridge*, descritas nos conhecimentos de carga *Bill of Lading* ns. CLANNGBSUA090001, CLANNGBSUA090002 e CLANNGBSUA090003. Tais mercadorias deveriam ter sido desembarcadas apenas no Porto de Suape, em Pernambuco, mas foram efetivamente descarregadas e novamente carregadas no Porto de São Francisco do Sul pelo Operador Portuário, com a consequente acomodação nos contêineres AMFU8549752, NEXU9534042 e JOLU1196414, que, a bordo dos navios VEGA e MARUBA ÁSIA, seguiram ao destino final.

A empresa Itatrans RI Logística Internacional foi contratada para providenciar o transporte dos produtos importados, contudo quem de fato promoveu o transporte foi Clan Companhia Latino Americana de Navegación S.A., representada no solo brasileiro por Alpha Shipping do Brasil Ltda. – atual denominação de Marubá do Brasil Agência Marítima Ltda.

Segundo o relato no “Auto de Infração e Termo de Apreensão com Perdimento de Mercadoria n. 0417800/00048/09” lavrado pela Receita Federal (fls. 83-122), que a seguir será transcrito para melhor entendimento dos fatos, a embarcação originária – *America's Bridge* – chegou no Porto de São Francisco do Sul em 2-3-09 e, como se disse acima, foram realizadas sucessivas operações de carga e descarga das mercadorias pelo operador portuário – WRC Operadores Portuários S.A.

As aludidas operações de carga e descarga foram realizadas, nos termos do que até então repousa nas alegações das Partes, porque a empresa MWTI Agenciamento de Cargas, Representação e Logística Ltda. ME, responsável pela inserção de informações no sistema SISCOMEX Carga, enviou uma lista de descarregamento e nela constavam os 3 (três) contêineres com os produtos têxteis da Autora.

A pactuação de importação e traslado das mercadorias vem descrita nos seguintes documentos: a) *Bill of Lading* ANBL 09010094 – conhecimento de embarque – ajuizado às fls. 73-74; b) recibo de agenciamento de transporte marítimo da mercadoria apreendida e posteriormente perdida (fl. 72); c) *invoice* (fatura) de n. 0186 emitida por Molipal S.A. (fl. 75); e d) consulta eletrônica ao manifesto da carga (fls. 76-77).

Para que não se incorra em equívoco de ordem material, passa-se a transcrever o minucioso relato procedido pelo Órgão de Controle Aduaneiro (Receita Federal), senão confira-se:

3 – OS FATOS

3.1 – Os fatos anteriores à descarga no país

Em 27/01/2018, foi admitida a bordo da embarcação AMÉRICAS BRIDGE, então atracada no porto de Ningbo (China), as mercadorias estrangeiras descritas nos conhecimentos de carga *Bill of Lading* n°s CLANNGBSUA090001, CLANNGBSUA090002 e CLANNGBSUA090003 (fls. 50/51) como atesta a expressão “*On Board: 7.Jan.2009*” escrita no corpo dos B/Ls, que também indicam tratar-se de cargas destinadas ao porto de Suape (PE).

Em seguida, referida embarcação dirigiu-se ao país, atracando no porto de Paranaguá/PR (primeiro porto nacional) em 01/03/09, às 18:29h, de onde partiu no dia seguinte, às 06:39h, com destino ao porto de São Francisco do Sul/SC, depois de realizar diversas operações de carga e descarga, tudo sob o registro da Escala nº 0900004755 (fls. 24/27). Em Paranaguá/PR, a propósito, não foi feito pelos responsáveis nenhum registro da “passagem” por aquele porto das cargas descritas nos conhecimentos de carga nºs CLANNGBSUA090001, CLANNGBSUA090002 e CLANNGBSUA090003, como exige a legislação (art. 12, § 1º, IN RFB 800/07).

3.2 – A descarga no país

A atracação do navio AMÉRICAS BRIDGE em São Francisco do Sul/SC ocorreu em 02/03/09, às 19:01; e a desatracação, em 03/03/09, às 13:31h, conforme Escala nº 09000047655 (fls. 28/32). No mesmo dia 02/03/09, o operador portuário em São Francisco do Sul/SC, WRC OPERADORES PORTUÁRIOS S/A, CNPJ nº 04.945.969/0001-96, promoveu a descarga das mercadorias descritas nos conhecimentos de carga nºs CLANNGBSUA090001, CLANNGBSUA090002 e CLANNGBSUA090003, acomodadas, respectivamente, nos contêineres AMFU8549752, NEXU9534042 e JOLU1196414.

Até aquele momento, não havia no SISCOMEX CARGA qualquer informação relativa à descarga, no porto de São Francisco do Sul/SC, de referidas mercadorias, nem mesmo de sua presença a bordo do navio AMÉRICAS BRIDGE. Também se desconhecia a existência dos citados conhecimentos de carga. Apenas em 04/03/09, às 17:39h, cuidou o representante do transportador, MWTI -AGENCIAMENTO DE CARGAS, REPRESENTAÇÃO E LOGÍSTICA LTDA ME, CNPJ nº 10.144.849/0001-92, de providenciar a vinculação do manifesto (0709500354543) à escala da embarcação naquele porto, quando foram finalmente conhecidos os Conhecimentos Eletrônicos (CEs) e o número dos respectivos B/Ls: CE n 070905023246755 (B/L nº CLANNGBSUA090001), CE nº 070905023247484 (B/L nº CLANNGBSUA090002) e CE genérico nº 070905023247808 e agregado nº 070905024988860 (B/L nº CLANNGBSUA090003).

Posteriormente, as cargas foram embarcadas com destino ao porto de Suape, nos navios VEGA e MARUBÁ ÁSIA, sob os manifestos 0709B00374466 (fls. 35/36) e 0709B00440728 (fls. 37/38). Por força da vinculação extemporânea à escala em São Francisco do Sul/SC, o manifesto nº 0709500354543 foi imediatamente BLOQUEADO no SISCOMEX CARGA (fl. 34), o que ocasionou reflexos nos CEs a ele associados, impedindo os procedimentos de liberação das cargas em Suape, que culminaram com a presente apreensão.

3.3 – O procedimento fiscal

O representante do transportador, a agência de navegação MWTI – AGENCIAMENTO DE CARGAS, REPRESENTAÇÃO E LOGÍSTICA LTDA ME, tentou obter da fiscalização no porto de Suape o desbloqueio do manifesto nº 0709500354543, conforme requerimento apresentado em 18/03/09 (fls. 40/45).

Diante da pretensão da agência de navegação, e depois de analisado o caso, com ênfase nas informações coletadas no SISCOMEX CARGA, firmou-se a grave suspeita de que a descarga em São Francisco do Sul/SC havia sido irregular, o que motivou o pronto início de procedimento fiscal para apuração da infração, com a expedição do TERMO DE INTIMAÇÃO ALFSPE/SAVIG Nº 023/2009 (fl. 46), determinando a apresentação de documentos e esclarecimentos, inclusive informações a serem coletadas junto ao operador portuário responsável pela descarga.

O bloqueio do manifesto e das cargas associadas a ele foi comunicado ao operador portuário em Suape, TECON SUAPE S/A (fl. 121), que confirmou a descarga nos dias 14/03/09 (os dois primeiros) e 22/03/09, procedentes de São Francisco do Sul/SC (fl. 122).

[...]

4 – INFRAÇÃO E PENALIDADE

4.1 – Irregularidades praticadas

Desde a chegada da embarcação AMÉRICAS BRIDGE no país, mais precisamente no porto de Paranaguá/PR, em 01/03/09, até a vinculação do manifesto nº 0709500354543 à escala em São Francisco do Sul/SC, ocorrida em 04/03/09, as cargas sob exame circularam clandestinamente. A descarga no porto catarinense foi igualmente clandestina, posto que totalmente desconhecida da fiscalização aduaneira.

Aliás, a simples presença das mercadorias, a bordo da embarcação, no porto de Paranaguá/PR, sem registro no SISCOMEX CARGA e, portanto, também desconhecida da fiscalização, é ocorrência gravíssima, fato que, por si só, enseja a aplicação da pena de perdimento de mercadorias (art. 105, inciso IV, do Decreto-Lei nº 37/66 c/c art. 23, inciso IV, do Decreto-Lei nº 1.455/76).

Como já dissemos, nenhuma mercadoria estrangeira pode ser descarregada sem que esteja regularmente informada no SISCOMEX CARGA, o que inclui a descrição da carga no sistema, sua associação a manifesto, e, por fim, a vinculação deste à escala, tudo nos termos do art. 37, caput, e § 2º, do Decreto-Lei nº 37/66, com redação dada pela Lei nº 10.833/03. A simples existência de manifesto, mas desvinculado da escala, é informação não acessível e, portanto, INEXISTENTE.

4.2 – A incontroversa descarga

A respeito da descarga em estudo, cumpre informar que se trata de FATO INCONTROVERSO, pois não há nenhuma dúvida ou questionamento acerca de sua ocorrência. Nesse sentido, destacamos o registro do manifesto nº 0709500354543, de autoria do transportador, que descreve o transporte no navio AMÉRICAS BRIDGE das cargas em exame, indicando o embarque no porto de Ningbo (China) e a descarga no porto de São Francisco do Sul/SC. Em seus esclarecimentos (fls. 52/54), também admite como ocorrida a descarga no porto catarinense.

Da parte do operador portuário, a incontestável descarga é relatada em sua resposta (fls. 125/130) ao Termo de Intimação da autoridade aduaneira em São Francisco do Sul/SC (fl. 124) acompanhada de relatório intitulado “serviço de conferência” (fls. 129/130), com indicação dos contêineres desembarcados do navio AMÉRICAS BRIDGE, entre eles as unidades AMFU8549752, NEXU9534042 e JOLU1196414.

(fls. 88-91, sublinhou-se).

Com efeito, a fim de se evitar exercício de tautologia, haure-se das pontuais ponderações lançadas no *decisum* investivado pelo togado de origem – doutor Felippi Ambrósio – inclusive como razões de decidir, veja-se:

Ressalto que a responsabilidade pelas irregularidades acima descritas é objetiva, a teor do que preconiza o artigo 94 do Decreto-lei n. 37/66 – que dentre outras providências, reorganiza o serviço aduaneiro – que prevê: “*Constitui infração toda ação ou omissão, voluntária ou involuntária, que importe inobservância, por parte da pessoa natural ou jurídica, de norma estabelecida neste Decreto-lei, no seu Regulamento ou em Ato Administrativo de caráter normativo destinado a completá-los. (...) § 2º - Salvo disposição expressa em contrário, a responsabilidade por infração independe da intenção do agente ou do responsável e da efetividade, natureza e extensão dos efeitos do Ato*”.

Pois bem. A ré MWTI – Agenciamento de Cargas, Representação e Logística Ltda ME sustenta sua ilegitimidade e a das demais rés para figurarem no polo passivo da demanda, sob o argumento de ausência de comprovação de vínculo entre a empresa Itatrans (contratada) e a empresa Clan (quem realizou o transporte), o que implica na obrigação das demais rés com a parte autora; e que sua responsabilidade é tão somente com a ré Clan, jamais com a empresa Itatrans ou com a parte autora.

Prima facie, curial ressaltar que a responsabilidade das partes advém da negligência constatada nos cumprimentos das normas legais referentes à fiscalização aduaneira.

Assim, embora não haja ligação direta dos requeridos com a parte autora, tem-se que os contêineres que deveriam ter sido desembarcados apenas no Porto de Suape, em Pernambuco, foram alvos de irregularidades praticadas por todos os réus, notadamente porque houve a descarga no porto catarinense sem o conhecimento da fiscalização e, portanto, sem autorização (fato incontroverso), o que ensejou no perdimento da carga do autor por meio de procedimento fiscal da Receita Federal.

A figura da empresa Clan Companhia Latino Americana de Navegación S/A, por seu turno, surge como a empresa que efetivamente realizou o transporte da carga.

Na lição de Eliane M. Octaviano Martins, “O transportador (carrier) é a parte contratante do contrato de transporte com o embarcador (*shipper*) e atua por conta própria ou em nome de outros. Efetivamente, no contexto da exegese de “transportador”, insere-se o sujeito que firma contrato com o embarcador para transportar a mercadoria, designado como “transportador contratante” (carrier), que poderá ser um ente distinto do transportador que efetivamente transporta: o “transportador executor” (*actual carrier*). O transportador contratante não é, necessariamente, o proprietário ou armador do navio e nem sempre executa efetivamente o transporte. Não importa, para o enquadramento jurídico de transportador, se o transporte é efetivamente efetuado pelo próprio transportador contratante ou por outro transportador. O “transportador executor” é, efetivamente, o armador do navio que efetua, de fato, a totalidade ou parte do transporte. Nas avarias marítimas e nos acidentes e fatos da navegação, é indispensável a identificação dos sujeitos intervenientes na relação para exata mensuração de responsabilidades e aspectos de legitimidade processual” (Curso de Direito Marítimo, Volume I, Teoria Geral, p. 312).

Nesse diapasão, a transportadora Clan tendo responsabilidade pelos eventos ocorridos com a carga do autor, não há falar em ausência de responsabilidade pela inexistência de contrato direto entre as demais rés com o autor ou até mesmo com a empresa Itatrans, até pela conexão da empresa Clan com o operador portuário e com a agência de navegação, sua representante.

Desse modo, afigura-se, ao contrário do alegado, a ré MWTI Agenciamento de Cargas, Representação e Logística Ltda ME, assim como as demais rés, partes legítimas para responderem a demanda.

(fls. 1.280-1.282).

Outrossim, como esclarecido pela Autora e informado pelo Juízo de origem, as Demandadas buscam “trocar entre si” a responsabilidade pela ocorrência do perdimento das mercadorias adquiridas pela Demandante.

Não se descuida que no “Auto de Infração e Termo de Apreensão com Perdimento de Mercadoria n. 0417800/00048/09” a penalidade aplicada pelo Agente Aduaneiro ocorreu por infrações praticadas pela Transportadora e pelo Operador Portuário, sendo os dois motivos determinantes: a) a omissão da primeira e de seus representantes no fornecimento das informações aduaneiras pertinentes; e b) o ato comissivo (descarregamento e carregamento) das mercadorias no Porto de São Francisco do Sul pelo segundo sem a autorização para tanto.

É dizer, a ré WRC Operadores Portuários S.A. foi quem, de fato, procedeu a retirada dos

contêineres do navio *America's Bridge*, no dia 2-3-09. Aliado a isso, tem-se que, no momento da descarga, os produtos não estavam manifestados, fato que, segundo a legislação pertinente, deveria impedir o Operador Portuário de realizar o descarregamento dos contêineres.

Nesse viés é a Instrução Normativa n. 800/2007 da Receita Federal do Brasil:

Art. 33. O operador portuário não poderá:

I - iniciar as operações de carga ou descarga da embarcação antes de informada a sua atracação à autoridade aduaneira, por meio do sistema; e

II - efetuar operação de carregamento ou descarregamento de carga ou unidade de carga vazias não informados no sistema.

Por sua vez, como se narrou alhures, a ré WRC Operadores Portuários S.A. argumentou, em sua defesa, que apenas perfectibilizou a operação em razão do fornecimento da lista de descarregamento por parte da requerida MWTI Agenciamento de Cargas, Representação e Logística Ltda. ME.

Entretanto, pouco importa se apresentada a lista ou não por parte da MWTI Agenciamento de Cargas, Representação e Logística Ltda. ME, porquanto há hialina norma expedida pelo Órgão responsável pelo controle aduaneiro vedando a movimentação da carga sem o devido lançamento das informações no sistema (SISCOMEX Carga).

Dessa forma, diante da negligência dos preceptivos legais pertinentes, resulta como inescandível a responsabilização do Operador Portuário – WRC Operadores Portuários S.A. – no desfecho do perdimento decretado.

Por mais uma oportunidade, a fim de se evitar a prática de repetição sobre o assunto, passa-se a transcrever, como razões integrantes do presente voto, as brilhantes fundamentações do Juízo *a quo*, anote-se:

Sua argumentação sequer pode ser alvo de debuxo, porquanto, conforme já se delineou, sua responsabilidade é objetiva. Assim, o operador portuário deveria ter se certificado da veracidade da lista que lhe foi encaminhada, notadamente se as cargas estavam regularmente informadas (manifestadas), até porque a lista sequer era oficial.

A Lei n. 12.815/2013, que dentre outras coisas, dispõe sobre as atividades desempenhadas pelos operadores portuários, elucida de forma cristalina a responsabilidade do operador portuário em casos como o do presente feito, *in verbis*:

“Art. 26. O operador portuário responderá perante:

[...]

II – o proprietário ou consignatário da mercadoria pelas perdas e danos que ocorrerem durante as operações que realizar ou em decorrência delas;

[...]

VII – a autoridade aduaneira pelas mercadorias sujeitas a controle aduaneiro, no período em que lhe estejam confiadas ou quando tenha controle ou uso exclusivo de área onde se encontrem depositadas ou devam transitar”.

Art. 27. As atividades do operador portuário estão sujeitas às normas estabelecidas pela Antaq.

§ 1º - O operador portuário é titular e responsável pela coordenação das operações portuárias que efetuar.

Clarividente, portanto, que o operador portuário, no exercício da função, responde pelos danos ocorridos nas cargas que estiverem sob sua responsabilidade.

Além da legislação específica acima citada, o Decreto-Lei n. 37/66 explica que o operador portuário responde, conjunta ou isoladamente, pela infração que tiver concorrido diretamente para sua ocorrência (Art. 95).

Em arremate, transcrevo a lição de Eliane M. Octaviano Martins: “As avarias portuárias ocorrem durante a operação de embarque ou desembarque da mercadoria [...]. Constatadas avarias causadas pela entidade estivadora, capatazia ou pela entidade portuária, deve ser analisado o momento no qual ocorreu a avaria portuária, responsabilizando-se a operadora perante o embarcador, sendo ainda admissível responsabilidade concorrente do operador portuário e do transportador (*Curso de direito marítimo, volume III: Contratos e Processos*. São Paulo: Manole, 2013. p. 554)”.

(fls. 1.283-1.284).

Noutro giro, a empresa Clan Compañía Latino Americana de Navegación S.A., representada por Alpha Shipping do Brasil Ltda., foi responsável pelas irregularidades atestadas pela Receita Federal do Brasil, mormente porque não providenciou a adrede vinculação do manifesto à escala do navio, situação que torna ilegal a descarga operacionalizada no Porto de São Francisco do Sul, nos termos dos arts. 11 e 12 da indigitada Instrução Normativa n. 800/2007, *in verbis*:

Seção III Da Informação do Manifesto Eletrônico

Art. 11. A informação do manifesto eletrônico compreende a prestação dos dados constantes do Anexo II referentes a todos os manifestos e relações de contêineres vazios transportados pela embarcação durante sua viagem pelo território nacional.

§ 1º A informação dos manifestos eletrônicos será prestada pela empresa de navegação operadora da embarcação e pelas empresas de navegação parceiras.

§ 2º Deverão ser informados para a embarcação tantos manifestos eletrônicos quantos forem as empresas de navegação, os portos de carregamento e de descarregamento e os tipos de manifesto emitidos.

§ 3º Os manifestos eletrônicos informados receberão numeração nacional, anual e seqüencial.

§ 4º A alteração ou exclusão do manifesto eletrônico somente poderá ser efetuada pelo transportador que o informou no sistema.

§ 5º Todos os dados do manifesto eletrônico poderão ser alterados até a sua vinculação à correspondente escala.

§ 6º Após o registro da vinculação entre o manifesto e a escala não será permitido alterar os dados da embarcação, da empresa de navegação e da agência de navegação.

[...]

§ 8º A exclusão do manifesto eletrônico implica exclusão automática dos respectivos conhecimentos eletrônicos.

Seção IV Da Vinculação do Manifesto Eletrônico a Escala

Art. 12. A vinculação ou desvinculação do manifesto eletrônico às escalas deverá ser informada pela empresa de navegação que emitiu o manifesto ou por agência de navegação que a represente.

§ 1º O manifesto eletrônico deverá ser vinculado a todas as escalas em que a respectiva carga estiver a bordo da embarcação.

§ 2º A vinculação não será permitida caso o manifesto eletrônico possua bloqueio total.

Dessa forma, não tendo havido a corredia vinculação do manifesto eletrônico à escala e realizada a descarga da mercadoria, omitiu a Transportadora Executora informação *sine qua non* à legalização da sua atividade precípua, de modo que responde conjuntamente com o Operador Portuário e a agência de navegação – MWTI Agenciamento de Cargas, Representação e Logística Ltda. ME – pelos danos causados à Autora.

Impende gizar que a demandada MWTI Agenciamento de Cargas, Representação e Logística Ltda. ME se afigura como típica agência de navegação ou agência marítima, que na doutrina mais abalizada é assim conceituada:

5.1 Agências marítimas (*owners's agency*)

As agências marítimas (*owners's agency*) ou agências de navegação são empresas que têm como função a representatividade do armador.

O conceito de agente marítimo – ou agente autorizado – geralmente se consubstancia na figura contratual do mandato.

O agente marítimo poderá representar o proprietário do navio, o armador, o gesto ou o afretador, o transportador ou alguns desses simultaneamente. Na prática de mercado, o agente exerce a completa representação do armador em consonância com o que for determinado contratualmente.

[...]

5.4 A Agência marítima no Brasil

No direito brasileiro, a relação entre o armador e a agência marítima, comumente designada agência de navegação, costuma incluir a administração do navio, recebimento e remessa do valor do frete ao armador, representação do navio e do armador perante as autoridades portuárias e governamentais, o atendimento aos clientes, entre outras atividades designadas pela empresa armadora.

(*Curso de direito marítimo, volume I: Teoria Geral*. 4. ed. Barueri: Manole, 2013. p. 323-326).

A Instrução Normativa de n. 800/2007 da Receita Federal do Brasil versa sobre o controle aduaneiro informatizado da movimentação de embarcações, cargas e unidades de carga nos postos alfandegários e, em seu art. 4º, prevê a instrução sobre a representação do armador, veja-se:

Art. 4º A empresa de navegação é representada no País por agência de navegação, também denominada agência marítima.

§ 1º Entende-se por agência de navegação a pessoa jurídica nacional que represente a empresa de navegação em um ou mais portos no País.

§ 2º A representação é obrigatória para o transportador estrangeiro.

§ 3º Um transportador poderá ser representado por mais de uma agência de navegação, a qual poderá representar mais de um transportador.

A propósito, para maior esclarecimento sobre as responsabilidades da Transportadora Executora (*actual carrier*) e da Agência de Navegação, torna-se imperiosa a transcrição dos principais aspectos legais expostos pela Receita Federal do Brasil e constantes no Auto de Infração de fls. 85-87, assim redigido:

O transportador de cargas procedentes do exterior está obrigado a prestar informações sobre o veículo e as mercadorias conduzidas, na forma e no prazo estabelecidas pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, conforme determina o caput do art. 37 do Decreto-Lei nº 37/66, com redação dada pela Lei nº 10.833/03.

“Art. 37. O transportador deve prestar à Secretaria da Receita Federal, na forma e no prazo por ela estabelecidas, as informações sobre as cargas transportadas, bem como sobre a chegada de veículo procedente do exterior ou a ele destinado”.

As referidas informações são prestadas eletronicamente em sistemas informatizados desenvolvidos pela Marinha Mercante e pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, denominados, respectivamente, sistema MERCANTE e SISCOMEX CARGA, nos termos da IN CONJUNTA RFB/MT nº 797/07.

[...]

Dentre as diversas informações a serem prestadas pelo transportador, destacamos, para efeitos da presente autuação, as relativas ao Conhecimento Eletrônico (CE), previstas nos arts. 6º, 10, inciso III, 13 e 14, e melhor detalhadas nos anexos III e IV; e ao manifesto, descritas nos arts. 11 e 12, tudo da IN RFB nº 800/07.

[...]

Em outras palavras, até 1º de abril de 2009, as informações relacionadas com as cargas transportadas deverão ser prestadas até a atracação ou desatracação da embarcação, conforme a combinação dos arts. 22, 50, “caput”, e parágrafo único, inciso II, da IN RFB nº 800/07, alterada pela IN RFB nº 899/08”.

Do conjunto da obra, como já se viu, as informações relacionadas com as mercadorias transportadas devem ser prestadas até a atracação ou desatracação da embarcação, de modo que

haja a vinculação do manifesto eletrônico à escala de embarcação, sob pena de irregularidade na operação de descarga e transporte dos produtos em solo brasileiro.

Não obstante, preceitua o art. 37, § 2º, do Decreto-Lei n. 37/1966, que versa sobre o imposto de importação, reorganiza os serviços aduaneiros e dá outras providências:

Art. 37. O transportador deve prestar à Secretaria da Receita Federal, na forma e no prazo por ela estabelecidos, as informações sobre as cargas transportadas, bem como sobre a chegada de veículo procedente do exterior ou a ele destinado.

§ 1º O agente de carga, assim considerada qualquer pessoa que, em nome do importador ou do exportador, contrate o transporte de mercadoria, consolide ou desconsolide cargas e preste serviços conexos, e o operador portuário, também devem prestar as informações sobre as operações que executem e respectivas cargas.

§ 2º Não poderá ser efetuada qualquer operação de carga ou descarga, em embarcações, enquanto não forem prestadas as informações referidas neste artigo.

Deve ser gizado que as menções a respeito de “transportador” no aludido Decreto-Lei podem ser estendidos às agências de navegação ou aos agentes de carga, nos moldes do art. 5º da Instrução Normativa n. 800/2007 da Receita Federal do Brasil, *in verbis*: “As referências nesta Instrução Normativa a transportador abrangem a sua representação por agência de navegação ou por agente de carga”.

A mais disso, por mais uma oportunidade, vale-se dos fundamentos apresentados no primeiro grau de jurisdição, porquanto judiciosos e precisos na solução da alteração, veja-se:

Em que pese a requerida MWTI tenha afirmado que não representa o transportador marítimo no Estado de Santa Catarina, foi a requerida quem efetivamente encaminhou a lista de descarregamento contendo os três contêineres da parte autora, sem, contudo, ter havido a inserção dos dados necessários e exigidos pela RFB no sistema SISCOMEX CARGA.

Ainda que tenha atribuído a responsabilidade à agência Aliamar Sul Agência Marítima e Logística Ltda, foi a ré MWTI quem efetivamente inseriu os dados no sistema, de forma extemporânea, por SUPOR que a representante do transportador, ALIAMAR, não teria recebido os dados.

E mais disso, quando houve o saneamento do processo, a legitimidade para responder ao feito da empresa Aliamar Sul Agência Marítima e Logística Ltda foi afastada e a requerida MWTI sequer buscou rediscutir a questão em segunda instância, razão pela qual não há falar em responsabilidade de outra agência de navegação.

Como já se assentou, no momento da descarga não havia no SISCOMEX CARGA qualquer informação relativa à descarga da mercadoria do autor no porto catarinense, de modo que tanto a presença da mercadoria a bordo do navio AMERICAS BRIDGE quanto os conhecimentos da carga eram desconhecidos pela fiscalização brasileira naquele momento. Foi somente no dia 04/03/09 que a representante do transportador, ora ré MWTI, providenciou a vinculação do manifesto à escala da embarcação do porto.

[...]

Nessa tramontana, deverá a requerida MWTI – Agenciamento de Cargas, Representação e Logística Ltda ser responsabilizada pelos erros decorrentes das irregularidades apontadas na presente *decisum*.

(fls. 1.288-1.289).

Logo, ponderando as irregularidades constatadas – descarregamento dos contêineres da Demandante no Porto de São Francisco do Sul sem a prévia informação no sistema e, à reboque, de autorização de fiscalização – as Requeridas devem responder solidariamente pelos danos materiais ocasionados à Autora, até mesmo pela ligação umbilical das suas condutas comissivas e omissivas.

Por fim, defende a Seguradora denunciada – Allianz Seguros S.A. – nas suas razões recursais, que: a) “[...] na condenação da lide secundária, restou consignado que a seguradora seria responsável de forma direta e solidária com o segurado e que não poderia abater a sua franquia da indenização devida, situação que viola o artigo 125 e 129 do CPC, bem como os artigos 757, 760 e 781 do Código Civil” (fl. 1.321); e b) “[...] se o contrato de seguro prevê uma franquia de U\$ 15.000,00 dólares, esta deve ser descontada de forma direta do pagamento devido pela seguradora, devendo, o segurado arcar com o pagamento da franquia que deverá ser abatida da condenação da lide secundária, bem como qualquer valor que exceda a cobertura aplicável ao caso concreto” (fl. 1.323).

Todavia, nessa porção o Inconformismo da Denunciada não pode ser sequer focado, justamente porque, conforme se lê dos termos bem apresentados na sentença recorrida, já houve clara previsão de que o valor a ser ressarcido depende do pagamento da respectiva franquia pela Segurada – WRC Operadores Portuários S.A.

A fim de se contextualizar o que se está a dizer, passa-se a transcrever o exato ponto em que o Magistrado *a quo* discorre sobre o tema, confira-se:

Denúnciação à lide à seguradora ré – Allianz Seguro S/A.

A seguradora ré aceitou a denúnciação nos limites do contrato de seguro, mediante o pagamento da franquia, alegando, no mais, em suma a inexistência dos danos.

É incontroversa a existência de contrato de seguro entabulado entre uma das rés e a seguradora denunciada, razão pela qual trazida à lide, aceitou o encargo.

Sobre a existência dos danos a questão já foi enfrentada na lide principal.

A apólice e demais condições do contrato de seguro constam às fls. 1.185/1.236, do que extrai que o valor do dano não ultrapassa o limite de cobertura.

Logo, considerando-se que os valores arbitrados não ultrapassam o limite de cobertura da apólice, deve ela suportar os termos da condenação.

Por fim, em relação ao desconto da franquia, tem-se que a seguradora denunciada deve responder direta e solidariamente junto com a segurada, até o limite da cobertura contratada e respeitando a franquia ajustada no pacto.

Importante lembrar, contudo, que a franquia não deve ser deduzida do valor da indenização em relação à

parte autora da lide principal, por não haver relação obrigacional entre elas. O valor da franquia deve ser exigido contra o segurado diretamente.

[...]

b) na lide secundária, julgo procedente o pedido formulado por WRC Operadores Portuários S/A na denúncia à lide para condenar Allianz Seguro S/A a reembolsar o valor que vier a pagar à parte autora, conforme restou condenado no item acima, até o limite estipulado no respectivo contrato de seguro, com o abatimento do valor estipulado a título de franquia.

(fls. 1.292-1.294, sublinhou-se).

Isto é, o valor a ser indenizado à Autora não deve sofrer dedução da franquia. O *quantum* inerente à franquia deve ser exigido diretamente do Segurado.

Portanto, ao pretender perante este grau de jurisdição o reconhecimento de exata disposição já vazada na origem, carece a Seguradora de interesse recursal, motivo pelo qual o seu Reclamo não é conhecido no ponto.

3 Dos ônus de sucumbência

Ao cabo, quanto aos ônus de sucumbência a agência de navegação e o operador portuário – MWTI Agenciamento de Cargas, Representação Logística Ltda. ME e WRC Operadores Portuários S.A., respectivamente – defendem a recalibragem da responsabilidade pelo adimplemento das custas processuais e dos honorários advocatícios, respeitando os limites dos requerimentos inaugurais acolhidos.

Razão lhes assiste.

Compulsando a exordial (fls. 2-25), tem-se que a Autora postulou, em resumo, a condenação das Requeridas ao pagamento de: a) R\$ 108.085,00 (cento e oito mil, oitenta e cinco reais) a título de danos materiais causados pela perda dos contêineres contendo as mercadorias adquiridas; b) R\$ 293.968,19 (duzentos e noventa e três mil, novecentos e sessenta e oito reais e dezenove centavos) sob a rubrica de lucros cessantes; c) R\$ 4.070,38 (quatro mil, setenta reais e trinta e oito centavos) atinentes aos honorários advocatícios desembolsados para a impetração do mandado de segurança; e d) R\$ 6.157,65 (seis mil, cento e cinquenta e sete reais e sessenta e cinco centavos) alusivos ao fretamento marítimo das mercadorias.

Uma vez mantida a apresentação da tutela jurisdicional, viu-se que a Requerente restou vencida apenas quanto ao pleito de lucros cessantes, em razão da escassez probatória produzida no leito processual.

Por óbvio, dada a natureza recíproca da sucumbência, aditada ao aspecto pecuniário de cada requerimento e ao número de pedidos aventados e acolhidos em favor da Demandante, a responsabilidade quanto ao adimplemento das custas processuais deve ser modificada, a fim de que a Autora suporte 40% (quarenta por cento) de tal encargo, restando às Rés o importe dos 60% (sessenta por cento) faltantes, sendo fracionado em 1/3 (um terço) para cada uma das Requeridas.

Noutro giro, quanto aos honorários advocatícios, persiste no caso concreto a regra estabelecida no art. 85, § 2º, do Código Fux, que assim estabelece:

Art. 85. A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor.

[...]

§ 2º Os honorários serão fixados entre o mínimo de dez e o máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa, atendidos:

I - o grau de zelo do profissional;

II - o lugar de prestação do serviço;

III - a natureza e a importância da causa;

IV - o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

In casu, é possível constatar que: a) os Causídicos de ambas as Partes foram diligentes ao longo do processamento do feito, manifestando-se em quase todas as oportunidades em que foram chamados a interceder; b) os Procuradores das Partes atuaram em Comarca diversa da que possuem escritório profissional; e c) a demanda foi proposta em fevereiro de 2011 e se reveste de complexidade mediana, tendo sido julgada antecipadamente, nos termos do art. 355, inciso I, do CPC/2015.

Assim, em reverência às diretrizes do art. 85, § 2º, do mesmo Diploma Legal, sobretudo a importância relativa à condenação imposta na sentença recorrida – R\$ 118.313,03 (cento e dezoito mil, trezentos e treze reais e três centavos) – bem como a inexistência de Inconformismo da Interessada a respeito do critério estabelecido na origem, fixa-se a verba honorária a ser arcada pela Demandante em 10% (dez por cento) sobre o valor atualizado da causa, sendo devido aos procuradores das Rés na proporção de 1/3 (um terço).

Noutro giro, mantém-se o estipêndio advocatício balizado no comando vergastado em prol dos Advogados da Autora – “[...] 10% sobre o valor atualizado da condenação, também dividido 1/3 para cada uma [das Rés]” (fl. 1.293) – sob pena de se incorrer em indevida *reformatio in pejus*.

No mais, registre-se a impossibilidade de compensação do estipêndio advocatício, conforme prevê o art. 85, § 14, do novel Código de Processo Civil.

4 Da verba advocatícia recursal

No que tange aos honorários sucumbenciais recursais, por ter sido publicada a decisão vergastada na vigência do Novo Código de Processo Civil, as alterações relativas ao cálculo dos honorários advocatícios introduzidas por este novo Diploma têm aplicação ao caso *sub judice*, em obediência à regra de direito intertemporal prevista no seu art. 14.

Tendo em vista que no caso vertente o Estado-Juiz acolheu em parte os requerimentos deduzidos na exordial, condenando as Partes ao pagamento de honorários advocatícios, imperativa se mostra a fixação do estipêndio recursal neste grau de jurisdição.

Portanto, tendo em vista o acolhimento em parte dos Recursos do Operador Portuário e da Agência de Navegação, assim como o oferecimento de contrarrazões da Autora ao Reclamo da Seguradora (fls. 1.383-1.392), fixa-se a verba honorária recursal em favor dos Causídicos de WRC Operadores Portuários S.A., MWTI Agenciamento de Cargas, Representação e Logística Ltda. ME e SBF Comércio de Produtos Esportivos Ltda em 1/3 (um terço) da remuneração profissional final apurada para cada um deles.

É o quanto basta.

Ante o exposto, por unanimidade:

- a) repele-se a prefacial de nulidade do *decisum* admoestado;
- b) conhece-se em parte do Inconformismo da Seguradora e nega-se-lhe guarida;
- c) dá-se parcial chancela aos Recursos do Operador Portuário e da Agência de Navegação a fim de recalibrar os ônus de sucumbência, nos termos suso vazados; e
- d) de ofício, fixa-se a verba advocatícia recursal, nos moldes da fundamentação retro.

QUINTA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

Apelação Cível n. 0300640-07.2016.8.24.0007, de Biguaçu

Relator: Des. Jânio Machado

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. APELANTE QUE ADQUIRIU MATERIAIS DA EMPRESA APELADA PARA A REALIZAÇÃO DE OBRA. PRODUTOS ENTREGUES QUE APRESENTAVAM DEFEITOS DE FABRICAÇÃO, NÃO TENDO AS ESPECIFICAÇÕES TÉCNICAS EXIGIDAS. NECESSIDADE DE DEVOLUÇÃO DA MERCADORIA E DE CONTRATAÇÃO DE NOVA EMPRESA PARA O SEU FORNECIMENTO. APELADA QUE JÁ FOI CONDENADA À RESTITUIÇÃO DO VALOR PAGO PELA APELANTE. PEDIDO DE CONDENAÇÃO DA APELADA AO PAGAMENTO TAMBÉM DOS DANOS MATERIAIS/PERDAS E DANOS CORRESPONDENTES À DIFERENÇA ENTRE O VALOR COBRADO PELA APELADA E AQUELE PAGO PARA A NOVA EMPRESA CONTRATADA PARA O FORNECIMENTO DOS PRODUTOS. AUSÊNCIA DE NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE O ATO PRATICADO PELA APELADA E O DANO SOFRIDO PELA APELANTE. PREÇO DO PRODUTO QUE DECORRE DAS VARIAÇÕES DO LIVRE MERCADO, SENDO ESTIPULADO POR TERCEIRO ESTRANHO À RELAÇÃO JURÍDICA EXISTENTE ENTRE AS PARTES. AUSÊNCIA DE RESPONSABILIDADE CIVIL DA APELADA NESTE PONTO. INSURGÊNCIA QUANTO À VALORAÇÃO DO MONTANTE INDENIZATÓRIO. 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. RECURSO DESPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível n. Apelação Cível n. 0300640-07.2016.8.24.0007, da comarca de Biguaçu (1ª Vara Cível), em que é apelante Infratec Construções e Serviços Ltda, e apelada Htr Equipamentos para Construções Ltda.:

A Quinta Câmara de Direito Comercial decidiu, por unanimidade, negar provimento ao recurso. Custas legais.

O julgamento, realizado no dia 25 de julho de 2019, foi presidido pelo desembargador Cláudio Barreto Dutra, com voto, e dele participou o desembargador Monteiro Rocha.

Florianópolis, 29 de julho de 2019.

Jânio Machado
RELATOR

RELATÓRIO

Infratec Construções e Serviços Ltda. EPP ajuizou ação de indenização por danos materiais

e morais contra Htr Equipamentos para Construções Ltda. ME sob o fundamento de que: a) firmou com a Caixa Econômica Federal o contrato n. 8083/2014, tendo por objeto “a execução dos serviços de adaptação em imóvel para modernização dos *halls* do Edifício Querência, com fornecimento de ‘rack’ e catracas”; b) adquiriu da empresa requerida materiais e demais insumos necessários para a realização da obra, tendo informado as especificações técnicas do produto no momento da contratação; c) foi ajustado, na data de 15.5.2015, o pagamento do valor de R\$78.000,00 (setenta e oito mil reais), que seria pago em 4 (quatro) parcelas, bem ainda a entrega de algumas unidades do produto em 30 (trinta) dias e o restante em 45 (quarenta e cinco) dias; d) foram quitadas 3 (três) parcelas, nas datas de 22.5.2015, 2.6.2015 e 18.6.2015, totalizando o valor de R\$52.000,00 (cinquenta e dois mil reais), sendo que, na data de 24.6.2015, as 12 (doze) primeiras unidades do produto foram retiradas pessoalmente pelo representante legal da autora no endereço da empresa requerida, ficando estabelecida a data de 30.6.2015 para “a entrega das unidades restantes das portas corta-fogo”, o que não ocorreu; e) foi constatado pelos fiscais da obra que os produtos fornecidos pela empresa requerida “eram de péssima qualidade e apresentavam defeitos de fabricação”, não possuindo as especificações técnicas exigidas (“as portas corta-fogo não possuíam a documentação e o laudo técnico que comprovassem a qualidade P-90, conforme exigência do Corpo de Bombeiros”); f) foi obrigada a devolver os produtos defeituosos e a contratar nova empresa para fornecer os produtos e serviços necessários para a finalização da obra, no valor de R\$90.844,95 (noventa mil, oitocentos e quarenta e quatro reais e noventa e cinco centavos) e; g) recebeu da Caixa Econômica Federal a penalidade de advertência pelo atraso na entrega da obra e pela utilização de produtos em desacordo com as especificações do edital, o que causa gravíssima ofensa à reputação da autora. Ao final, requereu a condenação da empresa requerida ao pagamento de indenização pelos danos materiais (R\$75.517,96) e morais sofridos.

O benefício da justiça gratuita foi concedido à autora, exceto em relação à diligência do oficial de justiça (fl. 208). As tentativas de citação da empresa requerida resultaram inexitas (fls. 209/210, 243/245 e 247), sendo realizado o ato por edital (fls. 257/260). A fluência do prazo do edital foi certificada pelo cartório (fl. 261) e o advogado nomeado como curador especial (fl. 262) ofereceu contestação (fls. 264/266), sobrevivendo a impugnação (fls. 271/272). Em especificação de prova (fl. 273), a autora pleiteou a produção de prova oral (fls. 276/277), o que foi deferido (fl. 279). Na audiência designada, as testemunhas arroladas pela autora foram ouvidas (fl. 287).

Com as alegações finais da autora (fls. 288/292), o digno magistrado José Clésio Machado proferiu sentença nos seguintes termos:

“Pelo exposto, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE a presente **Ação de Indenização por Danos Materiais e Morais** proposta por **Infratec Construções e Serviços Ltda.**, qualificada, contra **HTR Equipamentos para Construções Ltda. (Hunter)**, qualificada, condenando a Requerida à devolver à Requerente o valor de R\$ 61.045,36 (sessenta e um mil e quarenta e cinco reais e trinta e seis centavos), acrescido de correção monetária desde a data do pagamento (súmula 43 STJ) e juros de mora desde a data da citação. Condena-se também ao pagamento de indenização por danos morais no importe de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), a ser corrigido monetariamente desde a data desta Sentença (súmula 362 STJ) e juros de mora desde a data da citação (art. 405 do CC).

Por fim, condena-se a Requerida ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios no importe de 15% do valor da condenação, nos termos no art. 85 do CPC.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se. Após transitada em julgado, arquite-se.” (grifo no original) (fls. 294/299).

Inconformada, a autora interpôs recurso de apelação cível (fls. 303/316) pleiteando: a) o reconhecimento do “nexo de causalidade entre o descumprimento contratual da apelada e a contratação de terceira empresa”, “gerando o dever de indenizar o dano material/perdas e danos de R\$12.844,95, perfazendo na totalidade o montante requerido na inicial de R\$75.517,96 de danos materiais”; b) a majoração do valor arbitrado a título de indenização por danos morais e; c) o arbitramento de honorários advocatícios recursais.

A apelada ofereceu resposta (fls. 320/330) e os autos vieram a esta Corte.

VOTO

A apelante ajuizou a presente ação sob o fundamento de que firmou com a Caixa Econômica Federal o contrato n. 8083/2014, tendo por objeto “a execução dos serviços de adaptação em imóvel para modernização dos *halls* do Edifício Querência, com fornecimento de ‘rack’ e catracas” (fl. 91) e, para tanto, adquiriu da empresa apelada materiais e demais insumos necessários para a realização da obra (fls. 126/127). Sustentou, também, que os produtos fornecidos pela apelada apresentavam defeitos de fabricação, não possuindo as especificações técnicas exigidas, motivo pelo qual foi obrigada a devolver a mercadoria e a contratar nova empresa, além do que recebeu da Caixa Econômica Federal a penalidade de advertência pelo atraso na entrega da obra e pela utilização de produtos em desacordo com as especificações do edital, o que gerou danos materiais e morais passíveis de indenização. Na sentença, o digno magistrado julgou parcialmente procedente o pedido inicial, condenando a apelada à restituição do valor de R\$61.045,36 (sessenta e um mil, quarenta e cinco reais e trinta e seis centavos), bem ainda ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R\$5.000,00 (cinco mil reais) (fls. 294/299).

Nas razões do recurso, a apelante insiste que há “nexo de causalidade entre o descumprimento contratual da apelada e a contratação de terceira empresa”, “gerando o dever de indenizar o dano material/perdas e danos de R\$12.844,95”, além de pleitear a majoração do valor arbitrado a título de indenização por danos morais (fls. 313/314).

O exame atento dos autos revela que o pedido de condenação da empresa apelada ao pagamento dos danos materiais/perdas e danos, correspondentes à diferença entre o valor cobrado pela apelada (R\$78.000,00) e aquele pago para a nova empresa contratada para o fornecimento dos produtos (R\$90.844,95, fl. 196), não merece acolhimento. O fato do valor do produto fornecido pela nova empresa ser superior àquele exigido pela apelada é questão estranha à relação jurídica existente entre as partes, até porque o preço estipulado por terceiros para o mesmo produto depende das regras e variações do livre mercado. Logo, o prejuízo sofrido pela apelante não decorre diretamente

do ato praticado pela apelada (entrega de produtos de má qualidade, sem a especificação técnica exigida), sendo inviável a sua responsabilização.

O valor da indenização por danos morais fixado no primeiro grau não pode ser considerado excessivo ou insignificante, mostrando-se, a quantia de R\$5.000,00 (cinco mil reais), compatível com a realidade demonstrada nos autos. Assim se diz porque a penalidade de advertência recebida da Caixa Econômica Federal teve origem no descumprimento dos incisos I, IV e VII da cláusula segunda do contrato firmado com a apelante, sendo que o atraso na obra decorrente dos produtos defeituosos entregues pela apelada foi apenas um dos vários motivos que levaram à aplicação da sanção (fls. 201/202). 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. 0314263-90.2016.8.24.0023, da Capital, Terceira Câmara de Direito Comercial, sendo relator o desembargador Gilberto Gomes de Oliveira, julgada em 5.4.2018, quando o arbitramento atingiu a quantia de R\$5.000,00 (cinco mil reais); em outras oportunidades, o valor atingiu a quantia de R\$10.000,00 (dez mil reais), conforme se lê na apelação cível n. 2015.006441-9, de Tubarão, Quinta Câmara de Direito Comercial, sendo o relator o desembargador Guilherme Nunes Born, julgada em 19.3.2015 e na apelação cível n. 0023723-98.2011.8.24.0008, de Blumenau, Primeira Câmara de Direito Comercial, sendo relator o desembargador Luiz Zanelato, julgada em 9.5.2019. 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.

O ônus da sucumbência não sofre alteração, revelando-se atual o critério de distribuição adotado no primeiro grau.

Com essas considerações, o recurso interposto é desprovido. E porque, na sentença, inexistente a condenação da apelante ao pagamento de honorários advocatícios, nada há para ser majorado em favor do advogado da apelada, nos termos do § 11 do artigo 85 do Código de Processo Civil de 2015.

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. 0500682-52.2013.8.24.0080, de Xanxerê

Relator: Des. Jânio Machado

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO MONITÓRIA. DUPLICATA E TRIPLICATA QUE VIERAM ACOMPANHADAS DAS NOTAS FISCAIS E DOS COMPROVANTES DE ENTREGA DAS MERCADORIAS. RELAÇÃO NEGOCIAL BEM EVIDENCIADA. DOCUMENTOS QUE SE MOSTRAM SUFICIENTES PARA INSTRUIR O PEDIDO INJUNTIVO. ALEGAÇÃO DE PAGAMENTO DA DÍVIDA. INÍCIO DE PROVA INEXISTENTE. ÔNUS PROBATÓRIO. ARTIGO 373, INCISO II, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. AUSÊNCIA DE QUALQUER ELEMENTO APTO A DESCONSTITUIR OS TÍTULOS FORMALMENTE PERFEITOS. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ DA APELANTE BEM CARACTERIZADA. ARTIGOS 80 E 81 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. MAJORAÇÃO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS EM RAZÃO DO TRABALHO REALIZADO EM GRAU DE RECURSO PELO ADVOGADO DAS APELADAS. ARTIGO 85, § 11, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. RECURSO DESPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível n. 0500682-52.2013.8.24.0080, da comarca de Xanxerê (1ª Vara Cível), em que é apelante Elisabete Maria Medeiros Moreira e, apeladas, Maroco Comércio de Equipamentos Agropecuários Ltda EPP e outro:

A Quinta Câmara de Direito Comercial decidiu, por unanimidade, negar provimento ao recurso. Custas legais.

O julgamento, realizado no dia 25 de julho de 2019, foi presidido pelo desembargador Cláudio Barreto Dutra, com voto, e dele participou o desembargador Monteiro Rocha.

Florianópolis, 29 de julho de 2019.

Jânio Machado
RELATOR

RELATÓRIO

Big Dutchman Brasil Ltda. ajuizou ação monitória contra Elisabete Medeiros Moreira sob o fundamento de que é credora do valor atualizado de R\$17.548,37 (dezessete mil, quinhentos e quarenta e oito reais e trinta e sete centavos), representado pelos títulos n. 005004/A (no valor de R\$12.207,08) e n. 006711/A (no valor de R\$2.975,74), ambos vencidos em 21.11.2012.

A requerida opôs embargos monitórios (fls. 179/194), sobrevivendo a impugnação (fls. 199/203). Em especificação de prova (fl. 204), as partes requereram a produção de prova oral (fls. 207/209 e 210/211). A digna magistrada determinou a intimação da empresa denunciada à lide Maroco Comércio de Equipamentos Agropecuários Ltda. (fls. 212/213), que opôs embargos monitórios (fls.

219/234), sobrevindo a impugnação (fls. 237/244 e 250/256). A prova oral foi deferida (fl. 268) e, na audiência designada, a proposta de conciliação foi rejeitada e a embargante desistiu da oitiva da testemunha Zelair (fl. 393). A embargante juntou documentos (fls. 270/276) e, após a manifestação da empresa denunciada à lide (fls. 286/335), apresentou novos documentos (fls. 342/361). Por meio de carta precatória, foram ouvidas 2 (duas) testemunhas arroladas pela embargante (autos n. 0301921-67.2016.8.24.0081, fl. 430) e outras 2 (duas) indicadas pela empresa denunciada à lide (autos n. 0302097-46.2016.8.24.0081).

Com as alegações finais das partes (fls. 454/459, 465/480 e 481/493), a ilustre magistrada Lizandra Pinto de Souza proferiu sentença nos seguintes termos:

“Diante do exposto, **REJEITO** os embargos monitórios propostos por **ELIZABETE MARIA MEDEIROS MOREIRA** em face de **BIG DUTCHMAN BRASIL LTDA.**, para, em consequência, **CONSTITUIR O CRÉDITO EM TÍTULO EXECUTIVO JUDICIAL**, nos termos do art. 702, § 8º, do NCPC, condenando a embargante ao pagamento do valor apontado nos documentos de fls. 12 e 15, devendo incidir sobre os valores devidos juros de mora e correção monetária calculada pelo INPC, a partir da data de vencimento de cada cártula (triplicata e duplicata, ambas com vencimento em 21/11/2012).

Condeno, ainda, a parte embargante ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios no equivalente a 15% (quinze por cento) sobre o valor atualizado do débito, o que faço com fulcro e observando os parâmetros previstos no art. 85, § 2º, do NCPC.

Transitada em julgado, intime-se a credora para que, no prazo de 05 (cinco) dias, apresente cálculo atualizado da dívida em consonância ao determinado neste decisório.

Sobrevindo o cálculo, intime-se a devedora para que realize o pagamento exigido em 15 (quinze) dias, a contar do trânsito em julgado desta decisão, sob pena de incidência de multa de 10% (dez por cento) do montante da condenação, conforme art. 523, § 1º, do NCPC.

Condeno, por fim, a parte embargante/ré ao pagamento de multa por litigância de má-fé no equivalente a 2% (dois por cento) do valor atualizado da causa, bem como indenizar a litisdenunciada dos prejuízos que esta eventualmente suportou, a serem apurados em liquidação de sentença, consoante disposto no art. 81 do CPC.

Em arremate, **REJEITO** o pedido de denunciação da lide formulado por **ELIZABETE MARIA MEDEIROS MOREIRA** em face de **MAROCO COMÉRCIO DE EQUIPAMENTOS AGROPECUÁRIOS LTDA**, e **condeno-a** ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios no equivalente a 10% (dez por cento) sobre o valor atualizado do débito, o que faço com fulcro e observando os parâmetros previstos no art. 85, § 2º, do NCPC.

P.R.I. Arquivem-se oportunamente.” (fls. 494/509) (o grifo consta no original).

Irresignada, a embargante interpôs recurso de apelação cível (fls. 514/524) sustentando que: a) o contrato de compra e venda e montagem de equipamentos foi firmado com a empresa denunciada Maroco Comércio de Equipamentos Agropecuários Ltda, que era a representante comercial da empresa Big Dutchman Brasil Ltda. na região; b) o contrato firmado na data de 9.3.2009 demonstra a relação jurídica com a empresa denunciada, tendo sido adimplido por meio dos cheques n. 000005

e n. 000018; c) a realização de novo contrato no ano de 2011 não afeta a validade do primeiro, uma vez que prestou única e exclusivamente à aprovação de financiamento junto à instituição financeira; d) as despesas extraordinárias com a montagem dos equipamentos, ocasionados por estragos decorrentes de um desmoração, foram devidamente quitadas por meio da entrega de um veículo; e) a própria empresa denunciada admitiu a quitação da dívida com a entrega do veículo; f) a empresa denunciada é quem deve prestar contas à empresa Big Dutchman Brasil Ltda.; g) a denúncia à lide deve ser acolhida, isento-a de qualquer responsabilidade e; h) a litigância de má-fé não está caracterizada nos autos, devendo ser afastada.

As apeladas ofereceram resposta (fls. 528/533 e 534/547) e os autos vieram a esta Corte.

VOTO

A ação monitória foi ajuizada com o objetivo de constituir título executivo judicial no valor atualizado de R\$17.548,37 (dezessete mil, quinhentos e quarenta e oito reais e trinta e sete centavos), representado pelos títulos n. 005004/A (no valor de R\$12.207,08) e n. 006711/A (no valor de R\$2.975,74), ambos vencidos em 21.11.2012, que vieram acompanhados do comprovante de entrega das mercadorias (fls. 146/151).

O procedimento monitório reclama a exibição de “prova escrita sem eficácia de título executivo” para demonstrar a existência do direito ao crédito invocado pelo credor, nos termos do artigo 700 do Código de Processo Civil de 2015:

“Art. 700. A ação monitória pode ser proposta por aquele que afirmar, com base em prova escrita sem eficácia de título executivo, ter direito de exigir do devedor capaz:

- I - o pagamento de quantia em dinheiro;
- II - a entrega de coisa fungível ou infungível ou de bem móvel ou imóvel;
- III - o adimplemento de obrigação de fazer ou de não fazer.”

A respeito, Humberto Theodoro Júnior leciona:

“Exige o art. 700 que a petição inicial da ação monitória seja instruída com a ‘prova escrita’ do direito do autor. E mais: possibilita o NCPC, no § 1º desse artigo, a produção de prova oral documentada, coletada antecipadamente, nos termos do art. 381 do NCPC.

I - Prova escrita: elementos doutrinários

A prova escrita, em Direito Processual Civil, tanto é a pré-constituída (instrumento elaborado no ato da realização do negócio jurídico para registro da declaração de vontade) como a casual (escrito surgido sem a intenção direta de documentar o negócio jurídico, mas que é suficiente para demonstrar sua existência). (Curso de direito processual civil: procedimentos especiais. 50. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, v. II, p. 391-392).

Portanto, “o documento escrito é aquele idôneo para, em uma análise inicial, fazer crer na existência do crédito afirmado pelo autor. Há de ser uma prova desse crédito que mereça fé, de acordo com as regras do livre convencimento do juiz”. (GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Novo curso de direito processual civil: processo de conhecimento (2ª parte) e procedimentos especiais*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, v. II, p. 297).

O exame atento dos autos revela que a apelante e a empresa Maroco Comércio de Equipamentos Agropecuários Ltda., que é representante comercial da empresa Big Dutchman Brasil Ltda. (fato incontroverso), firmaram, na data de 9.3.2009, “contrato particular de compra de equipamentos para galpão de 150X14 para aves”, no valor de R\$121.565,50 (cento e vinte um mil, quinhentos e sessenta e cinco reais e cinquenta centavos) (fls. 187/188). Ao que tudo indica, a apelante não obteve o financiamento bancário necessário para a compra das mercadorias, o que inviabilizou o negócio.

Posteriormente, na data de 9.3.2011, as partes firmaram o “contrato particular fornecimento de equipamentos para aves de corte”, tendo como objeto “equipamentos para um galpão para criação de aves”, no valor total de R\$135.000,00 (cento e trinta e cinco mil reais), que seria pago da seguinte forma: 50% (cinquenta por cento) na assinatura do contrato (R\$67.500,00), 30% (trinta por cento) na entrega do equipamento (R\$40.500,00), 10% (dez por cento) no início da montagem (R\$13.500,00) e 10% (dez por cento) no término da montagem (R\$13.500,00) (fls. 232/233).

A empresa denunciada à lide afirmou ter recebido o valor total de R\$129.500,00 (cento e vinte e nove mil e quinhentos reais) (fls. 490/491), que foram assim discriminados: a) em 16.3.2011, o valor de R\$67.500,00 (sessenta e sete mil e quinhentos reais), representado pelo cheque de fl. 191; b) em 2.6.2011, o valor de R\$25.000,00 (vinte e cinco mil reais), representado pelo cheque de fl. 192; c) em junho de 2011, o valor de R\$23.000,00 (vinte e três mil reais), referente à dação em pagamento de um veículo (fl. 262); d) em 30.8.2011, o valor de R\$6.000,00 (seis mil reais), representado por cheque e; e) em 19.9.2011, o valor de R\$8.000,00 (oito mil reais), representado por cheque.

Convém enfatizar que os recibos apresentados pela apelante às fls. 193/194 (nos valores de R\$11.127,28 e 20.000,00) fazem referência ao pagamento de mão de obra de “serviços de carpintaria e alvenaria para construção de cercado em torno de galpão para criação de aves e portaria” e “montagem de equipamentos diversos, em galpão para criação de aves”, sendo emitidos por terceiros estranhos à lide.

A prova testemunhal confirma a existência de relação comercial entre as partes, tendo esclarecido que, durante a montagem dos equipamentos, ocorreram dois desmoronamentos de terra, que abalaram a estrutura do galpão e danificaram os equipamentos já instalados, sendo necessário o conserto ou a substituição, o que certamente gerou custos adicionais.

Registra-se que a apelante, na data de 6.2.2012, assinou uma declaração/autorização no seguintes termos:

“Eu, Elizabete M. M. Moreira reconheço a dívida de R\$ 15.761,00 (quinze mil, setecentos e sessenta e um

reais) junto à Big Dutchman do Brasil Ltda, referente a equipamentos adquiridos por mim conforme pedido, para uso em minha granja. Autorizo a Big Dutchman do Brasil Ltda a emitir 4 boletos com os seguintes valores e vencimentos: boleto 1) 3.950,00 vencimento 21/05/2012; 2) 3.950,00 vencimento 21/07/2012; 3) 3.950,00 vencimento 21/09/2012; 4) 3.950,00 vencimento 21/11/2012.” (fl. 234).

Do que se viu, a apelante reconhece a existência de dívida com a empresa Big Dutchman Brasil Ltda., não tendo exibido qualquer prova de que houve o pagamento do valor constante dos títulos que instruem a presente ação.

Então, a prova exibida é suficiente para evidenciar a existência do negócio jurídico e a efetiva entrega do bem adquirido, mas, de outro lado, não se fez a prova do pagamento correspondente.

A prova de pagamento de dívida - parcial ou total - faz-se com a inserção adequada no corpo do título que a representa, com a sua entrega ao devedor ou, ainda, excepcionalmente, com a exibição de recibo que contenha todos os requisitos do artigo 320, “caput”, do Código Civil: designação do valor e da espécie da dívida quitada, do nome do devedor ou quem por este pagou, o tempo e o lugar do pagamento, com a assinatura do credor ou do seu representante.

No tocante à prova de pagamento, ônus esse que cabe ao devedor, Mário Luiz Delgado Régis ensina:

“Prova-se o pagamento pela quitação ou recibo. Se o devedor satisfaz a obrigação, tem o direito de exigir a comprovação de seu ato. Recusando-se o credor, pode o devedor reter o pagamento ou obter decisão judicial que substitua a quitação mediante ação de consignação em pagamento ou medida cautelar de depósito.” (FIUZA, Ricardo {Coord.}. *Novo código civil comentado*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 300).

Maria Helena Diniz acrescenta:

“O recibo é, pois, o instrumento da quitação. É preciso lembrar que o ônus da prova do pagamento cabe ao devedor ou a seu representante, por se tratar de um dos fatos extintivos da obrigação.

(...)

A quitação poderá ser dada não só pelo recibo, que é o meio normal, mas também pela devolução do título, se se tratar, é óbvio, de débitos certificados por um título de crédito.” (*Curso de direito civil brasileiro: teoria geral das obrigações*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, v. II, p. 227-228).

Sabe-se que a quitação poderá ser considerada válida, mesmo sem os requisitos supramencionados, quando as circunstâncias indicarem ter havido o pagamento, nos termos do parágrafo único do artigo 320 do Código Civil, o que não é o caso dos autos.

Não custa enfatizar que prevalece a distribuição do ônus probatório ditado pela legislação processual civil: ao autor incumbe o ônus da prova dos fatos constitutivos do seu direito e ao réu a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor (artigo 373, incisos I e II, do Código de Processo Civil de 2015).

A propósito:

“Quanto ao ônus da prova, a ação monitória não apresenta novidade alguma. Prevalectem as regras gerais do art. 373 do NCPC, ou seja, ao autor compete provar o fato constitutivo de seu direito e ao réu incumbe a prova do fato impeditivo, modificativo ou extintivo daquele direito.

A prova a cargo do autor tem de evidenciar, por si só, a liquidez, certeza e exigibilidade da obrigação, porque o mandado de pagamento a ser expedido liminarmente tem de individuar a prestação reclamada pelo autor e não haverá oportunidade, durante o procedimento ulterior, para o credor completar a comprovação do crédito e seu respectivo objeto. Além disso, o mandado de pagamento só pode apoiar-se em obrigação cuja existência não reclame accertamento ulterior e cuja atualidade já esteja adequadamente comprovada.

Não se quer com isso condicionar o ajuizamento da monitória a um rigor probatório em torno da certeza e liquidez da obrigação em grau máximo, tal como se passa com o título executivo (art. 783). Cabe ao autor, na ótica do STJ, exibir apenas algum documento capaz de, ordinariamente, demonstrar a origem do crédito cobrado, mesmo que não tenha sido emitido pelo devedor e não contenha sua assinatura. ‘Basta que tenha forma escrita e seja suficiente para, efetivamente, influir na convicção do magistrado acerca do direito alegado’. Assim tem decidido o STJ, ao se contentar, na espécie, por exemplo, com ‘faturas, desprovidas de aceite, e planilhas orçamentárias referentes a prestação de serviço’.

É de se ponderar, contudo, que o art. 701, *caput*, do NCPC vincula a expedição de mandado de pagamento à *evidência* do direito do autor. Vale dizer, se as alegações e provas juntadas aos autos se revelarem nítidas e idôneas, o mandado de pagamento poderá ser imediatamente expedido, antes mesmo da oitiva do réu. O contraditório, destarte, será diferido, se o requerido assim o quiser.” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: procedimentos especiais*. 50. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, v. II, p. 395-396).

Portanto, como a apelante não trouxe prova de quitação ou qualquer documento hábil do pagamento do valor constante dos títulos que instruem a presente ação, mostra-se viável a cobrança da dívida representada por título formalmente perfeito. Ademais, se houve pagamento, assim se fez ao arrepio dos artigos 320 e 901 do Código Civil de 2002.

Ultimando, está bem caracterizado o comportamento malicioso da apelante, para o fim de justificar a penalidade por litigância de má-fé. Pode-se afirmar que a apelante deixou de exercer simples prerrogativa constitucional de levar à apreciação do Judiciário o que considerava ser seu direito violado (artigo 5º, incisos XXXV e LV, da Constituição Federal).

Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade definem o litigante de má-fé, a hipótese aqui bem reproduzida:

“É a parte ou interveniente que, no processo, age de forma maldosa, com dolo ou culpa, causando dano processual à parte contrária. É o *improbis litigator*, que se utiliza de procedimentos escusos com o objetivo de vencer ou que, sabendo ser difícil ou impossível vencer, prolonga deliberadamente o andamento do processo procrastinando o feito. As condutas aqui previstas, definidas *positivamente*, são exemplos do descumprimento do dever de probidade estampado no CPC 5º.” (grifo no original). (*Comentários ao código de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 414).

A má-fé tipifica-se pela presença de intenção maliciosa do litigante, o que se verifica nos autos:

“A idéia comum de conduta de má-fé supõe um elemento subjetivo, a intenção malévola. Essa idéia é, em princípio, adotada pelo direito processual, de modo que só se pune a conduta lesiva quando inspirada na intenção de prejudicar.” (BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao código de processo civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, v. I, p. 125).

Registra-se que ao Estado-juiz incumbe o dever de coibir toda tentativa de obtenção de vantagem indevida, o que importa, inclusive, na imposição da penalidade por litigância de má-fé. Portanto, o juiz, ao verificar que uma das partes está litigando de má-fé, pode e deve aplicar as penalidades específicas (MARCATO, Antonio Carlos {Coord.}. *Código de processo civil interpretado*. 3. ed., São Paulo: Atlas, 2008, p. 58-59).

A litigância de má-fé está prevista no artigo 80 do Código de Processo Civil de 2015, que tem a seguinte redação:

“Art. 80. Considera-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 incidente manifestamente infundado;
- VII - interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório.”

Não custa enfatizar: o comportamento malicioso da apelante ficou bem demonstrado, sendo que a hipótese aqui tratada está prevista no artigo 80, inciso II, do Código de Processo Civil de 2015.

Então, se está presente uma das situações previstas no artigo 80 do Código de Processual Civil de 2015, a imposição da penalidade de que trata o artigo 81 do Código de Processo Civil de 2015 é a medida acertada.

O tema controvertido foi analisado com extrema suficiência pela ilustre magistrada Lizandra Pinto de Souza, a razão de seus fundamentos passarem a integrar a presente decisão:

“Tratam-se de Embargos à Ação Monitória, nos quais a embargante se insurge contra a cobrança de valores referentes a suposta venda de equipamentos para construção de um aviário.

Com relação a prefacial de **ilegitimidade passiva** arguida pela embargante, esta deve ser analisada no curso da presente sentença, pois os fundamentos apresentados estão relacionados com o mérito da demanda.

a) Dos embargos à ação monitoria:

Inicialmente, cabe ressaltar que **‘a ação monitoria compete a quem pretender, com base em prova escrita sem eficácia de título executivo, pagamento de soma em dinheiro, entrega de coisa fungível ou infungível ou de determinado bem móvel ou imóvel e ainda, o adimplemento de obrigação de fazer ou de não fazer.’** (art. 700 do CPC/15).

Sobre o tema, ensinam Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery:

‘A ação monitoria é ação de conhecimento, condenatória, com procedimento especial de cognição sumária e de execução sem título. Sua finalidade é alcançar a formação de título executivo judicial de modo mais rápido do que na ação condenatória convencional. O autor pede a expedição de mandado monitorio, no qual o juiz exorta o réu a cumprir a obrigação, determinando o pagamento ou a entrega de coisa fungível ou de determinado bem móvel.’ (Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 1207).

A parte requerente ingressou com a presente monitoria a fim de ver adimplido o débito oriundo da requerida Elizabete Maria Medeiros Moreira. O valor original da dívida é de R\$ 15.182,82 (quinze mil, cento e oitenta e dois reais e oitenta e dois centavos).

Importante ressaltar que a parte requerida foi devidamente citada (fl. 38) e tinha duas opções, ambas no prazo de 15 (quinze) dias: a) efetuar o pagamento devido; ou b) oferecer embargos, conforme despacho judicial de fl. 35.

A requerida apresentou embargos monitorios e suscitou a denunciação da lide à empresa representante da requerente, qual seja, Maoco Comércio de Equipamentos Agropecuários Ltda, ao argumento de que entabulou contrato com esta e não com a requerente/embargada.

A empresa litisdenunciada é representante da requerente Big Dutchman Brasil Ltda., e tal circunstância não fora impugnada.

Afirmou que ano de 2009 firmou contrato particular de compra de equipamentos para galpão de 150x14 para aves, no valor de R\$ 121.546,50 (fls. 49-50). Referido documento é o ponto inicial da relação entre as partes.

Observa-se que naquele documento a contratante é Elizabete Maria Medeiros Moreira, ora embargante/requerida. Por sua vez, o contratado é Maroco Comércio de Equipamentos Agropecuários Ltda., empresa estabelecida em Xaxim (SC), e representante da embargada/requerente.

O objeto do contrato são *‘mercadorias constantes e descritos no contrato firmado entre ambas as partes, no dia 09 de março de 2009, para ser adquirido com recursos de financiamento bancário junto ao Banco Bradesco, agência de Xanxerê – SC.’* O valor dos equipamentos adquiridos foi de R\$121.565,50 (cento e vinte e um mil, quinhentos e sessenta e cinco reais e cinquenta centavos), os quais seriam pagos da seguinte forma: 95% do valor na entrega dos equipamentos e o restante (5%) após a montagem.

Ademais, o contrato relaciona os equipamentos comprados pela embargante, bem como o local de entrega, o qual foi entabulado na propriedade da contratante.

Também, foi especificado no acordo contratual as responsabilidades de ambas as partes, sendo importante transcrever a do item 5 *'Todos os equipamentos listados no pedido anexo, que serão instalados de acordo com a orientação do fabricante dos mesmos e da empresa integradora.'*

Além disso, foi convencionado que os valores das mercadorias teriam a garantia de 60 (sessenta) dias e, havendo aumento dos materiais e a negativa do banco em liberar o dinheiro, o valor seria renegociado.

Como bem ressaltado pela litisdenunciada (fl. 77), não houve a liberação do dinheiro pelo Banco Bradesco, à época. Dessa forma, o negócio entabulado entre Elizabete e Maroco embora firmado em 2009, não se concretizou naquele ano.

Essa alegação é facilmente comprovada por meio de documentos juntados nos autos.

A Anotação de Responsabilidade Técnica (ART) de fl. 85, documento imprescindível para uma construção de alvenaria, inclusive para um barracão/galpão, foi emitido por Karen Regina Schwirck, arquiteta e urbanista, cujo início da obra se deu em 24/01/2011 e término em 24/03/2011, e alcançou a quantia de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais). O resumo dos serviços a ser realizados era *'projeto arquitetônico de barracão para aviário com 2.100 m² de área construída'*. Vale registrar que neste documento contém a assinatura da embargante.

Às fls. 86-87 consta outro contrato particular de fornecimento de equipamentos para aves de corte, onde a contratante é Elizabete Maria Medeiros Moreira e o contratado Maroco Com. de Equip. Agropecuários Ltda. O objeto do título foi *'equipamentos para um galpão para criação de aves, metragem de 150m x 14,00 m, conforme pedido em anexo em duas vias, assinado em concordância do cliente.'* A assinatura do contrato ocorreu em 09 de março de 2011, o mesmo dia do pedido de fls. 138-139.

Nota-se que o valor dos equipamentos foi de R\$ 135.000,00 (cento e trinta e cinco mil reais), os quais seriam pagos da seguinte forma: a) 50% do valor total do pedido no ato da assinatura do contrato, cujo valor alcança a quantia de R\$ 67.500,00; b) 30% do valor total no ato de entrega dos equipamentos, ou seja, R\$ 40.500,00; c) 10% do valor total no início da montagem, isto é R\$ 13.500,00; e d) 10% do valor total no término da montagem, também na quantia de R\$ 13.500,00.

Além disso, ficou estabelecido que a contratante (ora embargante) era responsável por contratar um seguro da obra, desde o seu início. Se houvesse algum sinistro por fenômeno da natureza, furto ou outra ocorrência, bem como ocorrendo danos, a mão de obra para reconstrução e montagem seriam pagos a parte deste contrato e por conta da cliente.

Por sua vez, também ficou acertado que se ocorresse alterações de quantidades, e sendo a maior do que o solicitado no pedido, era de exclusiva responsabilidade da cliente em arcar com os custos

Às fls. 134-135 discrimina a relação de pagamentos feitos pela embargante à empresa litisdenunciada, senão vejamos: a) R\$ 67.500,00, representado pela cártula de fls. 52 e 53; b) R\$ 25.000,00 também representado pelo cheque de fls. 52 e 53; c) R\$ 23.000,00 por meio de dação em pagamento de um veículo VW/Golf; d) R\$ 6.000,00 através de uma cártula; e e) 8.000,00 em cheque, totalizando R\$ 129.500,00 (cento e vinte e nove mil e quinhentos reais).

Os recibos de fls. 55-56 não fazem parte da relação comercial entabulada entre a embargante e a empresa litisdenunciada, pois são pessoas que receberam tão somente pela mão de obra. O valor de R\$ 11.127,28, datado em 10/03/2012 foi recebido por Zelair de Oliveira, porquanto realizou serviços de carpintaria e alvenaria para construção de cercado em torno do galpão para criação de aves e portaria. Em relação a quantia de R\$ 20.000,00, recebido em 10/03/2012 (supõe ser março, pois faltou redigir de forma correta o mês) foi para Odair José Marció, por ter realizado os serviços de montagem de equipamentos diversos em galpão para criação de aves na propriedade da embargante.

No tocante ao pagamento de R\$ 23.000,00 (vinte e três mil reais), foi dado em dação em pagamento um veículo VW/Golf, consoante declaração de fl. 112. A empresa litisdenunciada recebeu a quantia e promoveu a devida quitação/abatimento do débito.

Sobre o assunto, a própria litisdenunciada afirmou *'não nega que recebeu como parte de pagamento de um então 'genro' da Embargante de nome Fabiano Ozelame, um veículo golf dado em pagamento justamente porquanto que, em razão dos desmoronamentos a Embargante, literalmente não tinha mais dinheiro para pagar e tocar as obras do aviário.'* (fl. 134, item 04)

Neste momento, é importante discorrer sobre os incidentes que ocorreram na propriedade da embargante, que originou maiores despesas. Em duas oportunidades, houve o desmoronamento de terras vindo a atingir o galpão, sendo que equipamentos já instalados foram danificados.

A litisdenunciada narrou à fl. 78 que sua responsabilidade era tão somente os trabalhos de montagem dos equipamentos, que se iniciaram no final do mês de abril e início do mês de maio de 2011. Entretanto *'nos últimos dias do mês de maio de 2011, quando os funcionários da Litisdenunciada se encontravam montado (sic) os equipamentos, ocorreu um desmoronamento de terra que provocou, entre outros danos, o desabamento e deslocamento da estrutura do aviário, o que ensejou a suspensão dos trabalhos de montagem.'*

Para entender melhor os fatos ocorridos na propriedade da embargante, faz-se necessário trazer à baila os depoimentos das testemunhas arroladas pelas partes.

Cláudio Luiz Lenger, funcionário da empresa Maroco, no setor administrativo, afirmou que Fabiano esteve na empresa juntamente com Elizabete, que se fez presente em duas oportunidades. Afirmou que realizou um pedido de equipamentos para encaminhar financiamento ao banco, porém este foi negado. Dessa forma, informou que fez um novo pedido e *'acha que o financiamento foi liberado na conta da cliente'*. Disse que assinou como testemunha no primeiro instrumento, o qual foi para obter recurso da instituição bancária. Discorreu que o valor da comercialização é o efetivamente vendido. Narrou que o financiamento se deu para adquirir equipamentos para aves e a parte estrutural foi responsabilidade de outra empresa. Suscitou que o idealizador do negócio foi o vendedor e funcionário da empresa, Odair José Marció. Disse que o ramo da empresa é a venda de silos, os quais chegam na loja desmontados e efetuam a montagem no local por pessoas qualificadas. Em alguns casos, pode ser preparada na empresa Maroco e ser transportado por caminhão devidamente autorizado pelo Deinfra, independentemente de quilometragem. Narrou que a loja Maroco recebe a mercadoria e esta é conferida, mas em alguns caso é levado direto ao produtor/comprador. Em outras oportunidades, quando as obras não estão totalmente prontas, os equipamentos permanecem na empresa sob custódia até ser instalados. Confirmou que a embargante compareceu na loja, por duas vezes, mas foi para contratar equipamentos para aviário, ocorrendo um lapso de tempo nessas duas visitas. Narrou acerca do desmoronamento de um 'barranco', que acabou afetando parte da estrutura física e parte dos equipamentos, inclusive, contou, *'tinha funcionários da loja trabalhando no local, efetuando a montagem quando ocorreu o fato'*. Confirmou, uma vez mais, que o primeiro pedido não foi aprovado pela instituição bancária, tendo a embargante comparecido novamente, fazendo outro pedido. Disse que Elizabete requereu material para uma ou duas reformas, não se lembrando exatamente a quantidade de desmoronamento ocorrido na propriedade.

Por sua vez, a testemunha Odair José Marció, afirmou que era vendedor da empresa Maroco, representante da Big, durante os anos de 2009 a 2011, e que intermediou o negócio com a embargante. Disse que quem comparecia seguido à loja era Fabiano. Narrou que a empresa Maroco tinha um responsável (Cláudio Lenger) que agilizava as emissões de notas fiscais e a necessária documentação para financiamentos bancários. Informou que em 2009 foi redigido um pedido e um contrato, os quais foram encaminhados ao banco, mas não foi liberado. Somente no ano de 2011 é que foi deferido o financiamento, não sabendo o valor, porém o pedido foi de R\$ 134.000,00 a R\$ 135.000,00. Disse que do primeiro para o segundo contrato

se passaram dois anos, ocasionando uma diferença maior entre os pedidos. Asseverou que a alteração de valores foi em decorrência de exigências das empresas integradoras, *'pois antes a embargante tinha contrato com a Avepar, e posteriormente, mudou-se para Aurora'*, onde cada uma tem o seu tipo de padrão. Disse que foi várias vezes à residência da embargante para formular o negócio, fazer pedido e apanhar assinatura. Afirmou que praticamente todos os equipamentos vem desmontados (silos, acortinados, etc...), porém em alguns casos, montavam na empresa e transportavam ao produtor/comprador, *'dependendo do volume dos materiais'*. Narrou que recebia a mercadoria e realizava a conferência, tanto na empresa, quanto no local de entrega. No tocante ao desmoroamento, disse que foi em duas oportunidades, quando a equipe realizava a montagem dos equipamentos. Na segunda vez, *'praticamente a mesma coisa'*, danificando os materiais já instalados. Confirmou que a parte estrutural, de construção civil, foi realizada por outra firma. Disse que a empresa *'Tec Aves'* era de sua propriedade, funcionando até o ano de 2014, a qual *'comercializava produtos que a Maroco não tinha'*, mas disse não ter auxiliado nas transações. Explicou que quando há a negativa do banco, os documentos geralmente são devolvidos para a parte contratante. Descreveu que passado alguns meses, não é possível garantir o mesmo valor inicialmente contratado, pois é um *'novo negócio'*, podendo haver algumas mudanças pelas integradoras, o que certamente altera os valores das mercadorias. No caso da embargante, não houve muita mudança de valores. Quanto ao valor de R\$ 81.000,00 disse que foi recebido pela empresa *'Tec Aves'*, mas foi repassado ao Fabiano ou para seu genitor, *'não estava no meio da transação'*, *'simplesmente entrou esse valor, não foi feito e foi depositado na conta do Fabiano ou de seu pai.'* Aduziu que essa quantia foi devolvida por meio de transferência bancária, pelo motivo de que não foram entregues as mercadorias. *'Era para ser feito outro barracão na época, e não foi, por isso que entrou esse valor e foi repassado de volta para ele.'* Disse que foi um fato isolado transacionar com clientes da empresa Maroco, porém não eram equipamentos de aviário, e portanto, não houve simulação, até porque não houve a entrega do material, devolvendo-se o dinheiro. Asseverou que a embargante e a empresa Maroco reuniram-se após a entrega do barracão para formular um documento a fim de saldar valores não pagos, pois como ocorreu a substituição de materiais, ocasionou uma diferença de valores, e a *'Big estava cobrando'*. Disse que Elizabete requereu prazo para pagar a quantia de aproximadamente 15.000,00.

Consoante as testemunhas Cristiano Rovani e Avelino Rovani, ambos montadores de equipamentos da empresa Maroco, auxiliaram na montagem dos materiais na propriedade de Elizabete. Disseram que aconteceu dois desmoroamentos de terras, e ambos ocorreram *'praticamente no final da obra'*, ocasionando danos, pois *'entortou'* o barracão, atingindo equipamentos já instalados (parte lateral, lonas, telas, etc.). Acreditam que o prejuízo foi em torno de R\$ 15.000,00 a 20.000,00. Aduziram que desmontaram os equipamentos e refizeram o serviço de montagem novamente. Confirmaram que o negócio foi intermediado por Odair Marció, vendedor da loja Maroco. Disseram que foram instalados os equipamentos pela primeira vez, desmoroando pela primeira vez, e reformaram pela primeira vez. Discorreram sobre o segundo desmoroamento, onde atingiu a maior parte do barracão, pois *'mexeu na estrutura'*, *'o estrago foi maior'*. Suscitaram que nos anos de 2009 e 2010 não realizaram nenhuma montagem de equipamentos na propriedade da embargante, somente em 2011, *'nem antes, nem depois, só naquela ocasião.'* Narraram que permaneceram no local por volta de 30 a 40 dias, bem como disseram que houve a substituição de equipamentos danificados.

Nos termos dos depoimentos acima, a conclusão é uma só: a embargante construiu um barracão/galpão para as suas atividades econômicas (criação de aves), por meio de negócio jurídico com a empresa Maroco Comércio de Equipamentos Agropecuários Ltda, estabelecida na cidade vizinha de Xaxim-SC, representante da Big Dutchman Brasil Ltda., ora requerente.

Por razões desconhecidas, o banco financiador do projeto não liberou o pretendido financiamento bancário no ano de 2009 o que obrigou a nova formalização de acordo em 2011. Dessa forma, passado dois anos, a embargante e a litisdenunciada formalizaram um novo negócio jurídico, e dessa vez, houve a liberação de recursos financeiros.

Sabe-se que a embargante tinha o dever de realizar um contrato de seguro da obra, porém esta cláusula não foi cumprida.

Assim, resta tão somente à embargante arcar por eventual incidente, como de fato ocorreu em dois momentos e durante as instalações dos equipamentos em sua propriedade, cabendo-lhe, exclusivamente, a obrigação de arcar com os danos oriundos dos infortúnios.

Observe-se que se o comando contratual fosse efetivado (celebração de contrato de seguro), diante dos deslizamentos de terras ocorridos na sua propriedade, a embargante não teria obrigação de reparar os danos. Porém, o que aconteceu neste caso, pelas provas colacionadas aos autos, foi que os desmoronamentos de terras danificaram equipamentos já instalados no barracão e estes tiveram de ser substituídos ou consertados, o que certamente gerou despesas.

Assim sendo, a alegação da embargante não deve prosperar, porquanto em razão do pedido de litisconsórcio, formulado pela própria embargante e deferido pelo juízo, a empresa Maroco deixou bem claro o início, meio e fim da história envolvendo as partes.

É bom ressaltar que à fl. 88 existe uma declaração/autorização, datada em 06/02/2012 e assinada por Elizabete Moreira, que diz o seguinte: *'Eu, Elizabete M. M. Moreira reconheço a dívida de R\$15.761,00 (quinze mil, setecentos e sessenta e um reais) junto à empresa Big Dutchman do Brasil Ltda, referente a equipamentos adquiridos por mim conforme pedido, para uso em minha granja. Autorizo a Big Dutchmann do Brasil Ltda a emitir 4 boletos com os seguintes valores e vencimentos: boleto 1) 3.950,00 vencimento 21/05/2012; 2) 3.950,00 vencimento 21/07/2012; 3) 3.950,00 vencimento 21/09/2012; 4) 3.950,00 vencimento 21/11/2012.'* (sic)

Ademais, a correspondência eletrônica de fl. 94 ressalta a respeito de quem é o verdadeiro credor da embargante, ou seja, *'fica esclarecido que o pagamento da dívida é com a Big Dutchman, e não com o representante [...]*'

À fl. 95 consta ainda a informação: *'Em contato com cliente, a mesma disse não dever nada à BIG DUTCHMAN, e que a negociação foi com a Representação, na pessoa de Márcio. Cliente disse que pagamento restante que deve à Representação será feito quando obtiver assistência técnica. [...]*'

Importante mencionar que em razão dos deslizamentos de terras, ocasionando danos nos equipamentos já instalados, foram emitidos novos pedidos, e conseqüentemente, novos dispêndios, bastando observar os documentos de fls. 142-143, datados de agosto de 2011, fl. 145 e revelam as despesas de consertos (segundo e terceiro reparos), além das notas fiscais de fls. 146-148 e 151 emitidas por Maroco em face da embargante, datadas de 09/03/2012 e recebidas por Elizabete.

No tocante ao valor de R\$ 81.000,00 (oitenta e um mil reais), declarado pela testemunha Odair José Marció, observa-se que realmente houve a expedição da nota fiscal (nº 380 – fl. 180), datada em 08/09/2011, porém referido valor foi transferido, no mesmo dia (08/09/2011) ao mutuário José Roberto Moreira (fl. 181).

No ponto, nota-se que às fls. 183-185-185-v contém informação de uma nota de crédito rural, em benefício de José Roberto Moreira, cujo valor é de R\$ 124.925,00 (cento e vinte e quatro mil, novecentos e vinte e cinco reais) a ser utilizado para adquirir materiais para edificação de aviário para frangos de corte sobre o imóvel rural matrícula nº 23.560.

É importante ressaltar que a empresa requerente Big Dutchman Brasil Ltda está cobrando os valores dispostos nas notas fiscais de nº 5.004 (fls. 13-14) e 6.711 (fl. 16), cujos canhotos foram recebidos pela própria embargante Elizabete Moreira.

Ademais, a parte embargante quitou parcialmente o débito, restando tão somente o valor de R\$ 12.207,08 (doze mil, duzentos e sete reais e oito centavos), nos termos da triplicata de fl. 12, e R\$ 2.975,74 (dois mil, novecentos e setenta e cinco reais e setenta e quatro centavos), conforme documento de fl. 15.

Assim sendo, a embargante não comprovou, de forma satisfatória o pagamento com relação a tais débitos que originaram a monitória.

De todo o exposto, resta configurada a dívida e a responsabilidade da embargante pelo seu pagamento.

b) Da litigância de má-fé da parte embargante:

A empresa litisdenunciada afirmou que *‘ante aos argumentos e elementos de prova por si colacionados ao feito, distante de qualquer dúvida que por sua maneira de proceder, a Embargante agiu de forma, sub-reptícia e ardilosamente, objetivando forjar elementos para se eximir do pagamento do saldo dos valores por si só ainda devidos à Autora Big Dutchman, bem assim, de tergiversar, para conseguir imputar co-responsabilidade a ora Contestante.’* (sic)

De fato, a autora tentou de maneiras distintas esquivar-se da responsabilidade de pagamento, inclusive, ocultando a existência de um segundo contrato, posterior e com valores diversos. Entretanto, pelas diferentes provas colhidas nos autos, ficou comprovado de que a embargante possui débito com a empresa autora, devendo ser reconhecida sua má-fé, uma vez que não há dúvidas de que a parte embargante, intencionalmente, apresentou versão que sabia ser inverídica objetivando induzir o juízo em erro.

A respeito do que se entende por alteração da verdade dos fatos, retira-se da doutrina:

O mesmo cuidado que se deve tomar na aplicação do inciso I deve ser repetido no inciso II do art. 80 do Novo CPC, considerando-se que também com relação aos fatos existem diferentes versões; o que a lei qualifica como diligência de má-fé é a negativa expressa de fato que a parte sabe ter existido, a afirmação de fato que sabe inexistente e a falsa versão para fatos verdadeiros com o objetivo consciente de induzir juiz em erro e assim obter alguma vantagem no processo (STJ, 1ª Turma, REsp 1.200.098/PR, rel. Min. Sérgio Kukina j. 27/05/02014, DJe 19/08/2014).

Trata-se da ofensa ao dever consagrado no art. 77, I, do Novo CPC. A exposição dos fatos conforme verdade é dever de todos que postulam em juízo, seja o autor em sua causa de pedir, seja o réu em seus fundamentos de defesa e dos terceiros que participam do processo como testemunhas. O dever de veracidade veda que as partes e seus procuradores litiguem conscientemente contra a verdade, fazendo alegações que sabem serem falsas ou enganosas, com o objetivo de induzir o julgador em erro. Quando mesmo a prova dos da alegação, não haverá ofensa ao dever de veracidade se essa falsidade não era de conhecimento da parte que alegou o fato. (Daniel Amorim Assumpção Neves in Novo Código de Processo Civil Comentado artigo por artigo. Salvador. Ed, JusPodivm. 2016).

Desta feita, com base no disposto nos arts. 80, II e 81 do CPC, condeno a parte embargante ao pagamento de multa no equivalente a 2% do valor atualizado da causa, bem como indenizar a litisdenunciada dos prejuízos que esta eventualmente suportou em razão da presente demanda, os quais deverão ser apurados em liquidação de sentença.

c) Da denunciação da lide:

A parte embargante/requerida afirma que *‘a relação comercial geradora das referidas notas fiscais foi entabulada entre a Requerida e a empresa MAROCO COM. EQUIP. AGROPECUÁRIOS LTDA., representante comercial da Requerente, que recebeu pelas mercadorias entregues conforme comprovantes de pagamento colacionados aos autos.’* (grifo no original)

Assim, alega que por força do contrato, a responsabilidade pelo pagamento é da representante comercial da requerente.

Vamos ao Código de Processo Civil, em seu art. 125, que assim dispõe sobre o tema:

Art. 125. É admissível a denunciação da lide, promovida por qualquer das partes:

I - ao alienante imediato, no processo relativo à coisa cujo domínio foi transferido ao denunciante, a fim de que possa exercer os direitos que da evicção lhe resultam;

II - àquele que estiver obrigado, por lei ou pelo contrato, a indenizar, em ação regressiva, o prejuízo de quem for vencido no processo.

Observa-se que a empresa Maroco é tão somente representante comercial da Big Dutchman Brasil Ltda na região Oeste de Santa Catarina.

Salienta-se que as notas fiscais, inadimplidas pela parte embargante, foram emitidas tão somente pela empresa requerente/embargada, e não pela litisdenunciada, que sequer possui responsabilidade civil ou comercial, pois apenas intermediou o negócio jurídico.

Nota-se, inclusive, que a própria embargante reconheceu a dívida perante a Big Dutchman do Brasil Ltda., e não com a empresa litisdenunciada Maroco, consoante declaração de fl. 88.

Além disso, é bom mencionar, resumidamente, pois já foi bem explanado durante a presente decisão, que ocorreram despesas não programadas, considerando os desmoraamentos de terra causando danos nos equipamentos já instalados pela representante comercial Maroco.

Portanto, o pedido de denúncia da lide formulado pela embargante merece total rejeição, pois a empresa litisdenunciada não possui nenhuma responsabilidade pela falta de pagamento oriunda exclusivamente da denunciante/embargante.” (grifo no original) (fls. 496/508).

Com essas considerações, o recurso é desprovido e, em razão da necessidade de remunerar o trabalho realizado em grau de recurso pelos advogados das apeladas (§ § 1º e 11 do artigo 85 do Código de Processo Civil de 2015), os honorários advocatícios são majorados em 1% (um por cento) do valor atualizado do débito, o que se faz em consideração aos limites e aos parâmetros estabelecidos no § 2º do artigo 85 do Código de Processo Civil de 2015.

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).

Agravo de Instrumento n. 4025374-93.2018.8.24.0900, da Capital – Continente

Relator: Des. Subst. Luiz Felipe Schuch

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE RESCISÃO DE CONTRATO CUMULADA COM COBRANÇA E REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS. REPRESENTAÇÃO COMERCIAL. RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO INDENIZATÓRIA RELATIVA A COMISSÕES ANTERIORES A CINCO ANOS DO AJUIZAMENTO DA DEMANDA. INSURGÊNCIA DA AUTORA.

PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. EXEGESE DO ART. 44, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI N. 4.886/1965. VALORES RELATIVOS A COMISSÕES INADIMPLIDAS. PRAZOS PRESCRICIONAIS CONTADOS INDIVIDUALMENTE PARA CADA PRESTAÇÃO DEVIDA.

PREQUESTIONAMENTO. DESNECESSIDADE DE O JULGADOR SE MANIFESTAR SOBRE TODOS OS DISPOSITIVOS LEGAIS APONTADOS PELAS PARTES QUANDO NÃO SE MOSTRAREM RELEVANTES PARA O DESLINDE DA CONTROVÉRSIA.

RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

1. Consoante já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, “a pretensão do representante comercial para cobrar diferenças de comissões prescreve mês a mês, estando sujeita ao prazo quinquenal (Lei 4.886/65, art. 44)” (Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial n. 443.147/RS, rela. Mina. Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, j. 15-8-2017).

2. É sabido que o órgão julgador não está obrigado a manifestar-se acerca de todas as questões invocadas pelas partes quando não se mostrarem relevantes para o deslinde da controvérsia, tendo em vista ser suficiente a aplicação do direito ao caso trazido à apreciação do Poder Judiciário, de forma motivada, a fim de atender ao disposto no artigo 93, IX, da Constituição Federal.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 4025374-93.2018.8.24.0900, da comarca da Capital – Continente 1ª Vara Cível em que é agravante Cilazza Comércio e Representações Ltda ME e agravada Paranapanema SA.

A Quinta Câmara de Direito Comercial decidiu, por unanimidade, conhecer do recurso e negar-lhe provimento. Custas legais.

O julgamento, realizado em 25 de abril de 2019, foi presidido pelo Desembargador Cláudio Barreto Dutra, com voto, e dele participou o Desembargador Monteiro Rocha.

Florianópolis, 29 de abril de 2019.

Luiz Felipe Schuch
RELATOR

RELATÓRIO

Cilazza Comércio e Representações Ltda. M.E. interpôs agravo de instrumento contra decisão que, na ação de rescisão contratual cumulada com cobrança e indenização por dano moral ajuizada contra Paranapanema S.A. (autos n. 0301614-47.2015.8.24.0082), reconheceu a prescrição das parcelas referentes a comissões devidas anteriormente a 23-7-2010.

Sustenta a agravante, em síntese, que a prescrição quinquenal dever ter seu prazo iniciado somente a partir do fim do contrato de representação comercial, bem como assinala que a relação existente entre as partes perdurou por mais de 40 anos e que teria sofrido retaliações caso tivesse ajuizado ações para cobrança de comissões ao longo desse período.

Ao final, prequestiona os arts. 32, § 1º, e 44, parágrafo único, da Lei n. 4.886/1965 e requer o provimento do presente agravo a fim de rechaçar a prescrição pronunciada no juízo de origem (fls. 1-8).

Ausente pedido de efeito suspensivo ou de antecipação da tutela recursal, o recurso foi admitido (fls. 16-17).

Contrarrazões às fls. 19-29.

É o relatório.

VOTO

O recurso preenche os requisitos extrínsecos e intrínsecos de admissibilidade, motivo pelo qual deve ser conhecido.

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra decisão que pronunciou a prescrição da pretensão indenizatória relativa a comissões não pagas anteriores ao quinquênio antecedente à propositura da demanda.

É cediço que a atividade dos representantes comerciais é regida por legislação específica (Lei n. 4.886/1956), a qual prevê a aquisição do direito às comissões no momento do pagamento dos pedidos ou das propostas, a serem pagas até o dia 15 do mês subsequente ao da liquidação das faturas (art. 32, *caput* e § 1º).

De sua vez, a respeito da prescrição da pretensão relativa aos valores devidos em razão da representação comercial, assim dispõe o art. 44, parágrafo único, da Lei n. 4.886/1956 (acrescido pela Lei n. 8.420/1992):

Art. 44. (...)

Parágrafo único. Prescreve em cinco anos a ação do representante comercial para pleitear a retribuição que lhe é devida e os demais direitos que lhe são garantidos por esta lei.

Ocorre que, diferentemente do que sustenta a agravante ao pleitear o recebimento de comissões inadimplidas ao longo de todo período em que perdura o contrato de representação comercial entre as partes, sob o argumento de que a prescrição deve ser contada a partir do fim da relação, a obrigação em tela é constituída por prestações sucessivas com vencimentos mensais, de modo que o prazo prescricional quinquenal de cada parcela não paga (ou paga em valor inferior ao devido) deve fluir individualmente, com marco inicial na data em que deveria ter ocorrido a quitação.

Nessa esteira, colhe-se do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. REPRESENTAÇÃO COMERCIAL. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. NÃO OCORRÊNCIA. AÇÃO DE COBRANÇA. DIFERENÇAS DE COMISSÕES. VENCIMENTO MÊS A MÊS. (...)

(...) 4. A pretensão do representante comercial para cobrar diferenças de comissões prescreve mês a mês, estando sujeita ao prazo quinquenal (Lei 4.886/65, art. 44).

5. Agravo interno parcialmente provido (Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial n. 443.147/RS, rela. Mina. Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, j. 15-8-2017).

No mesmo rumo:

PROCESSUAL CIVIL E COMERCIAL. RESCISÃO DE CONTRATO. REPRESENTAÇÃO COMERCIAL. ZONA DE ATUAÇÃO. EXCLUSIVIDADE. OMISSÃO CONTRATUAL. POSSIBILIDADE DE COMPROVAÇÃO. PAGAMENTO DE COMISSÕES. RESOLUÇÃO CONTRATUAL. EFEITO EX TUNC. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. APLICABILIDADE.

(...) 4. A pretensão do representante comercial autônomo para cobrar comissões nasce mês a mês com o seu não pagamento no prazo legal, pois, nos termos do art. 32, §1º, da Lei 4.886/65 (*sic*). Assim, a cada mês em que houve comissões pagas a menor e a cada venda feita por terceiro em sua área de exclusividade, nasce para o representante comercial o direito de obter a devida reparação.

5. É quinquenal a prescrição para cobrar comissões, verbas rescisórias e indenizações por quebra de exclusividade contratual, conforme dispõe o parágrafo único do art. 44 da Lei 4.886/65.

6. Recurso especial parcialmente provido (Recurso Especial n. 1.634.077/SC, rela. Mina. Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. 9-3-2017).

Não se desconhece a interpretação no sentido de que “o prazo prescricional descrito no parágrafo único do artigo 44 da Lei nº 4.886/65, incluído pela Lei nº 8.420/92, refere-se ao exercício do direito de ação e não ao próprio direito indenizatório vindicado” (Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial n. 901.594/SP, rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, j. 18-8-2016). No entanto, a contagem do prazo quinquenal tão somente a partir do término da avença diz respeito apenas às verbas indenizatórias decorrentes da rescisão contratual, as quais devem ser calculadas com base nos valores percebidos durante todo o período de vigência da relação, e

não ao recebimento das parcelas mensais referentes às comissões inadimplidas, estas com prazos individuais, como já mencionado.

Nesse quadro, considerando que a demanda foi ajuizada em 23 de julho de 2015, correta a decisão que decretou a prescrição da pretensão atinente às comissões inadimplidas com vencimentos anteriores a 23 de julho de 2010.

Por fim, quanto ao prequestionamento invocado pela agravante, é sabido que o órgão julgador não está obrigado a manifestar-se acerca de todas as questões invocadas pelas partes quando não se mostrarem relevantes para o deslinde da controvérsia, tendo em vista ser suficiente a aplicação do direito ao caso trazido à apreciação do Poder Judiciário, de forma motivada, a fim de atender ao disposto no artigo 93, IX, da Constituição Federal.

A respeito do tema, comentando o Novo Código de Processo Civil, anotam Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero:

(...) é preciso perceber que o juiz não tem o dever de rebater todos os argumentos levantados pelas partes ao longo de seus arrazoados: apenas os argumentos relevantes é que devem ser enfrentados. O próprio legislador erige um critério para distinguir entre argumentos relevantes e argumentos irrelevantes: argumento relevante é todo aquele que é capaz de infirmar, em tese, a conclusão adotada pelo julgador. Argumento relevante é o argumento idôneo para alteração do julgado. Omitindo-se o juiz na análise de argumentos relevantes, não se considera fundamentada a decisão (art. 489, § 1.º, IV, CPC), cabendo embargos declaratórios para forçar a análise dos argumentos omitidos (art. 1.022, II, CPC). Não analisados, consideram-se fictamente inseridos na decisão judicial para efeito de análise de eventual recurso especial ou extraordinário interposto pela parte interessada (art. 1.025, CPC)” (Novo Código de Processo Civil comentado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 493).

Nesse palmilhar, se a fundamentação do julgamento deve abrigar os argumentos relevantes ao deslinde da controvérsia, mostra-se desnecessária a abordagem das questões periféricas incapazes de infirmar a solução alcançada pelo Órgão Julgador.

Ante o exposto, voto pelo conhecimento e desprovimento do presente agravo de instrumento.

Mandado de Segurança n. 4013244-21.2019.8.24.0000, do Tribunal de Justiça

Relator: Desembargador Jaime Ramos

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. DELEGATÁRIO DO SERVIÇO DE REGISTRO DE IMÓVEIS. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR INSTAURADO PARA APURAR FALTAS COMETIDAS NO EXERCÍCIO DA FUNÇÃO QUE PODERÁ RESULTAR EM PERDA DA DELEGAÇÃO. AÇÃO MANDAMENTAL IMPETRADA CONTRA ATO DO VICE-CORREGEDOR-GERAL DA JUSTIÇA QUE DETERMINOU O AFASTAMENTO CAUTELAR DA OFICIALA DE REGISTRO DE IMÓVEIS DA COMARCA DE BRUSQUE DE SUAS FUNÇÕES ATÉ DECISÃO FINAL DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO COM BASE NO ART. 35, § 1º, DA LEI 8.935/94. NORMA ESPECÍFICA QUE PREVALECE SOBRE O DISPOSTO NO ART. 36 QUE ESTABELECE O PRAZO MÁXIMO DE AFASTAMENTO DE 120 DIAS. ALEGADO EXCESSO DE PRAZO PARA A CONCLUSÃO DA INSTRUÇÃO DO FEITO. PROTELAÇÃO CAUSADA POR CULPA EXCLUSIVA DA IMPETRANTE EM RAZÃO DAS CONSTANTES MARCAÇÕES DE AUDIÊNCIAS PARA INQUIRIRÃO DE TESTEMUNHAS DE DEFESA, APÓS O QUE SERÁ OUVIDA A REPRESENTADA. DIREITO LÍQUIDO E CERTO INEXISTENTE. ORDEM DENEGADA.

[...] 2. Imputados ao titular de serventia extrajudicial, em Portaria inaugural de processo administrativo disciplinar, fatos com alta repercussão lesiva, e proposta, com base em tais fatos, a penalidade de perda da delegação (art. 32, IV, Lei n. 8.935/94), a Lei dos Notários e Registradores autoriza que o afastamento das atividades se estenda ao julgamento final do processo (art. 35, § 1º, Lei n. 8.945/94), não havendo limitação ao prazo de 120 (cento e vinte) dias (art. 36, Lei n. 8.945/94), nem se tolerando o retorno prematuro às funções sem que haja rigorosa apuração e supressão das falhas prejudiciais à qualidade, autenticidade e segurança que a vida em sociedade demanda dos serviços cartorários delegados pelo Estado ao exercício privado (art. 236, CF). 3. Segurança denegada. (TJSC, Mandado de Segurança n. 2008.010935-7, da Capital, rel. Des. Maria do Rocio Luz Santa Ritta, Tribunal Pleno, j. 02-07-2008). Não obstante, é evidente que a demora injustificada, por extenso lapso temporal, para a conclusão do processo administrativo disciplinar do cartorário extrajudicial, pode eventualmente implicar a necessidade de retorno dele às suas atividades, porém, não na hipótese em que o atraso decorre de atos de sua responsabilidade, como as sucessivas prorrogações de audiência para inquirição de testemunhas de defesa.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança n. 4013244-21.2019.8.24.0000, da comarca de Tribunal de Justiça em que é Impetrante Juracy Kormann Duarte são Impetrados Desembargador Corregedor- geral de Justiça do Foro Extrajudicial e outro.

O Grupo de Câmaras de Direito Público decidiu, por maioria de votos, denegar a ordem. Vencidos os Exmos. Srs. Desembargadores Cid Goulart, João Henrique Blasi, Ricardo Roesler, Paulo Henrique Moritz Martins da Silva, Denise de Souza Francoski e Pedro Manoel Abreu. Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, realizado no dia 24 de julho de 2019 e presidido pelo Exmo.

Sr. Des. João Henrique Blasi (com voto), os Exmos. Srs. Des. Jaime Ramos, Sônia Maria Schmitz, Luiz Fernando Boller, Ricardo Roesler, Odson Cardoso Filho, Paulo Henrique Moritz Martins da Silva, Júlio César Knoll, Vera Lúcia Ferreira Copetti, Hélio do Valle Pereira, Denise de Souza Luiz Francoski, Vilson Fontana, Pedro Manoel Abreu, Sérgio Roberto Baasch Luz e Desembargador Cid Goulart

Florianópolis, 25 de julho de 2019

Desembargador Jaime Ramos
Relator

RELATÓRIO

Juracy Kormann Duarte impetrou mandado de segurança, com pedido de liminar, contra ato do Desembargador Corregedor-Geral da Justiça do Foro Extrajudicial que indeferiu o pedido de revogação da medida cautelar do afastamento da impetrante da função de Oficiala de Registro de Imóveis da Comarca de Brusque.

Alega que foi instaurando o Processo Administrativo n. 0000227-97.2017.8.24.0600, por meio da Portaria n. 59/2018, e foi determinado o afastamento cautelar da impetrante da função delegada de titular do Registro de Imóveis da Comarca de Brusque, até decisão final no procedimento administrativo disciplinar, sob o fundamento de que a providência visa a assegurar a regular tramitação processual e colheita de provas e, ao mesmo tempo garantir a contínua e regular prestação dos serviços na serventia; que, na mesma portaria, houve a nomeação e fixação de remuneração de interventora, a qual vem exercendo a função provisoriamente até então; que passados mais de 125 (cento e vinte e cinco) dias do seu efetivo afastamento cautelar, ocorrido no dia 21/11/2018, a impetrante, em 26/03/2019, protocolou pedido de revogação de cautelar de seu afastamento, visto que, no seu entendimento, há duas situações que mereciam ser analisadas pela autoridade coatora, cujo eventual entendimento positivo certamente resultaria no retorno imediato da impetrante às funções de titular do Registro de Imóveis da Comarca de Brusque, quais sejam, da necessária aplicação do disposto no artigo 36 da Lei n. 8.935/1994 e da necessária cessação da medida cautelar de afastamento preventivo em virtude da extrapolação do prazo de 90 (noventa) dias para conclusão da instrução do feito; que, em 30/04/2019, a autoridade coatora indeferiu o pedido formulado pela impetrante, mantendo o seu afastamento provisório até o julgamento final do processo administrativo; que, não obstante ter-se fixado no momento da determinação do afastamento cautelar o entendimento de que no presente caso deveria ser dada a aplicação do disposto no art. 35, §1º, da Lei Federal n. 8.935/1994, deveria haver a interpretação conjunta de tal dispositivo com o art. 36 da mesma lei, o qual determina que o titular do Cartório poderá ser afastado pelo prazo de 90 (noventa) dias prorrogáveis por mais 30 (trinta), mas este prazo já foi ultrapassado; e que o processo administrativo também deveria ser concluído em 90 (noventa) dias, mas esse lapso não foi respeitado.

Requeru a concessão de medida liminar e, ao final, que seja cassado e/ou revogado e/ou anulado “o ato coator que mantém o afastamento cautelar da ora Impetrante das funções de Oficial do Registro de Imóveis da Comarca de Brusque e, por conseguinte, haja a cassação e/ou revogação e/ou anulação dos efeitos das decisões que mantém a ora Impetrante afastada no curso do processo administrativo n. 0000227-97.2017.8.24.0600, em especial os efeitos da decisão tida como coatora, com o necessário retorno da Impetrante às funções de Oficial do Registro de Imóveis da Comarca de Brusque até o julgamento final do processo administrativo”.

O exame do pedido de liminar foi postergado para depois das informações e da manifestação ministerial.

O Estado de Santa Catarina informou seu interesse em ingressar na lide (pág. 94).

Notificado, o Corregedor-Geral da Justiça do Foro Extrajudicial, prestou informações dizendo que a regra especial de suspensão de notário e registrador, estabelecida no caso de perda de delegação prevista no art. 35, § 1º da Lei n. 8.935/94, se sobrepõe à suspensão provisória e preventiva do art. 36, da mesma lei. Corroborando com tais argumentos, cita julgamento do Superior Tribunal de Justiça (MS n. 23.311), bem como assevera que em decisão recente no Pedido de Providências n. 0010031-16.2017.2.00.0000, o Conselho Nacional de Justiça - CNJ refutou a tese de que o prazo de afastamento cautelar seria limitado a 120 dias, com base no termo fixado no art. 1º do art. 35 da Lei n. 8.935/94.

No mais, sustenta que, quanto ao prazo fixado para a instrução processual, é consabido que a sua extrapolação não causa prejuízo ao processo nem às partes, pois se trata de prazo estabelecido pelo Corregedor-Geral da Justiça do Foro Extrajudicial para o Juiz Diretor do Foro realizar a produção da prova, a qual por circunstâncias supervenientes levaram a um prolongamento do prazo; que na hipótese o prazo foi extrapolado devido à necessidade de oitiva das testemunhas da delegatária afastada, bem como em virtude da solicitação por seu procurador de que a oitiva daquela fosse a última.

Com vista dos autos, a douta Procuradoria-Geral de Justiça, com base em parecer da lavra da Exma. Sra. Dra. Eliana Volcato Nunes, opinou pela denegação da ordem.

VOTO

O inciso LXIX do art. 5º da Constituição Federal, reproduzido pelo art. 1º, da Lei Federal n. 12.016, de 07/08/2009, efetivamente garante a todos a concessão de “*mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público*”.

No entanto, o direito líquido e certo a ser amparado por mandado de segurança deve vir comprovado desde logo com a impetração, porquanto nessa via processual não se admite dilação probatória para a sua comprovação.

HELY LOPES MEIRELLES, acerca do que se deve entender por direito líquido e certo, ensina:

“Direito líquido e certo é o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração. Por outras palavras, o direito invocado, para ser amparável por mandado de segurança, há de vir expresso em norma legal e trazer em si todos os requisitos e condições de sua aplicação ao impetrante: se sua existência for duvidosa; se sua extensão ainda não estiver delimitada; se seu exercício depender de situações e fatos ainda indeterminados, não rende ensejo à segurança, embora possa ser defendido por outros meios judiciais.

“Quando a lei alude a direito líquido e certo, está exigindo que esse direito se apresente com todos os requisitos para seu reconhecimento e exercício no momento da impetração. Em última análise, direito líquido e certo é direito comprovado de plano. Se depender de comprovação posterior, não é líquido nem certo, para fins de segurança” (Mandado de Segurança. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 37).

VICENTE GRECO FILHO, acerca da impossibilidade de dilação probatória em mandado de segurança, leciona:

“O pressuposto do mandado de segurança, portanto, é a ausência de dúvida quanto à situação de fato, que deve ser provada documentalmente. Qualquer incerteza sobre os fatos decreta o descabimento da reparação da lesão através do mandado, devendo a parte pleitear seus direitos através de ação que comporte a dilação probatória. Daí dizer-se que o mandado de segurança é um processo sumário documental, isto é, um processo rápido, concentrado, fundado em prova documental. No caso de não ser possível a apreciação do pedido por haver dúvida quanto à matéria de fato, por outro lado, pode o interessado propor a demanda adequada, não ocorrendo contra ele o fenômeno da coisa julgada” (Direito processual civil brasileiro. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 308).

Então, a via do *writ of mandamus* é destinada à proteção de direito líquido e certo, cuja comprovação dos fatos e situações concretas para exercício do direito é verificada de plano, por prova pré-constituída incontestável, para que não parem dúvidas ou incertezas sobre esses elementos.

Busca a impetrante a suspensão dos efeitos da decisão tida como coatora, prolatada pelo digno Vice-Corregedor Geral da Justiça, função atualmente denominada de Corregedor Geral do Foro Extrajudicial, que determinou o afastamento da impetrante de suas atividades como Delegatária do Serviço Público em Ofício de Registro de Imóveis, pleiteando seu retorno às funções, em razão da demora na conclusão do processo administrativo disciplinar por mais de 120 (cento e vinte) dias.

Sustenta em seu arrazoado que há duas ilegalidades na manutenção do seu afastamento do cargo. A primeira está presente na Portaria n. 59/2018, que a afastou de suas funções, por tempo indeterminado, até o julgamento final do processo administrativo, pois segundo a impetrante, não obstante ter-se fixado no momento do afastamento cautelar (Portaria 59/2018) o entendimento de que no presente caso deveria ser dada a aplicação do disposto no artigo 35 parágrafo 1º da Lei Federal n. 8.935/94, deveria haver a interpretação conjunta de tal dispositivo com o artigo 36 da

mesma Lei, o qual determina que o afastamento do titular do Cartório poderá ser pelo prazo de 90 (noventa) dias prorrogáveis por mais 30 (trinta). Já a segunda ilegalidade apontada refere-se ao fato de que a instrução processual extrapolou seu prazo, o que, muito embora não resulte nulidade processual, certamente faz cessar o afastamento cautelar.

Compulsando o caderno processual, extrai-se do ato reputado como coator, qual seja, a Portaria n. 59/2018, expedida pelo Corregedor-Geral da Justiça do Foro Extrajudicial do Estado de Santa Catarina:

“CONSIDERANDO as irregularidades verificadas, bem como a documentação encartada, o parecer do Juiz-Corregedor e a decisão de minha lavra, todos constantes dos autos número 0000227-97.2017.8.24.0600;

“CONSIDERANDO que os notários e registradores são dotados de fé pública, razão pela qual devem pautar-se pela correção de seu exercício profissional, a fim de garantir a publicidade, autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos em que intervêm, atendendo as partes com eficiência, urbanidade e presteza;

“CONSIDERANDO que os notários e registradores devem proceder de forma a dignificar a função exercida, tanto nas atividades profissionais como na vida privada;

“CONSIDERANDO a relevância da atividade notarial e de registro, que tem por viga-mestra a segurança jurídica, propagada indireta ou expressamente na legislação aplicável à espécie, notadamente a Lei Federal n. 8.935/1994; e,

“CONSIDERANDO que, para fins de portaria inaugural, basta a descrição concisa ou resumida dos fatos, conforme entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça (STF, ROMS n. 25.105, Ministro Joaquim Barbosa, j. em 23.5.2006; STJ, MS n. 12.803, Ministro Rogério Schietti Cruz, j. de 9.4.2014);

“RESOLVE:

“Instaurar PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR contra JURACY KORMANN DUARTE, Oficial Titular do Registro de Imóveis da comarca de Brusque, pela prática das condutas narradas no parecer de páginas 367 a 418, acolhido pela decisão de página 419, nos seguintes termos: [...]

“SUBSUNÇÃO - DAS NORMAS VIOLADAS

“Diante da narrativa exposta, constata-se que as transgressões praticadas pela registradora violam regras norteadoras da atividade notarial e de registro, reconhecendo-se, assim, a prática das infrações administrativas definidas no art. 31, inciso I [...], II [...], III [...] e V [...], da Lei n. 8.935/94.

“DA SANÇÃO DISCIPLINAR

“Em face da lesão causada aos institutos de direito notarial e registral, entendo que deva ser aplicada a pena de PERDA DA DELEGAÇÃO, com arrimo no inciso IV do art. 32 da Lei n. 8.935/94.

“DO AFASTAMENTO CAUTELAR

“À vista da documentação inserta nos autos, assim como das considerações do parecer de págs. 367 e 410, e calcado no disposto no art. 35, §1º, da Lei n. 8.935/94, **DETERMINO O AFASTAMENTO CAUTELAR da delegatária do Registro de Imóveis da comarca de Brusque, até decisão final neste Procedimento Administrativo Disciplinar, destacando que tal providência visa a assegurar a contínua e regular prestação dos serviços na serventia**” (págs. 27-39 – grifou-se).

Como se observa, a impetrante foi afastada de suas funções até a decisão final do processo administrativo, devido ao fato de que as supostas condutas praticadas pela titular de Registro de Imóveis da Comarca de Brusque poderão resultar na aplicação da pena de perda de delegação.

Ao prestar as informações, a autoridade impetrada assim relatou:

De pronto informo que a regra especial de suspensão de notário e registrador, estabelecida no caso de perda de delegação no art. 35, § 1º da Lei n. 8.935/94, se sobrepõe à suspensão provisória e preventiva do art. 36, da mesma lei.

A primeira dispõe que o afastamento se dará até a decisão final do processo e, por se tratar de norma específica para o caso de perda de delegação, é a que deve ser obedecida.

“Art. 35. A perda da delegação dependerá:

[...]

II – de decisão decorrente de processo administrativo instaurado pelo juízo competente, assegurado amplo direito de defesa.

§ 1º Quando o caso configurar a perda da delegação, o juízo competente suspenderá o notário ou oficial de registro, até a decisão final, e designará interventor, observando-se o disposto no art. 36.

Art. 36. Quando, para a apuração de faltas imputadas a notários ou a oficiais de registro, for necessário o afastamento do titular do serviço, poderá ele ser suspenso, preventivamente, pelo prazo de noventa dias, prorrogável por mais trinta”.

Corroboram os argumentos acima o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça:

“Quando o processo administrativo tiver por objeto a possibilidade de aplicação da pena de perda do cargo, o afastamento provisório é feito por prazo indeterminado, embora limitado ao julgamento final. Inteligência do art. 35 da Lei 8.935/1994. Por se tratar de regra específica, prevalece sobre o prazo de afastamento por noventa dias, prorrogáveis por mais trinta, estipulado para finalidade diversa (colheita de provas, conforme art. 36 da referida lei).

[...]

Quanto à pretensão de obter ordem para imediato retorno às atividades exercidas pelo recorrente, tenho-a como improcedente, pois o art. 35, § 1º, da Lei 8.935/1994 é norma especial em relação à regra do art. 36. Este último versa sobre o afastamento provisório do notário ou oficial de registro, para fins de apuração de provas, revelando medida cautelar de instrução do processo administrativo, cujo prazo é de 90 dias, podendo chegar a 120; o primeiro trata do afastamento por tempo indeterminado, limitado ao julgamento final, quando o caso configurar *perda* de delegação, hipótese dos autos.” (MS n. 29.311).

Ainda, em decisão recente no Pedido de Providências n. 0010031-16.2017.2.00.0000, o Conselho Nacional de Justiça – CNJ refutou a tese de o prazo de afastamento cautelar ser limitado a 120 dias, com base no termo fixado no § 1º do art. 35 da Lei n. 8.935/94.

Quanto ao interregno fixado para a instrução processual (pág. 484), é consabido que a sua extrapolação não causa prejuízo ao processo nem às partes, pois se trata de prazo estabelecido pelo Corregedor-Geral do Foro Extrajudicial para o Juiz Diretor do Foro realizar a produção de prova, a qual por circunstâncias supervenientes levaram a um prolongamento do prazo.

Na hipótese o prazo foi extrapolado devido a necessidade de oitiva das testemunhas da delegatária afastada, bem como em virtude da solicitação por seu procurador de que a oitiva daquela fosse a última.

Assim, considerando que prevalece a norma do art. 35, § 1º, da Lei n. 8.935/94 e que não há prejuízo para a parte ou para o processo pelo fato de já ter ultrapassado os 90 dias estabelecidos para a instrução, opino pelo indeferimento do pedido com a cientificação da titular afastada do presente parecer e decisão.

Informo que ainda não aportou nessa Corregedoria os documentos e gravações realizados na instrução processual delegada à Juíza Diretora do Foro da comarca de Brusque, os quais estão aguardando a sua finalização para remessa integral”.

Por fim, buscando informações mais atualizadas sobre a instrução do processo, consultei a secretaria do foro da comarca de Brusque e fui informado que recentemente retornou, da comarca de São Bento do Sul, carta precatória para oitiva da testemunha de defesa. Ainda fui avisado que, considerando o pedido da defesa para que a impetrante seja inquirida depois do retorno das cartas precatórias, na sequência será designada audiência para a oitiva da impetrante pela diretora do foro da comarca de Brusque. (págs. 97/99)

Vejamos o que determina a Lei n. 8.935/94, que disciplina os serviços notariais e de registro, acerca da penalidade disciplinar de perda da delegação e do afastamento cautelar das atividades:

Art. 35. A perda da delegação dependerá:

I - de sentença judicial transitada em julgado; ou

II - de decisão decorrente de processo administrativo instaurado pelo juízo competente, assegurado amplo direito de defesa.

§ 1º **Quando o caso configurar a perda da delegação, o juízo competente suspenderá o notário ou oficial de registro, até a decisão final, e designará interventor, observando-se o disposto no art. 36.**

§ 2º (Vetado).

Art. 36. Quando, para a apuração de faltas imputadas a notários ou a oficiais de registro, for necessário o afastamento do titular do serviço, **poderá ele ser suspenso, preventivamente, pelo prazo de noventa dias, prorrogável por mais trinta.** (grifou-se)

Conforme se infere da leitura dos artigos supracitados, é perfeitamente cabível a suspensão de notários ou oficiais de registro durante o trâmite do processo administrativo instaurado com o objetivo de apurar faltas cometidas que, pela gravidade, tenham aptidão de ensejar a perda da delegação.

A celeuma gira em torno da possibilidade de esse afastamento perdurar até a decisão final do processo administrativo disciplinar, em face do que dispõe o § 1º do art. 35 da Lei n. 8.935/94; ou é necessário observar a limitação temporal de 90 (noventa) dias, prorrogável por mais 30 (trinta), a que se refere o art. 36.

Parece haver certo conflito entre as duas normas.

Em certa ocasião, o Superior Tribunal de Justiça decidiu pela prevalência da limitação temporal contida no art. 36:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. AFASTAMENTO DE NOTÁRIO DE SUAS FUNÇÕES. EXCESSO DE PRAZO DE CONCLUSÃO DO PROCEDIMENTO. LEI 8.935/94. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO. SEGURANÇA CONCEDIDA.

1. Por determinação do Corregedor-Geral da Justiça do Estado do Espírito Santo, e sem o desfecho do Processo Administrativo Disciplinar, encontra-se o impetrante afastado do exercício das suas funções (Cartório de Registro Civil de Pessoas Naturais e Tabelionato de Notas do Distrito Judiciário de Ibes, Vila Velha/ES) desde 10/07/2010, em evidente maltrato aos princípios da razoável duração do processo (arts. 5º, LXXVIII - CF), da eficiência e do impulso oficial (art. 2º, parágrafo único, XII, Lei 8.784/1999).

2. A suspensão preventiva do notário ou do oficial de registro, em razão de falta que possa configurar perda da delegação, não pode, sem ofensa à lei, ultrapassar o prazo de 120 (cento e vinte) dias (arts. 35, § 1º, e 36 - Lei 8.935, de 18/11/1994). Hipótese em que o afastamento já ultrapassa o prazo de 5 (cinco) anos.

3. “É dever da Administração Pública pautar seus atos dentro dos princípios constitucionais, notadamente pelo princípio da eficiência, que se concretiza também pelo cumprimento dos prazos legalmente determinados (REsp 687.947/MS, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, 2ª Turma DJ 21/08/2006).

4. “Não é lícito à Administração Pública prorrogar indefinidamente a duração de seus processos, pois é direito do administrado ter seus requerimentos apreciados em tempo razoável, *ex vi* dos arts. 5º, LXXIII, da Constituição Federal e 2º da Lei n. 9.784/99.” (MS 13.584/DF, Rel. Ministro JORGE MUSSI, 3ª Seção DJe 26/06/2009).

5. Recurso ordinário provido. Concessão da segurança. Retorno do impetrante às suas funções, sem prejuízo da conclusão do processo administrativo disciplinar. (STJ, RMS 48.536/ES, Rel. Ministro OLINDO MENEZES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO), PRIMEIRA TURMA, j. 16/02/2016, DJe 22/02/2016 – grifou-se).

Este Tribunal de Justiça, no entanto, vem reconhecendo a possibilidade de afastamento do titular da delegação até a decisão final do processo administrativo disciplinar, na forma do art. 35, § 1º, da Lei n. 9.835/95:

MANDADO DE SEGURANÇA (ART. 5º, LXIX, CF). PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR (ART. 104, LOMAN C/C ART. 379, CDOJESC). TITULAR DE SERVENTIA EXTRAJUDICIAL (ART. 236, CF). DIREITO ADQUIRIDO À VITALICIEDADE NA FUNÇÃO (ART. 5º, XXXVI, CF C/C ART. 174, LEI N. 634/52), COM NECESSIDADE DE SENTENÇA JUDICIAL PARA A PERDA DA DELEGAÇÃO (ART. 32, IV, LEI N. 8.935/94). QUESTÃO CONTROVERSA. REMESSA DOS AUTOS, PELO CONSELHO DA MAGISTRATURA, AO TRIBUNAL PLENO PARA EFEITO DE UNIFORMIZAÇÃO DO ENTENDIMENTO. VIABILIDADE (ARTS. 87, XIII, 363, I, II, E PARÁGRAFO ÚNICO, 375, E 87, XXI, ‘ó’, CDOJESC). INOCORRÊNCIA DE LESÃO ÀS GARANTIAS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA (ART. 5º, LIV E LV, CF). AFASTAMENTO PREVENTIVO DO TITULAR DA SERVENTIA. POSSIBILIDADE EXTENSIVA AO JULGAMENTO FINAL (ART. 35, §1º, LEI N. 8.935/94). EXCESSO DE PRAZO INOCORRENTE. ORDEM NEGADA.

Possível ao Conselho da Magistratura, no julgamento de processos disciplinares (art. 104, LOMAN c/c art. 379, CDOJESC), com o objetivo de uniformizar o tratamento sobre questão jurídica controvertida, remetê-la ex officio à apreciação do Tribunal Pleno, órgão de cúpula na estrutura do Poder Judiciário, responsável pela direção da atividade administrativa e também investido em atribuição disciplinar (arts. 87, XIII, 363, I e II, parágrafo único, 375 e 87, XXI, 'o', CDOJESC), não implicando violação ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LV e LIV, CF) a decisão do Eg. Conselho que, em sessão continuativa de julgamento anterior, assim procede sem prévia intimação.

2. Imputados ao titular de serventia extrajudicial, em Portaria inaugural de processo administrativo disciplinar, fatos com alta repercussão lesiva, e proposta, com base em tais fatos, a penalidade de perda da delegação (art. 32, IV, Lei n. 8.935/94), a Lei dos Notários e Registradores autoriza que o afastamento das atividades se estenda ao julgamento final do processo (art. 35, §1º, Lei n. 8.945/94), não havendo limitação ao prazo de 120 (cento e vinte) dias (art. 36, Lei n. 8.945/94), nem se tolerando o retorno prematuro às funções sem que haja rigorosa apuração e supressão das falhas prejudiciais à qualidade, autenticidade e segurança que a vida em sociedade demanda dos serviços cartorários delegados pelo Estado ao exercício privado (art. 236, CF).

3. Segurança denegada. (TJSC, Mandado de Segurança n. 2008.010935-7, da Capital, rel. Des. Maria do Rocio Luz Santa Ritta, Tribunal Pleno, j. 02-07-2008).

Esse acórdão foi confirmado pelo Superior Tribunal de Justiça, que assim anotou na ementa de seu julgado:

PROCESSUAL CIVIL ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. SERVIÇOS NOTARIAIS E DE REGISTRO. DECISÃO DO CONSELHO DA MAGISTRATURA QUE SUBMETEU, EX OFFICIO, AO TRIBUNAL PLENO, A UNIFORMIZAÇÃO DE ENTENDIMENTO A RESPEITO DE QUESTÃO PRELIMINAR. NULIDADE DO JULGAMENTO POR FALTA DE INTIMAÇÃO. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. INEXISTÊNCIA DE DIREITO DE RECURSO CONTRA TAL DECISÃO. NÃO-COMPROVAÇÃO DA LESÃO OU AMEAÇA A DIREITO LÍQUIDO E CERTO. PERDA DA DELEGAÇÃO. SUSPENSÃO PROVISÓRIA DO TITULAR POR PRAZO INDETERMINADO. VALIDADE ATÉ O JULGAMENTO FINAL. DIREITO ADQUIRIDO A APLICAÇÃO DA PENA SOMENTE POR MEIO DE PROCESSO JUDICIAL. INEXISTÊNCIA.

1. O Conselho de Magistratura do Tribunal de Justiça de Santa Catarina julgou processo administrativo destinado a aplicar a perda da delegação do recorrente, titular da Serventia de Paz do Município de Maracajá. No seu curso, suspendeu provisoriamente o exercício das atividades, nomeando interventor.

2. Não procede a tese de nulidade da decisão que, ex officio, determinou a remessa ao Tribunal Pleno, para fins de uniformização de entendimento, da preliminar de defesa apresentada (possibilidade de a perda de delegação decorrer de julgamento em processo administrativo). A prova dos autos demonstra que: a) o processo administrativo foi julgado em duas sessões consecutivas (10/12/2007 e 19/12/2007), e houve intimação para a primeira; b) a submissão da questão preliminar ao Tribunal Pleno, nos termos em que foi feita, é irrecurável, inexistindo prejuízo a ser suportado pelo recorrente. O referido ato, portanto, não representa violação ou lesão a direito líquido e certo.

3. Quando o processo administrativo tiver por objeto a possibilidade de aplicação da pena de perda do cargo, o afastamento provisório é feito por prazo indeterminado, embora limitado ao julgamento final. Inteligência do art. 35 da Lei 8.935/1994. Por se tratar de regra específica, prevalece sobre o prazo de

afastamento por noventa dias, prorrogáveis por mais trinta, estipulado para finalidade diversa (colheita de provas, conforme art. 36 da referida lei).

4. O art. 236 da Constituição Federal de 1988 atribuiu à lei ordinária a disciplina da responsabilidade civil e criminal dos notários, dos oficiais de registro e de seus prepostos. O dispositivo foi regulamentado pela Lei 8.935/1994, a qual expressamente prevê, em seu art. 35, que a perda da delegação pode decorrer de julgamento em processo judicial, com decisão transitada em julgado, ou em processo administrativo, assegurada a ampla defesa. Inexiste direito adquirido contra regime jurídico decorrente de nova ordem constitucional, dado o caráter ilimitado do Poder Constituinte Originário.

5. Recurso Ordinário não provido.

(STJ, RMS 29.311/SC, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/08/2009, DJe 27/08/2009).

Assim, não há como reconhecer qualquer ofensa ao princípio da legalidade (arts. 5º, inciso II, e 37, “caput”, da Constituição Federal de 1988), quando à determinação da autoridade impetrada no sentido do afastamento da impetrante, de suas atividades como titular da delegação do Cartório de Registro de Imóveis de Brusque, até a decisão final do processo administrativo disciplinar, porque aplicável o disposto no § 1º do art. 35 da Lei n. 8.935/1994, norma específica que se sobrepõe à limitação temporal em até 120 (cento e vinte) dias constante do art. 36.

É claro que, não obstante a ausência de limitação temporal para o afastamento do servidor extrajudicial na hipótese de possibilidade de aplicação da pena de perda da delegação, o processo administrativo deve ser o mais expedito possível, de maneira a não extrapolar demasiadamente o tempo previsto no referido art. 36.

No Julgado do Superior Tribunal de Justiça, de que foi Relator o Ministro Olinto Menezes, Desembargador Convocado, cuja ementa foi retro transcrita, ficou esclarecido que naquele caso a duração do processo administrativo disciplinar já havia ultrapassado cinco (5) anos e o decurso de todo esse tempo, a valer, não se coaduna com o princípio da duração razoável do processo administrativo ou judicial a que se refere o art. 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal de 1988.

Na hipótese em discussão o prazo de 120 (cento e vinte) dias foi levemente extrapolado, de sorte a não compelir, ainda, ao retorno da delegatária às suas funções, até porque se observa pela leitura dos documentos encartados ao processo administrativo e conforme sustentado pela autoridade impetrada em suas informações, o **“prazo foi extrapolado devido à necessidade de oitiva das testemunhas da delegatária afastada, bem como em virtude da solicitação por seu procurador de que a oitiva daquela fosse a última”**. Ou seja, o elástico do prazo se deu por culpa exclusiva da própria impetrante, prejudicando sobremaneira a conclusão do processo administrativo.

Inferre-se dos autos que o afastamento cautelar da impetrante se deu em 20/11/2018 (pág. 39), tendo sido designado o dia 5/2/2019 (pág. 43), para o depoimento da indigitada e oitiva das testemunhas.

Na sequência, após a informação de que a testemunha Miguel Ângelo Ortali Zanini encontrava-se em gozo de férias e que retornaria somente em 10/2/2019 (pág. 69), o MM. Juiz da Comarca de Brusque prorrogou por 10 (dez) dias o prazo para o cumprimento da carta precatória (pág. 70).

Em seguida, sobreveio nova informação de que a referida testemunha estaria no exterior e que entrou em contato telefônico com a Direção do Foro da Comarca de São Bento do Sul, ocasião em que teria informado que estaria concluindo seu mestrado e não poderia retornar ao Brasil no mês de fevereiro, tendo como previsão de chegada no mês de março. Com essa informação, a douta Magistrada da comarca deprecante deferiu o pedido de prorrogação pelo prazo de 60 dias (pág. 76).

Realizada a audiência aprazada para o dia 5/2/2019, ocasião em que o procurador da impetrante requereu que fosse realizada a oitiva desta após a inquirição das testemunhas deprecadas, tendo sido deferido pela Juíza que designou o dia 17/4/2019 para a inquirição da testemunha Bianca e para a oitiva da ora impetrante (pág. 79).

Em 12/3/2019 foi realizada a audiência para a inquirição da testemunha Miguel Ângelo Zanini Ortale, a qual restou prejudicada diante da ausência da ora impetrante e de seus procuradores, ocasião em que o Juiz determinou o retorno da deprecata à comarca de origem (pág. 81).

Nesse panorama, a pretensão de cessação do afastamento não procede, pois, apesar de a impetrante estar afastada de suas funções por período superior a 120 (cento e vinte) dias, chegando agora a mais de 160 dias de afastamento, conforme narrado na inicial, não há como falar em nulidade do procedimento por excesso de prazo, tampouco de revogação da medida de suspensão, dado que, conforme já dito, a própria impetrante foi quem deu causa ao retardamento na conclusão do procedimento administrativo, não podendo assim ser beneficiada por sua conduta para ver afastada a suspensão, estando devidamente justificada a demora da instrução, em razão das constantes prorrogações de prazo provocadas pelas testemunhas de defesa.

Assim, em síntese, não há ilegalidade ou abuso de poder a merecer correção na excelsa via da ação de segurança, que serve, como consabido, para proteger direito líquido e certo violado, resultante de fato certo e comprovado de plano. Daí afirmar-se que a matéria em discussão não se afeiçoa ao espaço estreito da via mandamental.

Destarte, não havendo qualquer violação a direito líquido e certo da impetrante, não há como conceder-lhe a ordem que pleiteia.

Pelo exposto, denega-se a ordem.

Custas pela impetrante.

Em mandado de segurança não há condenação ao pagamento de honorários advocatícios (art. 25, da Lei Federal n. 12.016/2009, e Súmulas n. 512, do Supremo Tribunal Federal, e 105, do Superior Tribunal de Justiça).

Mandado de Segurança n. 4014889-81.8.24.0000, da Capital

Relator: Desembargador Odson Cardoso Filho

MANDADO DE SEGURANÇA. INDEFERIMENTO DE INSCRIÇÃO PRELIMINAR EM CONCURSO PÚBLICO. SUPOSTA AUSÊNCIA DE PREENCHIMENTO DE FORMULÁRIO PRÓPRIO À PRIMEIRA ETAPA. DEMONSTRAÇÃO, NO ENTANTO, DE EMISSÃO DA GUIA E DE RECOLHIMENTO DA TAXA DE INSCRIÇÃO DO CERTAME (SEGUNDA ETAPA). CUMPRIMENTO DESTA FASE QUE SINALIZA, NO CASO CONCRETO, O ATENDIMENTO DA ANTECEDENTE. EXISTÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO A SER RESGUARDADO. CONCESSÃO DA SEGURANÇA.

“1. Concurso público tem como objetivo escolher os mais qualificados, tanto quanto democratizar o acesso aos cargos e empregos públicos. Chega-se até a permitir que a demonstração de aptidão para o provimento seja feito somente no instante da posse (Súmula 266 do STJ). Deve haver evidentemente uma disciplina procedimental, impedindo-se que o agente público, mediante poderes discricionários, estabeleça privilégios. As regras de exclusão, ainda mais durante a fase de simples inscrição preliminar, devem ser observadas com comedimento, aplicando-se somente na justa medida de utilidade para as finalidades maiores do certame.
2. O impetrante viu indeferida sua inscrição preliminar em concurso público para outorga de Delegações de Notas e de Registro do Estado de Santa Catarina (de acordo com a banca) por não ter cumprido o processo de inscrição preliminar (primeira etapa), na qual são inseridos os dados pessoais do candidato. Ele, porém, trouxe guia e comprovante de recolhimento da respectiva taxa da inscrição, contendo seus dados pessoais. Nesse contexto, conclui-se que não há como a banca examinadora emitir guia de recolhimento da taxa de inscrição (segunda etapa) sem que o candidato tenha inserido seus dados pessoais na etapa anterior. Em uma situação como esta, é prudente que se prestigie a presumível boa-fé do candidato - ainda mais que o objetivo é meramente poder participar da disputa” (TJSC, Mandado de Segurança n. 4014358-92.2019.8.24.0000, da Capital, rel. Des. Hélio do Valle Pereira, Grupo de Câmaras de Direito Público, j. 26-06-2019). (destaquei)

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança n. 4014889-81.8.24.0000, da comarca da Capital Tribunal de Justiça em que é Impetrante Isabela Oliveira Barreto e Impetrado Presidente da Comissão Examinadora do Concurso para Outorga de Delegações de Notas e Registros de Sc e outros.

O Grupo de Câmaras de Direito Público decidiu, por votação unânime, conceder a segurança. Custas legais.

O julgamento, realizado no dia 24 de julho de 2019, foi presidido pelo Excelentíssimo Senhor Desembargador Pedro Manoel Abreu, com voto, e dele participaram os Excelentíssimos Senhores Desembargador Paulo Henrique Moritz Martins da Silva, Desembargador Hélio do Valle Pereira, Desembargadora Denise de Souza Luiz Francoski, Desembargador Vilson Fontana, Desembargador Sérgio Roberto Baasch Luz, Desembargador Cid Goulart, Desembargador Jaime Ramos, Desembargador Luiz Fernando Boller e Desembargador Ricardo Roesler. Funcionou, pela Procuradoria-Geral de Justiça, a Excelentíssima Senhora Doutora Eliana Volcato Nunes, tendo lavrado parecer o Excelentíssimo Senhor Doutor Guido Feuser.

Florianópolis, data da assinatura digital.

Desembargador Odson Cardoso Filho
Relator

RELATÓRIO

Isabela Oliveira Barreto impetrou Mandado de Segurança contra ato atribuído ao Presidente da Comissão Examinadora do Concurso para Outorga de Delegação de Notas e Registros do Estado de Santa Catarina, consistente no indeferimento de sua inscrição no certame regulado pelo Edital n. 3/2019.

Narra a exordial que a justificativa para o ato foi pautada na suposta irregularidade quanto ao preenchimento da ficha preliminar de inscrição, que teria desatendido o disposto no item 3.4.1 do instrumento convocatório. Alega que isso, no entanto, ocorreu em razão de um possível problema no *site* de disponibilização do formulário, uma vez que efetuou o seu preenchimento correto, em 9-4-2019, inclusive passando à fase de geração de boleto, concluída por meio do pagamento realizado na mesma data, o qual, conforme disposto no item 3.22 do edital, será o comprovante da inscrição no concurso. Defende que os formulários para fins de inscrição em concursos públicos somente são finalizados quando inseridos todos os dados exigidos e que permitir a emissão de guia de pagamento sem que isso tivesse ocorrido resultaria em grande insegurança, regada a uma falsa percepção de realidade, levando o indivíduo de boa-fé, como a postulante, a erro.

Diante disso, a impetrante vem requerer, inclusive liminarmente, a concessão da segurança para deferir sua inscrição preliminar, permitindo que seja incluída de forma definitiva no certame (fls. 1-14).

Após o despacho de fl. 117, vieram informações (fls. 130-136), o Estado de Santa Catarina solicitou - e foi admitido - o ingresso no feito (fl. 137), e, na sequência, o pleito liminar foi parcialmente deferido, tão somente para permitir que a candidata se submeta à primeira etapa do concurso (fls. 264-266).

Manifestação da Procuradoria-Geral de Justiça indicando ausência de interesse na causa (fls. 280-281).

É o relatório.

VOTO

A impetrante busca a concessão da segurança para que sua inscrição preliminar no concurso público para a outorga de delegação de serviços notariais e registrais pelo Poder Judiciário do Estado de Santa Catarina, regido pelo Edital n. 3/2019, seja deferida, permitindo sua inclusão de forma definitiva no certame.

O pleito, adianto, merece acolhimento.

O edital do concurso ora em debate prevê que a inscrição preliminar será realizada em “02 (duas) etapas distintas” (item “3.4”, fl. 20), sendo a primeira referente ao preenchimento da “Ficha de Inscrição Preliminar” (itens “3.4.1” a “3.4.3”, fl. 21) e a segunda concernente à impressão e quitação da taxa respectiva, por intermédio de GRJ (item “3.4.4”, fl. 21).

No item “3.15” está estabelecido que o “Processo de Inscrição Preliminar somente se completa com o atendimento das condições de inscrição preliminar, com o preenchimento dos campos obrigatórios da Ficha de Inscrição Preliminar e com o pagamento do valor da Taxa de Inscrição Preliminar, até a data limite indicada no item 3.4.4 ou com o deferimento do pedido de isenção” (fl. 23). Não há menção à eventual forma de comprovação de envio dos dados exigidos, apenas que “o recibo de pagamento da referida GRJ [...] será o comprovante de sua inscrição preliminar no concurso” (item “3.22”, fl. 23).

Consoante consignei na decisão de fls. 264-266, há no endereço eletrônico <www.cartorio.tjsc.ieses.org/duvidas/duvidas.htm>, em área destinada a “dúvidas frequentes”, afirmação de que “a impressão de seu boleto e a vinculação ao mesmo do seu comprovante de pagamento, devidamente autenticado, lhe garantem a efetivação do seu processo de inscrição quanto ao item já mencionado Edital”.

E a impetrante comprovou que a taxa de inscrição (fl. 70) - em que consta seu nome e CPF -, foi recolhida (fl. 71), e quanto a isso não houve nenhuma oposição.

Em suas informações, a autoridade apontada como coatora informou que “não ha[via] vinculação entre a primeira e a segunda parte do processo de inscrição preliminar”, que “a Ficha de Inscrição Preliminar era preenchida por meio de link da própria página do concurso disponibilizada pela Ieses (www.cartorio.tjsc.ieses.org). Por sua vez, para emitir a Guia de Recolhimento de Custas Judiciais (GRJ) para o pagamento da taxa de inscrição, o candidato era redirecionado ao site do Poder Judiciário” (fl. 133), e que possível a emissão individual da GRJ sem cumprir a etapa de preenchimento do formulário.

No entanto, a lógica não aponta em tal direção.

A guia de pagamento é etapa posterior à inserção dos dados no formulário de inscrição e, como tal, deve ser gerada depois de ultrapassada a primeira. É, pelo menos, o que usualmente ocorre em concursos públicos; inclusive, a empresa contratada, que poderia prestar maiores esclarecimentos acerca do sistema utilizado, foi cientificada para dizer acerca do procedimento aplicado, mas preferiu silenciar.

De todo modo, penso que, assim como seria pouco crível que a candidata fizesse a emissão de guia para satisfazer a taxa de inscrição e recolhesse o valor indicado - em (certo!) prejuízo próprio - sem inserir nenhum de seus dados pessoais, também é improvável que o impetrado autorizasse esse lacunoso e incerto proceder.

A ausência de questionamento quanto ao efetivo cumprimento da (segunda) etapa de pagamento aponta no sentido de que a primeira (de preenchimento do formulário) também foi (devidamente) ultrapassada.

Ademais, eventual falha no sistema de transmissão de dados disponibilizado pelos organizadores do concurso não seria, obviamente, justificativa aceitável para indeferir a inscrição de Isabela - ou de qualquer um dos mais de cem candidatos que se encontravam na mesma situação (fls. 75-77) e desejavam integrar a disputa -, de quem se presume a boa-fé.

A propósito, *mutatis mutandis*, o Órgão Especial deste Tribunal de Justiça recentemente decidiu:

CONCURSO PÚBLICO - INDEFERIMENTO DE INSCRIÇÃO PRELIMINAR - AMBIGUIDADE DO PORTAL ELETRÔNICO - RECIBO EMITIDO QUE ATESTA O ENVIO DE DOCUMENTOS NO CAMPO ESPECÍFICO FORNECIDO - OMISSÃO DE ATENDIMENTO DA EXIGÊNCIA NÃO SUFICIENTEMENTE DEMONSTRADA PELA BANCA - SITUAÇÃO LIMÍTROFE EM QUE SE PRESTIGIA A PRESUMÍVEL BOA-FÉ DO CANDIDATO E O CARÁTER COMPETITIVO DO CERTAME - SEGURANÇA CONCEDIDA.

1. Concurso público tem como objetivo escolher os mais qualificados, tanto quanto democratizar o acesso aos cargos e empregos públicos. Chega-se até a permitir que a demonstração de aptidão para o provimento seja feito somente no instante da posse (Súmula 266 do STJ).

Deve haver evidentemente uma disciplina procedimental, impedindo-se que o agente público, mediante poderes discricionários, estabeleça privilégios.

As regras de exclusão, ainda mais durante a fase de simples inscrição preliminar, devem ser observadas com comedimento, aplicando-se somente na justa medida de utilidade para as finalidades maiores do certame.

2. O impetrante questiona o indeferimento de sua inscrição preliminar em concurso público da magistratura estadual ao argumento de que entregou a documentação exigida oportunamente, aspecto contestado pela banca, que argumenta nada ter recebido. Há, todavia, recibo emitido pelo portal eletrônico destinado a tal propósito que permite concluir que algo foi remetido. A parte ainda apresenta os documentos de fato adequados, que ressalta ter encaminhado pelo portal da organizadora do certame. Não há, ademais, a possibilidade de um falso envio tardio já que o tal certificado, datado, atesta a tempestividade.

Nesse contexto de incertezas, o que se tem de concreto é a inscrição do autor, assim como o pagamento da taxa cobrada pela participação na seleção e os documentos que ressalta ter repassado eletronicamente, além do pertinente comprovante. Há que se ponderar que a situação de ambiguidade foi criada pelo próprio endereço eletrônico da empresa contratada, não podendo o candidato ser prejudicado quando conta com tantos indícios favoráveis de sua conduta apropriada. Em suma, nessas situações limítrofes, em que por circunstâncias externas não se pode pronunciar com razoável margem de segurança o erro de procedimento do concorrente, é prudente que se prestigie sua presumível boa-fé - ainda mais que o objetivo é meramente poder participar da disputa.

Precedentes deste Órgão Especial em situações próximas (MS 2013.022271-6, da Capital, rel. Des. Pedro Manoel Abreu; MS 2015.040595-2, da Capital, rel. Des. Ronei Danielli).

3. Concessão da segurança para ratificar a inscrição preliminar do candidato (TJSC, Mandado de Segurança n. 4011211-58.2019.8.24.0000, da Capital, rel. Des. Hélio do Valle Pereira, Órgão Especial, j. 19-06-2019).

Diante disso, e também considerando o caráter competitivo do certame, reconheço que há direito líquido e certo a ser amparado, pelo que a segurança deve ser concedida.

Aliás, caso análogo - mesmo concurso e semelhante situação de indeferimento da inscrição preliminar por (suposta) ausência de preenchimento correto do formulário -, já foi apreciado por este Colegiado que, por votação unânime, também concedeu a ordem. O acórdão, relatado pelo Exmo. Des. Hélio do Valle Pereira, restou assim ementado:

CONCURSO PÚBLICO - INDEFERIMENTO DE INSCRIÇÃO PRELIMINAR - CANDIDATO QUE NÃO CUMPRIU TODAS AS ETAPAS DA INSCRIÇÃO, MAS RECOLHEU A RESPECTIVA TAXA COM BOLETO EMITIDO PELO SITE DA PRÓPRIA BANCA EXAMINADORA - SITUAÇÃO LÓGICA QUE NÃO PERMITE A CONCLUSÃO TRAZIDA PELA IMPETRADA - SEGURANÇA CONCEDIDA.

1. Concurso público tem como objetivo escolher os mais qualificados, tanto quanto democratizar o acesso aos cargos e empregos públicos. Chega-se até a permitir que a demonstração de aptidão para o provimento seja feito somente no instante da posse (Súmula 266 do STJ).

Deve haver evidentemente uma disciplina procedimental, impedindo-se que o agente público, mediante poderes discricionários, estabeleça privilégios. As regras de exclusão, ainda mais durante a fase de simples inscrição preliminar, devem ser observadas com comedimento, aplicando-se somente na justa medida de utilidade para as finalidades maiores do certame.

2. O impetrante viu indeferida sua inscrição preliminar em concurso público para outorga de Delegações de Notas e de Registro do Estado de Santa Catarina (de acordo com a banca) por não ter cumprido o processo de inscrição preliminar (primeira etapa), na qual são inseridos os dados pessoais do candidato. Ele, porém, trouxe guia e comprovante de recolhimento da respectiva taxa da inscrição, contendo seus dados pessoais.

Nesse contexto, conclui-se que não há como a banca examinadora emitir guia de recolhimento da taxa de inscrição (segunda etapa) sem que o candidato tenha inserido seus dados pessoais na etapa anterior.

Em uma situação como esta, é prudente que se prestigie a presumível boa-fé do candidato - ainda mais que o objetivo é meramente poder participar da disputa.

3. Precedente da última sessão do Órgão Especial no mesmo sentido, ainda que lá se tratasse do concurso para a magistratura (MS 4011211-58.2019.8.24.0000).

4. Concessão da segurança para ratificar a inscrição preliminar do candidato. (TJSC, Mandado de Segurança n. 4014358-92.2019.8.24.0000, da Capital, rel. Des. Hélio do Valle Pereira, Grupo de Câmaras de Direito Público, j. 26-06-2019). (destaquei)

Ante o exposto, concedo a segurança, para deferir a inscrição preliminar da impetrante no concurso público para a outorga e delegação de serviços notariais e registrais pelo Poder Judiciário do Estado de Santa Catarina, regido pelo Edital n. 3/2019.

Sem custas e sem honorários.

É o voto.

Mandado de Segurança n. 4000330-22.2019.8.24.0000, da Capital

Relator: Desembargador Rodolfo Tridapalli

MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. PROVIMENTO DE CARGOS EFETIVOS DO QUADRO DE PESSOAL DO PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DE SANTA CATARINA. EDITAL N. 19/2018. CARGO DE OFICIAL DE JUSTIÇA E AVALIADOR. CANDIDATO QUE ALMEJA CONCORRER ÀS VAGAS DESTINADAS A COTISTAS NEGROS E PARDOS. AUTODECLARAÇÃO. PRESUNÇÃO RELATIVA. COMISSÃO DE HETEROIDENTIFICAÇÃO. PREVISÃO EDITALÍCIA. AVALIAÇÃO BASEADA NO CRITÉRIO FENOTÍPICO. LEGALIDADE. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. EXCLUSÃO DA LISTA DE COTAS. PERMANÊNCIA NA LISTA GERAL DE CANDIDATOS. SEGURANÇA DENEGADA.

“1. A autodeclaração não constitui presunção absoluta de afrodescendência, evitando, assim, que se transforme em instrumento de fraude à lei, em prejuízo justamente do segmento social que o Estatuto da Igualdade Racial (Lei nº 12.288/2010) visa a proteger. 2. A autodeclaração pode ser avaliada por comissão designada pelo Poder Público para tal fim. Neste desiderato, devem ser considerados os aspectos fenotípicos do candidato, pois, se o sistema de cotas raciais visa a reparar e compensar a discriminação social, real ou hipotética, sofrida pelo afrodescendente, para que dele se valha o candidato, faz-se imperioso que ostente o fenótipo negro ou pardo. Se não o possui, não é discriminado, e, conseqüentemente, não faz jus ao privilégio concorrencial. 3. Tendo a Comissão Avaliadora, no exercício de sua legítima função regimental, afastado o conteúdo da autodeclaração, o acolhimento da pretensão da parte autora requer a superação da presunção de legitimidade desse ato administrativo, que somente pode se elidida mediante prova em contrário”. (TRF4, AC 5004760-40.2015.4.04.7110, QUARTA TURMA, Relator LUÍS ALBERTO D’AZEVEDO AURVALLE, juntado aos autos em 06/04/2017).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança n. 4000330-22.2019.8.24.0000, da comarca da Capital Tribunal de Justiça em que é Impetrante Leandro Araújo Gomes e Impetrados Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina e outro.

A Grupo de Câmaras de Direito Público decidiu, por unanimidade, não conceder a segurança. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, o Exmo. Sr. Des. Odson Cardoso Filho, o Exmo. Sr. Des. Paulo Henrique Moritz Martins da Silva, a Exma. Sra. Desa. Vera Lúcia Ferreira Copetti, o Exmo. Sr. Des. Francisco Oliveira Neto, o Exmo. Sr. Des. Hélio do Valle Pereira, o Exmo. Sr. Des. Artur Jenichen Filho, o Exmo. Sr. Des. Pedro Manoel Abreu, o Exmo. Sr. Des. Cid Goulart, o Exmo. Sr. Des. João Henrique Blasi, o Exmo. Sr. Des. Jorge Luiz de Borba, a Exma. Sra. Desa. Sônia Maria Schmitz, o Exmo. Sr. Des. Ronei Danielli, o Exmo. Sr. Des. Luiz Fernando Boller e o Exmo. Sr. Des. Ricardo Roesler.

Presidiu a sessão o Exmo. Sr. Des. João Henrique Blasi.

Funcionou como Representante do Ministério Público o Exmo. Sr. Dr. Newton Henrique Trennepohl.

Florianópolis, 26 de junho de 2019.

Desembargador RODOLFO TRIDAPALLI

Relator

RELATÓRIO

Adoto o relatório da decisão monocrática de fls. 32-38, de lavra do Des. PAULO RICARDO BRUSCHI, em atenção aos princípios da celeridade e economia processual, por retratar com fidedignidade a questão fático-jurídica em apreço:

Leandro Araujo Gomes, devidamente qualificado e representado nos autos, impetrou o presente Mandado de Segurança contra ato acoimado de ilegal atribuído ao Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, por sua comissão do concurso público para provimento de cargos efetivos do quadro de pessoal do Poder Judiciário de Santa Catarina, aduzindo, em suma, que se candidatou ao concurso público para o cargo de Oficial de Justiça e Avaliador (Edital n. 019/2018), visando concorrer às vagas reservadas a pessoas negras, razão pela qual, nos termos do item 4.4 do edital, se autodeclarou negro/pardo, tendo sua inscrição sido cadastrada sob n. 870062504, e devidamente homologada pela banca realizadora do certame.

Aduziu o impetrante que após a entrevista para verificação do fenótipo, a comissão do concurso o considerou inapto para figurar na lista específica de cota racial, porquanto não enquadrado na condição de integrante do grupo racial negro.

Afirmou que contra esta decisão interpôs recurso administrativo, o qual foi inferido.

Acrescentou, então, que “o indeferimento pela comissão mencionada foi ilegal por dois motivos, um porque teve um dos elementos do ato administrativo suprimido, qual seja, a fundamentação específica (v. documentos em anexo), fazendo alusão a fundamentos sumariamente genéricos somente, e dois, também o mais importante, porque deixou de considerar o candidato/impetrante de origem afrodescendente do gênero pardo para continuar na concorrência da lista específica” (fl. 02).

Aliado a isso, disse: “não se olvide que o periculum in mora se evidencia pela possibilidade de nomeações de outros candidatos em ordem de classificação distinta daquela pretendida aqui, fatos este que pode acarretar prejuízos, inclusive, para a entidade pública organizadora do certame” (fl. 07).

Neste andar, postulou, em sede de liminar, a anulação da decisão administrativa que indeferiu sua participação no concurso na condição de integrante da lista específica de cota racial, bem como a imediata inclusão do seu nome na lista de espera para convocação e nomeação para o cargo de Oficial de Justiça Avaliador da Comarca de Mafra e Região VII e na Classificação de Aproveitamento por Região.

Formulou os demais requerimentos de praxe e também pedido de anotação de segredo de justiça.

Ato contínuo, o pedido liminar foi indeferido, assim como o pleito para tramitar a ação em segredo de justiça (fls. 32-38).

Devidamente notificada, a Autoridade Coatora prestou informações na pessoa do 1º VICE-PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA, Des. MOACYR DE MORAES LIMA E FILHO, e defendeu o ato tido por coator por ser constitucional, além da autodeclaração, a utilização de critérios subsidiários de heteroidentificação, inclusive no fenótipo dos candidatos, a fim de resguardar o direito à reserva de vagas da população negra. Destacou que os membros da Comissão de Heteroidentificação participaram de oficina sobre a temática de promoção da igualdade racial e do enfrentamento ao racismo, estando aptos a fazer tal avaliação. Frisou que os fundamentos utilizados por esta Comissão e pela Comissão do Concurso para não convalidar a autodeclaração do Impetrante, basearam-se exclusivamente na análise do fenótipo, na presença do candidato no local da convocação e por meio de filmagem e fotos apresentadas. Por fim, aduziu que a exclusão do Impetrante das vagas reservadas observou os princípios do contraditório e da ampla defesa, bem como a legislação pertinente ao caso em apreço e aos editais que regem o certame (fls. 48-53).

Lavrou parecer pela Douta Procuradoria-Geral de Justiça o Dr. AMÉRICO BIGATON, que, com base na existência de dúvida razoável e na inconstitucionalidade formal da exigência, opinou pela concessão da ordem mandamental, para que seja anulado o ato administrativo impugnado a fim de que o Impetrante possa concorrer no concurso público pelas vagas reservadas aos candidatos negros e pardos (fls. 58-67)

Este é o relatório.

VOTO

Com efeito, inicialmente, registre-se que, nos termos do art. 1º, da Lei n. 12.016/2009, “conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça”.

Sobre o remédio constitucional *sub examine*, leciona JOSÉ AFONSO DA SILVA que:

[...] dispõe a Constituição no art. 5º, LXIX: conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público. [...] O mandado de segurança é, assim, um remédio constitucional, com natureza de ação civil, posto à disposição de titulares de direito líquido e certo, lesado ou ameaçado de lesão, por ato ou omissão de autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público (**Curso de direito constitucional positivo**. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005).

Compulsando os autos, infere-se que o Impetrante participou do Concurso Público para Provimento de Cargos Efetivos do Quadro de Pessoal do Poder Judiciário do Estado de Santa

Catarina, regido pelo Edital n. 19/2018, objetivando o cargo de Oficial de Justiça e Avaliador (fl. 15), tendo se autodeclarado, no momento da inscrição, como sendo da cor/raça parda, segundo demonstra o formulário de autodeclaração de fl. 21.

No entanto, após ter se submetido à Entrevista para Avaliação do Fenótipo dos Candidatos Inscritos para Concorrer às Vagas Reservadas aos Negros que se Autodeclararam Pretos ou Pardos”, não obteve a convalidação desta opção pela Comissão de Heteroidentificação, pois, de acordo com os avaliadores, “o candidato não preenche o critério fenotípico” (fls. 20).

Irresignado, o Impetrante interpôs recurso administrativo, o qual restou desprovido, ao argumento, dentre outros, de que “a Comissão do Concurso, ao analisar o vídeo da entrevista da parte recorrente, não visualiza, diante de suas características físicas, como integrante do grupo racial negro, conforme o quesito cor ou raça utilizado pelo IBGE” (fls. 18/19) o que, na sua ótica, está equivocado, uma vez que aduziu ter cumprido tais requisitos, conforme se pode observar de sua fotografia e cópias das identidades de seus ascendentes (avó e genitora) (fls. 25/27).

Pois bem.

Esclareço, desde já, que “a intervenção do Poder Judiciário no âmbito do concurso público deve restringir-se ao exame da legalidade do certame e do respeito às normas do edital que o norteia” (TRF-3, AC n. 0012052-89.2016.4.03.6000, Terceira Turma, Rel. Des. NILTON DOS SANTOS, j. 20/09/2017), não cabendo ao Julgador fazer juízo de valor acerca do fenótipo do candidato autodeclarado pardo e excluído da lista de cotas pela Comissão de Heteroidentificação.

Portanto, a intervenção do Poder Judiciário em causas que digam respeito à concurso público e a processos eletivos em geral, restringe-se a averiguar eventual violação dos princípios que regem a administração pública em geral, em especial o da legalidade, da impessoalidade e o da vinculação ao edital (TJMS, MS n. 1410990-31.2018.8.12.0000, Rel. Des. LUIZ TADEU BARBOSA SILVA, j. 27/02/2019), como sói aqui acontecer.

Prevê expressamente o Edital n. 19/2018, na parte em que trata das vagas destinadas aos candidatos negros, que:

8.4 Os candidatos que, no ato da inscrição, declaram-se negros e que não forem eliminados do concurso serão convocados por meio de edital de convocação, que estará disponível no endereço eletrônico, www.fgv.br/fgvprojetos/concursos/tjsc2018, para a entrevista, ocasião em que será verificada a veracidade das informações prestadas pelos candidatos, por meio de análise do fenótipo, e será proferido parecer definitivo a respeito.

8.4.1 A entrevista será realizada na cidade de Florianópolis/SC por uma comissão a ser instituída pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina para esse fim.

8.4.2 Será enquadrado como negro o candidato que assim for reconhecido pela maioria dos membros presentes da comissão mencionada no subitem 8.4.1.

Como bem destacou o Relator anterior, possível concluir que, para o candidato ter homologada sua inscrição para concorrer às vagas destinadas aos candidatos negros, além de autodeclaração, faz-se necessária a convalidação pela maioria dos membros da comissão do concurso, em entrevista de heteroidentificação.

Nessa perspectiva, a autodeclaração do candidato como sendo de cor parda ou negra detém presunção relativa de veracidade, sendo, portanto, legítimo o procedimento de heteroidentificação levado a efeito pela comissão de concurso, notadamente porque em consonância com a regulamentação advinda da Portaria Normativa n. 4/2018, do Ministério de Planejamento, Desenvolvimento e Gestão de Pessoas, tem-se que:

Art. 8º - Os candidatos que optarem por concorrer às vagas reservadas às pessoas negras, ainda que tenham obtido nota suficiente para aprovação na ampla concorrência, e satisfizerem as condições de habilitação estabelecidas em edital deverão se submeter ao procedimento de heteroidentificação.

§ 1º - O edital definirá se o procedimento de heteroidentificação será promovido sob a forma presencial ou, excepcionalmente e por decisão motivada, telepresencial, mediante utilização de recursos de tecnologia de comunicação.

§ 2º - A fase específica do procedimento de heteroidentificação ocorrerá imediatamente antes do curso de formação, quando houver, e da homologação do resultado final do concurso público.

§ 3º - Será convocada para o procedimento de heteroidentificação, no mínimo, a quantidade de candidatos equivalente a três vezes o número de vagas reservadas às pessoas negras previstas no edital, ou dez candidatos, o que for maior, resguardadas as condições de aprovação estabelecidas no edital do concurso.

§ 4º - Os candidatos habilitados dentro do quantitativo previsto no § 3º serão convocados para participarem do procedimento de heteroidentificação, com indicação de local, data e horário prováveis para realização do procedimento.

§ 5º - O candidato que não comparecer ao procedimento de heteroidentificação será eliminado do concurso público, dispensada a convocação suplementar de candidatos não habilitados.

Art. 9º - A comissão de heteroidentificação utilizará exclusivamente o critério fenotípico para aferição da condição declarada pelo candidato no concurso público.

§ 1º - Serão consideradas as características fenotípicas do candidato ao tempo da realização do procedimento de heteroidentificação.

§ 2º - Não serão considerados, para os fins do caput, quaisquer registros ou documentos pretéritos eventualmente apresentados, inclusive imagem e certidões referentes a confirmação em procedimentos de heteroidentificação realizados em concursos públicos federais, estaduais, distritais e municipais.

Art. 10 - O procedimento de heteroidentificação será filmado e sua gravação será utilizada na análise de eventuais recursos interpostos pelos candidatos.

Nesse sentido, posiciona-se majoritariamente a jurisprudência pátria, inclusive pela legalidade do procedimento de heteroidentificação pelo critério fenotípico, desde que haja previsão editalícia, como pode se ver:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATA AUTODECLARADA PARDA. CONDIÇÃO NECESSÁRIA, MAS NÃO SUFICIENTE, PARA CONCORRER ÀS VAGAS RESERVADAS AOS COTISTAS DE COR NEGRA/PARDA. PREVISÃO NO EDITAL QUE A AUTODECLARAÇÃO SERIA CONFIRMADA POR UMA BANCA JULGADORA SEGUNDO O CRITÉRIO DO FENÓTIPO, QUE É A MANIFESTAÇÃO VISÍVEL OU DETECTÁVEL DA CONSTITUIÇÃO GENÉTICA DE UM DETERMINADO INDIVÍDUO. IMPOSSIBILIDADE DE O JUDICIÁRIO SE SOBREPOR AO CRITÉRIO QUE SE RESERVA À BANCA EXAMINADORA QUE, EM DECISÃO UNÂNIME, CONCLUIU QUE A CANDIDATA NÃO APRESENTAVA TRAÇO FENÓTIPO DE NEGRO/PARDO. RECURSO PROVIDO.

1. Agravo de instrumento contra decisão que deferiu pedido de antecipação de tutela para o fim de determinar que a inscrição da autora seja mantida como cotista (parda) e, nesta condição, seja ela convocada para as demais fases do concurso, caso a sua classificação assim lhe assegure.

2. A decisão da Comissão Avaliadora, composta segundo a agravante por três estudiosos das relações raciais no Brasil, com Doutorado em Ciências Sociais e ativistas de movimentos negros organizados, à unanimidade concluiu que a candidata não apresentava traço fenótipo de negro/pardo e os elementos constantes dos autos não são suficientes para infirmar tal conclusão.

3. É certo que a conclusão da Comissão Avaliadora não pode ser arbitrária, mas obviamente tem um traço ponderável de subjetividade que é próprio do critério do fenótipo (conjunto de caracteres visíveis de um indivíduo ou de um organismo, em relação à sua constituição e às condições do seu meio ambiente, ou seja, aparência) adotado pelo edital e não contrariado pela agravada até sofrer a desclassificação; sendo assim, é invocável recente aresto do STF que ressaltou o não cabimento de revisão judicial de critério subjetivo de resultado de prova, que originariamente cabe à banca (AI 80.5328 AgR, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, julgado em 25/09/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-199 DIVULG 09-10-2012 PUBLIC 10-10-2012).

4. As alegações de ancestralidade e consanguinidade não são definidoras de direitos para que os candidatos possam figurar nas vagas reservadas, até porque o edital já definiu previamente os critérios orientadores para tanto.

5. Impossibilidade de o Judiciário se sobrepôr ao critério que se reserva à banca examinadora, ressaltando-se que a candidata só se recordou de investir contra o critério do edital depois de não ser favorecida por ele; até então, para ela nada havia de errado nas providências elencadas para apuração de cota racial no certame a que se candidatou.

6. Recurso provido (TRF 3ª Região, SEXTA TURMA, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 564798 - 0019906-29.2015.4.03.0000, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL JOHONSOM DI SALVO, julgado em 03/03/2016, e-DJF3 Judicial 1 DATA:11/03/2016).

ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. COTAS RACIAIS. CRITÉRIO DE AUTODECLARAÇÃO. PRESUNÇÃO RELATIVA. COMISSÃO DE VERIFICAÇÃO. CRITÉRIO DE HETEROIDENTIFICAÇÃO BASEADO NO FENÓTIPO. LEGALIDADE. 1. A autodeclaração não constitui presunção absoluta de afrodescendência, evitando, assim, que se transforme em instrumento de fraude à lei, em prejuízo justamente do segmento social que o Estatuto da Igualdade Racial (Lei nº 12.288/2010) visa a proteger. 2. A autodeclaração pode ser avaliada por comissão designada pelo Poder Público para tal fim. Neste desiderato, devem ser considerados os aspectos fenotípicos do candidato, pois, se o sistema de cotas raciais visa a reparar e compensar a discriminação social, real ou hipotética, sofrida pelo afrodescendente, para que dele se valha o candidato, faz-se imperioso que ostente o fenótipo negro ou pardo. Se não o possui, não é discriminado, e, conseqüentemente, não faz jus ao privilégio concorrencial. 3. Tendo a Comissão Avaliadora, no exercício de sua legítima função regimental, afastado o conteúdo da autodeclaração, o acolhimento da pretensão

da parte autora requer a superação da presunção de legitimidade desse ato administrativo, que somente pode se elidida mediante prova em contrário. (TRF4, AC 5004760-40.2015.4.04.7110, QUARTA TURMA, Relator LUÍS ALBERTO D'AZEVEDO AURVALLE, juntado aos autos em 06/04/2017).

Na mesma esteira, tem-se outros inúmeros julgados, a exemplo: TRF-1, AC n. 0043205-74.2015.4.01.3400; TRF-3, AC n. 0012052-89.2016.4.03.6000; TJDF, MS n. 0036613-91.2016.8.07.0000; e TJMS, MS n. 1410990-31.2018.8.12.0000.

Destaco que ao realizar sua inscrição, o Impetrante tomou conhecimento e aceitou as normas e condições previamente estabelecidas, aquiescendo, assim, ao contido no edital (item “8.4”), sem qualquer oposição ou impugnação.

Assim sendo, *in casu*, não se há falar em violação a direito líquido e certo do Impetrante, muito menos em ilegalidade ou abuso de poder da Administração Pública, que agiu de acordo com a previsão editalícia, tendo a maioria dos cinco avaliadores, devidamente treinados para tanto, concluído que o candidato não preencheu o critério fenotípico para concorrer às vagas reservadas a negros e pardos.

Do mesmo modo, a prova pré-constituída trazida no presente feito, consubstanciada na foto e documentos de fls. 25/27, não se presta para aniquilar a decisão da comissão de heteroidentificação do concurso (fls. 18/20), por conter motivação suficiente para indeferir o pedido do Impetrante, na medida em que, submetido à análise de sua fenotipia, não foi constatada característica negra (preta ou parda).

Ressai do resultado que o excluiu do certame:

Nos termos da Lei Federal n. 12.990, de 9/6/2014, regulamentada pela Portaria Normativa n. 4, de 6/4/2018, do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão – Secretaria de Gestão de Pessoas, e de acordo com o Edital n. 36, de 29/8/2018, deliberou a Comissão que o candidato não preenche o critério fenotípico (fl. 20).

A heteroidentificação do candidato, pois, não se baseia em critérios meramente genótipos, mas sim, fenótipos.

A propósito:

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO 3/STJ. CONCURSO PÚBLICO.

CONCORRÊNCIA ESPECIAL. RESERVA DE VAGAS A CANDIDATOS NEGROS E PARDOS. SISTEMA DE CONTROLE DE FRAUDES. PROCEDIMENTO DE HETEROIDENTIFICAÇÃO. CONSTITUCIONALIDADE. AFERIÇÃO DE ELEMENTOS FENOTÍPICOS.

1. A Lei 12.990/2014, aplicada ao caso concreto por determinação da Administração Pública local e em decorrência de resolução do Conselho Nacional de Justiça, estabeleceu a autodeclaração como critério de definição dos beneficiários da política de reserva de vagas para candidatos negros e pardos em concursos públicos, instituindo, contudo, um sistema de controle de fraudes perpetradas pelos próprios candidatos que se fundamenta em procedimento de heteroidentificação.

2. O critério de orientação para a confirmação do direito à concorrência especial, no entanto, há de fundar-se no fenótipo e não meramente no genótipo, na ancestralidade do candidato.

3. Recurso ordinário em mandado de segurança não provido (RMS 58.882/MS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/02/2019, DJe 26/02/2019) (grifei). Ademais, como consabido, o edital rege o certame e vincula as partes envolvidas e, afora as hipóteses de evidente ilegalidade, o que não se verifica na hipótese vertente, o candidato subordina-se às regras ali estabelecidas.

Não ressei, portanto, como pôde se verificar, nenhuma ilegalidade do procedimento administrativo de verificação da condição de raça declarada pelo Impetrante para concorrer às vagas reservadas aos candidatos negros e pardos, o que afasta eventual direito líquido e certo seu para retornar à lista especial de cotas, devendo permanecer na lista de classificação geral.

Forte nesses argumentos, voto para denegar a segurança pleiteada.

Este é o voto.

Agravo de Instrumento n. 4022374-06.2017.8.24.0000, de Imbituba

Relator: Desembargador Luiz Fernando Boller

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO AMBIENTAL DECORRENTE DA CONTAMINAÇÃO DO SOLO POR REJEITOS DE ÓXIDO DE FERRO E FOSFOGESSO NAS ÁREAS DO PÁTIO INDUSTRIAL E DEPÓSITO/DISPOSIÇÃO FINAL DE REJEITOS, NA REGIÃO DE RIBANCEIRA, NO MUNICÍPIO DE IMBITUBA.

TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA FIRMADO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO COM QUATRO DOS SEIS RÉUS DENUNCIADOS.

HOMOLOGAÇÃO JUDICIAL E RESPECTIVA EXTINÇÃO DO FEITO EM RELAÇÃO ÀS PESSOAS FÍSICAS E EMPRESAS SUBSCRITORAS DO AJUSTE.

ACLARATÓRIOS OPOSTOS NA ORIGEM, POR UMA DAS CORRÉS NÃO SUBSCRITORAS DO TAC.

DECISUM REJEITANDO OS RESPECTIVOS EMBARGOS, PORQUANTO “É PLENAMENTE PASSÍVEL A REALIZAÇÃO DE ACORDOS COM PARTE DAS EMPRESAS ENVOLVIDAS NO DANO AMBIENTAL APRECIADO NOS AUTOS [...]”.

INSURGÊNCIA DA ESTATAL DE GÁS NÃO FIRMATÁRIA DO AJUSTE.

ADUZIDA NULIDADE DO ACORDO FIRMADO SEM A PARTICIPAÇÃO DE TODOS OS SUJEITOS PASSIVOS; AFIRMAÇÃO DE QUE O *PARQUET* SEQUER ENVIOU OFÍCIO INFORMANDO ACERCA DAS TRATATIVAS PARA RESPECTIVA CELEBRAÇÃO; ASSERTIVA DE QUE NÃO TEVE OPORTUNIDADE PARA MANIFESTAÇÃO ACERCA DO PETITÓRIO PARA HOMOLOGAÇÃO DA AVENÇA; ALEGAÇÃO DE QUE A AVERIGUAÇÃO DO DANO ECOLÓGICO SÓ PODE ACONTECER A PARTIR DA REALIZAÇÃO DE PERÍCIA JUDICIAL, MACULANDO A PROPOSTA MINISTERIAL ENTABULADA; IMPOSSIBILIDADE DE “*INDIVIDUALIZAR A RESPONSABILIDADE DE CADA UM DOS SEUS PROPRIETÁRIOS E POSSUIDORES [...]*”, RESSOANDO TEMERÁRIA A EXCLUSÃO DOS LITISCONSORTES, E, POR FIM, CONCLAMADA CLÁUSULA DE IRRENUNCIABILIDADE DO DIREITO DIFUSO.

TESES INSUBSISTENTES. SINGULARIDADE DO CASO. TRAMITAÇÃO PROCESSUAL *SUI GENERIS*.

DICOTOMIA ENTRE OS LITISCONSORTES ENVOLVIDOS, QUE VEM SENDO PRETENSAMENTE JUSTIFICADA DESDE 23/04/2013.

TANTO QUE O *PARQUET* SEQUER ARROLOU AS DEMAIS EMPRESAS E PESSOAS FÍSICAS ENVOLVIDAS NO POLO PASSIVO DA DEMANDA, PORQUANTO JÁ VINHAM ADOTANDO MEDIDAS MITIGADORAS DA DEGRADAÇÃO AMBIENTAL.

INCLUSÃO DELAS APENAS NO CURSO DA *ACTIO*, APÓS PEDIDO DA PRÓPRIA ESTATAL DE GÁS AGRAVANTE, QUE DEFENDIA EXISTIR CONEXÃO DOS FATOS.

CONSTATAÇÃO DA SIMETRIA DOS EVENTOS APENAS QUANTO À APURAÇÃO DOS

DANOS MATERIAIS, RESULTANDO DAÍ A FORMAÇÃO DO LITISCONSÓRCIO, SÓ NÃO SE COMUNICANDO EM RELAÇÃO AO PEDIDO PARA CONDENAÇÃO AO PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL COLETIVO, QUE FOI ENDEREÇADO EXCLUSIVAMENTE À INSURGENTE, TAMBÉM CONTROLADORA ACIONÁRIA DA SEGUNDA RÉ.

CENÁRIO QUE RESPALDA O TRATAMENTO DIFERENCIADO ENTRE OS SUJEITOS PASSIVOS, SOBRETUDO PELA ÁREA DE TERRAS CONTAR COM MATRÍCULAS INDIVIDUALIZADAS NO OFÍCIO IMOBILIÁRIO COMPETENTE, VIABILIZANDO A MENSURAÇÃO AUTÔNOMA DO DANO.

A “possibilidade de o ajuste de conduta antecipar-se à sentença de cognição existe justamente para ampliar esse seu atributo preventivo (MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes) [...]”. E “não estaria o nosso sistema de proteção dos direitos transindividuais completo sem o permissivo de se garantir a preservação do direito com uma tutela mais informal e com ênfase na negociação [...]” (RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação Civil Pública e Termo de Ajustamento de Conduta*. Rio de Janeiro, Ed. Forense, 2002, p. 116 e 118).

IMEDIATA RETOMADA DO ITER PROCESSUAL, DE FORMA CÉLERE.

RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 4022374-06.2017.8.24.0000, da comarca de Imbituba (2ª Vara) em que é Agravante Petrobrás Logística de Gás S/A e Agravados Ministério Público do Estado de Santa Catarina e outros.

A Primeira Câmara de Direito Público decidiu, à unanimidade, conhecer do recurso e negar-lhe provimento. Custas legais.

Do julgamento realizado em 21 de maio de 2019, participaram os Excelentíssimos Senhores Desembargadores Pedro Manoel Abreu e Jorge Luiz de Borba. Funcionou como representante do Ministério Público o Procurador de Justiça Paulo Ricardo da Silva.

Florianópolis, 22 de maio de 2019.

Desembargador LUIZ FERNANDO BOLLER

Presidente e Relator

Documento assinado digitalmente

RELATÓRIO

Cuida-se de agravo de instrumento interposto por Petrobrás Logística de Gás S/A, em objeção à decisão prolatada pela magistrada Taynara Goessel - Juíza de Direito titular da 2ª Vara da comarca de Imbituba -, que rejeitou os *Embargos de Declaração* n. 0003041-51.2014.8.24.0030, opostos contra decisão interlocutória proferida na *Ação Civil Pública* n. 0001586-85. 2013.8.24.0030, ajuizada pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina também em desfavor de ICC-Indústria Carboquímica Catarinense S/A, Município de Imbituba, ENGESSUL-Indústria e Comércio Ltda., ILP-Imbituba Logística Portuária Ltda., IMBIFÉRTIL-Fertilizantes Catarinenses Ltda., SANAAVAL-Serviços e

Transportes de Produtos Químicos Ltda.-ME, SULCAR-Reciclagem-ME., DLF-Transportes e Representações Ltda. e SANTOS BRASIL Participações S/A, objetivando apurar a existência do dano ambiental decorrente da contaminação do solo por rejeitos de óxido de ferro e fosfogesso nas áreas do pátio industrial e depósito/disposição final de rejeitos, na região de Ribanceira, no município de Imbituba.

Nos aclaratórios, a togada singular pontuou ser *“plenamente possível a realização de acordos pelo Ministério Público, inclusive firmando Termos de Ajustamento de Conduta, como ocorreu no presente caso com parte das empresas envolvidas no dano ambiental apreciado nos autos [...]”*.

Malcontente, Petrobrás Logística de Gás S/A aponta ser nulo o posicionamento judicial que homologa acordo apenas com algumas das empresas, livrando-as da responsabilização ambiental.

Afirma que o *Parquet* sequer enviou ofício informando que estava em tratativas para celebração do Termo de Ajustamento de Conduta com as demais requeridas, o que atenta contra o dever de cooperação, boa-fé e devido processo legal.

Refere não ter tido oportunidade para manifestação acerca do petitório para homologação da avença, configurando ofensa à ampla defesa e contraditório.

Alude que a averiguação do dano ecológico só pode acontecer a partir da realização de perícia judicial, não podendo o Termo de Ajustamento de Conduta definir que *“Santos Brasil, Luís Augusto e Norbert não são poluidores e não respondem pelos danos morais coletivos postulados, uma vez que não contribuíram para a degradação da área [...]”* (fl. 11).

Contradiz a afirmação lançada no Termo de Ajustamento de Conduta, de que *“é possível individualizar a responsabilidade de cada um dos seus proprietários e possuidores [...]”* (fl. 11), na medida em que, na petição inicial, o *Parquet* não foi capaz de delimitar o alcance do abalo ambiental, visto que requereu *“estudo ambiental do solo, subsolo, lençol freático, em toda região que pertenciam à ICC/GASPETRO, no município de Imbituba, a fim de se apurar a extensão do dano ambiental na área pelo vazamento de resíduos ácidos [...]”* (fl. 11).

Explica que sem o respectivo levantamento técnico, sobressai temerária a exclusão dos litisconsortes.

Preconiza que, para resguardar integralmente o interesse da coletividade, o Termo de Ajustamento de Conduta deve contemplar todos os pedidos formulados na *Ação Civil Pública n. 0001586-85.2013.8.24.0030*, não podendo ser cancelado apenas em parte dos requerimentos.

Nestes termos, brada pelo conhecimento e provimento do reclamo (fls. 01/14).

Após sobrevieram as contrarrazões, onde o representante do *Parquet* no juízo *a quo*, em preliminar, anota a intempestividade da insurgência.

No mérito, refuta uma a uma as teses manejadas (fls. 249/255).

A seu turno, Luís Augusto de Camargo Ópice e Norbert Karl Buschhausen, bem como Santos Brasil Participações S/A apresentaram contraminuta, repertoriando a mesma prefacial, além de impugnar a tese recursal, clamando pela condenação da Petrobrás Logística de Gás S/A por litigância de má-fé (fls. 257/273 e 321/330).

Conquanto intimada, Engessul Indústria e Comércio Ltda. deixou transcorrer *in albis* o prazo para o oferecimento de contrarrazões (fl. 338).

Em Parecer do Procurador de Justiça Carlos Alberto de Carvalho Rosa, o Ministério Público opinou pelo não conhecimento do agravo, e, alternativamente - no caso de análise do mérito -, pelo desprovimento (fls. 343/346).

Considerando tangível a discussão acerca da intempestividade, mormente pela retirada em carga por uma das causídicas que representava os interesses da agravante, ordenei sua intimação para demonstrar a presença do respectivo requisito extrínseco de admissibilidade (fls. 348/350).

Ato contínuo, a Petrobrás Logística de Gás S/A informou que a autorização para retirada em carga rápida concedida à advogada Vanesa de Jesus, foi tão somente para que *“fosse realizada cópia de CD-ROM anexados aos autos, não tendo sido outorgados quaisquer outros poderes, inclusive o de receber citações ou intimações [...]”* (fl. 354).

Na Sessão Ordinária realizada em 07/05/2019, votei no sentido de conhecer do recurso, negando-lhe provimento, tendo o Desembargador Pedro Manoel Abreu solicitado vista dos autos, e na Sessão de 21/05/2019, externado concordância com o entendimento deste Relator.

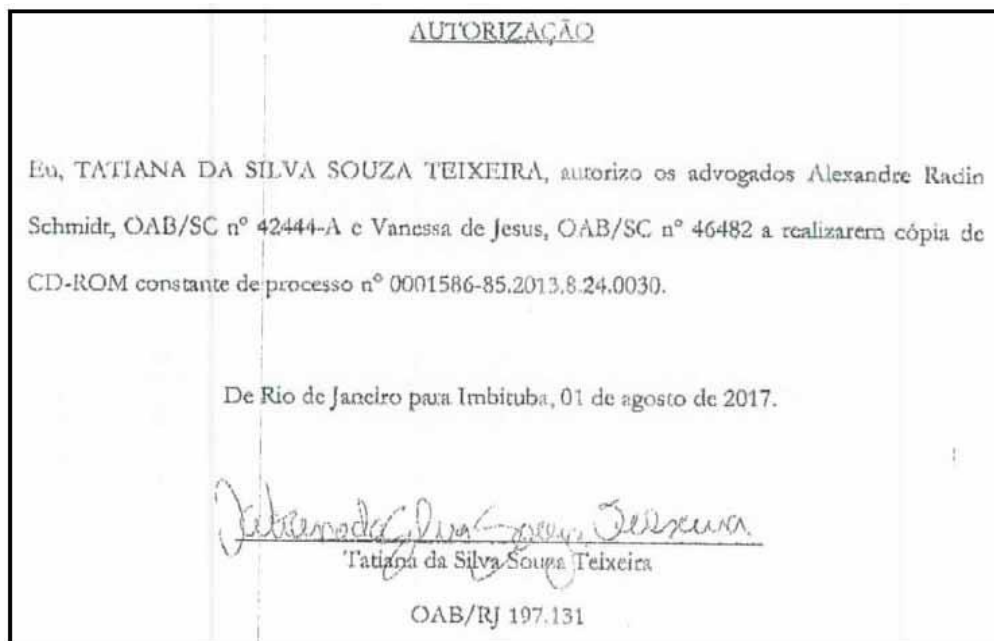
Em apertada síntese, é o relatório.

VOTO

O reclamo preenche os requisitos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade.

Portanto, dele conheço.

Inclusive, a alteração acerca da intempestividade - de que a retirada em carga pela advogada constituída importaria cientificação de todos os atos -, foi argutamente comunicada por Petrobrás Logística de Gás S/A, de que a advogada autorizada para compulsar os autos não detinha poderes para receber citações ou intimações, mas tão somente para extrair cópia de CD-ROM (fl. 238):



Pois bem.

O embasamento jurídico da discussão emana da decisão proferida em 14/08/2013 (fls. 110/130), e é do conhecimento da própria Petrobrás Logística de Gás S/A, sobretudo porque foi ela própria quem provocou a denúncia à lide dos litisconsortes:

[...] e) do litisconsórcio (passivo) necessário:

A ré afirmou, por derradeiro, que a responsabilização em matéria ambiental, por ser solidária, implica litisconsórcio passivo necessário. Finalizou pleiteando a inclusão no polo passivo “dos possuidores da área do pátio industrial (Município de Imbituba, a Imbifertil e a Sanaval), bem como dos proprietários atuais da região da Ribanceira (Santos Brasil – reconhecida pelo autor como a empresa que está remediando a área -, José Eduardo Carneiro de Carvalho, Luís Augusto de Camargo Ópice e Norbert Karl Buschhausen” (fls. 445-446).

O autor da ação sustentou que não há “fundamento para a inclusão das empresas, que, atualmente, exercem suas atividades na região, no feito, uma vez que estão atuando de acordo com a legislação ambiental e fiscalização da FATMA” (fl. 846), tendo concluído que o litisconsórcio de ações como a presente é facultativo.

Conforme já se sedimentou, no dano ambiental a “responsabilidade (objetiva) é solidária” (REsp 604.725/PR, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJ 22.8.2005, p. 202), de maneira que, mesmo havendo “múltiplos agentes poluidores, não existe obrigatoriedade na formação do litisconsórcio”, abrindo-se ao autor a possibilidade de “demandar de qualquer um deles, isoladamente ou em conjunto, pelo todo” (REsp 880.160/RJ, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 27.5.2010).

[...]

De acordo com o art. 47 do Código de Processo Civil, “há litisconsórcio necessário, quando, por disposição de lei ou pela natureza da relação jurídica, o juiz tiver de decidir a lide de modo uniforme para todas as partes; caso em que a eficácia da sentença dependerá da citação de todos os litisconsortes no processo”.

[...]

No caso, o Ministério Público estadual busca, além da indenização por dano moral coletivo, a realização de estudo de extensão de dano ambiental em toda a região que pertencia às rés - que restou indeferido na presente decisão -, a apresentação de PRAD-Projeto de Recuperação da Área Degradada, retirada dos tanques abandonados na área industrial, bem como a reparação do dano ambiental ou, na impossibilidade, o pagamento de indenização ao Fundo para Reconstituição dos Bens Lesados.

Como se pode ver, a intenção do *Parquet* cinge-se, principalmente, à recuperação da área que, ao longo dos tempos, veio a ser degradada. Isso é plenamente possível, haja vista que, quando se fala em dano ambiental, prefere-se à “*repristinação do ambiente agredido ao seu status quo ante*”, o que “*pode ser conseguido por (I) intervenção humana ou por (II) regeneração natural*” (ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 14 ed. São Paulo: Atlas. 2012, p. 326), de modo que a indenização (compensação em pecúnia) deve se dar quando aquela se mostrar inviável ou insatisfatória.

[...]

No caso concreto, se a demanda se limitasse ao pedido de indenização, não haveria qualquer prejuízo ao regular andamento do feito sem a participação dos atuais proprietários ou ocupantes da área. Porém, caso venha a ser proferida sentença que determine às rés a recuperação *in natura* da área degradada, total ou parcialmente, o ato jurisdicional ofenderia direito de terceiros que, atualmente, ocupam o local, quer como proprietários, quer como posseiros diretos, já que a demanda, conforme já dito, abrange “*toda a região que pertencia à ICC/GASPETRO*” (pedido “*h*” da exordial, fl. 32).

De acordo com a escritura pública de compra e venda de fls. 146/149, a ré GASPETRO vendeu à empresa Engesul 5 (cinco) áreas de terra, localizadas no Distrito Industrial de Imbituba, cujas matrículas imobiliárias são as seguintes: R4-2061 (cujos proprietários atuais são José Eduardo Carneiro de Carvalho, Luiz Augusto de Camargo Ôpice e Nobert Karl Buschhausen); R1-14.666 (cujos proprietários atuais são José Eduardo Carneiro de Carvalho, Luiz Augusto de Camargo Ôpice e Nobert Karl Buschhausen); R4-3.835 (cuja proprietária atual é a empresa Engesul); R4-1.463 (cuja proprietária atual é a empresa Engesul); R6-4.644 (cuja proprietária atual é a empresa Engesul, encontrando-se o Município de Imbituba como possuidor de parte da terra) e R4.645 (cuja proprietária atual é a empresa Engesul) - dados verificados de acordo com os documentos de fls. 53/66, os quais instruíram o *Inquérito Civil*.

Como o Ministério Público não individualizou os terrenos em que pretende a recuperação ambiental, tendo se reportado, de forma generalizada, a toda área que pertencia às rés, ICC e Gaspetro, bem como à “*depósitos de rejeitos fosfogesso, localizado na área do pátio industrial da ICC e o depósito de fosfogesso e óxido de ferro na localidade da Ribanceira do Sul, local em que, atualmente, outras empresas estão instaladas*”, (fl. 05), entendo que os terrenos acima especificados são objeto do litígio.

Logo, pleiteando o autor, como pedido principal, a prolação de ato jurisdicional mandamental, na modalidade obrigação de fazer, não se mostra plausível determinar-se às rés que recuperem a área sem que os atuais proprietários/posseiros participem do feito, já que isso configuraria esbulho possessório, o que pode prejudicar, inclusive, na efetividade do feito.

O fato de as rés não serem mais proprietárias/posseiras da área em questão, conforme já foi dito, não leva à impossibilidade jurídica do pedido, mas sim à necessidade de se incluírem na lide, em litisconsórcio necessários, aqueles que figuram como proprietários da área que alcança a lide, já que a prolação de eventual sentença que determine às rés a recuperação da área atingirá direito de terceiros.

[...]

Logo, a preliminar aventada pela ré merece prosperar, a fim de que o representante do Ministério Público

providencie a inclusão, no polo passivo da demanda, em litisconsórcio necessário, dos atuais proprietários e posseiros das áreas degradadas, as quais são objeto da presente ação civil pública.

Na verdade, na exordial o Ministério Público já havia apontado que existiam componentes a indicar uma solução simultânea para todas as empresas situadas na região da Ribanceira, no município de Imbituba.

Mas em contrapartida, referenciou que algumas das empresas e pessoas físicas que usufruíam do pátio industrial contaminado com rejeitos, já haviam iniciado medidas mitigadoras do impacto ambiental, deixando de propor a ação contra elas.

Enfim, a delimitação dos sujeitos passivos correspondia a uma tênue caracterização, residindo na órbita facultativa do Ministério Público.

Não desconheço que uma das alegações da Petrobrás Logística de Gás S/A é a impossibilidade do *Parquet* abdicar de exigir a observância a direitos coletivos.

Entretanto, o *decisum* lançado em 14/08/2013 (fls. 110/130), foi de incisiva clareza, assinalando que “quando se fala em dano ambiental, prefere-se à ‘repristinação do ambiente agredido ao seu status quo ante’ [...] (ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 14 ed. São Paulo: Atlas. 2012, p. 326) [...]”, do que necessariamente a indenização (compensação em pecúnia).

Ratifico: é preferível sanar o problema, do que necessariamente obter indenização pecuniária.

Ou seja, se algum dos litisconsortes subscrever um Termo de Ajustamento de Conduta, poderá o *Parquet*, sim, arrefecer o propósito de encetar uma ação exigindo reparação indenizatória.

E, na prática, foi o que aconteceu, visto que o órgão ministerial entendeu que apenas as empresas e pessoas físicas incluídas posteriormente no polo passivo, atendiam aos requisitos necessários para recomposição ambiental da área.

Ora, há clara distinção dos pedidos: um de cunho indenizatório - que não reclama formação do litisconsórcio -, e outro consistente numa obrigação de fazer, aí sim unitário.

E nem mesmo a assertiva constante na inicial - de “*que toda a região encontra-se afetada*” -, não retira a possibilidade de aferir se as glebas afetadas no curso da demanda - tal como foi feito a partir da individualização das áreas de terra, daí segregando o curso da ação relativamente aos réus que quiseram firmar o TAC -, pois conhecidas as respectivas matrículas:

[...] De acordo com a escritura pública de compra e venda de fls. 146/149, a ré GASPETRO vendeu à empresa Engesul 5 (cinco) áreas de terra, localizadas no Distrito Industrial de Imbituba, cujas matrículas imobiliárias são as seguintes: R4-2061 (cujos proprietários atuais são José Eduardo Carneiro de Carvalho, Luiz Augusto de Camargo Ôpice e Nobert Karl Buschhausen); R1-14.666 (cujos proprietários atuais são José Eduardo Carneiro de Carvalho, Luiz Augusto de Camargo Ôpice e Nobert Karl Buschhausen); R4-3.835 (cuja proprietária atual é a empresa Engesul); R4-1.463 (cuja proprietária atual é a empresa Engesul); R6-4.644 (cuja proprietária atual é a empresa Engesul, encontrando-se o Município de Imbituba como possuidor de

parte da terra) e R4.645 (cuja proprietária atual é a empresa Engesul) - dados verificados de acordo com os documentos de fls. 53/66, os quais instruíram o *Inquérito Civil* [...].

E no bojo do Termo de Ajustamento de Conduta, o Ministério Público assentou que (fl. 133):

CONSIDERANDO o determinado na decisão de fls. 885/905, no sentido de que a responsabilidade dos compromissários está limitada às áreas de sua posse/propriedade;

Especialmente, que (fls. 133/134):

CONSIDERANDO que todas as áreas que fazem parte do objeto da Ação Civil Pública n. 0001586-85.2013.824 são delimitadas, de modo que é possível individualizar a responsabilidade de cada um dos seus proprietários e possuidores, que, por isso, devem ser tratados como litigantes distintos, consoante dicação do art. 48 do Código de Processo Civil, que prevê: "*salvo disposição em contrário, os litisconsortes são considerados, em suas relações com a parte adversa, como litigantes distintos; os atos e as omissões de um não prejudicam nem beneficiam os outros*;

Logo, havia sim possibilidade de fracionar os réus denunciados em 2 (dois) subgrupos: um em que se discutia apenas a reparação material, e outro em que a alteração era material e extrapatrimonial.

Em todo esse contexto, percebe-se que uma a uma as alegações da Petrobrás Logística de Gás S/A vão ruindo, já que sobre a prealada nulidade em razão do acordo ter sido celebrado apenas com parte das empresas, restou demonstrado que cada litigante possui autonomia para encetar a recomposição do passivo ambiental, porque no TAC não se estava disponibilizando a possibilidade de enfrentamento da questão indenizatória, mas, sim, a reparatória.

A assertiva de que teria sido preterida pelo *Parquet* no envio de ofício para celebração de acordo, é tese insubsistente, já que, passados muitos anos de tramitação do feito, a agravante não demonstrou o efetivo interesse em subscrever qualquer Termo de Ajustamento de Conduta.

Ou seja, a Petrobrás Logística de Gás S/A não faz esforço objetivando pôr fim a demanda, preferindo, ao contrário, sobrepor obstáculos para que outros não obtenham êxito na causa.

A situação beira a má-fé, pois transparece uma implícita tentativa para obstruir a marcha processual.

Em obra doutrinária sobre o tema, a Procuradora da República Geisa de Assis Rodrigues pontua que “*o compromissário será o responsável pela prevenção do ilícito ou pela reparação do dano [...]*”, ao passo que “*a regra de direito material é que define os responsáveis pela adequação da conduta, bem como os requisitos de sua incidência [...]*”¹Veja-se: a regra de direito material - e não a regra processual -, é que dita o ritmo da transação.

Tal premissa enfatiza que, o que restou ajustado no TAC, foi o dano material em si, e não a indenização pelo dano moral coletivo.

Petrobrás Logística de Gás S/A pretexta não ter tido oportunidade para se manifestar acerca do petitório para homologação da avença, malferidos os princípios da ampla defesa e do contraditório.

Ora, se o Ministério Público é o órgão legitimado para firmar tal compromisso (art. 5º, § 6º, da Lei nº 7.347/85), ele é quem vai investir-se, também, na prerrogativa de finalizar o ajuste, com as partes que entender legítimas, não importando que para seu êxito outros corréus sejam intimados.

A tese de que a investigação do dano ecológico só pode acontecer a partir da realização de perícia judicial é frágil, porque o próprio TAC fez prevalecer a necessidade de realização do PRAD-Plano de Recuperação de Área Degradada (fl. 134), que pode, sim, substituir a avaliação pericial, sobretudo por contar com o aval da FATMA-Fundação do Meio Ambiente para recomposição das áreas degradadas.

A suposta impossibilidade de individualizar a responsabilidade de cada um dos proprietários já foi decidida, restando esclarecido que cada imóvel conta com matrícula própria no ofício imobiliário competente.

E a aventada exclusão dos litisconsortes não é temerária. Até porque, se a agravante entender tenha sido prejudicada em algum direito - por passar a figurar ao lado apenas da ICC-Indústria Carboquímica Catarinense S/A no polo passivo da demanda -, poderá “*objetar o título executivo por meio de ação autônoma [...]*”².E embora a Petrobrás Logística de Gás S/A sustente que os direitos coletivos são indisponíveis, o respaldo - tanto legislativo, quanto judicial para consecução do TAC -, endossa a atuação do Ministério Público.

Na verdade, a celebração do acordo muitas vezes constitui a medida mais célere para recomposição do passivo.

A “*possibilidade de o ajuste de conduta antecipar-se à sentença de cognição existe justamente para ampliar esse seu atributo preventivo (MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes) [...]*”³.E “*não estaria o nosso sistema de proteção dos direitos transindividuais completo sem o permissivo de se*

1 Ação Civil Pública e Termo de Ajustamento de Conduta. Rio de Janeiro, Ed. Forense, 2002, p.173

2 NERY, Ana Luiza. Teoria Geral do Termo de Ajustamento de Conduta. 3ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 246.

3 RODRIGUES, Geisa de Assis. op. cit. p. 116

garantir a preservação do direito com uma tutela mais informal e com ênfase na negociação [...]»⁴. Epilogando, para concluir: sem razão a agravante!

De outro vértice, SANTOS BRASIL Participações S/A formulou pedido para condenação da Petrobrás Logística de Gás S/A por litigância de má-fé, lastreada na perspectiva de que o reclamo seria intempestivo.

Porém, considerando que a irresignação foi conhecida sob a ótica das formalidades atinentes à admissibilidade, não sobressai justa almejada condenação.

Dessarte, conheço do recurso e nego-lhe provimento.

É como penso. É como voto.

Com urgência urgentíssima, comunique-se ao juízo da 2ª Vara da comarca de Imbituba, para imediata retomada do *iter* processual, de forma célere.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 4022374-06.2017.8.24.0000

Declaração de Voto Vista do Exmo. Sr. Pedro Manoel Abreu

Petrobrás Logística de Gás S.A – LOGIGÁS interpôs agravo de instrumento contra a decisão que, nos autos da ação civil pública movida pelo Ministério Público Estadual apenas contra os agravados, homologou Termo de Ajustamento de Conduta Parcial, dando azo à extinção da ação coletiva em relação àqueles, permitindo no entanto o curso da ação contra os não signatários do ajuste.

Em sua insurgência, verberou o agravante que: a) a ação coletiva foi inicialmente ajuizada em face de Indústria Carboquímica Catarinense S/A – ICC e Petrobrás Gás S.A. – GÁSPETRO, sucedida pela LOGIGÁS, em razão de suposto dano ambiental que está sendo objeto de apuração pelo Ministério Público em área portuária anteriormente ocupada pela ICC; b) os danos em tese seriam referentes à contaminação do solo por rejeitos de óxido de ferro e fosfogesso nas áreas do pátio industrial e depósito/disposição final de rejeitos localizada em Ribanceira – Imbituba, neste Estado; c) deferiu-se liminar para que a ICC realizasse estudos de solo, subsolo e lençol freático das áreas objeto da ACP e os apresentassem à FATMA, além de ter que realizar o PRAD, retirando-se os tanques abandonados do terreno em testilha; d) na contestação, ICC ofertou pedido de reconhecimento de litisconsórcio de diversas empresas, o que foi deferido, mas em relação às preliminares apresentadas pela LOGIGÁS, em sua peça de defesa, o magistrado indeferiu as prefaciais de incompetência absoluta da Justiça Estadual, por entender que o bem jurídico ‘meio ambiente’ deve ser tutelado por todos os entes políticos, bem como afirmou a impossibilidade jurídica do pedido relacionado à condenação da produção de prova pericial, por considerar possível a inversão do ônus *probandi*, afastando ainda as alegações de inadequação da via eleita e de falta de interesse de agir, por entender que a existência de licenciamento para recuperação da área

⁴ Ibidem. p. 118

não impede a judicialização da matéria; d) o magistrado alterou, porém, sua decisão liminar, em relação ao item específico que trata da realização de estudos de solo, subsolo e lençol freático, pelo que a ora recorrente interpôs o agravo de instrumento n. 2013.069897-7, cujo efeito suspensivo foi deferido e o mérito restou parcialmente acolhido; e) em que pese a suspensão da decisão de primeira instância, o MPSC peticionou nos autos juntando Termo de Ajustamento de Conduta celebrado apenas com alguns dos réus, requerendo a sua homologação; f) os autos foram julgados extintos apenas em relação aos signatários, prosseguindo a *actio* em relação aos demais réus, dentre eles, a ora agravante; g) a LOGIGÁS opôs então embargos de declaração alegando a impossibilidade de celebração de acordo de ajustamento de conduta em razão do efeito suspensivo concedido nos autos do agravo de instrumento n. 2013.069897-7, bem como a impossibilidade de celebração do acordo de ajustamento de conduta em relação a uma parcela dos demandados e a indevida exclusão da responsabilidade ambiental; h) ao responder os embargos, o julgador entendeu que deveria aguardar o julgamento da Corte nos autos n. 2013.069857-5 (agravo), por ter este Tribunal acenado uma ‘possível declinação de competência para a Justiça Federal’; i) o julgador sustou os efeitos do acordo embora devesse tê-lo anulado, motivo pelo qual interpôs outro agravo, de n. 2014.090141-3, que a Primeira Câmara de Direito Público não conheceu sob o argumento de ocorrência supressão de instância, caso adentrasse na análise de nulidade do acordo; j) o juízo *a quo* não acolheu os embargos, dizendo ser possível transação judicial com algumas das partes e que a irresignação do agravante não se enquadrava nas hipóteses de acolhimento dos aclaratórios, razão pela qual deveria ser objeto de recurso próprio; k) assim, não restou outra alternativa à agravante senão a interposição do presente agravo a fim de que o Tribunal reconheça a nulidade do acordo; l) não teve chance de participar das tratativas do ajuste, por não ter sido consultada pelo MPSC, embora o seu evidente interesse jurídico; m) o autor deveria ter oportunizado o conhecimento das cláusulas do acordo; n) não se poderia ter afastado a responsabilidade ambiental dos signatários do acordo, pois esta deveria ser aferida em perícia técnica; o) não é possível a realização de acordo contemplando pretensão parcial da ação coletiva.

Ao final, requereu o provimento do agravo, para anular-se o Termo de Ajustamento de Conduta.

Em sede contrarrazões, os agravados pugnaram pela manutenção do *decisum*, tendo o Ministério Público afirmado às fls. 253-255, que as áreas foram expressamente delimitadas no acordo de fls. 1192, quais sejam, os imóveis de matrículas n. 2.061 e 14.666, do Registro de Imóveis da comarca de Ibituba, e que seriam elas atualmente de propriedade dos signatários do acordo. No tocante ao pedido de dano moral coletivo, entendeu que a ora agravante, e a Indústria Carboquímica Catarinense S.A., são as ‘únicas que podem ser condenadas ao pagamento de dano moral’ (fl. 253).

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Carlos Alberto de Carvalho Rosa, manifestou-se pelo desprovimento do agravo, ressaltando que o autor não “havia imputado aos demais requeridos a responsabilidade pelo dano ocorrido e a consequente obrigação de pagamento por dano moral coletivo. Tais imputações foram feitas exclusivamente à agravante Petrobrás Gás S/A e à Indústria Carboquímica Catarinense, ao requererem a inclusão dos demais réus no polo passivo da demanda. Além disso, para esse agravado, o intuito da agravante seria tumultuar o

feito, já que os demais requeridos assumiram o ônus de recuperar uma área degradada pela própria agravante” (p. 345-346).

É o relatório.

VOTO

Acompanho o voto do eminente relator, seja no tocante ao afastamento da preliminar de intempestividade do recurso, - pois a retirada dos autos em carga foi operada por quem não detinha poderes outorgados e porque o pronunciamento judicial nos embargos declaratórios tardou a ser publicado, abrindo margem temporal para a presente insurgência -, seja no mérito, quando votou pelo desprovemento do recurso interposto, rechaçando os argumentos da agravante.

Extrata-se do pedido vestibular formulado pelo autor que a pretensão reparatória foi exclusivamente imputada em desfavor das requeridas Petrobrás Gás S/A e Indústria Carboquímica catarinense, que, segundo o órgão ministerial, são as únicas responsáveis pela causação do dano ambiental constante na narrativa de entrada.

Destaco, ainda, que, ao que se infere do processado, os demais réus foram incluídos no feito a pedido daquelas empresas (Petrobrás Gás e Indústria Carboquímica Catarinense), sob a alegação de que, para efetivarem a reparação do dano, teriam que invadir áreas atualmente de propriedade de terceiros. O argumento soa, a princípio, como mera justificativa para o não agir, isto é, para legitimar a inação daquelas sociedades empresárias em entaves jurídicos, dado que, se não pudessem acessar áreas de terra que lhes são alheias, estariam impedidas de tomar as providências exigidas pelo órgão ministerial.

Bem se diga, o autor dedicou um capítulo inteiro da *actio* a justificar a persecução direcionada apenas contra as duas rés em testilha, sem mencionar os outros demandados, só incluídos, frise-se novamente, a pedido da Petrobrás Gás e Indústria Carboquímica mais tarde, quando invocaram suposto litisconsórcio passivo necessário.

No tocante às signatárias do Termo de Ajustamento, tanto é fato incontroverso que não foram apontadas como causadoras de dano ambiental, que o autor chegou a requerer, quanto a elas, o seguinte (fl. 75):

I) a cientificação das empresas que, atualmente, estão instaladas na área da antiga ICC/GASPETRO, acerca da presente ação, assim como a anuência daquelas para a realização de estudo ambiental na região, sob pena de inseri-las no polo passivo da ação.

Numa palavra: o autor já indicara a existência de outras empresas em locais atingidos pelos danos causados em tese por Petrobrás Gás e Indústria Carboquímica, mas, no tocante àquelas, limitou-se a requerer que fossem cientificadas para permitir a realização de estudos ambientais nos

seus respectivos imóveis, a fim de apurar a responsabilidade das verdadeiras requeridas, sob pena, aí sim, se houvesse resistência, de serem inseridas no polo passivo da demanda.

Ao que tudo indica, após a contestação e a pedido das demandadas Petrobrás Gás e Indústria Carboquímica Catarinense, as requeridas foram incluídas no polo negativo da ação prematuramente, sem se aferir se havia eventual resistência, como havia proposto, aliás, o MP, em sua vestibular, desde o início.

Tanto é assim que às fls. 96-97, em capítulo próprio, as requeridas informaram não deter a posse ou a propriedade de todas as áreas afetadas, e que por isso, os respectivos proprietários ou posseiros precisavam ser inseridos como réus na demanda, compondo litisconsórcio passivo necessário.

No que concerne ao ajuste impugnado, bem se diga, ele se refere às matrículas n. 2.061 e 14.666, do Cartório de Registro de Imóveis de Imbituba, estando o ajuste limitado 'às áreas de sua posse/propriedade' (p. 133). Frise-se, ainda, ter constado o seguinte (p. 133):

CONSIDERANDO que todas as áreas que fazem parte do objeto da Ação Civil Pública n. 0001586-85.2013.824 são delimitadas, de modo que é possível individualizar a responsabilidade de cada um dos seus proprietários e possuidores que, por isso, devem ser tratados como litigantes distintos, consoante dicção do art. 48 do Código de Processo Civil, que prevê: "salvo disposição em contrário, os litigantes serão considerados, em suas relações com a parte, como litigantes distintos; os atos e as omissões de um não prejudicarão nem beneficiarão os outros.

O ajuste de fls. 131-152 não caracteriza isenção de responsabilidade alguma, mas tão só o reconhecimento de que as outras empresas já haviam dado início à recuperação da área degradada, adotando posição diversa das ora requeridas, que chegaram a ser consultadas sobre a possibilidade de ajuste, na forma indicada pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, em sua manifestação final. Tanto que na cláusula 3.^a, as compromissárias declararam o compromisso de, finalizada a remoção de fosfogesso na denominada área 2B, pela Engessul - que deveria ocorrer até 30.06.2018 -, implementar a recuperação da área, nos termos do PRAD a ser submetido à FATMA.

Ora, se a solidariedade pela reparação do dano ambiental é um dos mais conhecidos efeitos do ordenamento jurídico protetivo, por outro lado, não há óbice algum para que o credor aceite o cumprimento espontâneo de quem tem o dever de cumprir as prescrições legais relativas ao meio ambiente. Como antecipado no voto do relator, "é preferível sanar o problema, do que necessariamente obter compensação pecuniária". Com efeito, a reparação do dano, em pecúnia, é a última medida a se buscar na escala das providências legais, devendo-se conduzir, sempre que possível, à recuperação do meio ambiente degradado, especialmente se os responsáveis despertam para os benefícios do cumprimento espontâneo da obrigação.

Desta feita, não há, como alegado, qualquer isenção de responsabilidade como quer fazer

parecer a agravante, mas delimitação e individualização da área degradada e a reparação, naqueles locais, de eventuais danos causados à natureza.

Acresço aos argumentos expendidos pelo culto relator, que o Termo de Ajustamento de Conduta tem por atributos presunção de liquidez, certeza, legalidade e veracidade, como vem reconhecendo, aliás, o Superior Tribunal de Justiça:

ADMINISTRATIVO. MEIO AMBIENTE. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO DO ART. 535, I E II, DO CPC/1973. INEXISTÊNCIA. ALEGAÇÃO DE OFENSA À DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. COMPETÊNCIA EXCLUSIVA DO STF. ALEGAÇÃO À OFENSA DE DIREITO LOCAL. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 280/STF. DECISÃO DE ORIGEM QUE ENTENDEU QUE NÃO HOUVE EFEITO SUSPENSIVO DOS EMBARGOS. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO N. 7/STJ.

I - Afasto, inicialmente, a alegação de ofensa ao art. 535, I e II, do CPC/73, porque não demonstrada omissão capaz de comprometer a fundamentação do acórdão recorrido ou de constituir-se em empecilho ao conhecimento do recurso especial. Citem-se, a propósito, os seguintes precedentes: AgRg no REsp 1.374.797/MG, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe de 10/9/2014; AgRg no AREsp 369.791/SP, Terceira Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJe de 9/9/2014; AgRg no REsp 1.172.506/RS, Sexta Turma, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, DJe de 26/8/2014; AgRg no AREsp 207.064/SP, Primeira Turma, Rel. Min. Benedito Gonçalves, DJe de 8/9/2014.

II - Quanto à alegada ofensa aos dispositivos da Constituição Federal, sabe-se que se trata de matéria reservada ao exame do STF, em recurso extraordinário. III - Também não se examina em recurso especial alegação de ofensa a direito local (Súmula 280/STF). Por isso, não se conhece do recurso no tocante ao suposto malferimento a dispositivos da Constituição estadual. IV - Esta Corte Superior firmou orientação de que a atribuição de efeito suspensivo aos embargos do devedor está condicionada ao cumprimento de três requisitos legais: apresentação de garantia; verificação pelo juiz da relevância da fundamentação e perigo de dano irreparável ou de difícil reparação.

V - A Corte a quo entendeu que não estão presentes, na espécie, tais requisitos legais: Com efeito, no caso sub judice, a despeito de a agravante sustentar que deixou de cumprir a obrigação referente ao licenciamento ambiental em razão da morosidade da CETESB, não se verifica presente nenhum dos requisitos necessários para a suspensão da execução. Isto porque, a matéria em discussão envolve controvérsia fática e jurídica, não há como admitir-se de plano a inequívoca verossimilhança de suas alegações. O termo de compromisso de ajustamento de conduta firmado pelo Ministério Público, além da presunção de liquidez e certeza, goza ainda de presunção de legalidade e de veracidade, sendo certo que para atribuição do efeito suspensivo as provas necessárias devem estar exaltadas a ponto de permitir a aferição de plano da verossimilhança das alegações. Por isso, não merece reparo a decisão proferida quanto ao processamento dos embargos sem a atribuição de efeito suspensivo, já que ausente s os pressupostos necessários à sua concessão (fls. 466-467).”

VI - A alteração das conclusões adotadas pela Corte de origem demandaria reexame de elementos fáticos, o que é vedado na via recursal especial, conforme o previsto na Súmula 7/STJ. VII - Agravo interno improvido (STJ, AgInt no AREsp 1159570/SP, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/06/2018, DJe 22/06/2018).

Na presente insurgência, à semelhança do referido julgado na Corte Especial, a verossimilhança das alegações não se encontra exaltada pelas provas coligidas. Muito ao contrário, registre-se, sequer

seria possível aventar de eventual interesse da União nos autos, e conseqüentemente de competência da Justiça Federal, pois a matéria que ensejou suspensão de decisão na presente ACP foi resolvida em sede de agravo de instrumento de relatoria do Des. Paulo Ricardo Bruschi, assim ementado:

AGRAVOS DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO AMBIENTAL. VAZAMENTO DE LIXO TÓXICO DERIVADO DA PRODUÇÃO DE ÁCIDOS SULFÚRICO E FOSFÓRICO. PREFACIAL DE INCOMPETÊNCIA. REGIÃO DO PORTO DE IMBITUBA. AUSÊNCIA DE INTERESSE DA UNIÃO MANIFESTADA EXPRESSAMENTE POR PETIÇÃO NOS AUTOS. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL CONFIGURADA. MANUTENÇÃO DA DECISÃO QUE SE IMPÕE. PRELIMINAR DE CARÊNCIA DA AÇÃO. RECUPERAÇÃO DO DANO AMBIENTAL ACORDADA EM CONCESSÃO DE LICENÇA AMBIENTAL PELA FATMA. APARENTE AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR. ÁREA, TODAVIA, QUE NÃO VEM SENDO RECUPERADA. MANIFESTA NECESSIDADE E UTILIDADE DO PROCESSO. INTERESSE PROCESSUAL DO PARQUET, ADEMAIS, PORQUE O OBJETO DA LIDE ABRANGE IGUALMENTE O PAGAMENTO INTEGRAL DO DANO MORAL COLETIVO, A RETIRADA DOS TANQUES ABANDONADOS E A REPARAÇÃO INTEGRAL DO DANO AMBIENTAL. PROEMIAL AFASTADA. ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM. RESPONSABILIDADE OBJETIVA E SOLIDÁRIA DE TODOS AQUELES QUE CONTRIBUÍRAM, DIRETA OU INDIRETAMENTE, PARA A OCORRÊNCIA DO DANO AO MEIO AMBIENTE. POSSIBILIDADE DE RELATIVIZAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA DA EMPRESA EM LIQUIDAÇÃO, A FIM DE GARANTIR A INTEGRAL RECUPERAÇÃO AMBIENTAL. INCLUSÃO DA ACIONISTA CONTROLADORA NA LIDE COMO LITISCONORTE PASSIVO. PRELIMINAR CORRETAMENTE AFASTADA. IMPOSSIBILIDADE DE ADMISSÃO DO ENTE PÚBLICO COMODATÁRIO DA ÁREA DEGRADADA NO POLO ATIVO DA DEMANDA. MANIFESTO CONFLITO DE INTERESSES. NECESSIDADE DE SUA INCLUSÃO NO POLO PASSIVO DA LIDE. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. APLICAÇÃO DAS REGRAS CONSUMERISTAS. POSSIBILIDADE. ÔNUS FINANCEIRO DA PROVA REQUERIDA PELO AUTOR DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA AMBIENTAL OU DETERMINADA DE OFÍCIO PELO JUÍZO A QUO. FINANCIAMENTO QUE INCUMBE À PARTE AUTORA, CONFORME O ARTIGO 33 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. “A simples inversão do ônus da prova, no sistema do Código de Defesa do Consumidor, não gera a obrigação de custear as despesas com a perícia, embora sofra a parte ré as conseqüências decorrentes de sua não-produção.” (STJ, Resp n. 639.534/MT, Relator: Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. em 09.11.2005). ORDEM LIMINAR DE RETIRADA DOS TANQUES ABANDONADOS NO PÁTIO INDUSTRIAL E APRESENTAÇÃO IMEDIATA DE PROJETO DE RECUPERAÇÃO DA ÁREA DEGRADADA. ANTECIPAÇÃO DA TUTELA DE MÉRITO. MEDIDA QUE DEVE OBEDIÊNCIA AOS REQUISITOS DO ARTIGO 273, DO DIGESTO PROCESSUAL CIVIL. VEROSSIMILHANÇA DAS ALEGAÇÕES. DANO EVIDENCIADO NOS AUTOS. MANIFESTA URGÊNCIA EM FACE DA POSSÍVEL IRREVERSIBILIDADE DO ABALO AO MEIO AMBIENTE. CONFIGURAÇÃO DOS PRESSUPOSTOS PARA O DEFERIMENTO. PONDERAÇÃO DOS BENS JURÍDICOS EM CONTRAPOSIÇÃO. CERCEAMENTO DE DEFESA INEXISTENTE. Esta corte vem entendendo que “o perigo de irreversibilidade dos efeitos fáticos do provimento não pode constituir impedimento ao deferimento da tutela urgente. Tratando-se de tutela antecipatória urgente, deve ser possível o sacrifício, ainda que de forma irreversível, de um direito que pareça improvável em benefício de outro que pareça provável. Do contrário, o direito que tem maior probabilidade de ser definitivamente reconhecido poderá ser irreversivelmente prejudicado. Em resumo, se não há outro modo para evitar um prejuízo irreparável a um direito que se apresenta como provável, deve-se admitir que o juiz possa provocar um prejuízo irreparável ao direito que lhe parece improvável. Nestes casos deve ocorrer a ponderação dos bens jurídicos em jogo, aplicando-se o princípio da proporcionalidade, pois quanto maior for o valor jurídico do bem a ser

sacrificado, tanto maior deverá ser a probabilidade da existência do direito que justificará o seu sacrifício' (Miguel Kfoury Neto, Código de processo civil - Alteração - Leis 8.950, 8.951, 8.952 e 8.953/94, in RJ 210/49) (AI n. 2002.004206-4, de Guaramirim)" (Agravo de Instrumento n. 2012.054609-1, de Gaspar, Relator: Des. Carlos Adilson Silva, 1ª Câm. Dir. Púb., j. 10/03/2015). DILAÇÃO DO PRAZO PARA CUMPRIMENTO DA ANTECIPAÇÃO DA TUTELA DE MÉRITO. CONCORDÂNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. RAZOÁVEL E POSSÍVEL A MAJORAÇÃO DO PRAZO PARA A RETIRADA DOS TANQUES, A FIM DE EVITAR MAIORES DANOS AMBIENTAIS. AMPLIAÇÃO PARA 180 DIAS. PROVIMENTO DOS AGRAVOS APENAS NESTE PONTO. Mostra-se razoável a concessão de prazo maior para a efetivação da providência determinada em antecipação dos efeitos da tutela de mérito não apenas em benefício das agravantes, mas, sim, em benefício do próprio bem tutelado, qual seja, o meio ambiente, minorando-se a possibilidade de maiores contaminações quando da remoção dos tanques, que deve ser realizada de forma prudente e responsável, evitando-se maiores prejuízos à área já degradada, especialmente diante da natureza das substâncias contidas nos mencionados tanques e do tempo em que se encontram em situação de abandono. (TJSC, Agravo de Instrumento n. 2013.069897-7, de Imbituba, rel. Des. Paulo Ricardo Bruschi, Primeira Câmara de Direito Público, j. 30-06-2015).

Destarte, quando muito, deu-se a suspensão da decisão impugnada mas não do feito, nada impedindo a formulação de Termo de Ajustamento de Conduta na forma entabulada nestes autos. E, demais, disso, entendeu-se pela competência desta Corte para julgar o feito, o que afasta eventual nulidade por conta dessa circunstância.

Em face do exposto, acompanhando o relator, voto pelo desprovimento integral do agravo.

Apelação Cível n. 0004178-65.2007.8.24.0078, de Urussanga

Relator: Desembargador Luiz Fernando Boller

APELAÇÃO. AÇÃO ORDINÁRIA. ANULAÇÃO DE DÉBITO FISCAL. IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS. VEREDICTO DE PROCEDÊNCIA.

INSURGÊNCIA DO ESTADO.

APONTADA EXISTÊNCIA DE INFRAÇÃO À LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA. APROPRIAÇÃO DE CRÉDITO DO IMPOSTO DESTACADO EM NOTAS FISCAIS EMITIDAS POR EMPRESA, CUJA INSCRIÇÃO FOI POSTERIORMENTE DECLARADA NULA.

CARÊNCIA DE PROVA DA PRETENSA COMPRA E VENDA, E DA EFETIVA ENTRADA DAS MERCADORIAS NO ESTABELECIMENTO.

“É lícito ao comerciante de boa-fé aproveitar os créditos de ICMS decorrentes de nota fiscal posteriormente declarada inidônea, quando demonstrada a veracidade da compra e venda” (Súmula n. 509 do Superior Tribunal de Justiça).

OPERAÇÕES COMERCIAIS NÃO EVIDENCIADAS.

TESE ACOLHIDA.

“[...] para aproveitamento de crédito de ICMS relativo a notas fiscais consideradas inidôneas pelo Fisco, é necessário que o contribuinte demonstre pelos registros contábeis que a operação comercial efetivamente se realizou, incumbindo-lhe, pois, o ônus da prova, não se podendo transferir ao Fisco tal encargo (REsp. nº 556.850/MG, Rel. Min. Eliana Calmon, DJe 23/05/2005) [...] (TJSC, AC nº 2009.074824-8, de Jaraguá do Sul, Rel. Des. Vanderlei Romer, Primeira Câmara de Direito Público, j. 02/03/2010)’. (TJSC, AC nº 2012. 039809-8, da Capital, Rel. Des. Paulo Henrique Moritz Martins da Silva, j. 09/12/2014) [...]” (TJSC, Apelação Cível n. 0008435-74.2011.8.24.0020, de Criciúma. Rel. Des. Jorge Luiz de Borba, Primeira Câmara de Direito Público, j. 02/04/2019).

RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

REMESSA DE CÓPIA FOTOSTÁTICA AUTÊNTICA INTEGRAL DOS AUTOS AO MINISTÉRIO PÚBLICO NO 1º GRAU, PARA DESENCADEAMENTO DA PERSECUTIO CRIMINIS.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0004178-65.2007.8.24.0078, da comarca de Urussanga (2ª Vara) em que é Apelante Estado de Santa Catarina e Apelada COOPERMAQ- Cooperativa de Máquinas e Equipamentos.

A Primeira Câmara de Direito Público decidiu, à unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Excelentíssimos Senhores Desembargadores Pedro Manoel Abreu e Jorge Luiz de Borba. Funcionou como representante do Ministério Público o Procurador de Justiça Alexandre Herculano Abreu.

Florianópolis, 14 de maio de 2019.

Desembargador LUIZ FERNANDO BOLLER

Presidente e Relator

Documento assinado digitalmente

RELATÓRIO

Cuida-se de apelação interposta por Estado de Santa Catarina, em objeção à sentença prolatada pelo juízo da 2ª Vara da comarca de Urussanga, que julgou procedente a ação *Anulatória de Débito Fiscal n. 0004178-65.2007.8. 24.0078*, ajuizada por

COOPERMAQ-Máquinas e Equipamentos, declarando nula a Notificação Fiscal n. 76030075645, e tornando inexigível o crédito tributário nela inscrito, além de condenar o ente federado ao pagamento das custas e honorários, estes fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor atribuído à causa (fls. 769/775).

Malcontente, o Estado aponta que COOPERMAQ não obteve êxito em demonstrar a efetiva ocorrência das operações mercantis, considerando a não apresentação dos comprovantes de pagamento, ou de prova relacionada à entrega dos insumos, aproveitando-se de crédito tributário decorrente de documentos considerados inidôneos pelo Fisco.

Assevera ser dever do contribuinte de boa-fé estornar o crédito declarado nulo, não obstante a publicação do Edital que cancelou a inscrição da empresa contratada ter ocorrido após a realização dos negócios mercantis.

Nestes termos, brada pelo conhecimento e provimento do recurso (fls. 787/800).

Na sequência, COOPERMAQ opôs Embargos de Declaração, que foram rejeitados pelo juízo *a quo*.

Após, sobrevieram as contrarrazões, onde a empresa apelada refuta a tese manejada, clamando pelo desprovimento da insurgência (fls. 813/829).

Em manifestação do Procurador de Justiça Basílio Elias de Carc, o Ministério Público apontou ser desnecessária sua intervenção, deixando de lavrar Parecer (fls. 841/842).

Em apertada síntese, é o relatório.

VOTO

Por vislumbrar a tempestividade e a dispensa do recolhimento do preparo - porque isento o Estado de Santa Catarina do pagamento das custas processuais, nos termos do art. 35, "I", da Lei Complementar nº 156/97, com a redação dada pela Lei Complementar nº 524/2010 -, recebo o

apelo, mas apenas no efeito devolutivo, em razão do disposto nos arts. 1.012, § 1º, inc. V, e 1.013 do NCPC.

Pois bem.

COOPERMAQ-Máquinas e Equipamentos - inscrita no CNPJ sob o n. 06.197.865/0001-76, estabelecida na Rodovia Genésio Mazon, Km 03, bairro São Pedro, em Urussanga-SC -, foi autuada por ter deixado *“de estornar o crédito do imposto destacado em documento inidôneo, emitido por contribuinte cuja inscrição estadual foi declarada nula pela autoridade fazendária mediante Edital”* (fl. 123).

In casu, o cerne da pretensão exordial cinge-se à declaração de inidoneidade dos documentos fiscais que ensejaram a escrituração das operações contábeis, uma vez que o aproveitamento de créditos do imposto é cabível quando há efetiva demonstração de que o valor declarado nos registros foram pagos e, assim, de que a operação de compra e venda foi efetivamente realizada.

Ademais, ainda que a publicação da inidoneidade da empresa contratada - INCUBAVES-Indústria de Equipamentos para Avicultura Ltda. -, tenha ocorrido em 15/06/2015 - enquanto que as transações foram efetivadas em fevereiro, março e maio do mesmo ano -, resta incontroverso o dever da COOPERMAQ comprovar a veracidade dos negócios comerciais, a fim de afastar a pecha de fraudulenta ficção documental, pois *“é lícito ao comerciante de boa-fé aproveitar os créditos de ICMS decorrentes de nota fiscal posteriormente declarada inidônea, quando demonstrada a veracidade da compra e venda”* (Súmula nº 509 do STJ).

A propósito:

[...] a viabilidade de creditamento do ICMS pelo adquirente de boa-fé em decorrência de posterior declaração de inidoneidade das notas fiscais demanda que o contribuinte efetivamente demonstre, pelos registros contábeis, que a operação de compra e venda efetivamente se realizou, cujo ônus da prova incumbe exclusivamente a este (STJ, AgRg no REsp nº 1.355.768/SP, Rel. Min. Humberto Martins).

Logo, *“a inteligência do art. 136, do CTN não favorece a tese da agravante de que está dispensada, como compradora, da comprovação de que as notas fiscais declaradas inidôneas correspondem a negócio efetivamente realizado”* (STJ, AgRgAI nº 357894/DF, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros).

No caso em liça, tendo sido oportunizado a COOPERMAQ apresentar os comprovantes de pagamentos, bem como de circulação das mercadorias (*frete*), para demonstrar a efetiva entrada dos insumos no estabelecimento, nada trouxe além das Notas Fiscais de fls. 51/62, sem nenhuma documentação complementar legal, tais como cheques, duplicatas quitadas em banco, depósitos, serviços de frete, ou seja, evidências acerca do pagamento e da movimentação dos consideráveis montantes, do transporte, da entrada no estabelecimento ou das alterações nos fluxos de almoxarifado ou dos estoques da empresa.

Conforme indicam os documentos de fls. 122 e 123, COOPERMAQ não apresentou, sequer, *Defesa Prévia à Intimação Fiscal*.

E as testemunhas ouvidas na fase instrutória, apenas declararam saber que havia relação comercial entre as empresas, sem, contudo, subsidiar de forma consistente a tese quanto ao efetivo recebimento das mercadorias.

Outrossim, a *Perícia Judicial* limitou-se - única e tão somente -, a analisar os registros contábeis, não possuindo o condão de inferir se houve verdadeira compra e venda das matérias primas (fls. 654/661).

De mais a mais, diante do elevado volume dos materiais indicados nas operações realizadas, seria necessária a contratação de veículos cargueiros, com a emissão dos respectivos comprovantes, porquanto a empresa emitente não aparenta ser proprietária de caminhões.

Entretanto, não há qualquer ordem para carregamento das mercadorias, e/ou recibos referentes ao serviço de transporte.

E tais movimentações carecem de controles e formulários administrativos relacionados com as operações, como correspondências, pedidos, registros de entrada e movimentação de mercadorias na empresa e nos estoques.

COOPERMAQ limitou-se a juntar, apenas, cópias de seus livros contábeis, além de duplicatas sem qualquer autenticação bancária.

Nessa linha:

TRIBUTÁRIO. ICMS. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. COMPENSAÇÃO. DOCUMENTOS QUE DÃO CONTA DE QUE AS NOTAS FISCAIS UTILIZADAS SÃO INIDÔNEAS. APROVEITAMENTO INDEVIDO DE CRÉDITO DECORRENTE DE ICMS. Se, nos termos do art. 24 da Lei Estadual nº 10.297/96, “o direito de crédito, para efeito de compensação com débito de imposto, reconhecido ao estabelecimento que tenha recebido as mercadorias ou para o qual tenha sido prestados os serviços, está condicionado à idoneidade da documentação e, se for o caso, à escrituração nos prazos e condições estabelecidos na legislação”, cabe ao contribuinte comprovar, de forma idônea, a existência da operação que culminou na incidência de ICMS (CPC, art. 333, inc. I), sob pena de ser rejeitada sua pretensão compensatória. [...] SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO. (TJSC, AC nº 2011.004493-4, de Indaial, Rel. Des. Francisco Oliveira Neto, j. 06/05/2014).

Na mesma toada:

TRIBUTÁRIO. ICMS. CREDITAMENTO. POSTERIOR DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE DAS NOTAS FISCAIS. AUSÊNCIA DE PROVA ACERCA DA EFETIVA REALIZAÇÃO DA COMPRA E VENDA. BOA FÉ NÃO EVIDENCIADA. ILEGALIDADE DA OPERAÇÃO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

REDUÇÃO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. “A jurisprudência desta Turma é no sentido de que, para aproveitamento de crédito de ICMS relativo a notas fiscais consideradas inidôneas pelo Fisco, é necessário que o contribuinte demonstre pelos registros contábeis que a operação comercial efetivamente se realizou, incumbindo-lhe, pois, o ônus da prova, não se podendo transferir ao Fisco tal encargo” (REsp. nº 556.850/MG, Rel. Min. Eliana Calmon, DJe 23/05/2005). *In casu*, não tendo a contribuinte comprovado a efetividade das operações comerciais espelhadas nas notas fiscais tidas por inidôneas, não há falar em direito ao creditamento de ICMS. [...] (TJSC, AC nº 2009.074824-8, de Jaraguá do Sul, Rel. Des. Vanderlei Romer, Primeira Câmara de Direito Público, j. 02/03/2010). (TJSC, AC nº 2012. 039809-8, da Capital, Rel. Des. Paulo Henrique Moritz Martins da Silva, j. 09/12/2014).

À vista disso, a mera apresentação de notas fiscais e duplicatas com valores expressivos apenas com o carimbo de pagamento - ainda que referidas nos livros contábeis -, não comprova a efetiva entrada das matérias primas no estabelecimento, mormente quando sequer apresentada a origem dos recursos, se decorrentes de pagamento à vista, a prazo, pela rede bancária ou se para quitação pessoal ao credor, fato também não comprovado.

Dito isso, dado a carência de subsídio apto a justificar a veracidade das operações realizadas, a sentença merece reforma, para que se reconheça a exequibilidade do crédito tributário consubstanciado na *Notificação Fiscal n. 76030075645*.

Em arremate, incabível a fixação de honorários recursais (art. 85, § 11, da Lei nº 13.105/15), já que o STJ firmou entendimento de que a mencionada majoração é devida apenas quando o recurso for “*não conhecido ou integralmente desprovido, monocraticamente ou pelo órgão colegiado competente*” (STJ, AgInt nos EREsp nº 1.539.725/DF, rel. Min. Antônio Carlos Pereira, j. 09/08/2017).

Dessarte, conheço do recurso e dou-lhe provimento, revogando a tutela antecipada anteriormente concedida (fl. 775), julgando improcedente o pedido.

Via de consequência, inverte os ônus sucumbenciais, condenando COOPERMAQ-Cooperativa de Máquinas e Equipamentos a satisfazer o pagamento das custas e honorários, estes fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor atualizado da causa.

É como penso. É como voto.

Considerando que em sua contestação, o Estado apontou que “[...] soa estranho o desconhecimento da situação cadastral da empresa vendedora INCUBAVES-Indústria de Equipamentos para Avicultura Ltda, pela COOPERMAQ, destinatária das mercadorias, pois além de se dedicarem ao mesmo ramo de atividade, localizam-se no mesmo município - Urussanga, e possuem, conforme demonstram as Notas Fiscais de fls. 51-62, o mesmo número de telefone. Ademais, conforme ficha cadastral em anexo, o Secretário da Assembléia que aprovou a criação da COOPERMAQ - provavelmente seu Diretor Administrativo (art. 29 do Estatuto), Sr. Violmar Favro (fl. 45) -, era sócio da empresa vendedora INCUBAVES [...]” (fl. 110), remeta-se cópia fotostática autêntica integral dos autos ao representante do Ministério Público no 1º Grau, objetivando apurar a pecha de fraudulenta ficção documental.

Apelação Cível n. 0900339-20.2016.8.24.0004, de Araranguá

Relator: Desembargador Jorge Luiz de Borba

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. EXPLORAÇÃO DO SERVIÇO DE TRANSPORTE INDIVIDUAL DE PASSAGEIRO. USO DE TAXÍMETRO. DENÚNCIAS DE QUE O SISTEMA DE COBRANÇA NÃO ESTÁ SENDO APLICADO AOS USUÁRIOS. DEVER DE FISCALIZAR DO MUNICÍPIO. INTELIGÊNCIA DO ART. 8º DA LEI N. 12.768/2011 E DO ART. 11-A DA LEI N. 12.587/2012, COM REDAÇÃO DADA PELA LEI N. 13.640/2018. INTERFERÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO QUE SE JUSTIFICA DIANTE DE PREVISÃO EXPRESSA NA LEGISLAÇÃO. OMISSÃO DO ENTE PÚBLICO. ILEGALIDADE. SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0900339-20.2016.8.24.0004, da comarca de Araranguá (1ª Vara Cível), em que é Apelante Ministério Público do Estado de Santa Catarina e Apelado Município de Araranguá.

A Primeira Câmara de Direito Público decidiu, por unanimidade, conhecer do apelo e dar-lhe provimento para reformar a sentença e julgar parcialmente procedente o pedido inicial a fim de compelir o Município de Araranguá a fiscalizar o uso de taxímetro na exploração do serviço de transporte individual de passageiros, no prazo de 60 (sessenta) dias contados desta decisão, sob pena de multa cominatória, nos termos do voto. Custas legais.

Presidiu o julgamento, realizado nesta data, o Exmo. Sr. Des. Luiz Fernando Boller, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. Paulo Henrique Moritz Martins da Silva.

Florianópolis, 30 de julho de 2019

Jorge Luiz de Borba
RELATOR

RELATÓRIO

Trata-se de apelação cível interposta pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina à sentença pela qual se julgaram improcedentes os pedidos formulados em ação civil pública aforada contra o Município de Araranguá.

Colhe-se da decisão:

O art. 175 da Constituição Federal efetivamente prevê que “incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos”, enquanto que o art. 112, V, da Constituição do Estado de Santa Catarina dispõe que compete ao

Município “organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local”.

Acontece que o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento no sentido de que o serviço de transporte individual de passageiros (táxi) não constitui serviço público e, por isso, a ele é inaplicável o art. 175 da Constituição Federal, podendo ser explorada mediante simples autorização (de natureza precária) sem a necessidade de licitação:

Agravo regimental no recurso extraordinário. 2. Ação direta de inconstitucionalidade perante o Tribunal de Justiça estadual. 3. Serviço de transporte individual de passageiro. Táxis. Prorrogação das atuais autorizações ou permissões que estiverem com o prazo vencido, ou em vigor por prazo indeterminado, por 15 anos, admitida prorrogação por igual período. 4. Serviço de utilidade pública prestado por particular. Não caracterização como serviço público. 5. Inaplicabilidade do art. 175 ou do art. 37, XXI, da Constituição Federal. Inexigibilidade de licitação. 6. Necessidade de mera autorização do Poder Público para a prestação do serviço pelo particular. Competência do Município para estabelecer os requisitos autorizadores da exploração da atividade econômica. 7. Precedente do Plenário desta Corte: RE 359.444. Inteligência do art. 12-A da Lei 12.587/2012, com a redação dada pela Lei 12.865/2013. 8. Agravo regimental a que se nega provimento (RE 1002310 AgR/SC, Rel. Min. Gilmar Mendes, 2ª Turma, j. em 30/06/2017).

No mesmo sentido recentemente decidiu o Egrégio Tribunal de Justiça deste Estado:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N. 3.229, DE DEZEMBRO DE 1995, QUE DISPÕE SOBRE O SISTEMA DE TRANSPORTE DO MUNICÍPIO DE CRICIÚMA. ALEGADA INCONSTITUCIONALIDADE DOS ARTIGOS 5º, III, (NA PARTE QUE TRATA DA PRESCINDIBILIDADE DE LICITAÇÃO) E § 3º; 9º, § 1º; 14, I, E § 1º; E 73. DISPENSA DE LICITAÇÃO E POSSIBILIDADE DE PRORROGAÇÃO AUTOMÁTICA DOS CONTRATOS DE PERMISSÃO E CONCESSÃO. IMPOSSIBILIDADE. TRANSPORTE COLETIVO QUE EXIGE PRÉVIO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. AFRONTA AOS ARTIGOS 16, CAPUT, E 137, § 1º, DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL. PARCIAL PROCEDÊNCIA DA ACÇÃO. MANUTENÇÃO DA LEI QUANTO À DISPENSA DE LICITAÇÃO APENAS PARA O SERVIÇO DE TÁXI DESCRIMINADO COMO SERVIÇO ESPECIAL. EXPLORAÇÃO QUE PODE SER REALIZADA MEDIANTE AUTORIZAÇÃO DO PODER PÚBLICO. ENTENDIMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 1.002.310. ATRIBUIÇÃO AO JULGADO DE EFEITO EX NUNC, NOS TERMOS DO ARTIGO 17 DA LEI ESTADUAL N. 12.069/2001 (ADIN 9079018-59.2009.8.24.0000, Rel. Des. Cláudio Barreto Dutra, Órgão Especial, j. em 21/11/2018).

Em harmonia com o entendimento do Supremo Tribunal Federal, a Lei nº 12.587/2012 prevê:

Art. 12. Os serviços de utilidade pública de transporte individual de passageiros deverão ser organizados, disciplinados e fiscalizados pelo poder público municipal, com base nos requisitos mínimos de segurança, de conforto, de higiene, de qualidade dos serviços e de fixação prévia dos valores máximos das tarifas a serem cobradas.

Art. 12-A. O direito à exploração de serviços de táxi poderá ser outorgado a qualquer interessado que satisfaça os requisitos exigidos pelo poder público local.

Portanto, improcede a pretensão do Ministério Público de compelir o Município a realizar procedimento licitatório.

Quanto à fiscalização, reproduzo aquilo que disse quando indeferi o pedido de liminar:

Quanto ao ponto, de se destacar que a Lei nº 12.468/2011 determina, em seu art. 8º, que “em Municípios com mais de 50.000 (cinquenta mil) habitantes é obrigatório o uso de taxímetro, anualmente auferido pelo órgão metrológico competente, conforme legislação em vigor.” E, no caso de Araranguá, é município com população estimada de 66.442 (<http://cidades.ibge.gov.br/xtras/perfil.php?codmun=420140>).

De se destacar que o Município de Araranguá estabeleceu que a cobrança das tarifas pelos táxis será aferida através do taxímetro, conforme Decreto nº 5346/2012 (pág. 69), sob pena de revogação da permissão (precária) concedida.

O próprio Município réu, por seu Departamento de Trânsito, confessa a inércia de fiscalização quando, em resposta ao ofício de pag.82, indica que “todos os permissionários para o serviço possuem taxímetro instalado e se optam por não usá-lo em determinada situação não será possível termos o conhecimento a menos que estejamos dentro do veículo ou que haja denúncia do usuário.”

De se ressaltar que, nos termos do art. 29, I, da Lei nº 8.987/95, compete ao Poder concedente regulamentar o serviço concedido e fiscalizar permanentemente a sua prestação.

Outrossim, é direito básico do consumidor a proteção contra as práticas abusivas no fornecimento de produtos e serviços, conforme disciplina o art. 6º, incisos II e IV do Código de Defesa do Consumidor, bem como que seja garantida uma relação de transparência e harmonia nas relações de consumo (art. 4º, caput, do CDC). E a cobrança de preço “fechado”, sem a mensuração do valor da prestação de serviço através do taxímetro coloca o consumidor/cidadão em situação de vulnerabilidade, já que este não terá condições de saber se o preço exigido está abaixo ou acima do que é devido pelo tabelamento imposto pelo Poder concedente.

Ora, ao revés do que indicou o ente réu, é possível sim a fiscalização, já que basta a interceptação de táxi com passageiro e a simples constatação de que se o taxímetro está ligado ou não.

No entanto, o modo como será feita a operacionalização da referida fiscalização é atribuição da Administração Pública. Isso porque o destacamento de servidor do Município para realização de tal tarefa não pode ser imposta pelo Poder Judiciário, sob pena de imiscuir-se na atividade discricionária do Município, já que à Administração cabe a distribuição de funções aos seus servidores.

Sobre o assunto, *mutatis mutandis*:

“(…) Nos limites da legalidade e dos princípios constitucionais, o Direito concede à Administração Pública o poder de seleção acerca dos critérios de conveniência e oportunidade dos atos por ela praticados, não competindo ao Poder Judiciário imiscuir-se no exame desta liberdade administrativa. Dessa forma, estando a estruturação dos órgãos da Administração e, portanto, dos respectivos cargos e atribuições, dentro das balizas do atuar discricionário do administrador, e inexistindo na conduta perpetrada ilegalidade ou afronta aos preceitos insculpidos na Carta Maior, mostra-se imprópria a apreciação pelo Judiciário em relação à correlata utilidade e desígnio (TJSC, Mandado de Segurança n. 2011.052863-6, da Capital, rel. Des. Luiz César Medeiros, j. 08-02-2012).

Somente em situação em que o Município pudesse exigir alguma materialidade do uso do taxímetro, poder-se-ia impor tal obrigação de fazer ao ente réu. *Verbi gratia*, a requisição mensal dos relatórios gerados pelos taxímetros, de modo que se pudesse aferir a movimentação no período. Ocorre que nem todos os taxímetros possuem tal tecnologia - (http://www.inmetro.rs.gov.br/publico/ARQUIVOS/Manuais_SGI/VERIFICACAO/manual_taximetros.Pdf).

Portanto, ainda que seja necessária a fiscalização pelo Poder Público do uso efetivo dos taxímetros pelos atuais permissionários, não há possibilidade deste Juízo impor condições para aferição da medida fiscalizatória, sob pena de invasão na esfera de discricionariedade do Poder Público quanto à destinação de seus servidores (pag. 101/103).

Tollitur quaestio.

III- DISPOSITIVO

Diante do exposto, JULGO IMPROCEDENTE o pedido formulado pelo Ministério Público em desfavor do Município de Araranguá, resolvendo o mérito na forma do art. 487, I, do CPC. Sem custas e honorários (fls. 177-181).

Nas suas razões, o Ministério Público se insurge apenas quanto à fundamentação exposta na segunda parte da sentença, aduzindo que há previsão expressa na legislação em relação à obrigatoriedade do uso de taxímetro em municípios com mais de 50.000 habitantes, razão pela qual requer a reforma da decisão para que seja imposta obrigação de fazer consistente na fiscalização por parte do Poder Público Municipal em relação ao cumprimento deste dever, sob pena de multa cominatória (fls. 188-195).

Houve contrarrazões (fls. 202-209).

A Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer do Exmo. Sr. Dr. Murilo Casemiro Mattos, opinou pelo conhecimento e provimento do recurso (fls. 217-220).

Os autos vieram conclusos para julgamento.

VOTO

O apelo preenche seus pressupostos de admissibilidade.

Extrai-se dos autos que foi instaurado o Inquérito Civil n. 06.2012.0001861-4 pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina, tendo em vista denúncias de usuários do serviço de transporte individual de passageiros no sentido de que os taxistas do Município de Araranguá não fazem uso do taxímetro, sendo as “corridas” cobradas por valores calculados pelos próprios condutores, sem critério válido de aferição, submetendo os consumidores a preços voláteis (fls. 60-61).

Por consequência, o Município de Araranguá foi oficiado para prestar esclarecimentos, o qual consignou que todos os permissionários possuem taxímetro “e se optam por não usá-lo em determinada situação não será possível termos o conhecimento a menos que estejamos dentro do veículo ou que haja denúncia pelo usuário” (fl. 85).

No mesmo passo, observa-se do Ofício PGM n. 014/2014 (fls.16-17) que, desde março de 2014, o Município de Araranguá possui inequívoca ciência da ilegalidade das concessões de pontos de táxi na cidade e demais irregularidades no serviço prestado, sem ter adotado, durante esse período, qualquer providência para resolver a situação.

Em outros termos, a municipalidade não tem empregado nenhuma medida de fiscalização, mantendo-se inerte em seu dever legal de zelar pela exploração do serviço de transporte individual de passageiros.

A utilização de taxímetro nos serviços de transporte individual de passageiros – aparelho que calcula o custo do percurso com base na distância percorrida e no tempo despendido – visa a

garantir quantias padronizadas e justas tanto aos consumidores usuários quanto aos motoristas de táxi. De acordo com a Lei n. 12.468/2011, o seu uso é obrigatório nos municípios cujas populações sejam maiores de 50.000 (cinquenta mil) habitantes. Veja-se:

Art. 8º Em Municípios com mais de 50.000 (cinquenta mil) habitantes é obrigatório o uso de taxímetro, anualmente auferido pelo órgão metrológico competente, conforme legislação em vigor.

Segundo consta no sítio eletrônico do Município apelado, Araranguá possui atualmente população de 62.381 habitantes, sendo obrigatório o uso do taxímetro.

Por seu turno, os arts. 24, XXXII, *a*, da Lei Orgânica do Município, e 12 da Lei n. 12.587/2012, prescrevem que compete exclusivamente ao Poder Público Municipal fiscalizar os serviços de transporte individual de passageiros. Citam-se, respectivamente:

Art. 24 Compete ao Município:

XXXII - Regular, executar, licenciar, fiscalizar, conceder, permitir ou autorizar, conforme o caso:

a) o serviço de carros de aluguel, inclusive o uso de taxímetro;

Art. 12. Os serviços de utilidade pública de transporte individual de passageiros deverão ser organizados, disciplinados e fiscalizados pelo poder público municipal, com base nos requisitos mínimos de segurança, de conforto, de higiene, de qualidade dos serviços e de fixação prévia dos valores máximos das tarifas a serem cobradas (grifou-se).

No mesmo norte, dispõe o art. 3º da Lei n. 8.987/1995:

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

Igualmente, estabelece o art. 29, I, da Lei acima:

Incumbe ao poder concedente: regulamentar o serviço concedido e fiscalizar permanentemente a sua prestação.

Recentemente, a Lei n. 13.640/2018 deu nova redação à matéria:

Art. 3º A Lei nº 12.587, de 3 de janeiro de 2012, passa a vigorar acrescida dos seguintes arts. 11-A e 11-B:

“ Art. 11-A. Compete exclusivamente aos Municípios e ao Distrito Federal regulamentar e fiscalizar o serviço de transporte remunerado privado individual de passageiros previsto no inciso X do art. 4º desta Lei no âmbito dos seus territórios.

Parágrafo único. Na regulamentação e fiscalização do serviço de transporte privado individual de passageiros, os Municípios e o Distrito Federal deverão observar as seguintes diretrizes, tendo em vista a eficiência, a eficácia, a segurança e a efetividade na prestação do serviço:

I - efetiva cobrança dos tributos municipais devidos pela prestação do serviço;

II - exigência de contratação de seguro de Acidentes Pessoais a Passageiros (APP) e do Seguro Obrigatório de Danos Pessoais causados por Veículos Automotores de Vias Terrestres (DPVAT);

III - exigência de inscrição do motorista como contribuinte individual do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), nos termos da alínea h do inciso V do art. 11 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991 (sublinhou-se).

Portanto, é inquestionável que compete ao Poder Público a regulamentação e o controle da atividade, o que não vem sendo feito no caso em voga.

Não obstante a sentença recorrida tenha se baseado na impossibilidade do Poder Judiciário “impor condições para aferição da medida fiscalizatória, sob pena de invasão na esfera da discricionariedade do Poder Público” (fl. 181), trata-se de descumprimento de expressa legislação acerca do tema.

Destaca-se que “a intervenção do Poder Judiciário não caracteriza ofensa aos princípios da independência entre os poderes (art. 2º, da Constituição Federal de 1988) e da legalidade (art. 5º, inciso I, e 37, *caput*, da Magna Carta), que em cumprimento de sua função constitucional deve, quando provocado, apreciar a suscitada ocorrência de lesão ou ameaça de lesão a direito (art. 5º, XXXV, da CF). O Poder Judiciário não está se imiscuindo indevidamente na esfera de atuação discricionária de outro Poder e sim determinando que ele cumpra aquilo que a Constituição e as leis lhe mandam cumprir” (Des. Jaime Ramos, citação nos Embargos Infringentes n. 2010.032990-1, da Capital, julg. em 16 de agosto de 2010)” (AI n. 2009.061545-1, de Blumenau, rel. Des. Paulo Henrique Moritz Martins da Silva, j. 26-10-2010; destacou-se).

Desse modo, a intervenção do Poder Judiciário em ato do Poder Executivo não caracteriza ofensa à separação dos poderes, uma vez que objetiva efetivar norma jurídica que não está sendo observada pelo ente público.

A omissão da municipalidade quanto à fiscalização implica não só a queda na qualidade do serviço prestado, como sujeita os passageiros a cobranças abusivas, sem qualquer critério de aferição, além de afrontar a lei e os princípios que regem a Administração Pública.

Como complemento, transcreve-se o parecer do representante da Procuradoria-Geral de Justiça:

Assim, no momento em que a inércia do Poder Executivo importar em violação às obrigações impostas nas normas de regência, o Poder Judiciário tem o dever de repará-los, a fim de dar cumprimento ao ordenamento legal vigente.

Nesse sentido, oportuno transcrever a seguinte lição de Celso Antônio Bandeira de Mello:

No Direito brasileiro, ao contrário do que ocorre com na maioria dos países europeus continentais, há unidade de jurisdição. Isto é, nenhuma contenda sobre direitos pode ser excluída da apreciação do Poder Judiciário, conforme o art. 5º, XXXV, da Constituição. Assim, não há órgãos jurisdicionais estranhos ao Poder Judiciário para decidir, com esta força específica, sobre as contendas entre Administração e administrados. É ao Poder Judiciário, e só a ele que cabe resolver definitivamente sobre quaisquer litígios de direito. Detém, pois, a universalidade da jurisdição, quer no que respeita à legalidade ou à consonância das condutas públicas com atos normativos infralegais, quer no que atina à constitucionalidade delas. Neste mister, tanto anulará atos inválidos, como imporá à Administração os comportamentos a que esteja de direito obrigada, como proferirá e imporá condenações pecuniárias cabíveis.

O princípio da separação dos poderes é, sobretudo, uma garantia da sociedade contra qualquer forma de concentração autocrática e permite que o ordenamento político seja baseado na impessoalidade, dentro do qual os agentes públicos são responsáveis pelos atos praticados na gestão da coisa pública.

Portanto, a fim de assegurar que Administração Pública aja conforme a moralidade, a legalidade, a finalidade, a proporcionalidade e a razoabilidade – mandamentos indissociáveis da gestão pública –, a Constituição da República garante que a lei não excluirá da apreciação judicial lesão ou ameaça a direito (fl. 219).

Assim, assiste razão ao recorrente ao pleitear a procedência do pedido de imposição de obrigação de fazer ao Município de Araranguá para que exerça do seu poder de polícia e proceda de forma eficaz e regular à fiscalização dos serviços de táxi na cidade, notadamente a utilização de taxímetro pelos condutores, aplicando as sanções cabíveis aos que descumprirem as disposições legais.

Para tanto, estipula-se o prazo de 60 (sessenta) dias, contados da publicação desta decisão, tempo suficiente e razoável para se colocar em prática o que estabelece a lei, sob pena de multa cominatória diária de R\$ 1.000,00 (mil reais), valor que se apresenta suficiente para compelir a municipalidade a iniciar o processo de fiscalização.

Não se pode desconsiderar que o Município, ao afirmar que “não será possível termos o conhecimento a menos que estejamos dentro do veículo ou que haja denúncia pelo usuário” (fl. 85) insiste em permanecer omissos diante da irregularidade, sabedor de que possui mecanismos inteligentes para exercer seu poder de polícia, o que justifica que o valor das *astreintes* contribuirá para afastar o descaso em relação à ordem judicial, dando efetividade e credibilidade à própria justiça.

Na Apelação Cível n. 2012.000142-5, de São José do Cedro, o relator, Exmo. Sr. Des. Carlos Adilson Silva, fundamentou:

Sobre o tema prelecionam Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery:

O objetivo das *astreintes* não é obrigar o réu a pagar o valor da multa, mas obrigá-lo a cumprir a obrigação na forma específica. A multa é apenas inibitória. Deve ser alta para que o devedor desista de seu intento de não cumprir a obrigação específica. Vale dizer, o devedor deve sentir ser preferível cumprir a obrigação na forma específica a pagar o valor da multa fixada pelo juiz. (Código de Processo Civil Comentado. 7. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 782/783).

De acordo com o acima transcrito, entende-se que a multa diária (*astreintes*), prevista no artigo 461, § 4º, do Código de Processo Civil, tem o condão de fazer justamente com que o devedor cumpra a obrigação que lhe foi imposta. Em outras palavras, seu objetivo é inibir o descumprimento da tutela, e não impor o pagamento da multa em si.

Assim, a multa diária deve ser fixada em valor razoável, justamente para compelir a parte obrigada a cumprir a determinação judicial, e de outro norte, impedir que não volte a reincidir em atitude perniciosa (j. 1º-10-2013).

Por isso, dá-se provimento ao recurso para reformar parcialmente a sentença e jogar procedente em parte os pedidos formulados na inicial.

É o voto.

Apelação Cível n. 0301372-19.2017.8.24.0050, de Pomerode

Relator: Desembargador João Henrique Blasi

APELAÇÃO CÍVEL. INFORTUNÍSTICA. NEXO ETIOLÓGICO LABOR/LESÃO POR CONCAUSA E INCAPACIDADE LABORATIVA TOTAL E TEMPORÁRIA POSITIVADOS. SENTENÇA DEFERITÓRIA DE AUXÍLIO-DOENÇA. REFORMA PARA DETERMINAR O TERMO FINAL DA BENESSE NOS MOLDES DO ART. 60, § 9º, DA LEI N. 8.213/1991, RESSALVADO O DIREITO DA SEGURADA DE PLEITEAR A PRORROGAÇÃO DO BENEFÍCIO NA VIA ADMINISTRATIVA. LEI N. 11.960/2009 JULGADA PARCIALMENTE INCONSTITUCIONAL QUANTO À CORREÇÃO MONETÁRIA. ATRIBUIÇÃO, PORÉM, PELA SUPREMA CORTE, DE EFEITO SUSPENSIVO AOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO OPOSTOS (AUTOS N. 870.947, REL. MIN. LUIZ FUX, DJE DE 25.9.2018), ATÉ A MODULAÇÃO DOS EFEITOS DO *DECISUM*. INCONSTITUCIONALIDADE AFASTADA POR ORA. APLICABILIDADE DA NORMA ATÉ A MANIFESTAÇÃO DA SUPREMA CORTE QUANTO AOS REPORTADOS EFEITOS. ÍNDICES ORA FIXADOS QUE PODERÃO SER REVISTOS EM SEDE DE LIQUIDAÇÃO/EXECUÇÃO, CASO DEFINIDO OUTRO INDEXADOR PELO STF NA MODULAÇÃO DO TEMA 810. SENTENÇA PARCIALMENTE MODIFICADA. RECURSO PROVIDO.

I. Provada a incapacidade laborativa temporária da segurada autora para o exercício da atividade habitual, correto desnuda-se o restabelecimento de auxílio-doença (art. 59 da Lei n. 8.213/91), devido pelo prazo de 120 (cento e vinte) dias, a contar deste julgamento, ressalvado o direito da segurada de pleitear a prorrogação do benefício junto ao INSS, com a incidência de juros de mora, correção monetária e honorários advocatícios.

II. Impõe-se manter a aplicação do indexador fixado pela Lei n. 11.960/2009 até que a Suprema Corte, em face da oposição de embargos declaratórios, aos quais foi atribuída carga suspensiva (ED em RE n. 870.947, rel. Min. Luiz Fux, DJe de 25.9.2018), manifeste-se sobre o alcance (modulação dos efeitos) da decisão por ela prolatada, ao julgar parcialmente inconstitucional o referido édito (Tema 810). Contudo, quadra ressalvar que os índices aqui fixados poderão ser revistos, quando da liquidação/execução, caso venha a ser definido outro indexador pelo Supremo Tribunal Federal na aludida modulação dos efeitos.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação n. 0301372-19.2017.8.24.0050, da comarca Apelação Cível n. 0301372-19.2017.8.24.0050, da comarca de Pomerode, 2ª Vara, em que é apelante Instituto Nacional do Seguro Social – INSS e apelada Lucimara Regina Hannoff de Souza.

A Segunda Câmara de Direito Público decidiu, por votação unânime, dar provimento ao recurso para fixar como marco final do benefício concedido o prazo de 120 (cento e vinte) dias a contar deste julgamento, ressalvado o direito da segurada de pleitear sua prorrogação junto ao INSS, bem como para determinar a aplicação da Lei n. 11.960/2009 quanto à correção monetária. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Exmos. Srs. Desembargadores Francisco de Oliveira Neto, que o presidiu, e Sérgio Roberto Baasch Luz.

Florianópolis, 30 de julho de 2019

Desembargador João Henrique Blasi
Relator

RELATÓRIO

Lucimara Regina Hannoff de Souza, via Advogado João Carlos Staack, acionou o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, representado pelo Procurador Rodrigo Otávio Spirandelli, buscando haurir auxílio-doença, ou aposentadoria por invalidez, ou, ainda, auxílio-acidente (fls. 1 a 5).

O réu contestou, dizendo da sem-razão do pedido (fls. 45 a 48), seguindo-se réplica à contestação (fls. 70 e 71).

Produziu-se prova pericial (fls. 99 a 105) sobre a qual ambas as partes falaram (fls. 110, 111 e 117).

Sentenciando, o Juiz Bernardo Augusto Ern julgou procedente o pedido, concedendo o vindicado auxílio-doença acidentário desde 27.4.2018, até a reabilitação da segurada (fls. 118 a 121).

Malcontente, a autarquia-ré apelou, requerendo a fixação de data para a cessação do auxílio-doença restabelecido, bem como que seja adotado, para fim de correção monetária, o indexador estabelecido pela Lei n. 11.960/ 2009 (fls.127 a 132).

Não houve contrarrazões (fl. 154).

O Ministério Público interveio formalmente (fl. 161).

É, no essencial, o relatório.

VOTO

Dimana dos autos que a acionante/recorrida padece de “*síndrome do manguito rotador*” (fl. 101 – quesito “b”), determinativa de sua incapacidade total e temporária (fl. 101 – quesito “g”), motivo pelo qual se faz merecedora do vindicado auxílio-doença acidentário.

De fato, provada, por perícia, incapacidade laborativa temporária da demandante, o caso é mesmo de concessão de auxílio-doença (art. 59 da Lei n. 8.213/1991).

Por outro lado, quanto ao liame causal nada há a objetar, pois restou reconhecido o caráter infortunístico do mal que acomete a segurada, tanto que, administrativamente, foi-lhe concedido auxílio-doença acidentário (fl. 63).

A mais disso, do laudo pericial ressaem elementos axiais para lastrear o deferimento de auxílio-doença. Confira-se:

h) Face à sequela, ou doença, o(a) periciado(a) está:

Incapaz total e temporariamente.

[...]

3) Caso a resposta anterior seja afirmativa, a doença de que o autor é portador em conjunto com a idade permitem que este desenvolva atividade remunerada?

No momento incapacidade total temporária

[...]

4) Diante da saúde debilitada, e idade, existe possibilidade de colocação no mercado de trabalho para esta pessoa?

Sim, inclusive encontra-se a autora em formação de nível superior a fim de, segundo a mesma, trabalhar em creche com crianças por este ser seu sonho.

[...]

7) Poderá o requerente reabilitar-se, independente do acompanhamento médico e da ingestão de medicação?

No momento incapacidade total temporária. Após tratamento da mesma e passível de retornar a suas atividades habituais ou realocar-se em outras atividades inclusive conforme sua vontade formando-se em pedagogia.(fls. 103 e 104 - destaquei)

A pretensão recursal dizente com a fixação do termo final da benesse, merece ser placitada, impondo-se, por isso, a reforma da sentença de modo a que o auxílio-doença deferido neste feito seja mantido por 120 (cento e vinte) dias a contar do julgamento deste recurso.

Cuida-se da solução mais adequada, tal e qual consignado nos seguintes arestos deste Sodalício. Ei-los:

PREVIDENCIÁRIO. RESTABELECIMENTO DE AUXÍLIO-DOENÇA. LESÃO, NEXO ETIOLÓGICO E INCAPACIDADE TEMPORÁRIA AO LABOR HABITUAL. COMPROVAÇÃO POR PERÍCIA JUDICIAL. ATENDIMENTO AOS REQUISITOS PRECONIZADOS PELO ART. 59, *CAPUT*, DA LEI N. 8.213/91. REATIVAÇÃO MANTIDA. TERMO INICIAL. DIA SEGUINTE AO CANCELAMENTO ADMINISTRATIVO. **TÉRMINO. FIXAÇÃO DE PRAZO PARA DURAÇÃO DO BENEFÍCIO.** CONSECUTÓRIOS LEGAIS. INCIDÊNCIA DO ART. 1º-F DA LEI N. 9.494/97, COM REDAÇÃO DADA PELA LEI N. 11.960/09. REMESSA NECESSÁRIA PARCIALMENTE PROVIDA.

[...]

No tocante ao término, mostra-se necessária a fixação de prazo para duração da benesse, haja vista a decisão recorrida ter silenciado no ponto.

Nesse passo, tendo em vista sua percepção encontrar-se atrelada ao período no qual o segurado estiver inequivocamente incapacitado para suas funções laborativas, considerando, ainda, o vasto lapso temporal transcorrido desde a perícia, torna-se insubsistente sua manutenção indefinidamente, sendo devido estabelecer prazo para cancelamento.

A interrupção, todavia, deve ser precedida de perícia médica, a fim de que seja apurada uma das seguintes hipóteses: I) aptidão plena para retorno ao labor; II) insuscetibilidade de recuperação para o ofício habitual, caso em que deverá sujeitar-se a processo de reabilitação profissional; III) possibilidade de imediata conversão do auxílio-doença em: III.1) auxílio-acidente, se as sequelas tornarem parcial e permanentemente reduzida a capacidade profissional; ou III.2) aposentadoria por invalidez, se total e definitivamente impossibilitado de exercer atividade apta a garantir-lhe a subsistência.

Assim, determina-se que o restabelecimento perdure por 120 (cento e vinte) dias, a contar do presente julgamento, atendidas as diretrizes supramencionadas.

[...] (Reexame Necessário n. 0305535-06.2015.8.24.0020, de Criciúma, rel. Des. Ronei Danielli, 3ª Câmara de Direito Público, j. 9.5.2017 - destaquei).

ACIDENTE DO TRABALHO - DOENÇA OCUPACIONAL - REDUÇÃO PARCIAL E TEMPORÁRIA - TERMO INICIAL - DATA DA PRIMEIRA CESSAÇÃO - TERMO FINAL - NECESSIDADE.

1. Caso a perícia identifique que a incapacidade remonta a período anterior ao auxílio-doença suspenso administrativamente, aquele período é que deve servir de parâmetro para a implementação do benefício. Na hipótese, a perícia foi inequívoca quanto ao início da incapacidade não havendo razão para desconsiderá-la. **2. Auxílio-doença é benefício de índole provisória. Cabe ao juízo, ao concedê-lo, estabelecer termo final, nos termos do atual art. 60 da Lei 8.213/91 (na redação da Lei 13.457/2017). Caso não o faça ou não seja possível, o tempo máximo de vigência será de 120 dias.** É direito do segurado, porém, diante da alta programada requerer revisão extrajudicial para que a prestação seja renovada. Se o novo regramento não pode ter eficácia retroativa, deve ter incidência imediata. Desse modo, a alta programada negada pela sentença (pois anterior à presente disciplina) pode ser estabelecida por este acórdão. Particularidades do caso (resultante do grande tempo desde a perícia) aliada à necessidade de impedir surpresa ao segurado recomendam que se possibilite a vigência do auxílio-doença por ao menos mais 15 dias. 3. Recurso da autora provido e recurso da autarquia provido em parte. (Apelação Cível n. 0022496- 09.2012.8.24.0018, de Chapecó, rel. Des. Hélio do Valle Pereira, 5ª Câmara de Direito Público, j. 4.7.2019 - destaquei).

Bem a propósito calha mencionar que a estipulação do prazo de 120 (cento e vinte) dias para a manutenção do auxílio-doença encontra endosso no disposto no art. 60, §§ 8º, 9º e 10, da Lei n. 8.213/1991, com a redação dada pela Lei n. 13.457/ 2017. Confira-se:

Art. 60. [...]

[...]

§ 8º Sempre que possível, o ato de concessão ou de reativação de auxílio-doença, judicial ou administrativo, deverá fixar o prazo estimado para a duração do benefício.

§ 9º Na ausência de fixação do prazo de que trata o § 8º, o benefício cessará após o prazo de cento e vinte dias, contado da data de concessão ou de reativação, exceto se o segurado requerer a sua prorrogação junto ao INSS, na forma do regulamento, observado o disposto no art. 62.

§ 10. O segurado em gozo de auxílio-doença, concedido judicial ou administrativamente, poderá ser convocado a qualquer momento, para avaliação das condições que ensejaram a sua concessão e a sua manutenção, observado o disposto no art. 101.

Por oportuno, cumpre deixar ressalvado o direito da segurada de requerer, se for o caso, a prorrogação do benefício junto ao INSS.

No mais, quanto à correção monetária, pretende a autarquia-ré a aplicação do art. 1º-F da Lei 9.494/97, com a redação da Lei n. 11.960/09. No dizente com este tópico não se desconhece que a Suprema Corte, em decisão proferida sob o sinete da repercussão geral (RE n. 870.947/SE - Tema n. 810, relator Ministro Luiz Fux, publicada em 20.9.2017), assim assentou:

DIREITO CONSTITUCIONAL. REGIME DE ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA E JUROS MORATÓRIOS INCIDENTE SOBRE CONDENAÇÕES JUDICIAIS DA FAZENDA PÚBLICA. ART. 1º-F DA LEI Nº 9.494/97 COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 11.960/09. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DA UTILIZAÇÃO DO ÍNDICE DE REMUNERAÇÃO DA CADERNETA DE POUPANÇA COMO CRITÉRIO DE CORREÇÃO MONETÁRIA. VIOLAÇÃO AO DIREITO FUNDAMENTAL DE PROPRIEDADE (CRFB, ART. 5º, XXII). INADEQUAÇÃO MANIFESTA ENTRE MEIOS E FINS. INCONSTITUCIONALIDADE DA UTILIZAÇÃO DO RENDIMENTO DA CADERNETA DE POUPANÇA COMO ÍNDICE DEFINIDOR DOS JUROS MORATÓRIOS DE CONDENAÇÕES IMPOSTAS À FAZENDA PÚBLICA, QUANDO ORIUNDAS DE RELAÇÕES JURÍDICO-TRIBUTÁRIAS. DISCRIMINAÇÃO ARBITRÁRIA E VIOLAÇÃO À ISONOMIA ENTRE DEVEDOR PÚBLICO E DEVEDOR PRIVADO (CRFB, ART. 5º, CAPUT). RECURSO EXTRAORDINÁRIO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. O princípio constitucional da isonomia (CRFB, art. 5º, *caput*), no seu núcleo essencial, revela que o art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, na parte em que disciplina os juros moratórios aplicáveis a condenações da Fazenda Pública, é inconstitucional ao incidir sobre débitos oriundos de relação jurídico-tributária, os quais devem observar os mesmos juros de mora pelos quais a Fazenda Pública remunera seu crédito; nas hipóteses de relação jurídica diversa da tributária, a fixação dos juros moratórios segundo o índice de remuneração da caderneta de poupança é constitucional, permanecendo hígido, nesta extensão, o disposto legal supramencionado.

2. O direito fundamental de propriedade (CRFB, art. 5º, XXII) repugna o disposto no art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, porquanto a atualização monetária das condenações impostas à Fazenda Pública segundo a remuneração oficial da caderneta de poupança não se qualifica como medida adequada a capturar a variação de preços da economia, sendo inidônea a promover os fins a que se destina.

3. A correção monetária tem como escopo preservar o poder aquisitivo da moeda diante da sua desvalorização nominal provocada pela inflação. É que a moeda fiduciária, enquanto instrumento de troca, só tem valor na medida em que capaz de ser transformada em bens e serviços. A inflação, por representar o aumento persistente e generalizado do nível de preços, distorce, no tempo, a correspondência entre valores real e nominal (cf. MANKIW, N.G. *Macroeconomia*. Rio de Janeiro, LTC 2010, p. 94; DORNBUSH, R.; FISCHER, S. e STARTZ, R. *Macroeconomia*. São Paulo: McGraw-Hill do Brasil, 2009, p. 10; BLANCHARD, O. *Macroeconomia*. São Paulo: Prentice Hall, 2006, p. 29).

4. A correção monetária e a inflação, posto fenômenos econômicos conexos, exigem, por imperativo de adequação lógica, que os instrumentos destinados a realizar a primeira sejam capazes de capturar a segunda, razão pela qual os índices de correção monetária devem consubstanciar autênticos índices de preços.

5. Recurso extraordinário parcialmente provido.

[...]

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a Presidência da Senhora Ministra Cármen Lúcia, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, **por maioria e nos termos do voto do Relator, Ministro Luiz Fux, apreciando o tema 810 da repercussão geral, em dar parcial provimento ao recurso para, confirmando, em parte, o acórdão lavrado pela Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região**, (i) assentar a natureza assistencial da relação jurídica em exame (caráter não-tributário) e (ii) manter a concessão de benefício de prestação continuada (Lei nº 8.742/93, art. 20) ao ora recorrido (iii) atualizado monetariamente segundo o IPCA-E desde a data fixada na sentença e (iv) fixados os juros moratórios segundo a remuneração da caderneta de poupança, na forma do art. 1º-F da Lei nº 9.494/97 com a redação dada pela Lei nº 11.960/09. Vencidos, integralmente o Ministro Marco Aurélio, e parcialmente os Ministros Teori Zavascki, Dias Toffoli, Cármen Lúcia e Gilmar Mendes. **Ao final, por maioria, vencido o Ministro Marco Aurélio, em fixar as seguintes teses, nos termos do voto do Relator: 1) O art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, na parte em que disciplina os juros moratórios aplicáveis a condenações da Fazenda Pública, é inconstitucional ao incidir sobre débitos oriundos de relação jurídico-tributária, aos quais devem ser aplicados os mesmos juros de mora pelos quais a Fazenda Pública remunera seu crédito tributário, em respeito ao princípio constitucional da isonomia (CRFB, art. 5º, caput); quanto às condenações oriundas de relação jurídica não-tributária, a fixação dos juros moratórios segundo o índice de remuneração da caderneta de poupança é constitucional, permanecendo hígido, nesta extensão, o disposto no art. 1º-F da Lei nº 9.494/97 com a redação dada pela Lei nº 11.960/09; e 2) O art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, na parte em que disciplina a atualização monetária das condenações impostas à Fazenda Pública segundo a remuneração oficial da caderneta de poupança, revela-se inconstitucional ao impor restrição desproporcional ao direito de propriedade (CRFB, art. 5º, XXII), uma vez que não se qualifica como medida adequada a capturar a variação de preços da economia, sendo inidônea a promover os fins a que se destina.** (destaquei)

Ocorre que, em mais uma reviravolta intelectual, decisão monocrática publicada em 25.9.2018, da lavra do Ministro Luiz Fux, conferiu efeito suspensivo aos embargos de declaração opostos àquele *decisum*, sobrestando a sua imediata aplicabilidade até a respectiva modulação dos efeitos. Confira-se a suma do decidido:

Pois bem, apresenta-se relevante a fundamentação expendida pelos entes federativos embargantes no que concerne à modulação temporal dos efeitos do acórdão embargado, mormente quando observado tratar-se a modulação de instrumento voltado à acomodação otimizada entre o princípio da nulidade de leis inconstitucionais e outros valores constitucionais relevantes, como a segurança jurídica e a proteção da confiança legítima.

Encontra-se igualmente demonstrada, *in casu*, a efetiva existência de risco de dano grave ao erário em caso de não concessão do efeito suspensivo pleiteado.

Com efeito, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que, para fins de aplicação

da sistemática da repercussão geral, não é necessário se aguardar o trânsito em julgado do acórdão paradigma para a observância da orientação estabelecida.

[...]

Desse modo, a imediata aplicação do *decisum* embargado pelas instâncias *a quo*, antes da apreciação por esta Suprema Corte do pleito de modulação dos efeitos da orientação estabelecida, pode realmente dar ensejo à realização de pagamento de consideráveis valores, em tese, a maior pela Fazenda Pública, ocasionando grave prejuízo às já combalidas finanças públicas.

Ex positis, DEFIRO excepcionalmente efeito suspensivo aos embargos de declaração opostos pelos entes federativos estaduais, com fundamento no artigo 1.026, §1º, do CPC/2015 c/c o artigo 21, V, do RISTF. (RE 870947 ED, rel. Min. Luiz Fux, j. 24.9.2018, DJe 25.9.2018).

Assim, curvando-me à determinação do Supremo Tribunal Federal, como não foi ainda efetivada a modulação dos efeitos do *decisum* referenciado, a solução a ser dada é a de afastar, ao menos por ora, a inconstitucionalidade do dispositivo em tela no período anterior à inscrição do crédito em precatório.

Vai daí que a correção monetária, diversamente do decidido pelo Juízo *a quo* (com base no INPC - fl. 121), deve reger-se pelo regrado no art. 1º-F da Lei 9.494/1997, com a redação da Lei n. 11.960/2009, motivo pelo qual, no ponto, o recurso merece ser provido.

Contudo, quadra ressaltar que os índices aqui fixados poderão ser revistos, quando da liquidação/execução, caso definido outro indexador pelo Supremo Tribunal Federal na referida modulação dos efeitos.

Pelo exposto, impõe-se dar provimento ao recurso para fixar como marco final da benesse o prazo de 120 (cento e vinte) dias a contar do julgamento deste recurso, assegurado o direito de pleitear a prorrogação do benefício junto ao INSS, bem como para determinar a aplicação da Lei n. 11.960/ 2009 para o cômputo da correção monetária, observada a ressalva acima declinada.

Agravo de Instrumento n. 4033474-21.2018.8.24.0000, de Curitiba

Relator: Desembargador Francisco de Oliveira Neto

AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. POSTULADA A EXPEDIÇÃO DE OFÍCIO AO JUÍZO UNIVERSAL PARA QUE INFORME A EXISTÊNCIA DE VALORES JUNTO AO PROCESSO FALIMENTAR. VIABILIDADE. DEVER DE COOPERAÇÃO ENTRE OS PARTICIPANTES DO PROCESSO, PREVISTO NO ART. 6º DO CPC/15, QUE ALCANÇA, INCLUSIVE, O JUÍZO. DECISÃO IMPUGNADA REFORMADA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

“A redação final deste dispositivo procurou explicitar a cooperação como princípio processual. E não se trata de colaboração no sentido de fornecer informações ou simplesmente não atuar com má-fé: todos – juízes, demais operadores do direito, auxiliares da justiça e partes – devem estar atentos para efetivamente atuarem de forma colaborativa uns com os outros, para que o processo alcance seu objetivo. É preciso haver reciprocidade, o que fica evidenciado pela inclusão da expressão ‘entre si’ no texto deste CPC 6º.” (Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 208).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 4033474-21.2018.8.24.0000, da comarca de Curitiba 2ª Vara Cível em que é Agravante Município de Curitiba e Agravado Massa Falida de Agroindustrial Felisbino Ortiz Ltda.

A Segunda Câmara de Direito Público, por votação unânime, decidiu, à unanimidade, dar provimento ao recurso. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Exmos. Srs. Desembargador Francisco de Oliveira Neto, Desembargador Sérgio Roberto Baasch Luz e Desembargador Cid Goulart.

Florianópolis, 9 de julho 2019.

Desembargador Francisco de Oliveira Neto
RELATOR

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo Município de Curitiba contra decisão que, proferida nos autos da ação executiva ajuizada em face de Massa Falida Agroindustrial Felisbino Ortiz Ltda., indeferiu o pedido para oficiar o juízo universal da falência para informar se existem valores disponíveis para penhora/pagamento do débito requerente ao executivo fiscal.

Sustenta, para tanto, que, indevidamente, o juízo *a quo* indeferiu o pedido sob argumento de que, o crédito do agravante é privilegiado e não se submete à falência. Afirmou que em nenhum momento requereu a habilitação de seu crédito, postulando apenas que fosse oficiado o juízo universal da falência para informar se existem valores em moeda corrente nacional disponíveis

para eventual penhora. Reclamou que o art. 6º do CPC/15 prevê o princípio da cooperação, o qual impõe que as partes do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, o julgamento e resolução do feito (fls. 1/49).

Às fls. 54/56, foi deferido o pedido de antecipação da tutela para determinar a citação editalícia da parte executada.

A parte agravante opôs embargos de declaração (autos n. 4033474-21.2018.8.24.0000/50000), que foram acolhidos para deferir a antecipação da tutela quanto ao pleito para oficiar o juízo universal da falência para informar se existem valores disponíveis para penhora/pagamento do débito requerente ao executivo fiscal (fls. 9/12).

Sem contrarrazões (fl. 64).

Após o processamento do agravo, os autos retornaram a mim.

VOTO

O recurso, antecipe-se, deve ser provido.

Pretende o recorrente que seja oficiado o juízo universal da falência para informar se existem valores em moeda corrente nacional disponíveis para eventual penhora. Para isso, invoca o princípio da cooperação previsto no art. 6º do novo Código de Processo Civil, o que prevê que:

“Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.”

Ao esclarecer o alcance do aludido artigo, lecionam Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, que:

“A redação final deste dispositivo procurou explicitar a cooperação como princípio processual. E não se trata de colaboração no sentido de fornecer informações ou simplesmente não atuar com má-fé: **todos – juízes, demais operadores do direito, auxiliares da justiça e partes** – devem estar atentos para efetivamente atuarem de forma colaborativa uns com os outros, para que o processo alcance seu objetivo. É preciso haver reciprocidade, o que fica evidenciado pela inclusão da expressão ‘entre si’ no texto deste CPC 6º.” (Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 208).

Nesse contexto, em atenção ao princípio da cooperação previsto no art. 6º do CPC/15, o pedido do agravante merece ser acolhido, a fim de determinar que seja oficiado ao juízo universal da falência no sentido de esclarecer se existem valores em moeda corrente nacional disponíveis junto ao processo falimentar.

A propósito, como bem registrado pelo Des. Guilherme Nunes Born em caso semelhante ao ora analisado:

“Tal conduta coaduna-se com o princípio da cooperação, positivado no art. 6º da Lei Processual, que diz: Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

É da doutrina:

O princípio da colaboração estrutura-se a partir da previsão de regras que devem ser seguidas pelo juiz na condução do processo. O juiz tem deveres de esclarecimento, de diálogo, de prevenção e de auxílio para com os litigantes. Esses deveres consubstanciam as regras que estão sendo enunciadas quando se fala em colaboração no processo. (...) O dever de auxílio, o dever de auxiliar as partes na transposição de eventuais obstáculos que dificultem ou impeçam o exercício de direitos, o cumprimento de deveres ou o desempenho de ônus processuais. **Várias são as situações em que esses deveres gravam o juiz ao longo do processo. (...) Trata-se de dever que visa a viabilizar o adequado atendimento aos ônus e aos deveres das partes no processo.**

Pense-se, por exemplo, no exequente que não encontra bens penhoráveis do executado para satisfação de seu crédito. É tarefa do juiz auxiliá-lo na identificação do patrimônio do executado a fim de que a tutela executiva possa ser realizada de forma efetiva (art. 772, III, CPC) (Op. cit., p. 102/103)” (TJSC, Agravo de Instrumento n. 1001120-62.2016.8.24.0000, de São Bento do Sul, rel. Des. Guilherme Nunes Born, j. 04-05-2017).

Ademais, ressalte-se que, conquanto o magistrado tenha indeferido o pleito ao argumento de que “o crédito exequendo é preferencial (187 do CTN e 29 da LEF) e não está sujeito à falência” (fl. 41 dos autos principais), a premissa para negativa do pleito formulado – oficiar o juízo da falência – não prospera.

Isso porque, nas execuções fiscais ajuizadas posteriormente à decretação da quebra, a penhora somente poderá ser realizada no rosto dos autos do processo da falência, sendo, por isso, nítido o interesse da Fazenda Pública em saber se há bens passíveis de gravame no juízo universal da falência.

A propósito: *“A Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça firmou orientação de que, ajuizada depois da quebra, ou mesmo nos casos em que, sendo pretérita, ainda não tenha havido ato de constrição, a execução fiscal também deverá prosseguir; todavia, a penhora eventualmente requerida deverá ser realizada por meio de averbação no rosto dos autos da falência, não sendo possível, no feito executivo, gravar bens singulares previamente arrecadados pelo síndico. Nesta dicção, a Súmula 44/TFR [...] (AgRg no CC 108.465/RJ, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Seção, julgado em 26/5/2010, DJe 8/6/2010)”* (AgInt no REsp 1146922/MG, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, julgado em 21.6.18).

Por conseguinte, o voto é no sentido de conhecer e dar provimento ao recurso para, reformando a decisão atacada, determinar que seja oficiado ao juízo universal da falência no sentido de esclarecer se existem valores disponíveis junto ao processo falimentar.

Apelação Cível n. 0305136-83.2016.8.24.0038, de Joinville

Relator: Desembargador Sérgio Roberto Baasch Luz

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C DANOS MORAIS. PRETENSÃO AUTORAL VISANTE À OBTER A OCULTAÇÃO/EXCLUSÃO DE INFORMAÇÕES RELATIVAS À ANTECEDENTES CRIMINAIS, A FIM DE OBTER PORTE DE ARMA PARA O EXERCÍCIO DA PROFISSÃO DE VIGILANTE. CERTIDÃO DE ANTECEDENTES CRIMINAIS EMITIDA NOS TERMOS DA RESOLUÇÃO N. 001/GAB/DGPC/SSP/2013. INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE PERPETRADA PELO ESTADO DE SANTA CATARINA E, POR CONSEQUENTE, DE DANO MORAL INDENIZÁVEL. HONORÁRIOS RECURSAIS. OBSERVÂNCIA AO REGRAMENTO DO ART. 85, § 11, DO CPC. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO.

“2. Para o exercício da profissão de vigilante impõe-se o cumprimento de determinados requisitos, dentre eles a inexistência de antecedentes criminais e de não estar o interessado respondendo a inquérito policial ou a processo criminal, fatos que obstam a homologação ou registro do curso de Formação de Vigilantes junto à Polícia Federal. 3. Portanto, não há prova inequívoca do direito do autor e tampouco receio de dano irreparável, razão pela qual deve ser seguido o devido processo legal, possibilitando-se o contraditório antes da prestação jurisdicional” (TRF4, AG 5023052-97.2014.404.0000, Terceira Turma, Relatora p/ Acórdão Salise Monteiro Sanchotene, juntado aos autos em 12/12/2014). Até porque se trata de profissional com direito a porte de arma em serviço. (TJSC, Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 2015.034102-9, de Itajaí, rel. Des. Jaime Ramos, Quarta Câmara de Direito Público, j. 10/12/2015).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0305136-83.2016.8.24.0038, da comarca de Joinville (2ª Vara da Fazenda Pública) em que é/são Apelante(s) Edenilson de Sousa a Apelado(s) Estado de Santa Catarina.

A Segunda Câmara de Direito Público decidiu, por votação unânime, negar provimento ao recurso, e fixar os honorários recursais em 2% sobre o valor da causa, observando-se a suspensão da exigibilidade, em razão da concessão do benefício da justiça gratuita. Custas na forma da lei.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Excelentíssimo Senhor Desembargador Francisco Oliveira Neto, e dele participaram os Excelentíssimos Senhores Desembargadores Cid Goulart e João Henrique Blasi. Funcionou como Representante do Ministério Público o Excelentíssimo Senhor Plínio César Moreira.

Florianópolis, 30 de julho de 2019.

Desembargador Sérgio Roberto Baasch Luz
Relator

RELATÓRIO

Trata-se de apelação cível interposta por Ednilson de Sousa contra a sentença que, na Ação de Obrigação de Fazer c/c Danos Morais, ajuizada pelo apelante em face do Estado de Santa Catarina, por meio da qual almeja a exclusão do seu nome, dos cadastros da Secretaria Estadual de Segurança Pública, do Instituto de Identificação e demais órgãos e pessoas jurídicas de direito público, das anotações relativas à inquérito policial e ação penal instaurados em seu desfavor, a fim de mantê-los tão somente no banco de dados do Poder Judiciário, bem como, indenização por danos morais, julgou improcedente os pedidos veiculados na exordial, nos seguintes termos:

À vista do exposto, JULGO IMPROCEDENTE o pedido formulado nesta AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER c/c INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS proposta por EDENILSON DE SOUSA contra ESTADO DE SANTA CATARINA.

Condeno o autor no pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios, que arbitro em 15% sobre o valor atualizado da causa (CPC, art. 85, § 2º), cuja obrigação, entretanto, ficará suspensa até que se comprove que o devedor poderá adimpli-la sem prejuízo do sustento próprio e o dafa mília (CPC, art. 98, § 3º; TJSP Apelação Cível nº 0132736-56. 2012.8.26.0100, de São Paulo, 26ª Câmara de Direito Privado, unânime, rel. Des. ANTONIO NASCIMENTO, j. em 15.09.2016).

Sustenta o apelante, em síntese, que o Código Penal e a Lei de Execuções Penais apregoam, dentre outras providências, “direito ao esquecimento penal”, razão pela qual assevera ter direito a de que não conste no rol da Secretaria Estadual de Segurança Pública, do Instituto de Identificação e demais órgãos e pessoas jurídicas de direito público, anotações relativas ao inquérito policial arquivado por prescrição (0047318-02.2012.8.24.0038) e da ação penal arquivada por absolvição (0021995-58.2013.8.24.0038).

Narra que está sendo impedido de exercer a profissão de vigilante, estando desempregado, devido aos registros de antecedentes na Secretaria Estadual de Segurança Pública.

Almeja, pelo exposto, a reforma da sentença a fim de obter a procedência do pleito inaugural, com a exclusão dos registros dos referidos antecedentes, dos cadastros da Secretaria Estadual de Segurança Pública, e indenização por danos morais, em razão do constrangimento suportado, pugnando, por fim, pela inversão do ônus probatório.

Contrarrazões apresentadas às fls. 261/219.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer exarado pela Exma. Sra. Dra. Monika Pabst, opinou pelo desprovimento do recurso.

Este é o relatório.

VOTO

Cuida-se de Ação de Obrigação de Fazer c/c Danos Morais, ajuizada por Edenilson de Sousa em face do Estado de Santa Catarina, por meio da qual almeja a exclusão do seu nome, dos cadastros da Secretaria Estadual de Segurança Pública, do Instituto de Identificação e demais órgãos e pessoas jurídicas de direito público, das anotações relativas à inquérito policial n. 0047318-02.2012.8.24.0038 e ação penal n. 0021995-58.2013.8.24.0038, instaurados em seu desfavor, a fim de mantê-los tão somente no banco de dados do Poder Judiciário, bem como, indenização pelos danos suportados em razão das referidas anotações.

Alega, para tanto, em linhas gerias, que tem direito a não menção do Inquérito Policial arquivado por prescrição (autos n. 0047318- 02.2012.8.24.0038) e da Ação Penal arquivada por absolvição (autos n. 0021995-58.2013.8.24.0038).

Pois bem.

Concernente ao pleito de exclusão dos referidos registros, dos dados constantes em certos cadastros públicos, o posicionamento deste relator restou conhecido quando do julgamento do agravo de instrumento n. 4018241-18.2017.8.24.0000, interposto contra a decisão interlocutória que indeferiu, em sede de tutela de urgência, a retirada das anotações em questão.

Permanecendo hígido os fundamentos declinados naquela ocasião, torno a consignar as razões do meu convencimento a respeito do tema.

Compulsando-se detidamente os autos, verifica-se que o atestado de antecedentes, emitido pela 2ª Delegacia Regional de Polícia, dá conta da existência de 2 (dois) registros em nome do autor: a) Inquérito Policial n. 676/2013, autuado em 12.07.2013, pela prática da infração do art. 147, do Código Penal; b) Inquérito Policial n. 1176/2012, autuado em 25.10.2012, pela prática das infrações do art. 145, do Código Penal e art. 65 do Decreto-Lei n. 3.688.

Denota-se, todavia que, em contraponto do que defende o apelante, o referido documento não restou lavrado, notadamente, “para fins empregatícios” mas sim, “*para fins específicos de fazer prova junto a Polícia Federal na obtenção do registro e o porte de arma de fogo no território nacional*” (fl 21). Ou seja, o requerente almeja a ocultação/exclusão de seus antecedentes para o fim de adquirir e portar arma de fogo, e assim exercer a atividade de vigilante.

Por certo que a “certidão de antecedentes criminais da Polícia Civil” visa justamente perquirir a vida passada, *in casu*, de candidato a cargo de vigilante armado, servindo, tal documentação, como meio de aferir sua conduta social, fornecendo necessárias informações ao futuro empregador, já que o cargo demanda obtenção do porte de arma de fogo.

Com efeito, a Resolução n. 001/GAB/DGPC/SSP/2013, que traça as diretrizes para a emissão de atestado/certidão de antecedentes pelos Delegados de Polícia é clara:

O DELEGADO-GERAL DA POLÍCIA CIVIL do Estado de Santa Catarina, no uso de suas atribuições legais, e

Considerando a nova redação dada pela Lei n. 12.681, de 04 de julho de 2012, ao artigo 20, parágrafo único, do Decreto-Lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941 Código de Processo Penal; o que dispõe a Lei n. 10.826, de 22 de dezembro de 2003 Estatuto do Desarmamento, em seus artigos 4º, I, e 10, § 1º, II; o que prevê a Constituição da República Federativa do Brasil, em seu artigo 5º, LXXII, letra a;

Considerando a solicitação do Ministério Público do trabalho endereçada ao Poder Judiciário Catarinense, no sentido de limitar em suas unidades o fornecimento de certidões de antecedentes às hipóteses expressamente permitidas em Lei; e,

Considerando as reiteradas decisões dos Tribunais Regionais e do Tribunal Superior do Trabalho, de que a exigência de certidões ou atestados de antecedentes criminais dos candidatos a emprego, como requisito para a sua admissão, ou dos empregados já contratados, para manutenção da relação empregatícia, constitui prática discriminatória que deve ser abolida do âmbito empresarial, sob pena de afronta aos princípios fundamentais assegurados ao trabalhador e à sociedade em geral.

RESOLVE

Art. 1º - Fica terminantemente proibido a expedição de Atestado/Certidão de Antecedentes para fins empregatícios.

Art. 2º - O Atestado/Certidão de Antecedentes só será concedido pelos Delegados de Polícia, em suas respectivas circunscrições, para fins de AQUISIÇÃO E/OU PORTE DE ARMA DE FOGO e para fins DE CONHECIMENTO DE INFORMAÇÕES RELATIVAS À PESSOA DO PRÓPRIO REQUERENTE, CONSTANTES DE REGISTROS OU BANCO DE DADOS DA POLÍCIA CIVIL DO ESTADO DE SANTA CATARINA;

§ 1º - No Atestado/Certidão expedido para fins de AQUISIÇÃO E/OU PORTE DE ARMA DE FOGO, com validade estipulada em 30 (trinta) dias, deverá o Delegado de Polícia constar todos os Inquéritos Policiais a que estiver respondendo (em curso) o (a) interessado (a) em adquirir e/ou portar arma de fogo;

§ 2º - No Atestado/Certidão expedido para fins de CONHECIMENTO DE INFORMAÇÕES RELATIVAS À PESSOA DO PRÓPRIO REQUERENTE, CONSTANTES DE REGISTROS OU BANCO DE DADOS DA POLÍCIA CIVIL/SC, deverá o Delegado de Polícia consignar todas as informações encontradas no banco de dados da Polícia Civil/SC a respeito da (o) cidadã (o) requerente;

§ 3º O Atestado/Certidão de antecedentes somente poderá ser requerido e entregue a (o) cidadã (o) que terá o nome pesquisado no banco de dados, ou, na hipótese de pessoa já falecida e para fins de CONHECIMENTO DE INFORMAÇÕES RELATIVAS À PESSOA DO PRÓPRIO REQUERENTE, CONSTANTES DE REGISTROS OU BANCO DE DADOS DA POLÍCIA CIVIL/SC, aos parentes mais próximos, mediante comprovação documental do óbito e parentesco;

§ 4º No Atestado/Certidão para fins de AQUISIÇÃO E/OU PORTE DE ARMA DE FOGO, deverá o Delegado de Polícia constar, obrigatoriamente, a finalidade, a validade, e a informação de que o mesmo não se presta para nenhum outro fim que não o de fazer prova junto à Polícia Federal, órgão responsável pelo controle, registro e porte de armas de fogo no Brasil;

§ 5º No Atestado/Certidão para fins de CONHECIMENTO DE INFORMAÇÕES RELATIVAS À PESSOA DO PRÓPRIO REQUERENTE, CONSTANTES DE REGISTROS OU BANCO DE DADOS DA POLÍCIA CIVIL/SC, além de consignar que não se presta para finalidade diversa da especificada, incumbe ainda ao Delegado de Polícia acrescentar anotação no sentido de que compete ao próprio requerente adotar o sigilo que entender conveniente sobre as informações a respeito de sua pessoa lançadas no Atestado/Certidão (grifou-se).

Nesse passo, não há por onde dar-se guarida ao pleito recursal, pois resta claro que não há possibilidade de ocultação/exclusão das informações constantes no banco de dados da Polícia Federal a seu respeito, além de expressa proibição de expedição da “certidão para fins empregatícios”. Em caso análogo já decidiu este Sodalício:

APELAÇÃO CÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA - IMPETRANTE QUE EXERCE ATIVIDADE DE VIGILANTE - RECICLAGEM DE CURSO DE FORMAÇÃO - EXIGÊNCIA DE CERTIDÃO DE ANTECEDENTES CRIMINAIS EXPEDIDA PELO DELEGADO DE POLÍCIA - DOCUMENTO FORNECIDO PELA AUTORIDADE IMPETRADA NOS TERMOS DA RESOLUÇÃO N.001/GAB/DGPC/SSP/2013 CONTENDO TODAS AS INFORMAÇÕES DISPONÍVEIS NOS REGISTROS DA POLÍCIA CIVIL - REGISTROS DE PRISÃO EM FLAGRANTE E TERMO CIRCUNSTANCIADO - PRETENSÃO DE EXCLUSÃO DAS INFORMAÇÕES - inciso LVII do art. 5º da Constituição Federal de 1988 e o parágrafo único do art. 20 do Código de Processo Penal - EXERCÍCIO DE PROFISSÃO - INFORMAÇÕES RELEVANTES - SENTENÇA QUE DENEGOU A SEGURANÇA - RECURSO DESPROVIDO.

“2. Para o exercício da profissão de vigilante impõe-se o cumprimento de determinados requisitos, dentre eles a inexistência de antecedentes criminais e de não estar o interessado respondendo a inquérito policial ou a processo criminal, fatos que obstam a homologação ou registro do curso de Formação de Vigilantes junto à Polícia Federal. 3. Portanto, não há prova inequívoca do direito do autor e tampouco receio de dano irreparável, razão pela qual deve ser seguido o devido processo legal, possibilitando-se o contraditório antes da prestação jurisdicional” (TRF4, AG 5023052-97.2014.404.0000, Terceira Turma, Relatora p/ Acórdão Salise Monteiro Sanchotene, juntado aos autos em 12/12/2014). Até porque se trata de profissional com direito a porte de arma em serviço. (TJSC, Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 2015.034102-9, de Itajaí, rel. Des. Jaime Ramos, Quarta Câmara de Direito Público, j. 10/12/2015).

Destarte, não verificada qualquer ilegalidade no ato perpetrado pelo Estado de Santa Catarina, uma vez que, consoante visto alhures, não cabe imputar ao réu a obrigação pretendida pelo recorrente, não há se falar, por conseguinte, em reparação por danos morais.

Quanto aos honorários recursais, segundo o art. 85 § 11, do CPC, “o tribunal, ao julgar recurso, majorará os honorários fixados anteriormente levando em conta o trabalho adicional realizado em grau recursal, observando, conforme o caso, o disposto nos §§ 2º a 6º, sendo vedado ao tribunal, no cômputo geral da fixação de honorários devidos ao advogado do vencedor, ultrapassar os respectivos limites estabelecidos nos §§ 2º e 3º para a fase de conhecimento”.

A dinâmica trazida pelo Novel Diploma Processual, conforme infere-se do seu art. 85, § 11, estatuiu que o sucesso na instância recursal determina o aumento dos honorários de sucumbência, atendo-se, sempre, aos vetores insertos nos §§ 2º e 3º do mesmo artigo. Ou seja, o importe total do arbitramento, englobados tanto os honorários da sentença quanto os honorários recursais, não poderá ultrapassar esses limites.

Como bem proclamou o Superior Tribunal de Justiça, “o § 11 do art. 85 Código de Processo Civil de 2015 tem dupla funcionalidade, devendo atender à justa remuneração do patrono pelo trabalho adicional na fase recursal e inibir recursos provenientes de decisões condenatórias antecedentes”. E

conclui, “*atendidos os limites legais dos §§ 2º e 3º do art. 85 do CPC/15, a majoração da verba honorária a título de honorários recursais é medida que se impõe*” (AgInt no AREsp 370579 / RJ, rel. Min. João Otávio de Noronha, Terceira Turma, j. 23-6-2016).

Destaca-se que, conforme Súmula 52/TJSC, “É cabível a majoração dos honorários recursais anteriormente fixados, na forma do artigo 85, § 11, do Código de Processo Civil, ainda que não sejam apresentadas contrarrazões ao recurso interposto ou que não seja realizado trabalho adicional em segundo grau”.

Destarte, à luz dos critérios estabelecidos no art. 85, §§ 2º, 3º e 11, do CPC, fixa-se em 2% sobre o valor da ação, os honorários advocatícios pelo trabalho adicional realizado em grau recursal, considerando que a atuação da parte consistiu no acompanhamento do recurso e apresentação de contrarrazões recursais, totalizando, assim, a quantia equivalente a 17% sobre o valor da causa, se somada a fixação promovida em primeiro grau.

Pelo exposto, nego provimento ao recurso, e fixo os honorários recusais em 2% sobre o valor da causa, observando-se a suspensão da exigibilidade, em razão da concessão do benefício da justiça gratuita.

Este é o voto.

TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

Apelação Cível n. 0000668-29.2009.8.24.0028, de Içara

Relator: Desembargador Jaime Ramos

ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. RECURSO DE APELAÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL. PLEITO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS, MORAIS E PENSIONAMENTO DECORRENTE DE ERRO MÉDICO. PARTO. RECÉM-NASCIDO QUE SOFREU GRAVES PROBLEMAS NEUROLÓGICOS EM RAZÃO DE ANÓXIA E FALECEU AOS DOIS ANOS DE IDADE. SENTENÇA QUE CONDENA A FUNDAÇÃO HOSPITALAR E O MÉDICO QUE REALIZOU O PARTO, MAS AFASTA A RESPONSABILIDADE DO ENTE MUNICIPAL E DO MÉDICO OBSTETRA RESPONSÁVEL PELO ACOMPANHAMENTO PRÉ-NATAL NA UNIDADE MUNICIPAL DE SAÚDE. ERRO MÉDICO DEMONSTRADO DE MODO INCONCUSO PELA DOCUMENTAÇÃO CLÍNICA E PELA PERÍCIA JUDICIAL EM RAZÃO DA NEGLIGÊNCIA EM ENCAMINHAR A PACIENTE PORTADORA DE PLACENTA PRÉVIA TOTAL PARA PARTO CESÁRIO NO MOMENTO ADEQUADO ANTERIOR AO TERMO. CARACTERIZAÇÃO DOS REQUISITOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL DOS DEMANDADOS. RECONHECIMENTO DO DEVER DE INDENIZAÇÃO PELOS DANOS DECORRENTES DA FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO MÉDICO. SENTENÇA REFORMADA. RECURSO PROVIDO. INVERSÃO DA SUCUMBÊNCIA.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça está firmada no sentido de que “o município possui legitimidade passiva nas ações de indenização por falha em atendimento médico ocorrida em hospital privado credenciado ao SUS, sendo a responsabilidade, nesses casos, solidária. Precedentes: AgRg no AREsp 836.811/SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 17/3/2016, DJe 22/3/2016; REsp 1.388.822/RN, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 16/6/2014, DJe 1º/7/2014” (STJ, REsp 1702234/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, DJe de 19/12/2017).

A responsabilidade civil imputada ao Estado por ato de seus agentes é objetiva (art. 37, § 6º, CF), tocando-lhe o dever de indenizar quando verificada a existência de dano ao administrado e de nexo causal entre o dano produzido e o comportamento do preposto.

Evidenciado pela documentação clínica e pela perícia médica judicial a ocorrência de erro médico que importou em danos neurológicos severos ao recém nascido, respondem o profissional médico responsável pelo atendimento pré-natal que deixou de encaminhar a grávida, que tinha placenta prévia total, ao parto cesário no momento adequado anterior ao termo, bem como o Município responsável pela prestação de saúde via Sistema Único de Saúde (SUS), pela indenização decorrente dos danos padecidos, no caso, pela gestante e por seu bebê.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0000668-29.2009.8.24.0028, da comarca de Içara 2ª Vara em que são Apelantes E. de L. E. J. e outros e Apelados Município de Içara e outro.

A Terceira Câmara de Direito Público decidiu, por votação unânime, dar provimento ao recurso de apelação. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Exmos. Srs. Des. Jaime Ramos (Presidente), Ricardo Roesler e Júlio César Knoll.

Florianópolis, 30 de julho de 2019.

Desembargador Jaime Ramos
Relator

RELATÓRIO

Na Comarca de Içara, Rosimere Maria Gonçalves Bustos, Leandro Euzébio e Leandro Euzébio Júnior, este menor então representado por aqueles (depois falecido no curso do processo), ajuizaram “ação indenizatória por danos materiais e morais” contra a Fundação Social Hospitalar de Içara – Hospital São Donato, Armando Gutierrez Fernandez, Centro de Atendimento à Mulher CASMI, Município de Içara e Vilson Luiz Maciel, objetivando a condenação dos réus ao pagamento de indenização por danos padecidos por força de negligência em condutas médicas de encaminhamento do parto do terceiro requerente, filho dos dois primeiros.

Alegam os autores, em resumo, que a então gestante, a autora Rosimere, possuía uma condição de risco, chamada Placenta Prévia Total, diagnosticada por exame de ultrassonografia transvaginal realizado na data de 12/6/2007, a qual obstaria o parto normal, já que a alocação anômala da placenta ocluiria a passagem natural do bebê, situação que denotava ser a gravidez de alto risco e, por isso, exigia cuidados médicos não observados pelos demandados; que, por conta dessa condição, deveria ter sido interrompida a gravidez por meio de parto por cesariana já na última consulta realizada, quando a gestante contava 38 (trinta e oito) semanas de gestação, procedimento médico não observado pelos demandados; que o réu Vilson Luiz Maciel, médico obstetra do Centro de Atendimento à Mulher CASMI, órgão vinculado ao Município de Içara, que teria acompanhado a gestação até o seu quase termo, não entendeu necessária qualquer interrupção prematura da gravidez; que, pouco mais de duas semanas depois, no dia 11/12/2007, a primeira requerente entrou em trabalho de parto e, na Fundação Social Hospitalar de Içara – Hospital São Donato, foi atendida por volta das 6h (seis horas) da manhã, pelo médico Armando Gutierrez Fernandez, o qual, sem solicitar qualquer tipo de exame clínico, entendeu não haver dilatação suficiente para a realização do parto, liberando a gestante para retornar à residência; que, por força de dor e de falta de ar, a gestante retornou ao hospital às 20h (vinte horas) do mesmo dia, mas não havia médicos disponíveis, momento em que foi contactado o médico demandado, Dr. Armando, mas este não foi ao local e prestou consulta por telefone, determinando que a gestante ficasse internada no nosocômio; que, após 12 horas de internação, por volta das 07:15 horas, em razão de a paciente não ter sido atendida por algum médico, o autor Leandro Euzébio entrou em contato com o CASMI e conversou com a secretária do médico do pré-natal, Dr. Vilson, e explicou a situação, momento em que, por sua recomendação, assinaram termo de responsabilidade e saíram do hospital rumo ao Posto de Saúde, mas, como já era final de expediente, o Dr. Vilson já estava na rua e afirmou que a conduta do hospital prevalecia, de forma que, caso a gestante sentisse algo novamente, deveria retornar ao hospital; que o parto por cesárea ocorreu apenas no dia 15/12/2007, mas, em razão da aspiração de mecônio, o bebê teve uma paralisia cerebral, a qual o deixou com sequelas irreversíveis.

Requereram a concessão da justiça gratuita e, ao final, a procedência dos pedidos iniciais, para condenar os demandados a indenizar-lhes os danos materiais e morais padecidos por conta de negligência médica.

O pedido de justiça gratuita foi deferido.

Citados, todos os demandados apresentaram contestação.

O Município de Içara e a CASMI, em sua peça de defesa, arguíram, preliminarmente, sua ilegitimidade passiva *ad causam*. No mérito, defenderam que a responsabilidade pelos fatos narrados é exclusiva do Hospital São Donato e do médico plantonista, Armando Gutierrez; que não há presença do nexo de causalidade necessário para a configuração do dever de indenizar, motivo pelo qual o pleito inicial deve ser julgado improcedente. Impugnaram, ainda, os valores indenizatórios apresentados com a pretensão. No final, requereram o acolhimento dos temas preliminares, com a extinção do processo, ou a improcedência dos pedidos.

A Fundação Social Hospitalar de Içara Hospital São Donato contestou o feito suscitando, preliminarmente, também sua ilegitimidade passiva *ad causam*. No mérito, alegou que a gestante foi devidamente atendida e que as complicações médicas decorreram da aspiração de mecônio, algo alheio à sua vontade, porquanto prestou devidamente o atendimento médico possível e necessário; que não há caracterização do nexo de causalidade necessário para a indenização perseguida. Questionou os valores postulados a título indenizatório e impugnou a justiça gratuita deferida aos autores. Requereu, no fim, a extinção do processo ou a improcedência dos pedidos iniciais.

Vilson Luiz Maciel apresentou contestação sustentando, preliminarmente, sua ilegitimidade passiva *ad causam*. No mérito, arguiu que não há responsabilidade sua pelos fatos danosos relatados na inicial, na medida em que não teve culpa pelo resultado (obrigação de meio), requerendo, ao final, a improcedência da pretensão.

Por sua vez, Armando Gutierrez Fernandez apresentou resposta no sentido de que os argumentos expostos na petição inicial são insubsistentes para a caracterização da sua responsabilidade pelos danos narrados, na medida em que tinha como diagnosticar a situação da gestante e que, por conta disto, não teria ocorrido erro médico, razão pela qual asseverou não possuir qualquer tipo de culpa pelo resultado; que não há relação de causa e efeito entre a sua conduta e o resultado danoso. Ao fim, requereu a improcedência dos pedidos.

A parte autora apresentou réplica às contestações.

Designada perícia médica judicial, as partes formularam quesitos e o laudo médico pericial foi apresentado nos autos.

Foi noticiado nos autos o falecimento do autor Leandro Euzébio Júnior, que foi sucedido processualmente no polo ativo por seu espólio.

Intimadas, as partes se manifestaram sobre a apresentação do laudo médico judicial.

Em audiência de instrução e julgamento foram ouvidos, na qualidade de informantes, Lauro José Marques Nogueira e Fabiana Barp Crema Dernardi. Os dois médicos demandados prestaram depoimentos pessoais na oportunidade.

As partes apresentaram as suas alegações finais.

Na sequência, sentenciando o feito, o MM. Juiz, Dr. Rafael Rabaldo Bottan, inscreveu na parte dispositiva do *decisum*:

Ante o exposto:

a) Julgo o processo extinto, sem resolução de mérito, em relação ao Centro de Atendimento à Mulher – CASMI, ante a sua ilegitimidade passiva ad causam, na forma do art. 485, VI, do CPC.

b) Em relação aos demais réus, resolvo o mérito, na forma do art. 487, I, do CPC, e:

(b.1) julgo improcedentes os pedidos formulados pelos autores em face dos réus Vilson Luiz Maciel e Município de Içara, conforme fundamentação retro.

(b.2) julgo procedentes em parte os pedidos formulados pelos autores em face dos réus Armando Gutierrez Fernandez e Fundação Social, afim de:

(i) condenar os réus Armando Gutierrez Fernandez e Fundação Social Hospitalar de Içara Hospital São Donato, solidariamente, ao pagamento de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) em favor do Espólio de Leandro Euzébio Junior, R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) em favor de Leandro Euzébio e R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais) em favor de Rosimere Maria Gonçalves Bustos, a título de indenização pelos danos morais causados, com juros de mora de 1% (um por cento) ao mês, nos moldes do art. 406 do Código Civil combinado com o art. 161, §1º, do Código Tributário Nacional e correção monetária, com base no INPC, ambos a partir da sentença (ACV n. 2002.012847-9, rel. Des. Mazoni Ferreira).

(ii) condenar os réus Armando Gutierrez Fernandez e Fundação Social Hospitalar de Içara - Hospital São Donato, solidariamente, ao pagamento dos valores especificados no item 2.7 da fundamentação retro em favor dos autores, relativos às despesas decorrentes da moléstia da qual foi acometido Leandro Euzébio Junior, importes estes que deverão ser corrigidos pelo índice do INPC a partir de cada dispêndio (datas constantes às fls. 104, 360-361) e adicionados de juros legais desde a citação do último réu, nos moldes do art. 406 do Código Civil;

(iii) condenar os réus Armando Gutierrez Fernandez e Fundação Social Hospitalar de Içara - Hospital São Donato, solidariamente, ao pagamento de pensão mensal em favor do Espólio de Leandro Euzébio Junior, no importe de um salário mínimo, desde o seu nascimento (evento danoso) até a sua morte, ou seja, de 15/12/2007 a 29/12/2009. O valor da pensão mensal deverá observar a variação do salário mínimo vigente à época do vencimento de cada parcela (todo dia 15, a partir de janeiro de 2008 e, no último mês, proporcional ao dia 29/12/2009). Tais importes deverão ser pagos em uma única vez e corrigidas pelo índice INPC desde cada vencimento, acrescidos de juros de mora de 1% (um por cento) ao mês, contados, no que se refere às parcelas vencidas até a citação do último réu, a partir do aludido ato processual, e, quanto às prestações vencidas posteriormente, a contar de cada vencimento.

Defiro o benefício da Justiça Gratuita em favor da Fundação Social Hospitalar de Içara – Hospital São Donato.

Condeno os autores a satisfazerem metade das custas processuais, bem como a pagar honorários advocatícios

em favor dos patronos dos réus Vilson Luiz Maciel e Município de Içara, estes fixados em R\$ 1.000,00 (mil reais), com fundamento no disposto no art. 85, § 2º, 6º e 8º, do Código de Processo Civil, obrigações essas cuja exigibilidade fica suspensa, a teor do art. 98, § 3º, do mesmo Diploma.

Não obstante, condeno os réus Armando Gutierrez Fernandez e Fundação Social Hospitalar de Içara Hospital São Donato ao pagamento da metade das despesas processuais, a qual deverá ser dividida igualmente entre ambos.

Por derradeiro, e ante a mesma sucumbência, condeno os réus Armando Gutierrez Fernandez e Fundação Social Hospitalar de Içara Hospital São Donato ao pagamento de honorários advocatícios ao patrono dos autores, estes fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor total da condenação, na forma do art. 85, §§ 2º e 3º, I, do CPC.

Com o deferimento da Justiça Gratuita em favor do nosocômio, fica suspensa a exigibilidade das verbas de sucumbência que lhe foram impostas.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Transitada em julgado, archive-se.

Inconformados, os autores interpuseram recurso de apelação contra aquele capítulo da sentença que reconheceu a improcedência dos pedidos iniciais em relação aos demandados Município de Içara e Vilson Luiz Maciel, reiterando os termos iniciais acerca da presença do nexo de causalidade necessário para a caracterização tanto da legitimidade como da responsabilidade pelos danos relatados na inicial.

Com as contrarrazões, os autos ascenderam a esta Corte de Justiça, perante a qual a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Exmo. Sr. Dr. Newton Henrique Trennepohl, deixou de apresentar manifestação de mérito por considerar ausente o interesse público na causa.

VOTO

Inicialmente, observa-se que os réus condenados, Armando Gutierrez Fernandez e Fundação Social Hospitalar de Içara – Hospital São Donato, não interpuseram recurso contra a sentença condenatória.

A apelação que ora se analisa foi interposta pelos autores que pretendem a condenação solidária do Município de Içara e do Médico Vilson Luiz Maciel, sem pretender qualquer alteração no que tange à exclusão, por ilegitimidade passiva, do Centro de Atendimento à Mulher (CASMI), eis que se trata de Órgão do próprio Município, e à condenação infligida aos outros réus.

Analisa-se o recurso, portanto, sob a máxima “tantum devolutum quantum appellatum” (art. 1.013, “caput”, do Código de Processo Civil).

A Constituição Federal de 1988, nos seus arts. 194 a 198, dispõe acerca do Sistema Único de Saúde:

“Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

“Parágrafo único. [...]

“Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais: [...]

“Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

“Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

“Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

“I – descentralização, com direção única em cada esfera de governo.;

“II – atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;

“III – participação da comunidade.

“§ 1º. O sistema único de saúde será financiado, nos termos do art. 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes.

“§ 2º. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde recursos mínimos derivados da aplicação de percentuais calculados sobre: [...]”

Regulamentando as determinações da Carta Magna, a Lei Federal n. 8.080/1990, que institui o Sistema Único de Saúde (SUS), operou descentralização dos serviços de saúde prestados pelo Poder Público nos seguintes termos:

Art. 7º As ações e serviços públicos de saúde e os serviços privados contratados ou conveniados que integram o Sistema Único de Saúde (SUS), são desenvolvidos de acordo com as diretrizes previstas no art. 198 da Constituição Federal, obedecendo ainda aos seguintes princípios:

(...)

IX - descentralização político-administrativa, com direção única em cada esfera de governo: a) ênfase na descentralização dos serviços para os municípios; b) regionalização e hierarquização da rede de serviços de saúde;

(...)

XI - conjugação dos recursos financeiros, tecnológicos, materiais e humanos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios na prestação de serviços de assistência à saúde da população;

XII - capacidade de resolução dos serviços em todos os níveis de assistência;

(...)

Art. 9º A direção do Sistema Único de Saúde (SUS) é única, de acordo com o inciso I do art. 198 da Constituição Federal, sendo exercida em cada esfera de governo pelos seguintes órgãos:

I - no âmbito da União, pelo Ministério da Saúde;

II - no âmbito dos Estados e do Distrito Federal, pela respectiva Secretaria de Saúde ou órgão equivalente;

e III - no âmbito dos Municípios, pela respectiva Secretaria de Saúde ou órgão equivalente.

(...)

Art. 17. À direção estadual do Sistema Único de Saúde (SUS) compete:

I - promover a descentralização para os Municípios dos serviços e das ações de saúde;

(...)

Art. 18. À direção municipal do Sistema de Saúde (SUS) compete:

I - planejar, organizar, controlar e avaliar as ações e os serviços de saúde e gerir e executar os serviços públicos de saúde;

II - participar do planejamento, programação e organização da rede regionalizada e hierarquizada do Sistema Único de Saúde (SUS), em articulação com sua direção estadual;

(...)

X - observado o disposto no art. 26 desta Lei, celebrar contratos e convênios com entidades prestadoras de serviços privados de saúde, bem como controlar e avaliar sua execução;

(...)

XII - normatizar complementarmente as ações e serviços públicos de saúde no seu âmbito de atuação.

Como se observa, a legislação que regula o Sistema Único de Saúde (SUS) conferiu ênfase na descentralização dos serviços de saúde para os Municípios, a quem cabe a responsabilidade pelos serviços médicos públicos realizados no seu território, através de profissionais e instituições, sendo inclusive autorizado a celebrar contratos e convênios com entidades prestadoras de serviços privados de saúde.

No caso dos autos, a documentação apresentada com a inicial revela que a parte autora realizou toda a fase do pré-natal pelos serviços do SUS, sendo atendido por profissional médico do Município de Içara, o demandado Vilson Luiz Maciel, médico contratado para prestar serviço no CASMI – Centro de Atendimento à Mulher do referido Município demandado.

Por tal motivo, é que tanto o Município de Içara quanto o médico demandado, Vilson Luiz Maciel, este na qualidade de agente público municipal, são partes legítimas para responderem pelos fatos narrados na inicial, como bem reconhecido pela sentença ora apelada.

Feito esse breve introito, passa-se a analisar a questão apresentada no recurso de apelação da

parte autora, de que a sentença merece ser reformada no ponto que reputou ausentes os requisitos necessários para a configuração do dever de responsabilização, pelos danos narrados na inicial, do Município de Içara e do médico municipal Wilson. Ou seja, os apelantes defendem que os requisitos necessários para a configuração do dever de responsabilidade civil por danos material e moral decorrente de erro médico relatado na petição inicial, em relação aos referidos demandados, estariam presentes.

Pois bem.

A responsabilidade civil aquiliana, em geral, funda-se em três requisitos, quais sejam: a conduta antijurídica (culposa ou dolosa), o dano e, ainda, o nexo causal entre ambos. Tal conclusão é extraída da conjugação dos artigos 186 e 927, ambos do Código Civil, segundo os quais:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

A responsabilidade civil da Administração Pública, decorrente de danos causados por seus agentes, é objetiva, quer seja em face dos arts. 43 e 932, inciso III, do Código Civil de 2002, ou diante do que prescreve o art. 37, § 6º, da Constituição Federal:

As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

SÍLVIO RODRIGUES, sobre a responsabilidade objetiva estatal, leciona:

Na responsabilidade objetiva a atitude culposa ou dolosa do agente causador do dano é de menor relevância, pois, **desde que exista relação de causalidade entre o dano experimentado pela vítima e o ato do agente, surge o dever de indenizar, quer tenha este último agido ou não culposamente.**

A teoria do risco é a da responsabilidade objetiva. Segundo essa teoria, aquele que, através de sua atividade, cria risco de dano para terceiros deve ser obrigado a repará-lo, ainda que sua atividade e seu comportamento sejam isentos de culpa. Examina-se a situação, e, se for verificada, objetivamente, a relação de causa e efeito entre o comportamento do agente e o dano experimentado pela vítima, esta tem direito de ser indenizada por aquele (Direito civil, vol. IV. 20. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2008; p. 09 – grifou-se).

Sobre o tema, ainda, lecionam PABLO STOLZE GAGLIANO e RODOLFO PAMPLONA FILHO:

(...) a responsabilidade civil do Estado é objetiva, tendo tal afirmação fulcro, inclusive, em sede constitucional, conforme se verifica de uma simples leitura do § 6º do art. 37 da Constituição Federal de 1988, in verbis:

(...) Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte

(...)

§ 6º 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.

Seguindo tal diretriz, o CC/2002 estabelece regra semelhante, em seu art. 43, registrando que “as pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os candidatos do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo (Novo Curso de Direito Civil, Responsabilidade Civil, vol. 3. 15. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2017; p. 143).

JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO, referindo-se à norma do art. 37, § 6º, da Constituição Federal de 1988, leciona:

Dispõe o art. 37, § 6º, da CF que o Estado é civilmente responsável pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, venham a causar a terceiros. Como pessoa jurídica que é, o Estado não pode causar qualquer dano a ninguém. Sua atuação se consubstancia por seus agentes, pessoas físicas capazes de manifestar vontade real. Todavia, como essa vontade é imputada ao Estado, cabe a este a responsabilidade civil pelos danos causados por aqueles que o fazem presente no mundo jurídico.

A expressão “nessa qualidade” tem razão de ser, porque só pode o Estado ser responsabilizado se o preposto estatal estiver no exercício de suas funções ou, ao menos, se esteja conduzindo a pretexto de exercê-la. Desse modo, se causar dano a terceiro no correr de sua vida privada, sua responsabilidade é pessoal e regida pelo Direito Civil. (Manual de Direito administrativo brasileiro. 31. ed., São Paulo: Atlas, 2017; p. 590).

O Supremo Tribunal Federal, acerca da matéria, tem orientado:

A teoria do risco administrativo, consagrada em sucessivos documentos constitucionais brasileiros desde a Carta Política de 1946, confere fundamento doutrinário à responsabilidade civil objetiva do Poder Público pelos danos a que os agentes públicos houverem dado causa, por ação ou por omissão. Essa concepção teórica, que informa o princípio constitucional da responsabilidade civil objetiva do Poder Público, faz emergir, da mera ocorrência de ato lesivo causado à vítima pelo Estado, o dever de indenizá-la pelo dano pessoal e/ou patrimonial sofrido, independentemente de caracterização de culpa dos agentes estatais ou de demonstração de falta do serviço público (STF, RE n. 109615/RJ, Primeira Turma, Rel. Ministro Celso de Melo, DJU de 02.08.1996).

A **responsabilidade objetiva** se aplica às pessoas jurídicas de direito público **pelos atos comissivos e omissivos**, a teor do art. 37, § 6º, do Texto Constitucional. Precedentes. (STF, ARE 956285 AgR, Relator(a):

Min. EDSON FACHIN, Primeira Turma, julgado em 09/08/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-180 DIVULG 24-08-2016 PUBLIC 25-08-2016; grifou-se).

Nos termos da jurisprudência deste Supremo Tribunal, **a responsabilidade civil – ou extracontratual – pelas condutas estatais omissivas e comissivas é objetiva, com base na teoria do risco administrativo.** Precedentes. (STF, RE 499432 AgR, Relator(a): Min. ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, julgado em 21/08/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-197 DIVULG 31-08-2017 PUBLIC 01-09-2017; grifou-se).

Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Direito Administrativo. **Omissão do Poder Público. Responsabilidade objetiva.** Elementos da responsabilidade civil estatal demonstrados na origem. Reexame de fatos e provas. Impossibilidade. Precedentes. 1. **A jurisprudência da Corte firmou-se no sentido de que as pessoas jurídicas de direito público respondem objetivamente pelos danos que causarem a terceiros, com fundamento no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, tanto por atos comissivos quanto por atos omissivos, desde que demonstrado o nexo causal entre o dano e a omissão do Poder Público.** 2. Inadmissível, em recurso extraordinário, o reexame de fatos e provas dos autos. Incidência da Súmula nº 279/STF. 3. Agravo regimental não provido (STF, ARE 868610 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 26/05/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-128 DIVULG 30-06-2015 PUBLIC 01-07-2015; grifou-se).

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. **RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR MORTE DE DETENTO.** ARTIGOS 5º, XLIX, E 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1. A responsabilidade civil estatal, segundo a Constituição Federal de 1988, em seu **artigo 37, § 6º, subsume-se à teoria do risco administrativo, tanto para as condutas estatais comissivas quanto para as omissivas,** posto rejeitada a teoria do risco integral. 2. A omissão do Estado reclama nexo de causalidade em relação ao dano sofrido pela vítima nos casos em que o Poder Público ostenta o dever legal e a efetiva possibilidade de agir para impedir o resultado danoso. 3. É dever do Estado e direito subjetivo do preso que a execução da pena se dê de forma humanizada, garantindo-se os direitos fundamentais do detento, e o de ter preservada a sua incolumidade física e moral (artigo 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal). 4. O dever constitucional de proteção ao detento somente se considera violado quando possível a atuação estatal no sentido de garantir os seus direitos fundamentais, pressuposto inafastável para a configuração da responsabilidade civil objetiva estatal, na forma do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal. 5. Ad impossibilia nemo tenetur, por isso que nos casos em que não é possível ao Estado agir para evitar a morte do detento (que ocorreria mesmo que o preso estivesse em liberdade), rompe-se o nexo de causalidade, afastando-se a responsabilidade do Poder Público, sob pena de adotar-se contra legem e a opinio doctorum a teoria do risco integral, ao arrepio do texto constitucional. 6. A morte do detento pode ocorrer por várias causas, como, v. g., homicídio, suicídio, acidente ou morte natural, sendo que nem sempre será possível ao Estado evitá-la, por mais que adote as precauções exigíveis. 7. A responsabilidade civil estatal resta conjurada nas hipóteses em que o Poder Público comprova causa impeditiva da sua atuação protetiva do detento, rompendo o nexo de causalidade da sua omissão com o resultado danoso. 8. Repercussão geral constitucional que assenta a tese de que: em caso de inobservância do seu dever específico de proteção previsto no artigo 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal, o Estado é responsável pela morte do detento. 9. In casu, o tribunal a quo assentou que inocorreu a comprovação do suicídio do detento, nem outra causa capaz de romper o nexo de causalidade da sua omissão com o óbito ocorrido, restando escorreita a decisão impositiva de responsabilidade civil estatal. 10. Recurso extraordinário DESPROVIDO. (STF, RE 841526, Relator(a): Min. LUIZ FUX, **Tribunal Pleno**, julgado em 30/03/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-159 DIVULG 29-07-2016 PUBLIC 01-08-2016; grifou-se).

No Superior Tribunal de Justiça tal questão ainda destoa, como se afere do seguinte julgado:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. **RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ATO OMISSIVO. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA. INEXISTÊNCIA DE NEXO CAUSAL E CULPA DA ADMINISTRAÇÃO. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ.** 1. **A jurisprudência do STJ é firme no sentido de que a responsabilidade civil do Estado por condutas omissivas é subjetiva, sendo necessário, dessa forma, comprovar a negligência na atuação estatal, o dano e o nexo causal entre ambos.** 2. No caso dos autos, o Tribunal de origem, com base nos elementos fáticos e nas provas constantes no processo, concluiu pela inexistência de comprovação tanto do nexo de causalidade entre o ilícito civil e os danos experimentados, quanto da má prestação de serviço público, por atuação culposa da Administração Pública. A revisão da questão demanda o reexame dos fatos e provas constantes nos autos, o que é vedado no âmbito do recurso especial, nos termos da Súmula 7/STJ. Precedentes: AgInt no REsp 1.628.608/PB, Rel. Min. Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe 26/6/2017; AgRg no REsp 1.345.620/RS, Rel. Min. Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 2/12/2015; AgRg no AREsp 718.476/SP, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 8/9/2015; AgInt no AREsp 1.000.816/SP, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe 13/03/2018. 2. Agravo interno não provido. (STJ, AgInt no AREsp 1249851/SP, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 20/09/2018, DJe 26/09/2018; grifou-se).

Como se constata do apanhado acima, a responsabilidade civil imputada aos entes públicos (União, Estado, Distrito Federal, Municípios, autarquias e fundações públicas) pelos danos que seus agentes causarem a terceiros é geralmente 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.

De igual modo, é objetiva a responsabilidade das casas de saúde pelos atos culposos de seus prepostos.

A propósito, da obra CURSO DE DIREITO MÉDICO colhe-se a seguinte lição de LUIZ CÉZAR MEDEIROS:

Para os hospitais e estabelecimentos congêneres pertencentes ou gerenciados pela União, Estados ou Municípios, a responsabilidade também é objetiva e vem estatuída no § 6º do art. 37 da Constituição de República, com disciplina parcialmente reproduzida no art. 43 do Código Civil.

Não obstante a possibilidade subsidiária de aplicação das disposições do Código Civil, principalmente se mais benéficas aos pacientes lesados, na prática a discussão deixou de ser relevante em razão da disciplina específica às relações de consumo patrocinada pelo art. 14 da Lei 8.078/1990 – Código de Defesa do Consumidor. A assertiva tem sua sustentação no fato de que os estabelecimentos hospitalares e clínicas são fornecedores de serviço e, nessa condição, respondem objetivamente pelos danos causados aos pacientes. Como as relações jurídicas de ilícitos decorrentes dos serviços de saúde se formam quase que exclusivamente entre esses estabelecimentos e o paciente, não há por que se reportar a outros diplomas legais senão à lei especial que trata das relações consumeristas (In: PEREIRA, Hélio do Valle; ENZWEILLER, Romano José (Org.). Curso de Direito Médico. São Paulo: Conceito Editorial; p. 87).

Por oportuno, este RELATOR, na mesma obra acima citada, tece as seguintes ponderações acerca da responsabilidade civil do Estado pela atividade médica:

No exercício de suas funções administrativas, jurisdicionais e legislativas o Estado pode vir a causar danos a alguém. Tem-se sustentado a ausência de responsabilidade pela reparação de prejuízos em decorrência de atos legislativos. (...) Na tarefa de administrar a coisa pública e realizar as obras e os serviços necessários às suas finalidades, o Estado, por seus agentes, acaba produzindo danos a terceiros e deve ser responsabilizado civilmente pela reparação. Agentes públicos são aqueles, de qualquer escalão, que tomam decisões ou realizam atividades estatais, desde as mais altas autoridades até os mais modestos trabalhadores que atuam no aparelho estatal.

Diogenes Gasparini conceitua “a responsabilidade civil do Estado como a obrigação que se lhe atribui de recompor os danos causados a terceiros em razão de comportamento unilateral, comissivo ou omissivo, legítimo ou ilegítimo, material ou jurídico, que lhe seja imputável”.

É evidente que o Estado, na qualidade de contratante de bens e serviços, tem obrigação contratual de cumprir a avença e de responder pela inexecução do contrato. E no plano extracontratual responde pela ação ou omissão danosa de seus agentes ou decorrentes do próprio serviço.

Diz-se objetiva a responsabilidade civil do Estado composto de todos os entes da Federação (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) e respectivas autarquias, empresas públicas e fundações instituídas e mantidas pelo poder público. Também respondem objetivamente as empresas privadas, inclusive sociedade de economia mista, concessionárias da prestação de serviços públicos. É o que resulta do art. 37, § 6º, da Constituição Federal de 1988, frente ao qual “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”.

(...)

Para que se obrigue o Estado a indenizar danos causados por ação ou omissão de seus agentes é necessário e suficiente que a vítima ou seus familiares comprovem: a) a ocorrência do dano; b) o ato comissivo ou omissivo do agente estatal; c) o nexo de causalidade entre tal ato e o dano. Não se fala mais em culpa senão para a ação de regresso contra o servidor culpado.

(...)

Todavia, é evidente que no Brasil a responsabilidade civil objetiva do Estado segue a *teoria do risco administrativo* e não a *teoria do risco integral*, pois se admite a exclusão da responsabilidade em virtude de caso fortuito ou força maior e culpa lata ou estrita da vítima ou de terceiro, assim como nos casos de legítima defesa, exercício regular de um direito e estrito cumprimento de um dever legal, cuja prova deve ser feita pelo Estado.

(...)

São inúmeras as hipóteses em que o Estado se responsabiliza por danos causados a alguém por ação ou omissão decorrente de atividades médicas, farmacêuticas, odontológicas, laboratoriais e hospitalares. Trata-se de responsabilidade objetiva no sentido aproximado de representação ou substituição, porque na maioria dos casos não se prescinde da comprovação da culpa do profissional ou do serviço. Não basta o dano oriundo da atividade médica.

Essa responsabilidade civil do Estado decorre de sua necessária intervenção para cumprir com a obrigação constitucional de proporcionar saúde à população. A Constituição Federal de 1988 diz no art. 6º que a saúde é um direito social fundamental e, no art. 196, que a saúde é um direito de todos e dever do Estado, o qual deverá garantir, mediante políticas sociais e econômicas adequadas, a redução do risco de doenças e de outros agravos, promovendo o acesso universal e igualitário às ações e serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde. Para tanto se criou o chamado Sistema Único de Saúde (SUS), regulamentado

pela Lei nº 8.080, de 19.9.1990, como uma rede regionalizada e hierarquizada integrada pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios, com a finalidade de garantir a saúde de todos, mediante atendimento integral preventivo, protetivo e recuperatório da saúde, por diversos modos, sem prejuízo dos serviços assistenciais (art. 198 e seus parágrafos e 200 da Carta Política; e arts. 4º a 7º da Lei nº 8.080/90).

(...)

Para que se dê a responsabilidade civil do Estado por atividades médicas é necessário que o lesado prove a ocorrência de ação ou omissão do aparato de atendimento à saúde, o dano, o nexó etiológico entre este e a conduta comissiva ou omissiva, e, na maioria dos casos, a culpa do profissional ou do serviço.

Não cabe ao Estado, porém, a responsabilidade civil por danos causados por qualquer profissional em face de ações e serviços de saúde particulares pagos pelos interessados ou atrelados aos planos ou seguros privados de saúde, salvo na hipótese da existência de alguma vinculação contratual ao Sistema Único de Saúde ou de omissão no cumprimento do dever legal ou institucional de regulamentar e fiscalizar a regularidade do funcionamento desses serviços particulares (In: PEREIRA, Hélio do Valle; ENZWEILLER, Romano José (Org.). Curso de Direito Médico. São Paulo: Conceito Editorial; p. 136-144; grifou-se).

Atualmente, como se apontou alhures, havendo conduta comissiva ou omissiva específica, como ocorre no erro médico, a jurisprudência tem adotado o entendimento de que a responsabilidade é objetiva.

Contudo, ainda assim, a prova da existência do erro médico será imprescindível para a caracterização do dever de o Estado prestar a reparação dos danos daí decorrentes.

Nesse sentido, colhe-se da jurisprudência desta Corte de Justiça:

REEXAME NECESSÁRIO E APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR ERRO MÉDICO. PROCEDÊNCIA NA ORIGEM. INCONFORMISMO DO RÉU. CERCEAMENTO DE DEFESA. OITIVA DE TESTEMUNHAS. DESNECESSIDADE. PROVA PERICIAL SUFICIENTE À FORMAÇÃO DA CONVICÇÃO PARA JULGAMENTO DO FEITO. PREFACIAL AFASTADA. É dispensável a produção de outras provas - sobretudo a oral - quando os documentos acostados permitem a plena compreensão da controvérsia. Assim, sendo o magistrado o destinatário da prova e entendendo desnecessária a oitiva de testemunhas, não há falar em cerceamento de defesa. RESPONSABILIDADE CIVIL. NOSOCÔMIO ESTADUAL. OMISSÃO ESPECÍFICA. O disposto no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, refere-se à responsabilidade objetiva do ente público e das prestadoras de serviços públicos pela ocorrência de atos comissivos que causem prejuízo a terceiros. No entanto, a doutrina e a jurisprudência têm firmado o posicionamento de que em havendo conduta omissiva específica, como no caso em comento, a responsabilidade igualmente será objetiva. QUANTUM INDENIZATÓRIO. DANO MORAL. CRITÉRIOS DA RAZOABILIDADE, PROPORCIONALIDADE E EXTENSÃO DA LESÃO. VERBA MANTIDA. A indenização por lesão extrapatrimonial, no caso de óbito do cônjuge e genitor dos autores, deve ser fixada em atendimento ao binômio razoabilidade/proporcionalidade e à extensão do dano (art. 944, caput, do CC). Se o arbitramento de primeira instância atende a esses critérios, cumpre manter o numerário. JUROS DE MORA, DIES A QUO: EVENTO DANOSO. CORREÇÃO MONETÁRIA. TERMO INICIAL: DATA DO ARBITRAMENTO DA INDENIZAÇÃO. No caso de reparação por dano moral, incidem juros de mora a partir do evento danoso (Súmula n. 54 do STJ) e correção monetária desde a data do arbitramento (Súmula n. 362 do STJ). (...) (TJSC, Apelação Cível n. 0049277-47.2008.8.24.0038, de Joinville, Rel. Des. Odson Cardoso Filho, Quarta Câmara de Direito Público, j. 24-10-2018).

Então, para que se dê a responsabilidade civil do Poder Público por atividades médicas é necessário que o lesado prove a ocorrência de ação ou omissão do aparato público de atendimento à saúde, o dano, o nexo etiológico entre este e a conduta comissiva ou omissiva, e, na maioria dos casos, a culpa do profissional ou do serviço, daí decorrendo também a responsabilidade do profissional médico público responsável pelo atendimento da paciente.

Se a responsabilidade estatal de todas as esferas da federação é objetiva, em caso de erro médico, a responsabilidade do profissional de saúde, no entanto, é subjetiva, dependendo da comprovação de dolo ou culpa (imprudência, negligência ou imperícia) de sua parte, como exige o art. 951 do Código Civil de 2002: “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”.

Também o Código de Defesa do Consumidor, nos seus arts. 14 (especialmente o seu § 4º) e 17, deixa clara a responsabilidade civil subjetiva decorrente da má prestação de serviço pelo fornecedor:

“Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição ou riscos.

“§ 1º. O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais: I – o modo de seu fornecimento; II – o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam; III – a época em que foi fornecido.

“§ 2º. O serviço não é considerado defeituoso pela adoção de novas técnicas.

“§ 3º. O fornecedor só não será responsabilizado quando provar: I – que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste; II – a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

“§ 4º. A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.

“[...]”

“Art. 17. Para efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento.”

Adianta-se, têm razão os apelantes.

No caso dos autos, em que se apura a ocorrência de erro médico em face de parto distocíaco (parto difícil) do qual resultaram danos neurológicos ao bebê, em razão de anóxia (falta de oxigênio), os apelantes insistem na existência de responsabilidade do Município de Içara e do médico obstetra municipal Wilson Luiz Maciel que realizou os exames no período pré-natal, sob os argumentos de que:

“Confirmada a gravidez, foi iniciado em 03/05/07 o acompanhamento médico pré-natal com o Dr. Wilson Luiz Maciel junto ao CASMI (mantido pelo Município de Içara), que ficou responsável pela gestante até o término da gestação” (p. 1125);

Foram solicitados todos os exames necessários pelo médico Wilson. No entanto, na ultrassonografia transvaginal realizada na data de 12/06/2007, constatou-se “uma situação problemática para a gravidez diante da gestante apresentar ‘Placenta Corporal Prévia Total’ (doc. Anexo à f. 60). Diga-se na gravidez e não no feto”;

“Nota-se que a placenta prévia total forma um obstáculo entre o feto e a saída, assim, prejudicando o nascimento normal da criança (...). Há neste caso, sofrimento do feto quando do nascimento por parto normal podendo até causar a morte do nascituro e da gestante”;

“Quando a gestante apresenta esse tipo de anomalia, deve-se evitar ao máximo o parto normal diante do obstáculo. (...) Entretanto, apelado Dr. Wilson sempre mencionava em sua consulta que o parto seria normal por não haver necessidade de cesariana”;

“O motivo prejudicial em entrar em trabalho de parto decorre do sofrimento do feto no interior do útero, pois a mãe naturalmente tenta expulsar o feto e o mesmo não consegue sair por causa do obstáculo. Isso provoca a eliminação de mecônio, ou seja, uma defesa natural decorrente do sofrimento do feto que DEFECA dentro do líquido amniótico que ele respira. Assim a aspiração de líquido amniótico contaminado com as fezes traz problemas na oxigenação do feto, e sua falta de oxigenação causa a paralisia cerebral, como ocorreu no caso dos autos”;

“tudo poderia ter sido evitado se tivesse agendado o parto por cesariana pelo médico prenatalista, como ficou evidenciado pela perícia judicial”;

“Conforme respondeu o perito à f. 708, quesito 4, na última consulta do pré-natal em 28/11/2007 a gestante já encontrava-se com 38 semanas de evolução e já deveria esta paciente ter sido encaminhada a um serviço hospitalar para interrupção por cesariana”;

“A perícia foi conclusiva confirmando que o erro médico deu-se em razão da protelação indevida do procedimento de parto, por negligência e imperícia quando do pré-natal (réus Wilson, CASMI e Município de Içara) eis que caberia ter agendado o parto diante da ocorrência de Placenta Prévia Total, e pelo serviço médico-hospitalar prestado à parturiente (réus Armando Gutierrez e Hospital São Donato) qual deixou de realizar a interrupção do parto no primeiro momento em que estava sentindo contrações, deixando sofrer o feto quando do trabalho de parto na primeira e segunda ida ao hospital réu (vide quesito 4 do Hospital São Donato à f. 723)”, o que causou aspiração de mecônio em grande quantidade, ocasionando paralisia cerebral na criança;

“Há prova nos autos e confirmada pelo perito judicial que caberia ao médico responsável pelo pré-natal ter evitado o sofrimento do feto em face da gestante apresentar Placenta Prévia Total, conforme constatado na Ultra-sonografia Transvaginal realizada na data de 12/06/2007, pelo Dr. Flávio Spillere (f. 60)”.

Como se pode observar das alegações prestadas no recurso de apelação da parte autora, a questão nodal da presente análise consiste em descobrir se há responsabilidade do médico obstetra preposto do Município de Içara, o demandado Wilson, pelo fato de não ter encaminhado a autora Rosimere para parto cesário, no momento adequado, em face do diagnóstico de “Placenta Corporal Prévia Total”, conforme revelado pelos laudos médicos às páginas 140 e 156 dos autos digitais, situação que acarretaria a responsabilidade do médico obstetra e do Município de Içara.

Por sua vez, o digno Magistrado sentenciante, ao afastar a responsabilidade dos demandados Município de Içara e Wilson Luiz Maciel, entendeu que:

Gerou certa comoção a oitiva de dois médicos obstetras, colegas/amigos do réu Wilson Luiz Maciel. Dada a inegável proximidade que possuem com a referida parte, serão considerados apenas como informantes. Ainda assim, para constar, seus depoimentos foram basicamente técnicos, não adentrando aos fatos em si, de modo que não contribuíram decisivamente com a formação de qualquer juízo.

Resta avaliar as condutas dos médicos.

Neste aspecto, o laudo pericial é contundente. Transcreve-se:

Quesito do Juízo nº 1: Constatando-se durante o pré-natal a formação de ‘placenta corporal prévia total’, normalmente é pré-agendado pelo médico a realização do parto através de procedimento cirúrgico (cesariana)?

Sim Ex^a A patologia de ‘placenta corporal prévia total’ impõe o pré-agendamento de cesariana antes de estabelecido o ‘Trabalho de Parto’. O período da indicação da interrupção da gestação por via abdominal (cesariana) varia entre as literaturas médicas pesquisadas. O consenso diz que a interrupção por cesariana deve ser programada entre o período de 36 a 37 semanas de evolução da gestação.

Este quesito é bastante controvertido nos autos.

Sua redação não ajuda muito, já que estabelece uma sugestão que é de difícil resposta pelo perito. Por mais que este entenda que a interrupção da gravidez é necessária às 36, 37 semanas de gestação, como se pode estabelecer um protocolo padrão do que normalmente é feito, especialmente no SUS, onde não há agendamento? No início da resposta este mesmo perito afirmou que o período adequado de interrupção da gestação varia na literatura médica. Logo, é contraditória a afirmação final de que há consenso, quando antes fora dito que há divergência.

Os médicos depuseram em Juízo e trouxeram informantes, especialistas em obstetrícia, que indicaram, em sua opinião técnica, a necessidade de aguardar, o máximo possível, a maturidade do feto, para evitar, justamente, o risco de morte, dado o maior índice de mortalidade infantil dos prematuros. Fundamentaram isto em referência médico-bibliográfica a respeito do assunto, indicando certa falta de unanimidade sobre qual seria o momento ideal da cesariana.

Por tal razão, não é possível afirmar, categoricamente, que o réu Wilson Luiz Maciel errou ao não encaminhar a gestante ao hospital quando esta contava 38 semanas de gestação. Com efeito, pelo que consta nos autos, a certeza do momento correto para a interrupção da gravidez pode variar de médico para médico, o que denota uma plurivocidade de condutas, dentre as quais, a escolhida pelo referido réu não pode ser considerada ilícita, já que prevista na literatura médica.

Do mesmo modo, não cabe a um médico de pré-natal impor a um médico plantonista qualquer tipo de conduta, sob pena de violação ética. Pode até informar alguma condição de risco específica. Todavia, tal faculdade não permite uma exigência, prevalecendo sempre a decisão do médico responsável pelo atendimento, de modo que este pode ou não seguir a orientação dada pelo anterior.

Deste modo, as provas não conduziram uma certeza sobre o momento correto da antecipação do parto.

Malgrado, algo restou incontroverso: a impossibilidade de parto normal e a necessidade de cesariana. Segue manifestação do perito:

Quesito do Juízo nº 2: A realização de parto normal para gestante diagnosticada com formação de 'placenta prévia total' implica risco de vida para ela e o nascituro?

Sim Ex.^a Está 'absolutamente' contraindicada qualquer tentativa de parto normal, uma vez diagnosticado a placenta corporal prévia total. A realização de parto normal implica em risco de vida tanto para a mãe quanto para o feto.

E continua:

Quesito do Juízo nº 3: Pode ter ocorrido o nascimento da criança com paralisia cerebral em virtude do fato de não ter sido antecipadamente agendado o parto cesariana, permitindo-se que a gestante entrasse em trabalho de parto?

Sim Ex.^a O fato de não ter sido pré agendada a interrupção da gestação por cesariana pode ter sido a causa de anóxia (falta de oxigenação) fetal intrauterina podendo ser a causa da paralisia cerebral.

Quesito do Juízo nº 4: Pelos exames e toda documentação acostada aos autos, diga o Sr. Perito se o profissional que atendeu a gestante durante o seu pré-natal utilizou o procedimento padrão para o caso de diagnóstico de 'placenta corporal prévia total'. Explique.

Não Ex.^a Na última consulta do pré-natal em 28/11/2007 em que a gestante já se encontrava com 38 semanas de evolução já deveria esta paciente ter sido encaminhada a um serviço hospitalar para interrupção da gestação por cesariana.

Quesito do Juízo nº 5: Quando uma gestante chega ao hospital com possíveis sintomas de trabalho de parto, qual o procedimento de rigor adotado pelo profissional (médico) que a atende? São feitos exames antes de encaminhá-la para o procedimento do parto? É examinada a gestante? São analisados exames anteriores para verificar o histórico da gestação?

Quando uma gestante chega ao hospital com possíveis sintomas de trabalho de parto deve ser avaliada através do 'cartão da gestante', sua história pregressa, número de gestações, número de partos ou cesarianas anteriores. Também devem ser analisadas as ultrassonografias realizadas durante o pré-natal, bem como os demais exames laboratoriais. Além do que deve ser realizado um minucioso exame obstétrico.

Analisando-se este quinto quesito, diferentemente do que fora dito em relação ao outro médico, fica suficientemente clara a conduta negligente do Dr. Armando Gutierrez Fernandez no primeiro atendimento da gestante, em 11/12/2007, quando a gestação já contava 40 (quarenta) semanas. Este não adotou nenhuma das condutas indicadas pelo perito (e até por ele mesmo, conforme depoimento prestado, quando disse, em Juízo, que o normal num atendimento de emergência é solicitar os exames prévios). Ao contrário, aguardando o parto normal, este concedeu alta à gestante, o que, inegavelmente, aumentou exponencialmente o risco de sofrimento fetal (causa normalmente associada ao mecônio).

Para arrematar, concluiu:

Quesito do Juízo nº 6: Outros esclarecimentos que entender pertinente para o julgamento da demanda.

Uma gestante com gestação de termo (37 semanas ou mais de evolução), com duas cesáreas prévias e feto em situação transversa e apresentação córmica como é o caso de Rosimere impõe-se a interrupção da gestação por cesariana antes do 'trabalho de parto'.

(...)

Quesito dos autores nº 9: Qual a melhor conduta para uma gestante que apresenta em seu histórico duas cesarianas anteriores e placenta prévia total com idade gestacional cronológica de 39 semanas e 5 dias, devidamente comprovada por exames ecográficos anteriores, que procura o hospital com dor em baixo ventre?

A única conduta possível no caso em tela era a interrupção da gestação por cesariana previamente ao trabalho de parto.

Quesito do réu Armando nº 3: É possível o médico constatar que a gestante é portadora de Placenta Prévia, numa simples realização de consulta? Em caso negativo, qual o exame recomendado para elucidar o caso?

Sim. Em consulta médica para admissão de gestante de gestação de termo para fins de internação hospitalar deve o médico assistente certificar-se de todos os dados disponíveis, com análise minuciosa dos exames ultrassonográficos prévios realizados durante o pré-natal, como descrito no 'cartão da gestante'.

Quesito do réu Armando nº 5: Esclareça o Sr. Perito, se no caso de o médico receber a gestante em trabalho de parto, sem conhecê-la, em nível ambulatorial, seria possível diagnosticar que a mesma seja portadora de placenta prévia sem a realização de algum exame complementar?

O diagnóstico de placenta prévia se faz através de ultrassonografia.

No caso de um médico receber a gestante sem conhecê-la em nível ambulatorial deve com mais presteza examinar a paciente, bem como analisar o acompanhamento pré-natal através do 'cartão da gestante' e dos exames ultrassonográficos realizados durante a gestação. Em caso de não haver realizado nenhum exame ultrassonográfico não é possível fazer tal diagnóstico. Poderemos então somente ter uma suspeita diagnóstica caso haja evidências de sangramento vaginal, o que não era o caso da paciente em tela. **Neste caso em questão da Sr.^a Rosimere não houve sangramento vaginal durante o pré-natal, porém foram realizados várias ultrassonografias que firmaram o diagnóstico sem sombra de dúvidas.**

Quesito do réu Hospital São Donato nº 4: Pela análise feita, diga Sr. Perito se foi constatada alguma imperícia ou negligência dos profissionais que atenderam a autora?

Neste quesito digo que o mérito julgador é que vai se pronunciar acerca da existência ou não de imperícia, imprudência ou negligência. Todavia, encaminhar para a residência uma gestante de 39 semanas de evolução, conforme folha 86 Boletim de Atendimento de Urgência do dia 11/12/2007 às 6 horas e 4 minutos com diagnóstico de 'Pródromos de Trabalho de Parto' sendo que a mesma apresentava um quadro de placenta prévia oclusiva total, duas cesáreas prévias, feto em situação transversa e apresentação cômica é no mínimo um ato imprudente.

Assim, analisando-se todas as provas produzidas, conclui-se que a conduta adotada pelo réu Armando Gutierrez Fernandez é que foi determinante para o resultado danoso. Afinal, se tivesse realizado o exame adequado na parturiente, com uma anamnese completa, analisando os seus exames prévios e o seu cartão de gestante, esta não teria recebido alta e sido sujeita à espera pelo parto normal, com a exposição do bebê ao sofrimento fetal decorrente do trabalho de parto, do descolamento da placenta e, conseqüentemente, à aspiração de mecônio, mais do que provável causa da paralisia cerebral e posterior morte.

Conseqüentemente, isenta-se de responsabilidade a conduta do médico responsável pelo pré-natal, Wilson Luiz Maciel, porquanto não claramente evidenciado o seu proceder ilícito e o nexó etiológico entre seu comportamento e os danos havidos

Como se observa das razões expostas na sentença apelada, entendeu-se que a responsabilidade pelos fatos danosos teria sido caracterizada exclusivamente pela negligência do médico plantonista, o demandado Armando Gutierrez Fernandez, uma vez que "tivesse realizado o exame adequado na parturiente, com uma anamnese completa, analisando os seus exames prévios e o seu cartão de gestante, esta não teria recebido alta nem esperado pelo parto normal, com a exposição do bebê ao

sofrimento fetal decorrente do trabalho de parto, do descolamento da placenta e, conseqüentemente, à aspiração de mecônio, mais do que provável causa da paralisia cerebral e posterior morte.

No entanto, diante do que restou apurado pelo experto médico judicial, há que se imputar também a responsabilidade aos demandados Município de Içara e Vilson Luiz Maciel.

Isso porque, como se confere do laudo médico judicial apresentado nos autos, a autora parturiente Rosimere, diante do diagnóstico de “Placenta Corporal Prévia Total”, realizado pelos laudos médicos às páginas 140 e 156 dos autos digitais, deveria ter sido encaminhada para parto por cesária entre 36 a 38 semanas de gestação.

Vejam-se as conclusões do experto do juízo no ponto:

Quesito do Juízo nº 4: Pelos exames e toda documentação acostada aos autos, diga o Sr. Perito se o profissional que atendeu a gestante durante o seu pré-natal utilizou o procedimento padrão para o caso de diagnóstico de ‘placenta corporal prévia total’. Explique.

Não Ex.^a Na última consulta do pré-natal em 28/11/2007 em que a gestante já se encontrava com 38 semanas de evolução já deveria esta paciente ter sido encaminhada a um serviço hospitalar para interrupção da gestação por cesariana.

(...)

Quesito do Juízo nº 6: Outros esclarecimentos que entender pertinente para o julgamento da demanda.

Uma gestante com gestação de termo (37 semanas ou mais de evolução), com duas cesáreas prévias e feto em situação transversa e apresentação córmica como é o caso de Rosimere impõe-se a interrupção da gestação por cesariana antes do ‘trabalho de parto’.

(...)

Quesito número 9: Qual a melhor conduta para uma gestante que apresenta em seu histórico duas cesarianas anteriores e placenta prévia total com idade gestacional cronológica de 39 semanas e 5 dias, devidamente comprovada por exames ecográficos anteriores, que procura o hospital com dor em baixo ventre?

A única conduta possível no caso em tela era a interrupção da gestação por cesariana previamente ao trabalho de parto.

(...)

Quesito número 13: No caso em tela, o médico responsável pelo pré-natal da gestante deveria indicar a data do parto por cesariana para que não causasse risco de vida ao feto e à parturiente?

Neste caso a interrupção da gestação por cesariana estava indicada com 36 ou no máximo 37 semanas de evolução. O médico pré-natalista deveria encaminhar a paciente ao serviço hospitalar de referência da região quando a evolução da gestação atingisse estes limites supramencionados. Anteriormente a esta idade gestacional de 36 semanas somente caso houvessem intercorrências na gestação, como presença de sangramento vaginal, o que no caso não ocorreu. (páginas 870 e 880)

A propósito, acerca do procedimento a ser adotado caso a gestante tenha sido diagnosticada

com “Placenta Corporal Prévia Total”, vejam-se as recomendações do Manual Técnico para “Gestação de Alto Risco” do Ministério da Saúde:

Placenta prévia

Placenta prévia é definida como a placenta que se implanta total ou parcialmente no segmento inferior do útero. Ela pode ser classificada de três maneiras, de acordo com sua posição em relação ao colo do útero:

- Baixa: está localizada próxima ao colo do útero, sem atingi-lo
- Marginal: atinge o orifício interno do colo do útero, sem recobri-lo
- Completa ou centro-total: recobre totalmente o orifício interno do colo do útero

A placenta prévia ocorre em 1 a cada 200 gestações que chegam ao terceiro trimestre, porém é um achado ultrassonográfico frequente em exames realizados entre 16 e 20 semanas de gestação. Contudo, até 90% desses achados normalizarão até o termo, devido à teoria da “migração” placentária. Isso ocorre devido à combinação entre o crescimento placentário em direção ao fundo uterino, que é mais bem vascularizado, com a degeneração das vilosidades periféricas que receberão menor suprimento sanguíneo, conferindo uma implantação placentária adequada.

O principal fator de risco para placenta prévia é a cicatriz uterina anterior, e entre elas a principal é a cesariana anterior. (...).

(...)

A chance de ter uma placenta prévia numa gravidez futura aumenta significativamente para aquelas mulheres que possuem uma cicatriz uterina. Com uma cesariana anterior, o risco de placenta prévia pode ser de 4,5 vezes maior; **com duas cesáreas pode ser 7,4 vezes;** com três 6,5 vezes e com quatro ou mais chega a 45 vezes maior. Se o risco de hemorragia com placenta prévia por si só é importante, a combinação com uma ou mais cesarianas prévias pode tornar este risco consideravelmente maior, com resultados às vezes catastróficos.

Ademais, a placenta com implantação anormal tem maior probabilidade de estar aderida anormalmente ao útero, ou seja, de ser placenta acreta, o que também amplia de forma exponencial o risco de hemorragias graves e outras complicações associadas, podendo a gestante necessitar uma histerectomia. No Brasil, onde a incidência de cesarianas foi de 45% em 2007, sendo que em algumas instituições chegou a 100%, esse é um grande problema que pode levar a graves complicações no futuro.

A morbidade materna da placenta prévia é decorrente, principalmente, da hemorragia que ela provoca. A morbidade aumentada também está relacionada às complicações operatórias do parto, complicações anestésicas, necessidade de transfusão e infecções.

Na suspeita de acretismo placentário, na preparação para o parto deve-se sempre fazer um ecodoppler obstétrico. Considerar a possibilidade de invasão de estruturas adjacentes (bexiga e intestino) em caso de placenta percreta, com grande perda sanguínea, que é indicação de histerectomia. Quando esta situação for diagnosticada ou suspeita antes do parto, a mulher deve necessariamente ser encaminhada para um centro com bons recursos de hemoterapia e capacitado para realizar os procedimentos cirúrgicos que pode demandar.

(...)

Conduta

No pré-natal: recomenda-se que a gestante com placenta prévia seja encaminhada a um centro de referência.

(...)

Se a gestante estiver no termo ou próxima a ele e tiver sangramento, o parto deve ser realizado. A via de parto é baseada no julgamento clínico, auxiliado pela informação ultrassonográfica. Com uma borda placentária a menos de 2cm do orifício cervical interno, a chance do parto ser por cesariana aumenta consideravelmente, especialmente se a placenta for posterior e com borda espessa (>1cm). Os fatores clínicos a serem observados na decisão pela via de parto incluem a altura e o encaixamento da apresentação. Também neste caso o USG pode ajudar na determinação. Com uma placenta prévia marginal de menor grau, com borda fina e apresentação cefálica encaixada, pressionando a borda placentária, o parto vaginal pode ser permitido. **Obviamente que na placenta prévia centro-total a cesariana é indicação absoluta, devendo ser realizada com programação planejada.** Em todos os casos, seja por via vaginal ou por via abdominal, a disponibilidade imediata de sangue deve ser mandatária. (Brasil. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. *Gestação de alto risco: manual técnico / Ministério da Saúde, Secretaria de Atenção à Saúde, Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. – 5. ed. – Brasília : Editora do Ministério da Saúde, 2010; p. 53 a 56 – grifou-se).*

Como se constata do manual de procedimentos do Ministério da Saúde, que deve ser seguido por todos os órgãos públicos filiados ao Sistema Único de Saúde – SUS, “**na placenta prévia centro-total a cesariana é indicação absoluta, devendo ser realizada com programação planejada**” (*Op. Cit.*; p. 56).

Cabe ressaltar, também, que a publicação anterior do referido manual do Ministério da Saúde, no ano 2.000, já previa que “A via de parto dependerá, além das condições maternas, do tipo de placenta prévia. Nas marginais. a via preferencial é a vaginal. Para as parciais, há indicação de cesárea. **Para as totais é absoluta a indicação de cesárea. com feto vivo ou morto**” (*Gestação de Alto Risco / Secretaria de Políticas, Área Técnica da Saúde da Mulher. – Brasília: Ministério da Saúde, 2000; p. 39).*

Nesse rumo, considerando que é absolutamente necessária a indicação de cesariana quando do diagnóstico de placenta prévia centro-total, que “se implanta no segmento inferior do útero” e “recobre totalmente o orifício interno do colo do útero” impedindo o parto vaginal normal (conforme Publicação do Ministério da Saúde em <www.bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/gestacao_alto_risco.Pdf>, acesso em 29.07.2019), agiu com negligência o médico obstetra municipal demandado, Vilson Luiz Maciel, que acompanhou o pré-natal da autora e teve amplo conhecimento de que ela tinha esse impedimento ao parto normal e em nenhum momento a encaminhou para o parto cesário, situação que atrai para si e para o ente público responsável por sua contratação, o Município de Içara, a responsabilidade pelos fatos narrados na petição inicial.

Aliás, o médico apelado nem sequer anotou no prontuário ou na carteirinha de atendimento pré-natal da autora a circunstância de ela apresentar placenta prévia total, que exigia parto cesário antecipado, para que fosse possível identificar imediatamente o problema nos atendimentos hospitalares.

Assim, com base nesse apanhado, está evidenciada a responsabilidade civil dos demandados/apelados pelo erro médico comprovado nos autos, não havendo dúvidas acerca da obrigação de reparar os danos materiais e morais aferidos na sentença, nos termos dos arts. 37, § 6º, da Constituição Federal de 1988, e dos arts. 43, 186, 927 e 951 do Código Civil de 2002 e dos arts. 14, § 4º, e 17, do Código de Defesa do Consumidor.

Portanto, o recurso de apelação dos autores merece provimento, para que seja alterada a sentença no capítulo que afastou a responsabilidade dos referidos demandados, de modo a imputar-lhes a responsabilidade solidária pelo pagamento das indenizações e pensionamento arbitrados pelo digno Juízo sentenciante.

Permanece como lançada a sentença em relação aos demais aspectos indenizatórios.

Pelo exposto, dá-se provimento ao recurso dos autores, de modo a imputar aos ora apelados a responsabilidade solidária pelo pagamento das indenizações e pensionamento arbitrados na sentença.

Diante desse desfecho, os ônus sucumbenciais ficam invertidos, respondendo os demandados/apelados, solidariamente, pelos honorários fixados na sentença em favor do Advogado dos autores, em sincronia com as regras estabelecidas no art. 85 e seus parágrafos do Código de Processo Civil.

Em relação às custas e despesas processuais, por força de disposição legal, é isento o Município de Içara, devendo o demandado/apelado Wilson responder proporcionalmente com os demais demandados vencidos.

Apelação Cível n. 0000225-26.2009.8.24.0013, de Campo Erê

Relator: Desembargador Júlio César Knoll

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. JUÍZO POSITIVO DE RETRATAÇÃO (ART. 1.040, II, DO CPC/15). AGRAVO RETIDO NÃO CONHECIDO. AUSÊNCIA DE PEDIDO EXPRESSO PARA ANÁLISE. MÉRITO. ADEQUAÇÃO AO TEMA 928 DO STJ. PROGRAMA ESPECIAL DE CAPACITAÇÃO DE DOCENTES. ATO REGULAMENTAR CONFERINDO LEGITIMIDADE AO CURSO. VÍNCULO FORMAL DA EDUCADORA. DEMANDA PROPOSTA SOMENTE EM FACE DA INSTITUIÇÃO DE ENSINO. RESPONSABILIDADE CIVIL E ADMINISTRATIVA EXCLUSIVA DA UNIÃO. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. SENTENÇA MANTIDA.

“Havendo o Conselho Nacional de Educação expedido parecer público e direcionado ao Conselho Estadual de Educação do Paraná sobre a regularidade do Programa Especial de Capacitação de Docentes, executado pela Fundação Faculdade Vizinhança Vale do Iguaçu, a sua desconstituição ou revogação pelo próprio Conselho Nacional de Educação ou mesmo a sua não homologação pelo Ministério da Educação autorizam a tese de que a União é responsável, civil e administrativamente, e de forma exclusiva, pelo registro dos diplomas e pela consequente indenização aos alunos que detinham vínculo formal como professores perante instituição pública ou privada, diante dos danos causados” (REsp 1487139/PR, Rel. Ministro Og Fernandes, Primeira Seção, julgado em 08/11/2017, DJe 21/11/2017)

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0000225-26.2009.8.24.0013, da comarca de Campo Erê Vara Única em que é Apelante Luciana Salete Jacovas e Apelado Fundação Faculdade Vizinhança Vale do Iguaçu VIZIVALI.

A Terceira Câmara de Direito Público decidiu, por meio eletrônico, por unanimidade, conhecer e julgar improcedente o presente recurso de apelação, no exercício do juízo positivo de retratação, de acordo com o artigo 1.040, II, do CPC/15. Custas legais.

O julgamento, realizado no dia 30 de julho de 2019, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Jaime Ramos, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. Ricardo Roesler.

Funcionou como representante do Ministério Público o Dr. Rogê Macedo Neves.

Florianópolis, 30 de julho de 2019.

Desembargador Júlio César Knoll

Relator

RELATÓRIO

Perante a Vara Única da Comarca de Campo Erê, Luciana Salete Jacovas, devidamente qualificada, mediante profissionais habilitados, fulcrada nos permissivos legais, ajuizou ação

de indenização por danos morais e materiais em face da Faculdade Vizinhança Vale do Iguaçu-VIZIVALI e IESDE do Brasil S/A Inteligência Educacional e Sistemas de Ensino.

Aduziu, em apertada síntese, que, na qualidade de professora, frequentou Programa de Capacitação para a Docência dos Anos Iniciais de Ensino Fundamental e da Educação Infantil, ministrado pela primeira ré, com emprego de tecnologia de telecomunicação fornecida pela segunda requerida.

Afirmou, que, apesar de ter frequentado todo o curso, não recebeu seu diploma de conclusão, motivo pelo qual faz jus a indenização pelo abalo anímico experimentado, além do ressarcimento das mensalidades pagas e os lucros cessantes a ser apurado em liquidação de sentença.

Os requeridos apresentaram defesa em forma de contestação (fls. 122/156)

Houve réplica (fls. 382/391 e 574/579).

Despacho saneador extinguiu o feito em relação a IESDE BRASIL S/A, decisão mantida mesmo depois de interposição de agravo retido.

Apresentadas as alegações finais pelas partes, sobreveio sentença, de lavra do MM. Juiz de Direito, Dr. André Luiz Bianchi, que julgou improcedentes os pedidos formulados pela parte autora.

Inconformada com o *veredicto*, Luciana Salete Jacovas interpôs recurso de apelação, pugnando pela reforma de decisão.

Em sessão de julgamento realizada no dia 03/09/2013, sob a relatoria do Desembargador Carlos Adilson Silva, esta Terceira Câmara de Direito Público decidiu, por votação unânime, não conhecer do agravo retido e dar provimento ao recurso de apelação, a fim de condenar a requerida ao pagamento de R\$ 7.000,00 (sete mil reais) a título de indenização por danos morais e R\$ 5.747,80 (cinco mil, setecentos e quarenta e sete reais e oitenta centavos) pelos danos materiais.

Irresignada, a Fundação Faculdade Vizinhança Vale do Iguaçu – VIZIVALI, interpôs recurso especial em face do acórdão, sendo admitido pela 2ª Vice-Presidente do Tribunal à época, Desembargadora Sônia Maria Schmitz.

O feito foi sobrestado, aguardando decisão do Tema 928 do Superior Tribunal de Justiça.

Com o julgamento dos recursos representativos de controvérsia, concernente ao Tema 928/STJ, os autos retornaram a este gabinete, após determinação da 2ª Vice-Presidência desta Corte de Justiça, objetivando aplicação do juízo de retratação, nos moldes do art. 1.040, II, do CPC/2015.

As partes peticionaram pugnando pela remessa do feito à Justiça Federal, a fim de apurar responsabilização da União.

Este é o relatório.

VOTO

Trata-se de juízo de retratação, arrimado no art. 1.030, inc. II, do CPC/2015, por conta da interposição de recurso especial ao acórdão que, sinteticamente, julgou procedente o recurso de apelação interposto pela parte autora.

Inicialmente, em sede de juízo de admissibilidade, à luz do direito intertemporal, como a decisão vergastada foi publicada na vigência do Código de Processo Civil de 1973, aplicam-se as disposições contidas no antigo diploma processualista.

Dito isto, deixo de conhecer do agravo retido interposto pela requerida Faculdade Vizinhança Vale do Iguaçu – VIZIVALI (fls. 628/632), porquanto ausente pedido expresso de sua análise nesta instância, conforme preceituado pelo artigo 523, § 1º do CPC/73.

No mérito propriamente dito, o Superior Tribunal de Justiça, ao analisar a controvérsia pelo rito dos recursos repetitivos, cadastrado sob o Tema 928, assentou a seguinte tese jurídica:

1. Havendo o Conselho Nacional de Educação expedido parecer público e direcionado ao Conselho Estadual de Educação do Paraná sobre a regularidade do Programa Especial de Capacitação de Docentes, executado pela Fundação Faculdade Vizinhança Vale do Iguaçu, a sua desconstituição ou revogação pelo próprio Conselho Nacional de Educação ou mesmo a sua não homologação pelo Ministério da Educação autorizam a tese de que a União é responsável, civil e administrativamente, e de forma exclusiva, pelo registro dos diplomas e pela consequente indenização aos alunos que detinham vínculo formal como professores perante instituição pública ou privada, diante dos danos causados.

2. Havendo o Conselho Nacional de Educação expedido parecer público sobre a regularidade do Programa Especial de Capacitação de Docentes executado pela Fundação Faculdade Vizinhança Vale do Iguaçu e direcionado ao Conselho Estadual de Educação do Paraná, o qual já havia possibilitado o ingresso anterior dos alunos sem vínculo formal como professor de instituição pública ou privada (Portaria n. 93/2002 do Conselho Estadual de Educação do Paraná), a sua desconstituição ou revogação pelo próprio Conselho Nacional de Educação, ou mesmo a sua não homologação pelo Ministério da Educação, ou, ainda, pelo Parecer n. 193/2007 do Conselho Estadual de Educação do Paraná autorizam a tese de que a União e o Estado do Paraná são responsáveis, civil e administrativamente, e de forma solidária, pelo registro dos diplomas e pela consequente indenização aos alunos que detinham vínculo apenas precário perante instituição pública ou privada, diante dos danos causados.

3. Inexistindo ato regulamentar, seja do Conselho Nacional de Educação, seja do Conselho Estadual de Educação do Paraná, sobre a regularidade do Programa Especial de Capacitação de Docentes executado pela Fundação Faculdade Vizinhança Vale do Iguaçu relativamente a alunos estagiários, descabe falar em condenação dos aludidos entes, devendo a parte que entender prejudicada postular a indenização em face, tão somente, da instituição de ensino. (REsp 1487139/PR, Rel. Ministro Og Fernandes, Primeira Seção, julgado em 08/11/2017, DJe 21/11/2017, grifei)

Nesse contexto, verifico que o acórdão aplicou entendimento divergente do sedimentado na Corte da Cidadania.

Isso porque, *in casu*, há ato regulamentar, conferindo legitimidade ao programa frequentado pela autora, a qual possuía vínculo formal como professora à época, atraindo, assim, responsabilidade civil e administrativa exclusiva da União, em relação ao registro de diplomas e a consequente indenização aos alunos no tocante aos danos materiais e morais.

Outrossim, afigura-se incabível a remessa do feito à Justiça Federal, mormente porque a União não figura no polo passivo da demanda.

Colhe-se da jurisprudência desta Corte de Justiça:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS CUMULADA COM OBRIGAÇÃO DE FAZER. AUTORA QUE CURSOU PROGRAMA ESPECIAL DE CAPACITAÇÃO PARA A DOCÊNCIA. DIPLOMAÇÃO NÃO EFETIVADA. SENTENÇA EXTINÇÃO EM RELAÇÃO A RÉ IESDE, POR ILEGITIMIDADE PASSIVA E DE PARCIAL PROCEDÊNCIA, QUANTO A RÉ VIZIVALI. RECURSO DESTA ÚLTIMA. AGRAVO RETIDO DA RÉ IESDE. AUSÊNCIA DE REQUERIMENTO PARA SUA ANÁLISE NAS CONTRARRAZÕES. NÃO CONHECIMENTO. MÉRITO. RESPONSABILIDADE EXCLUSIVA DE TERCEIRO. TESE ACOLHIDA. RÉ QUE AGIU DENTRO DOS LIMITES DA AUTORIZAÇÃO CONCEDIDA PELO CONSELHO ESTADUAL DE EDUCAÇÃO. ALTERAÇÃO DAS REGRAS DO PROGRAMA ESPECIAL DURANTE O SEU DECURSO, QUE FORAM PROMOVIDAS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. AUSÊNCIA DE ATO ILÍCITO PRATICADO PELA VIZIVALI. AUTORA QUE ATUAVA COMO VOLUNTÁRIA (AUXILIAR DE REGENTE) PERANTE INSTITUIÇÃO PÚBLICA DE ENSINO. VÍNCULO PRECÁRIO CONFIGURADO. RESPONSABILIDADE CIVIL QUE DEVERÁ RECAIR EXCLUSIVAMENTE SOBRE A UNIÃO E O ESTADO DO PARANÁ. ENTENDIMENTO PACIFICADO NO JULGAMENTO DO RESP N. 1.487.139/PR, PELO TRIBUNAL DA CIDADANIA, SOB A SISTEMÁTICA DOS RECURSOS REPETITIVOS. SENTENÇA REFORMADA NO PONTO. AGRAVO RETIDO NÃO CONHECIDO. RECURSO DE APELAÇÃO CONHECIDO E PROVIDO. (TJSC, Apelação Cível n. 0001355-74.2011.8.24.0015, de Canoinhas, rel. Des. Bettina Maria Maresch de Moura, Quarta Câmara de Direito Civil, j. 14-03-2019).

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER CUMULADA COM PERDAS E DANOS. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO EDUCACIONAL. PROGRAMA ESPECIAL DE CAPACITAÇÃO PARA A DOCÊNCIA DOS ANOS INICIAIS DO ENSINO FUNDAMENTAL E DA EDUCAÇÃO INFANTIL, POR OCASIÃO DA “DÉCADA DA EDUCAÇÃO”. LEI DE DIRETRIZES E BASES DA EDUCAÇÃO NACIONAL QUE PASSARAM A EXIGIR MAIOR FORMAÇÃO AOS PROFESSORES DA EDUCAÇÃO BÁSICA E INFANTIL. INVIABILIDADE DE DIPLOMAÇÃO DO CURSO OFERTADO EM PARCERIA PELAS RÉS E FREQUENTADO PELAS AUTORAS. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA NA ORIGEM. IRRESIGNAÇÃO DAS DEMANDANTES. RECURSO PROVIDO NESTE GRAU DE JURISDIÇÃO PARA CONDENAR A RÉ/APELADA “VIZIVALI” AO PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS ÀS AUTORAS. INTERPOSIÇÃO DE RECURSO ESPECIAL PELA FUNDAÇÃO “VIZIVALI”. REEXAME DA MATÉRIA COM FULCRO NO ART. 1.030, II, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. REVISÃO DO POSICIONAMENTO ADOTADO NO ACÓRDÃO, COM ADEQUAÇÃO À ATUAL JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA PARA FINS DE RECONHECER A AUSÊNCIA DE ATO ILÍCITO PRATICADO PELA INSTITUIÇÃO DE ENSINO REQUERIDA, A QUAL AGIU DENTRO DOS LIMITES DA AUTORIZAÇÃO CONCEDIDA PELO CONSELHO ESTADUAL DE EDUCAÇÃO. PRINCÍPIO DA CONFIANÇA VIOLADO DIRETAMENTE PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, QUE ALTEROU AS REGRAS DO PROGRAMA ESPECIAL NO DECURSO DO SEU EXERCÍCIO. INTERPRETAÇÃO SOLIDIFICADA PELA CORTE CIDADÃ

NOS RECURSOS ESPECIAIS NS. 1.487.139/PR E 1.517.748/PR, EM JULGAMENTO DE CARÁTER REPETITIVO (TEMA 928). AUTORAS ATUANTES, À ÉPOCA, NOS CARGOS DE PROFESSORA (REGENTE DE CLASSE) E VOLUNTÁRIAS (AUXILIARES DE REGENTE) PERANTE INSTITUIÇÃO PÚBLICA DE ENSINO, REVELANDO VÍNCULO FORMAL E PRECÁRIO, RESPECTIVAMENTE. INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO DE ESTÁGIO COM O ESTABELECIMENTO PARTICULAR DE ENSINO. RESPONSABILIDADE CIVIL QUE, ACASO VERIFICADA, DEVERÁ RECAIR EXCLUSIVAMENTE SOBRE A UNIÃO E/OU SOBRE ESTE ENTE FEDERATIVO EM SOLIDARIEDADE COM O ESTADO DO PARANÁ, DE ACORDO COM A TESE FIRMADA PELO STJ. ACÓRDÃO MODIFICADO EM JUÍZO DE RETRATAÇÃO. IMPROCEDÊNCIA DOS PEDIDOS INDENIZATÓRIOS QUE SE IMPÕE. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA OBJURGADA. APELAÇÃO CONHECIDA E DESPROVIDA. (TJSC, Apelação Cível n. 0000103-13.2009.8.24.0013, de Campo Erê, rel. Des. Luiz Felipe Schuch, 1ª Câmara de Enfrentamento de Acervos, j. 26-09-2018).

Logo, o recurso de apelação interposto pela parte autora não comporta provimento, de forma que a manutenção da sentença é medida que se impõe, diante do afastamento da responsabilidade civil em relação à requerida VIZIVALI.

Ante o exposto, voto no sentido de conhecer e julgar improcedente o presente recurso de apelação, no exercício do juízo positivo de retratação, de acordo com o artigo 1.040, II, do CPC/15.

Por fim, considerando a existência de Recurso Especial, determino devolução do feito à 2ª Vice-Presidência.

Este é o voto.

Agravo de Instrumento n. 4013998-60.8.24.0000, de Balneário Camboriú

Relator: Desembargador Júlio César Knoll

AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. LIMINAR QUE CONCEDEU VAGA EM CRECHE AO INFANTE. SATISFAÇÃO DOS REQUISITOS ELENCADOS NO ART. 300, DO CPC/15. DIREITO À EDUCAÇÃO. PRAZO DE CUMPRIMENTO DA MEDIDA. FIXAÇÃO EM 10 (DEZ) DIAS. PERÍODO ESCASSO. MAJORAÇÃO PARA 30 (TRINTA) DIAS. SUBSTITUIÇÃO DA MULTA DIÁRIA PELO SEQUESTRO DE VALORES. PRECEDENTES DESTA CORTE. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE ACOLHIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 4013998-60.8.24.0000, da comarca de Balneário Camboriú Vara da Família, Infância e Juventude em que é Agravante Município de Balneário Camboriú e Agravado S. da S. B.

A Terceira Câmara de Direito Público decidiu, por meio eletrônico, por votação unânime, conhecer e parcialmente acolher o recurso de agravo, a fim de majorar o prazo para cumprimento da determinação judicial de 10 (dez) para 30 (trinta) dias, bem como excluir a multa cominatória, restando-a substituída pela medida de sequestro de valores. Custas na forma da lei.

O julgamento, realizado no dia 30 de julho de 2019, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Jaime Ramos, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. Ricardo Roesler.

Funcionou como representante do Ministério Público o Dr. Rogê Macedo Neves.

Florianópolis, 30 de julho de 2019.

Desembargador Júlio César Knoll

Relator

RELATÓRIO

Em homenagem ao princípio da economia processual, colaciona-se excerto da decisão de fls. 17/20:

O Município de Balneário Camboriú interpôs agravo de instrumento em face da decisão interlocutória que, nos autos do “Mandado de Segurança” n. 0304982-62.2019.8.24.0005, impetrado por S. da S. B., representada pelo seu genitor, A. I. B., deferiu, parcialmente, o pedido de liminar, determinando-se ao agravante a concessão de vaga em creche próxima à residência, por meio período, no prazo de 10 (dez) dias, sob pena de multa diária no valor de R\$ 150,00 (cento e cinquenta reais).

Em suas razões recursais, sustentou, em síntese, que a declaração firmada pela mãe da menor, informando

que o genitor habita no endereço indicado na inicial, não tem o condão de comprovar a residência no Município de Balneário Camboriú.

Afirmou, ainda, que o referido documento encontra-se isolado nos autos, pois não há qualquer outra prova de que a mesma mora naquele local, senão, apenas, o contrato de locação em que figura como locadora, “e como locatária terceira pessoa estranha aos autos” (fl. 04).

Disse que, a insegurança quanto à informação de que a menor efetivamente reside no Município agravante, é reforçada pelo contrato de trabalho juntado no processo, emitido em 01/03/2019 - posteriormente à data do contrato de locação - , por empresa sediada em Itapema, e no qual o genitor declara-se como residente em endereço localizado na cidade de Camboriú.

Neste norte, defendeu que “a obrigação municipal para fins de provimento da educação fundamental e infantil, serviços públicos essenciais de interesse local, cinge-se à população residente em sua base territorial” (fl. 05).

Diante do exposto, requereu a concessão de efeito suspensivo ou, subsidiariamente, que fosse concedido de forma parcial, para fins de afastar a multa diária e ampliar o prazo para cumprimento da medida de 10 (dez) para 30 (trinta) dias.

Sem manifestação da parte contrária ao inconformismo (fls. 25).

Lavrou parecer pela Doutra Procuradoria-Geral de Justiça o Dr. Lenir Roslindo Piffer, que opinou pelo conhecimento e parcial provimento do agravo, a fim de afastar a imposição da multa diária, substituindo-a pela medida de sequestro de valores, no caso de desobediência da obrigação, bem como o aumento do prazo para cumprimento da decisão para 30 (trinta) dias.

Após, vieram os autos conclusos.

Este é o relatório.

VOTO

O Município de Balneário Camboriú agravou da decisão interlocutória que, em linhas gerais, parcialmente concedeu o pedido de tutela de urgência, com a determinação de concessão de vaga em creche em favor de S. da S. B, representado(a) por A.I.B., em mandando de segurança impetrado na respectiva municipalidade.

No que tange à matéria, sabe-se que a Constituição Federal prevê, em seu artigo 205, que “a educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.”

O artigo 208 da Carta Magna, acerca do dever do Estado em sentido amplo, complementa:

Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:

I - educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 59, de 2009)(Vide Emenda Constitucional nº 59, de 2009)

[...]

IV - educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 53, de 2006)(grifou-se).

§ 1º O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo.

A Lei n. 9.394/96, que estabeleceu as Diretrizes e Bases da Educação Nacional, reforça o exposto na Constituição Federal, *in verbis*:

Art. 4º O dever do Estado com educação escolar pública será efetivado mediante a garantia de:

I - educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade, organizada da seguinte forma: (Redação dada pela Lei nº 12.796, de 2013)

a) pré-escola; (Incluído pela Lei nº 12.796, de 2013)

b) ensino fundamental; (Incluído pela Lei nº 12.796, de 2013)

c) ensino médio; (Incluído pela Lei nº 12.796, de 2013)

II - educação infantil gratuita às crianças de até 5 (cinco) anos de idade; (Redação dada pela Lei nº 12.796, de 2013)

[...]

X - vaga na escola pública de educação infantil ou de ensino fundamental mais próxima de sua residência a toda criança a partir do dia em que completar 4 (quatro) anos de idade. (Incluído pela Lei nº 11.700, de 2008).

Art. 5º **O acesso à educação básica obrigatória é direito público subjetivo, podendo qualquer cidadão, grupo de cidadãos, associação comunitária, organização sindical, entidade de classe ou outra legalmente constituída e, ainda, o Ministério Público, acionar o poder público para exigi-lo** (Redação dada pela Lei nº 12.796, de 2013).

[...]

§ 2º Em todas as esferas administrativas, **o Poder Público assegurará em primeiro lugar o acesso ao ensino obrigatório, nos termos deste artigo**, contemplando em seguida os demais níveis e modalidades de ensino, conforme as prioridades constitucionais e legais.

Art. 11. Os Municípios incumbir-se-ão de:

[...]

V - oferecer a educação infantil em creches e pré-escolas, e, com prioridade, o ensino fundamental, permitida a atuação em outros níveis de ensino somente quando estiverem atendidas plenamente as necessidades de sua área de competência e com recursos acima dos percentuais mínimos vinculados pela Constituição Federal à manutenção e desenvolvimento do ensino.

Art. 29. A educação infantil, primeira etapa da educação básica, tem como finalidade o desenvolvimento integral da criança de até 5 (cinco) anos, em seus aspectos físico, psicológico, intelectual e social, complementando a ação da família e da comunidade. (Redação dada pela Lei nº 12.796, de 2013).

Art. 30. A educação infantil será oferecida em:

I - creches, ou entidades equivalentes, para crianças de até três anos de idade;

II - pré-escolas, para as crianças de 4 (quatro) a 5 (cinco) anos de idade. (Redação dada pela Lei nº 12.796, de 2013)(destacou-se).

Desta forma, “a concepção sobre creche passou do prisma de assistência social ou de puro apoio a mulheres inseridas no mercado de trabalho, para ser erigida a uma etapa do processo educativo, e que deve, por isso, ser articulada com os outros níveis de ensino formal” (TJSC, Apelação / Reexame Necessário n. 0301326-38.2016.8.24.0091, da Capital, rel. Des. Carlos Adilson Silva, j. 21-02-2017).

No caso, o agravante primeiramente discorreu sobre a ausência de comprovação de endereço no território municipal, o que descaracterizaria o requisito objetivo imprescindível à concessão da vaga em creche pela parte autora.

Sem maiores percalços, ratifica-se a linha adotada, quando da decisão do efeito suspensivo, ao verificar que o núcleo familiar do agravado reside em Balneário Camboriú. Vejamos:

Na hipótese, vê-se que a agravada é representada por Núcleo Universitário de Prática Jurídica e, embora não haja qualquer informação referente à renda percebida pela mãe da menor, o genitor, ao que tudo indica, encontra-se desempregado.

Isto porque, o “Contrato de Trabalho a Título de Experiência” de fl. 20 encerrou em 14/04/2019 e, sendo assim, torna-se irrelevante o endereço indicado naquela oportunidade.

Ademais, **verifica-se às fls. 21-24, que o “Instrumento Particular de Locação Residencial” possui prazo determinado de 6 (seis) meses (18/02/2019 a 18/08/2019), encontrando-se ainda em vigência na data de impetração do mandamus (05/05/2019) e, bem assim, até o presente momento.**

Neste sentido, sabe-se que “a declaração destinada a fazer prova de vida, residência, pobreza, dependência econômica, homonímia ou bons antecedentes, quando firmada pelo próprio interessado ou por procurador bastante, e sob as penas da Lei, presume-se verdadeira” (ex vi art. 1º da Lei n. 7115/1983).

Portanto, ao menos em uma análise de cognição sumária, o núcleo familiar da infante reside no endereço indicado na documentação apresentada, bem como não possui condições de arcar com os custos de uma instituição de ensino particular à menor, cabendo ao Poder Público prover os meios necessários ao seu acesso à educação em rede pública municipal. (fls. 17/20).

Subsidiariamente, a municipalidade clamou pelo esta extensão do prazo conferido ao cumprimento da medida, uma vez que o lapso de 10 (dez) dias se revela de impossível efetivação pela Administração Pública.

Realmente, o período concedido pelo juízo de primeiro grau para conceder ao infante vaga em creche próxima de sua residência, em meio período, é exíguo, de maneira que cabe a sua majoração para 30 (trinta) dias.

É este o caminho que esta Corte vem seguindo:

REEXAME NECESSÁRIO. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER QUE OBJETIVA VAGA DE INFANTE EM CRECHE. MENOR IMPÚBERE REPRESENTADA POR SUA GENITORA, ASSISTIDA POR NÚCLEO DA PRÁTICA JURÍDICA DE UNIVERSIDADE. SENTENÇA QUE JULGOU PROCEDENTE O PEDIDO PARA QUE O MUNICÍPIO DISPONIBILIZASSE, EM 10 (DEZ) DIAS, A MATRÍCULA DA AUTORA EM CRECHE PRÓXIMA A RESIDÊNCIA E FIXOU OS HONORÁRIOS EM R\$ 1.000,00 (MIL REAIS). REEXAME NECESSÁRIO. (A) DIREITO À EDUCAÇÃO GARANTIDO PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E NORMAS INFRACONSTITUCIONAIS. DEVER DO ESTADO A SER CUMPRIDO PRIORITARIAMENTE PELOS MUNICÍPIOS. SENTENÇA CORRETA NO PONTO. (B) OFERECIMENTO DE VAGA EM INSTITUIÇÃO DE ENSINO PRÓXIMA À RESIDÊNCIA DA FAMÍLIA. APLICAÇÃO DO INC. X DO ART. 4º DA LEI N. 9.394/96 E DO INC. V DO ART. 53 DO ECA. (C) **PRAZO PARA O CUMPRIMENTO DA MEDIDA. MAJORAÇÃO DE 10 (DEZ) PARA 30 (TRINTA) DIAS. PRECEDENTES DESTA CORTE.** (D) TEMPO DE PERMANÊNCIA DA CRIANÇA NO ESTABELECIMENTO DE ENSINO MANTIDO. SENTENÇA QUE NÃO DETERMINOU O TEMPO DE PERMANÊNCIA DA CRIANÇA NA CRECHE. AUSÊNCIA DE RECURSO VOLUNTÁRIO E IMPOSSIBILIDADE DE REFORMA EM DESFAVOR DA FAZENDA PÚBLICA. NECESSIDADE DE FIXAÇÃO DO COMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO EM TEMPO PARCIAL. (E) HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. NECESSIDADE DE ADEQUAÇÃO. SENTENÇA QUE FIXOU A VERBA HONORÁRIA EM QUANTIA DE R\$ 1.000,00 (MIL REAIS), MONTANTE ESTE QUE EXCEDE O PATAMAR COMUMENTE ARBITRADO POR ESTA CORTE EM CASOS ANÁLOGOS. REDUÇÃO PARA O VALOR DE R\$ 500,00 (QUINHENTOS REAIS) QUE SE IMPÕE. REMESSA NECESSÁRIA ACOLHIDA E PARCIALMENTE PROVIDA PARA MODIFICAR PARCIALMENTE A SENTENÇA, A FIM DE AUMENTAR DE 10 (DEZ) PARA 30 (TRINTA) DIAS O PRAZO ESTABELECIDO PARA O CUMPRIMENTO DA DETERMINAÇÃO JUDICIAL, FIXAR O CUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO EM PERÍODO PARCIAL E MINORAR O VALOR DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS PARA R\$ 500,00 (QUINHENTOS REAIS). (TJSC, Apelação / Remessa Necessária n. 0308878-84.2017.8.24.0005, de Balneário Camboriú, rel. Des. Denise de Souza Luiz Francoski, Quinta Câmara de Direito Público, j. em 4-07-2019, grifou-se).

MANDADO DE SEGURANÇA. VAGA EM CRECHE. EDUCAÇÃO INFANTIL GARANTIDA PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. DEVER IMPOSTO AO PODER PÚBLICO MUNICIPAL. INVOCAÇÃO DA CLÁUSULA DA RESERVA DO POSSÍVEL. INVIABILIDADE. AUSÊNCIA DE DISCRICIONARIEDADE DO ENTE PÚBLICO QUANTO AO FORNECIMENTO DA VAGA. PRECEDENTES. EXTENSÃO DO ATENDIMENTO. CARÁTER COMPLEMENTAR DA EDUCAÇÃO INFANTIL NO TOCANTE À AÇÃO DA FAMÍLIA E DA COMUNIDADE. INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL QUANTO À OBRIGATORIEDADE DE MATRÍCULA EM TURNO INTEGRAL. MEIO PERÍODO QUE, EM REGRA, REVELA-SE ADEQUADO E SUFICIENTE A ATENDER O ALUDIDO DIREITO, INCLUSIVE DO PONTO DE VISTA PEDAGÓGICO. CASO CONCRETO. COMPROVAÇÃO DE TRABALHO DOS GENITORES DURANTE TODO O DIA. SITUAÇÃO EXCEPCIONAL APTA A JUSTIFICAR O ATENDIMENTO EM JORNADA INTEGRAL. FIXAÇÃO DO **PRAZO DE 360 DIAS PARA CUMPRIMENTO DA ORDEM. EXCESSIVIDADE. REDUÇÃO PARA 30 DIAS.** DETERMINAÇÃO DE MATRÍCULA DAS DEMAIS CRIANÇAS INSCRITAS ANTERIORMENTE

NA FILA ÚNICA DO CADASTRO. PEDIDO NÃO EFETUADO. JULGAMENTO ULTRA PETITA NO PONTO. APELO DO MUNICÍPIO PARCIALMENTE PROVIDO, ACOLHIDO O RECURSO DA IMPETRANTE E REJEITADA A REMESSA NECESSÁRIA. (TJSC, Apelação / Reexame Necessário n. 0007904-19.2014.8.24.0008, de Blumenau, rel. Des. Ronei Danielli, Terceira Câmara de Direito Público, j. em 28-3-2017, grifou-se).

O agravante também refutou a imposição de multa diária de R\$ 150,00 (cento e cinquenta reais), em caso de descumprimento da obrigação, oportunidade em que pediu a substituição da medida pelo sequestro de valores.

De fato, a imposição de bloqueio ou sequestro de quantias públicas, para a hipótese de desobediência da medida determinada pelo juízo de origem, se mostra mais apta a garantir a efetivação da tutela provisória, consubstanciada na determinação de vaga em creche ao menor de idade.

Extrai-se da jurisprudência:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. INSURGÊNCIA DO ESTADO DE SANTA CATARINA CONTRA DECISÃO INTERLOCUTÓRIA QUE DEFERIU A ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS NÃO PADRONIZADOS PELO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE - SUS. PENA DE MULTA EM CASO DE DESCUMPRIMENTO DA MEDIDA. PRETENSA DETERMINAÇÃO DE SEQUESTRO DE VALORES EM CASO DE INOBSERVÂNCIA DO PROVIMENTO JURISDICIONAL. PLEITO ACOLHIDO. ENUNCIADO IX DO GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PÚBLICO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA. SEQUESTRO DE VALORES QUE SE MOSTRA CONDIZENTE AO CASO DOS AUTOS. MEDIDA MENOS ONEROSA AO ERÁRIO. DECISÃO MODIFICADA NO PONTO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. (TJSC, Agravo de Instrumento n. 4026711-38.2017.8.24.0000, de São Joaquim, rel. Des. Artur Jenichen Filho, Quinta Câmara de Direito Público, j. em 7-2-2019).

No mesmo sentido: TJSC, Apelação Cível n. 0003736-89.2012.8.24.0057, rel. Des. Vera Lúcia Ferreira Copetti, Quarta Câmara de Direito Público; Apelação Cível n. 0900004-61.2016.8.24.0081, rel. Des. Paulo Henrique Moritz Martins da Silva, Primeira Câmara de Direito Público.

Pelo exposto, vota-se no sentido de conhecer e parcialmente acolher o recurso de agravo, a fim de majorar o prazo para o cumprimento da determinação judicial de 10 (dez) para 30 (trinta) dias, bem como excluir a multa cominatória, restando-a substituída pela medida de sequestro de valores.

Este é o voto.

QUARTA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

Agravo de Instrumento n. 4010086-55.2019.8.24.0000, de Guaramirim

Relatora: Desa. Vera Copetti

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA AJUIZADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO CONTRA CASAL QUE ACOLHE, EM SUA RESIDÊNCIA E EM CONDIÇÕES PRECÁRIAS, NÚMERO DE ANIMAIS DOMÉSTICOS QUE SUPERA UMA CENTENA. *ACTIO* DIRECIONADA TAMBÉM CONTRA O ENTE MUNICIPAL NO QUAL RESIDE O CASAL, PRETENDENDO A RESPONSABILIZAÇÃO DO MUNICÍPIO NA REMOÇÃO DOS ANIMAIS E ABRIGAMENTO EM LOCAL APROPRIADO.

CELEBRAÇÃO DE ACORDO PARCIAL, NA ORIGEM, ASSUMINDO AS PARTES OBRIGAÇÕES DIVERSAS, DENTRE AS QUAIS, A PERMISSÃO, PELO CASAL DEMANDADO, DE ACESSO DA AUTORIDADE MUNICIPAL PARA A RETIRADA DOS ANIMAIS, BEM COMO A PROIBIÇÃO DE RECEBER OUTROS EM SUA RESIDÊNCIA.

SUPERVENIENTE DEFERIMENTO DE TUTELA DE URGÊNCIA DETERMINANDO AO MUNICÍPIO RÉU O CUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO DE REMOÇÃO DOS ANIMAIS ACOLHIDOS, COM SUA ACOMODAÇÃO EM LOCAL APROPRIADO, NO PRAZO DE 45 DIAS, SOB PENA DE MULTA MENSAL NO VALOR DE R\$ 500,00 POR ANIMAL NÃO REMOVIDO OU REMOVIDO PARA LOCAL INAPROPRIADO.

RECURSO DO ENTE MUNICIPAL QUE POSTULA A MAJORAÇÃO DO PRAZO ESTABELECIDO PELA DECISÃO AGRAVADA, MAIS EXÍGUO QUE AQUELE POSTULADO PELO AUTOR DA AÇÃO (90 DIAS).

ACOLHIMENTO DA PRETENSÃO.

CENÁRIO REFRATADO NOS AUTOS QUE TORNA IMPERIOSA A DILATAÇÃO DO PRAZO FIXADO NA ORIGEM, ADOTANDO-SE O PRAZO ACENADO PELAS PARTES COMO RAZOÁVEL - 90 DIAS, ASSIM COMO RECLAMA A MAJORAÇÃO, DE OFÍCIO, DA MULTA MENSAL, PARA O VALOR DE R\$ 1.000,00 POR ANIMAL NÃO REMOVIDO OU REMOVIDO PARA LOCAL INAPROPRIADO.

RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 4010086-55.2019.8.24.0000, da comarca de Guaramirim 2ª Vara em que é/são Agravante (s) Municípios de Schoroeder e Agravado (s) Ministério Público do Estado de Santa Catarina.

A Quarta Câmara de Direito Público decidiu, por votação unânime, conhecer e dar parcial provimento ao recurso, para ampliar o prazo de cumprimento da obrigação de fazer, de 45 (quarenta e cinco) para 90 (noventa dias) e, *ex officio*, majorar a multa mensal, de R\$ 500,00 (quinhentos reais), para R\$ 1.000,00 (mil reais), por animal não removido ou removido para local inapropriado. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pela Exma. Desa. Sônia Maria Schmitz (com voto) e dele participaram a Exma. Desa. Vera Copetti e o Exmo. Des. Rodolfo Tridapalli.

Funcionou como representante do Ministério Público o Exmo. Sr. Dr. Américo Bigaton.

Florianópolis, 18 de julho de 2019.

Desa. Vera Copetti

Relatora

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo Município de Schroeder contra decisão interlocutória proferida pelo Juízo da 2ª Vara da Comarca de Guaramirim que, nos autos da ação civil pública n. 0900011-19.2019.8.24.0026 promovida pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina contra si, Rute Valdi Martim Feliciano e Ítalo Leopoldo Fiedler, determinou ao ora agravante a execução de obrigação de fazer “*consistente na remoção dos animais acolhidos na residência do casal, no prazo de 45 (quarenta e cinco) dias, contados da intimação da presente decisão, acomodando-os em abrigo apropriado, público ou conveniado, preferencialmente sem fins lucrativos, sob pena de multa mensal, no valor de R\$ 500,00 (quinhentos reais), por animal não removido ou removido para local Inapropriado*”.

Sustentou que a ação foi proposta com fundamento em inquérito civil, sendo apurado que o casal demandado mantinha em sua residência um abrigo clandestino de animais e que, em razão da quantidade excessiva de cães e gatos, a Promotoria de Justiça recebeu inúmeras reclamações de vizinhos consternados pela falta de higiene do local, causadora de forte odor, além do ruído excessivo. Relatou que foi realizada audiência conciliatória, oportunidade em que celebrado acordo parcial do mérito, assumindo as partes obrigações diversas, dentre as quais, a permissão, pelos réus Rute e Ítalo, de acesso da autoridade municipal para a retirada dos animais e a proibição de receber outros na residência, cabendo ao Município identificar os animais resgatados por microchipagem, advertir os servidores a não orientarem a população no sentido de entregar os animais ao casal demandado, além de promover campanhas educacionais e a iniciativa legislativa para adequação do ordenamento municipal ao controle de zoonoses.

Alegou que, ao apreciar o pedido de tutela de urgência, quanto às questões não transacionadas, o juízo *a quo* ordenou a remoção dos animais acolhidos irregularmente em prazo mais exíguo (45 dias) do que aquele pleiteado na inicial (90 dias), o que lhe causou surpresa, uma vez que, na audiência, formulou pedido de prorrogação para 180 (cento e oitenta) dias, o que foi recusado pelo Ministério Público, que se manifestou pelo atendimento do prazo indicado no pedido inicial.

Requeru a concessão da tutela antecipada recursal e, ao final, o provimento do recurso, para que seja majorado o prazo de cumprimento da ordem de recolhimento para: (a) 180 (cento e oitenta) dias ou, subsidiariamente, (b) 90 (noventa) dias, conforme postulado pelo Ministério Público Estadual (pp. 01-11). Encartou documentos (pp. 13-477).

Pela decisão unipessoal de pp. 482-487, deferi em parte a antecipação da tutela recursal, para

estabelecer o prazo de 90 (noventa) dias para cumprimento da obrigação de fazer imposta e, de ofício, majorei a multa mensal, por animal não removido ou removido para local inapropriado, para R\$ 1.000,00 (mil reais).

Com as contrarrazões (pp. 496-498) e parecer da Douta Procuradoria-Geral de Justiça, de lavra do Exmo. Sr. Dr. Carlos Alberto de Carvalho Rosa, pelo conhecimento e parcial provimento do recurso (pp. 503-507), vieram-me os autos conclusos.

Este é o relatório.

VOTO

O recurso é próprio e foi interposto tempestivamente, de modo que é conhecido.

Sabe-se que, no âmbito do agravo de instrumento, por se tratar de apreciação de acordo com os elementos até então presentes nos autos, a análise é feita mediante cognição sumária, de modo a verificar eventual (des)acerto da decisão combatida. O julgamento do recurso não importa na resolução definitiva da questão de fundo discutida na origem, a qual será objeto de análise, pela sentença, após o devido trâmite e instrução probatória do feito.

Por isso a análise perfunctória no presente momento, sob pena de se adiantar a tutela jurisdicional e suprimir, indevidamente, grau de jurisdição.

No que toca ao mérito do inconformismo, está voltado unicamente contra o prazo determinado pelo juízo *a quo* para o cumprimento da ordem de remoção de animais abrigados ilicitamente em residência familiar, sob o fundamento de limitações administrativas e financeiras, além da inobservância do prazo inicialmente postulado pelo autor da demanda.

Assim como expressado na decisão unipessoal que concedeu parcialmente a antecipação de tutela recursal (pp. 482-487), que bem se ocupa de resolver a controvérsia, inclusive porque o agravado, em contrarrazões (pp. 496-497), concordou com a pretensão lançada pelo agravante, assim como com a solução dada pela decisão monocrática, afirmando que o ente municipal agravante está cooperando para resolver o problema; conquanto incontroversa a responsabilidade que foi imposta ao ente municipal, oportuno mencionar que esta é a orientação da jurisprudência desta Corte:

Apelações cíveis em ação civil pública. Ambiental, constitucional e administrativo. Recolhimento de animais abandonados pelo Município. Controle judicial de políticas públicas. Violação ao princípio da Separação de Poderes. Inocorrência. Omissão administrativa comprovada. **Ente político que deve implantar os serviços de controle da população animal desamparada. Questão que transcende a mera proteção dos animais, para atingir direito ao meio ambiente equilibrado e à saúde e segurança públicas, cujo titular é a pessoa humana. Decreto de procedência em primeira instância, sem fixação de pena pecuniária. Recalcitrância usual do Poder Público Municipal. Disponibilização de local para abrigo e tratamento de animais e controle de zoonoses. Possibilidade. Recurso do Município parcialmente provido. Provimento, entretanto, do recurso ministerial, para estabelecer-se a pena pecuniária. Irretocável, a**

posição do Supremo Tribunal Federal e desta Corte, no sentido de que “O Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode determinar que a Administração Pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais, sem que isso configure violação do princípio da separação de poderes (STF, Min. Dias Tofolli). Em algumas situações é impossível estabelecer, num plano abstrato, qual a ordem de prioridades que a atividade administrativa deve tomar. Nestes casos, a identificação pela preferência de atuação estatal apenas poderia ser identificada na análise do caso. Todavia, ainda que abstratamente, não se pode deixar de reconhecer que alguns direitos, tais como a educação, a saúde e o meio ambiente equilibrado fazem parte de um núcleo de obrigações que o estado deve considerar como prioritárias. (STJ, rel. Min. Humberto Martins) (TJSC, rel. Des. Paulo Henrique Moritz Martins da Silva). (TJSC, Apelação n. 0001372-07.2013.8.24.0059, de São Carlos, rel. Des. Pedro Manoel Abreu, Terceira Câmara de Direito Público, j. 05-07-2016).

Com efeito, de acordo com o que informa o mandado de constatação anexado às pp. 304-305 (autos de origem), na diligência realizada em 21-02-2019, o Oficial de Justiça encontrou 139 (cento e trinta e nove) animais, sendo 88 (oitenta e oito) cães e 51 (cinquenta e um) gatos na residência familiar dos réus Ítalo e Rute, o que indica, de fato, inequívoca dificuldade de remoção e realocação para ambiente adequado, uma vez que não há alojamento público municipal – cuja construção, aliás, também é perseguida no feito originário, justificando, assim, a dilação do prazo.

Por outro lado, ainda que não admita expressamente, pois, nas razões recursais, o agravante se limita a relatar os fatos mencionados na petição inicial, a documentação anexada pelo Ministério Público Estadual indica que o Município de Schroeder tem plena ciência da situação lá retratada desde 2017, conforme Ofício n. 069, de 14-08-2017 (pp. 43-44 – autos originários), época em que instaurado procedimento afeto à Vara da Infância e Juventude daquela Comarca (autos n. 0900067-23.2017.8.24.0026), objetivando a aplicação de medidas protetivas em prol das filhas menores do casal, uma vez constatado que o número excessivo de animais domésticos estava provocando graves distúrbios à saúde emocional das adolescentes.

Dentre as medidas aplicadas naquele feito, no que importa à matéria aqui versada, tem-se que houve a determinação judicial à Secretaria Municipal do Meio Ambiente para que prestasse auxílio ao casal, que àquele tempo abrigava 68 (sessenta e oito) animais, no sentido de lhes dar destinação adequada, sob pena de atrair para si tal responsabilidade (p. 43 – autos de origem).

Tanto o Ofício n.069/2017 (pp.43-44), quanto os Ofícios de n.002/2018 (pp.36-38) e n.007/2018 (p. 50), indicam a postura contemplativa do ente público, que se limitava a realizar vistorias, auxiliar na realização de feiras de adoção mediante prévia castração e vacinação dos animais, endossando, a meu sentir, a boa vontade quase patológica do casal no resgate e abrigamento dos cães e gatos abandonados naquela cidade, protelando solução definitiva para o problema. A propósito, consta no Ofício n. 002/2018, de 06-02-2018, subscrito pela Diretora de Gestão Ambiental (p. 37):

(iii) As medidas que eventualmente serão adotadas pela Municipalidade referente a controle de zoonoses, especialmente no presente caso:

O Município não possui centro de acolhimento de animais. No caso em questão o município poderá ajudar na divulgação dos animais aptos a adoção, com anúncios em redes sociais e também no site do município. Se caso for necessário, poderá realizar nova campanha de adoção.

Feitas tais ponderações, observa-se, contudo, que, diante do cenário retratado acima, o pleito de ampliação do prazo para cumprimento da obrigação de fazer comporta acolhimento.

Ainda que caiba ao magistrado a adoção das “*medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial*” (art. 139, inciso IV, do CPC), aí incluída a definição acerca do prazo para o atendimento do provimento jurisdicional, plausível a alegação de surpresa do demandado quando fixado menor lapso do que aquele postulado na petição inicial, sobretudo porque houve debate específico a respeito da questão na audiência conciliatória (art. 334 do CPC), porém não houve consenso, daí porque acolho, em parte, o pedido antecipatório.

Em consequência, prospera, em parte, o recurso, para ampliar o prazo para a remoção dos animais e o encaminhamento para locais apropriados, sejam estabelecimentos públicos ou privados, passando de 45 (quarenta e cinco) para 90 (noventa) dias, sopesadas as circunstâncias acima declinadas, especialmente o tempo de omissão estatal e o prejuízo não só para a coletividade e os animais (art. 225, *caput*, §1º, inciso VII, da CF/88, mas também para a própria unidade familiar envolvida (arts. 226 e 227 da CF/88).

De outro canto, com fundamento no estatuído no art. 537, §1º do Código de Processo Civil, entende-se que a situação retratada nos autos torna plenamente cabível – e até mesmo recomendável – a majoração *ex officio* da multa coercitiva, incutindo no destinatário da ordem influência suficiente “*para que seja convencido de que a melhor alternativa é o cumprimento da obrigação*” (NEVES, Daniel Assumpção. *Manual de direito processual civil: volume único*. 8ªed., Ed. JusPodivm, 2016, p. 1.106).

Quanto à possibilidade de majoração, de ofício, do valor das *astreintes*, colhe-se da jurisprudência pacífica do Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO (ART. 544 DO CPC/73) - AUTOS DE AGRAVO DE INSTRUMENTO NA ORIGEM - ASTREINTES FIXADAS POR DESCUMPRIMENTO DE DETERMINAÇÃO JUDICIAL - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - REVISÃO - DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGOU PROVIMENTO AO RECURSO.

INSURGÊNCIA DA AGRAVANTE.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que o artigo 461 do Código de Processo Civil de 1973 (correspondente ao art. 537 do NCPC) permite ao magistrado, de ofício ou a requerimento da parte, afastar ou alterar o valor da multa quando este se tornar insuficiente ou excessivo, mesmo depois de transitada em julgado a sentença, não havendo espaço para falar em preclusão ou em ofensa à coisa julgada. Precedentes. (...) (AgInt no AREsp 919.356/SP, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 20/02/2018, DJe 27/02/2018)

Em vista disso, majora-se o valor da multa mensal, de R\$ 500,00 (quinhentos), para R\$ 1.000 (mil reais), por animal não removido ou removido para local inapropriado.

Pelas razões expostas, voto no sentido de conhecer e dar parcial provimento ao recurso, para ampliar o prazo de cumprimento da obrigação de fazer, de 45 (quarenta e cinco) para 90 (noventa dias) e, *ex officio*, majorar a multa mensal, de R\$ 500,00 (quinhentos reais), para R\$ 1.000,00 (mil reais) por animal não removido ou removido para local inapropriado.

Este é o voto.

Agravo de Instrumento n. 4032671-38.2018.8.24.0000, de Lages

Relator: Desembargador Odson Cardoso Filho

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. RECEBIMENTO DA INICIAL. RECLAMO DO RÉU.

NULIDADE DA DECISÃO AGRAVADA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. INOCORRÊNCIA.

“A existência de indícios da prática de atos de improbidade administrativa é suficiente para o recebimento da inicial, até porque, nesta fase da lide, não está o juízo obrigado a analisar pontualmente e esgotar toda a matéria de defesa aventada, não havendo que se falar em ausência de fundamentação, pois, não raras vezes a matéria levantada pela defesa efetivamente se confunde com o mérito.” (TJSC, Agravo de Instrumento n. 4032292-97.2018.8.24.0000, de Modelo, rel. Des. Pedro Manoel Abreu, Primeira Câmara de Direito Público, j. 4-6-2019)

PEÇA VESTIBULAR. RECEPÇÃO ACERTADA. INDÍCIOS SUFICIENTES DA EXISTÊNCIA DE CONDUTA ÍMPROBA. PROCESSO LICITATÓRIO NO QUAL SE SAGROU VENCEDORA PESSOA JURÍDICA CUJO QUADRO SOCIETÁRIO É INTEGRADO POR PARENTES CONSANGUÍNEOS E AFINS, ATÉ O TERCEIRO GRAU, DO PREFEITO. CONTRATAÇÃO VEDADA PELA LEI ORGÂNICA MUNICIPAL. ASSINATURA DE ATA DE REGISTRO DE PREÇOS PELO DIRETOR DE COMPRAS NA QUALIDADE DE REPRESENTANTE DO ENTE PÚBLICO. NECESSIDADE DE INCURSÃO NA ETAPA INSTRUTÓRIA. APLICAÇÃO DA REGRA *IN DUBIO PRO SOCIETATE*.

“[...] nos termos do art. 17, § 8º, da Lei n. 8.429/1992, a ação de improbidade administrativa só deve ser rejeitada de plano se o órgão julgador se convencer da inexistência do ato de improbidade, da improcedência da ação ou da inadequação da via eleita, de tal sorte que a presença de indícios da prática de atos ímprobos é suficiente ao recebimento e processamento da ação, uma vez que, nessa fase, impera o princípio do *in dubio pro societate*. Precedentes: AgRg no REsp 1.382.920/RS, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 5/12/2013, DJe 16/12/2013; AgRg no AREsp 318.511/DF, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 5/9/2013, DJe 17/9/2013.” (STJ, Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n. 491.041/BA, rel. Min. Humberto Martins, j. 17-11-2015)

RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 4032671-38.2018.8.24.0000, da comarca de Lages Vara da Fazenda Ac. Trabalho e Reg. Públicos em que é Agravante Marciel Matuszewski e Agravado Ministério Público do Estado de Santa Catarina.

A Quarta Câmara de Direito Público decidiu, por votação unânime, conhecer do recurso e negar-lhe provimento. Custas legais.

O julgamento, realizado no dia 11 de julho de 2019, foi presidido pela Excelentíssima Senhora Desembargadora Sônia Maria Schmitz, com voto, e dele participou a Excelentíssima Senhora Desembargadora Vera Lúcia Ferreira Copetti. Funcionou, pela Procuradoria-Geral de

Justiça, o Excelentíssimo Senhor Doutor Narcísio Geraldino Rodrigues, tendo lavrado parecer o Excelentíssimo Senhor Doutor Alexandre Herculano Abreu.

Florianópolis, data da assinatura digital.

Desembargador Odson Cardoso Filho
Relator

RELATÓRIO

Na comarca de Lages, o Ministério Público do Estado de Santa Catarina ajuizou a Ação Civil de Responsabilização por Improbidade Administrativa c/c Ação Civil Pública n. 0902429-90.2016.8.24.0039 em face do Município de São José do Cerrito, Arno Tadeu Marian, Moacir Ortiz, João Carlos de Pellegrin de Souza, Marciel Matuszewski, Ubiratan Fagundes, Symoni das Graças Marian Fagundes e Auto Posto Jordy.

Após manifestação preliminar dos réus, o magistrado *a quo* recebeu a petição inicial, “eis que não restou cabalmente demonstrada, na defesa preliminar, a inexistência do ato de improbidade, da improcedência da ação ou da inadequação da via eleita” (fls. 6.718-6.721 dos autos na origem), decisão que ensejou a interposição do presente agravo de instrumento pelo réu Marciel.

Em suas razões, o agravante sustenta a nulidade da decisão de primeiro grau por ter apresentado fundamentação genérica, sem expor as razões que fizeram o juízo permanecer em dúvida quanto à existência de ato de improbidade, deixando de cotejar os elementos já presentes nos autos e nas alegações preliminares, com violação ao art. 93, IX, da Constituição Federal e ao art. 11 do CPC. Renova, ademais, todo o alegado na manifestação prévia, quando afirmou que [a] a restrição do direito de contratação da Administração sem previsão legal não é admissível, sendo “forçosa” a interpretação da Lei Orgânica Municipal pelo *Parquet*; [b] o agravante não deveria figurar no polo passivo da demanda, pois ratificou todos os atos em cumprimento a dever legal; e [c] foi dada ampla publicidade ao certame e o agravante estava amparado em pareceres jurídicos, tendo o vencedor ofertado o menor preço. Requer, assim, o conhecimento e provimento do recurso, com a reforma da decisão agravada, para que seja realizado o enfrentamento da matéria exposta em manifestação preliminar e, por fim, o não recebimento da ação (fls. 1-6).

O agravado apresentou suas contrarrazões (fls. 19-23).

Manifestação da Procuradoria-Geral de Justiça pelo conhecimento e desprovimento do reclamo (fls. 27-30).

É o relatório.

VOTO

O agravo está fundado a partir da natureza do interlocutório atacado (art. 1.015, XIII, do

CPC/15 c/c art. 17, § 10, da Lei n. 8.429/1992), sendo o recurso cabível, além de preencher os demais requisitos de admissibilidade.

O agravante sustenta, em sede preliminar, a ausência de fundamentação da decisão recorrida, uma vez que o magistrado *a quo* não teria abordado todas as questões ventiladas nas alegações preliminares, deixando de cotejar os elementos já constantes dos autos. No mérito, diante da remissão ao teor da manifestação prévia, defende a inexistência de ato de improbidade e sua ilegitimidade passiva, pugnano pelo não recebimento da inicial.

Sem razão!

1. Da alegada nulidade da decisão

Embora a decisão de recebimento da peça póstica (fls. 6.718-6.721 dos autos originários) apresente, efetivamente, fundamentação sucinta quanto à imputação inicial, constato que o togado singular discorreu acerca do envolvimento dos réus no ato de improbidade descrito pelo representante do Ministério Público, com a extensão e profundidade pertinentes ao recebimento de ação dessa natureza, notadamente no seguinte parágrafo:

No caso sub examine, não se verifica caso de rejeição da inicial, haja vista que foi realizada licitação no Município de São José do Cerrito, tendo por objeto a aquisição de combustíveis para veículos públicos da Prefeitura, todavia, o ganhador da licitação foi a empresa de propriedade da filha do prefeito e genro do prefeito, conforme docs. págs. 183-185 e pág. 6296.

Entendo que, ao enfatizar o vínculo de parentesco entre o Prefeito de São José do Cerrito e os sócios do Auto Posto Jordy, que saiu vencedor em mais de um processo licitatório voltado à aquisição de combustíveis para a frota municipal a partir de 2013, e ao citar o julgado do Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário n. 423.560/MG, o magistrado *a quo* não apenas se posicionou pela existência de indícios de ofensa aos princípios da moralidade e da impessoalidade, mas acolheu a exposição do *Parquet* quanto à existência de lei específica a vedar, no caso, a contratação entre o ente público municipal e a empresa acionada.

E embora a imputação de prática de ato de improbidade relativa ao aditivo contratual ilícito não tenha sido objeto específico da decisão que recebeu a inicial, depreende-se dos termos em que ela restou fundamentada que o magistrado *a quo* considerou todos os fatos narrados na peça vestibular, identificando veios de improbidade tanto na relação de parentesco entre os sócios da pessoa jurídica e o Prefeito, como também na realização, em si, da licitação e seus desdobramentos.

Nesse sentido, tendo em vista que o agravante, na qualidade de Diretor de Compras e Licitações, participou dos processos licitatórios que visavam o fornecimento de gasolina e etanol e que estão no centro das imputações do Ministério Público, não há que se cogitar de nulidade por fundamentação genérica da decisão.

Aliás, quanto a esse aspecto, de se notar que, nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, embora a petição inicial da ação de improbidade deva ser precisa acerca da narrativa dos fatos, sob pena de prejudicar o exercício do contraditório e o direito de defesa do réu, “não se exige, contudo, que desça a minúcias das condutas dos réus, nem que individualize de maneira matemática a participação de cada agente, sob pena de esvaziar de utilidade a instrução e impossibilitar a apuração judicial dos ilícitos imputados” (Recurso Especial n. 1.040.440/RN, rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, j. 2-4-2009) -, o que, logicamente, tampouco se exige das decisões de recebimento da inicial.

Observo, ainda, ao encontro da previsão do art. 17, § 8º, da Lei n. 8.429/1992, que o togado singular concluiu que “não restou demonstrado, em análise sumária da demanda a inexistência de ato ímprobo ou a improcedência da ação, devendo, assim, deve (sic) prosseguir-se a ação, para melhor análise da *quaestio*”, ditando, com amparo na jurisprudência do STJ, a aplicação ao caso do princípio do *in dubio pro societate*.

No que tange às alegações de inépcia da inicial e de inadequação da via eleita, estas também foram devidamente afastadas pelo juiz: a primeira, “pois se a petição inicial descreve os fatos e traz os requisitos do ato de improbidade, há elementos que propiciam ao réu o exercício do contraditório e o direito de defesa” e a segunda, considerando que “os agentes políticos estão sujeitos a dupla imputação, por crime de responsabilidade e por improbidade administrativa”.

Consignou, finalmente, que “as demais arguições, como se confundem com o mérito, serão analisadas quando da prolação da sentença final de mérito, após a devida instrução do feito”.

Importante, nesse viés, a lição doutrinária:

Não se trata de reclamar decisão prolixa, perdida em minudências sobre cada um dos argumentos expendidos na manifestação do réu. Pode abordá-los englobadamente, de forma sucinta, mas consistente, de modo a exteriorizar as razões da convicção pretoriana e ensejar eventual ataque do requerido. (FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Improbidade administrativa: doutrina, legislação e jurisprudência*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 465).

Nesse contexto, é também firme a posição do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que “existindo indícios de atos de improbidade nos termos dos dispositivos da Lei 8.429/92, sendo adequada a via eleita, cabe ao juiz receber a inicial e dar prosseguimento ao feito. Não há ausência de argumentação à postergação para sentença final da análise da matéria de mérito. Ressalta-se, ainda, que a justificação sucinta não caracteriza ausência de fundamentação”

(Agravado Interno no Agravo em Recurso Especial n. 910.840/RN, rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, j. 23-8-2016).

De igual modo, colhe-se do acervo deste Tribunal de Justiça:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. IRREGULARIDADES EM CERTAME DEFLAGRADO PARA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À SECRETARIA MUNICIPAL DE ÁGUAS E SANEAMENTO DE COMUNA DA REGIÃO SERRANA. SITUAÇÃO EMERGENCIAL ILEGÍTIMA, QUE POSSIBILITOU A CONTRATAÇÃO DIRETA, COM DISPENSA DE CONCORRÊNCIA PÚBLICA. EXORDIAL RECEBIDA. INSURGÊNCIA DO EX-ALCAIDE RÉU. PRELIMINAR. APONTADA NULIDADE DO DECISUM, POR CARÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. TESE IMPROFÍCUA. ACLARAÇÃO, PELO TOGADO SINGULAR, DE QUE A LEI Nº 8.429/92 NÃO APURA APENAS O ENRIQUECIMENTO ILÍCITO OU O EFETIVO DANO AO ERÁRIO, PODENDO IGUALMENTE AVERIGUAR A IMORALIDADE. DECISÃO, ADEMAIS, QUE PONDERA A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO IN DUBIO PRO SOCIETATE. NÃO VIOLAÇÃO DO ART. 93, INC. IX, DA CARTA MAGNA. PREFACIAL RECHAÇADA.

Waldo Fazzio Júnior aponta que a persuasão a ser apresentada pelo juiz dispensa “decisão prolixa, perdida em minudências sobre cada um dos argumentos expendidos na manifestação do réu [...]” já que pode “abordá-los englobadamente, de forma sucinta, mas consistente, de modo a exteriorizar as razões da convicção pretoriana” (Improbidade Administrativa: doutrina, legislação e jurisprudência. 3ª Ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 461).

[...]

RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (TJSC, Agravo de Instrumento n. 4006187-20.2017.8.24.0000, de Lages, rel. Des. Luiz Fernando Boller, Primeira Câmara de Direito Público, j. 16-4-2019).

Também:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. SUPOSTA FRAUDE EM LICITAÇÃO. CONTRATAÇÃO DE DIVERSOS OBJETOS JUNTO À SOCIEDADE EMPRESÁRIA PERTENCENTE AO VICE- PREFEITO DO MUNICÍPIO DE BOM JESUS DO OESTE. EXISTÊNCIA DE INDÍCIOS DA PRÁTICA DE ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA. INOCORRÊNCIA, ANTE A SOLIDARIEDADE DOS AGENTES PÚBLICOS, MEMBROS DA COMISSÃO DE LICITAÇÃO. NULIDADE DA DECISÃO QUE RECEBEU A PETIÇÃO INICIAL POR AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. NÃO CONFIGURAÇÃO. INDÍCIOS DA PRÁTICA DE ATO ÍMPROBO. NECESSIDADE DE INSTRUÇÃO PARA APURAÇÃO DOS FATOS. PRINCÍPIO IN DUBIO PRO SOCIETATE. EXORDIAL DESCREVENDO, PORMENORIZADAMENTE, AS AÇÕES TIDAS COMO ÍMPROBAS. RELATO ORDENADO DOS FATOS. INDISPONIBILIDADE DE BENS. TEMA REPETITIVO N. 701 DO STJ. POSSIBILIDADE. DESNECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DE DILAPIDAÇÃO DO PATRIMÔNIO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

O Superior Tribunal de Justiça tem compreensão firmada no sentido de que não há ausência de fundamentação a postergação para sentença final da análise da matéria de mérito (STJ. Rel. Ministro Humberto Martins).

A existência de indícios da prática de atos de improbidade administrativa é suficiente para o recebimento da inicial, até porque, nesta fase da lide, não está o juízo obrigado a analisar pontualmente e esgotar toda a matéria de defesa aventada, não havendo que se falar em ausência de fundamentação, pois, não raras vezes a matéria levantada pela defesa efetivamente se confunde com o mérito. [...] (TJSC, Agravo de Instrumento n. 4032292-97.2018.8.24.0000, de Modelo, rel. Des. Pedro Manoel Abreu, Primeira Câmara de Direito Público, j. 4-6-2019).

Assim, a decisão combatida encontra-se adequadamente fundamentada, pois expõe, ainda que de forma

concisa, as razões de fato e de direito que levaram ao recebimento da ação, mantendo relação de pertinência com a exordial, que, por sua vez, mostra-se rica em indícios, desde a apresentação, no corpo do texto, das telas do Sistema de Fiscalização Integrada de Gestão (e-Sfinge) do Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina, à transcrição dos depoimentos colhidos no inquérito civil, com amparo, ademais, em farta documentação, o que passo a abordar no tópico seguinte.

2. Da alegada inexistência de ato de improbidade

Considerando a renovação pelo agravante dos argumentos expostos em sua manifestação preliminar e tendo em vista que lá Marciel defende, em síntese, a inexistência de ato de improbidade e sua ilegitimidade passiva, haja vista a ausência de impedimento legal à contratação entre a Administração municipal e a empresa cujos sócios são parentes do Prefeito, mormente em face de licitação com ampla concorrência, e a legalidade dos processos licitatórios realizados entre os anos de 2013 e 2015 visando o fornecimento de gasolina e etanol para abastecimento da frota do ente público, detenho-me nesses pontos.

Observo que o documento de fls. 183-185 dos autos principais diz respeito ao contrato social da pessoa jurídica agravante, Auto Posto Jordy Ltda., que identifica como sócios originais da sociedade empresária Ubiratan Fagundes e Symoni das Graças Marian Fagundes. As alterações contratuais, constantes às folhas seguintes, revelam que Symoni se retirou formalmente da sociedade em 2009, sendo substituída por Jordy Marian Fagundes, filho do casal.

Symoni permaneceu, porém, como representante de fato da empresa, conforme elementos colacionados com a inicial, especialmente os depoimentos da ré e de Ubiratan no inquérito civil (fls. 32-34), e documentos extraídos dos processos licitatórios para aquisição de combustível pelo Município de São José do Cerrito nos anos de 2013 a 2015, a exemplo da “Ata de Registro de Preços n. 70/2013”, referente ao pregão presencial de mesmo número, assinada por Symoni na condição de representante da pessoa jurídica (fls. 6.336-6.342).

Já o documento de fl. 6.296, também dos autos n. 0902429-90.2016.8.24.0039, comprova o vínculo de filiação entre Symoni das Graças Marian Fagundes e o atual Prefeito de São José do Cerrito, Arno Tadeu Marian, que assumiu o executivo municipal em 2013, sendo reeleito em 2016.

O primeiro ato de improbidade identificado na exordial teria ocorrido, justamente, no Processo Licitatório n. 03/2013, na modalidade de pregão presencial, que tinha como objeto a aquisição de 80.000 litros de gasolina comum e 2.000 litros de etanol para abastecimento da frota municipal durante o exercício de 2013 e no qual foi vencedor, para o fornecimento de ambos os combustíveis, o Auto Posto Jordy.

Cumprir registrar que a Lei n. 8.666/1993, no rol do seu art. 9º, não veda a participação em licitação de pessoa jurídica que mantenha em seu quadro societário parente do administrador público. Tanto é assim que o Superior Tribunal de Justiça já entendeu, em situação semelhante à discutida no presente feito, que “isoladamente, o simples fato de a filha do Prefeito compor o quadro societário de uma das empresas vencedora da licitação não constitui ato de improbidade administrativa” (Recurso Especial n. 1.245.765/MG, rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, j. 28-6-2011).

A possibilidade de estabelecer, em âmbito municipal, outras regras pertinentes aos processos licitatórios, restringindo ainda mais a liberdade de contratação, já restou reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, em caso análogo ao presente, o que foi referido na decisão agravada. Destaca-se da ementa do julgado:

DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO E CONTRATAÇÃO PELA

ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA MUNICIPAL. LEI ORGÂNICA DO MUNICÍPIO DE BRUMADINHO-MG. VEDAÇÃO DE CONTRATAÇÃO COM O MUNICÍPIO DE PARENTES DO PREFEITO, VICE-PREFEITO, VEREADORES E OCUPANTES DE CARGOS EM COMISSÃO. CONSTITUCIONALIDADE. COMPETÊNCIA SUPLEMENTAR DOS MUNICÍPIOS. RECURSO EXTRAORDINÁRIO PROVIDO. A Constituição Federal outorga à União a competência para editar normas gerais sobre licitação (art. 22, XXVII) e permite, portanto, que Estados e Municípios legislem para complementar as normas gerais e adaptá-las às suas realidades. O Supremo Tribunal Federal firmou orientação no sentido de que as normas locais sobre licitação devem observar o art. 37, XXI da Constituição, assegurando “a igualdade de condições de todos os concorrentes”. Precedentes. **Dentro da permissão constitucional para legislar sobre normas específicas em matéria de licitação, é de se louvar a iniciativa do Município de Brumadinho-MG de tratar, em sua Lei Orgânica, de tema dos mais relevantes em nossa pólis, que é a moralidade administrativa, princípio-guia de toda a atividade estatal, nos termos do art. 37, caput da Constituição Federal. A proibição de contratação com o Município dos parentes, afins ou consanguíneos, do prefeito, do vice-prefeito, dos vereadores e dos ocupantes de cargo em comissão ou função de confiança, bem como dos servidores e empregados públicos municipais, até seis meses após o fim do exercício das respectivas funções, é norma que evidentemente homenageia os princípios da impessoalidade e da moralidade administrativa, prevenindo eventuais lesões ao interesse público e ao patrimônio do Município, sem restringir a competição entre os licitantes.** Inexistência de ofensa ao princípio da legalidade ou de invasão da competência da União para legislar sobre normas gerais de licitação. Recurso extraordinário provido (Recurso Extraordinário n. 423.560, rel. Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, j. 29-5-2012; grifei).

E, nesse sentido, da Lei Orgânica do Município de São José do Cerrito, tem-se:

Art. 84 - O Prefeito não poderá desde a posse e enquanto durar o mandato, sobre pena de perda deste:

I - firmar ou manter contrato com o Município, com altaarquia [sic], empresa pública municipal sociedade de economia mista de que participe o Município ou com empresa concessionária de serviço público municipal, salvo quando o contrato obedecer à cláusulas uniformes;

[...]

VI - constituir-se fornecedor ou credor de qualquer das entidades referidas no inciso I, ou em seu deverdor a qualquer título. Estende-se a proibição de ser fornecedor ou credor a seu cônjuge e a os demais parentes com sanguíneos [sic] ou afins, até o terceiro grau inclusive;

Em que pese a falta de técnica da norma municipal, há proibição imposta pela lei orgânica ao Prefeito e a seus parentes, consanguíneos ou afins, até o terceiro grau, de constituir-se credor ou fornecedor do Município de São José do Cerrito, a indicar que as condutas imputadas a todos os réus, dentre os quais o agravante, redundam em atos de improbidade por ofensa à legalidade.

Dito isso, especialmente em relação ao ato de improbidade que teria sido praticado pelo ora recorrente, observo que, segundo as alegações do *Parquet*, Marciel Matuszewski, na posição de Diretor de Compras e Licitações do Município de São José do Cerrito, assinou as atas de registro de preços dos pregões presenciais ns. 70/2013 (fls. 6.336-6.342 dos autos na origem), 50/2014 e 53/2015, processos licitatórios nos quais o Auto Posto Jordy também se sagrou vencedor para fornecer ao ente

público gasolina e etanol (no caso do PP n. 70/2013, apenas gasolina). Assim, o Ministério Público imputa ao insurgente conduta omissiva, na medida em que não adotou quaisquer providências para sanar a grave violação à lei local.

Destaco que a conduta de fabricação de fato do príncipe, identificada pelo Ministério Público em relação ao primeiro aditivo do contrato n. 015/2013 (item III.2.2. da peça vestibular) não é dirigida a Marciel, na medida em que não representou a municipalidade na assinatura do contrato nem do aditivo (fls. 224-233), razão pela qual, quanto ao agravante, tais circunstâncias se revelam de somenos importância.

Desse modo, inviável reconhecer que o insurgente não praticou nenhuma conduta apta a violar os princípios administrativos da legalidade, moralidade e impessoalidade.

Vale lembrar, nesse norte, que, nos termos do art. 17, § 8º, da Lei n. 8.429/1992, a ação de improbidade administrativa só deve ser rejeitada de plano se o órgão julgador se convencer da inexistência do ato de improbidade, da improcedência da ação ou da inadequação da via eleita, de tal sorte que a presença de indícios da prática de atos ímprobos é suficiente ao recebimento e processamento da ação, uma vez que, nessa fase, impera o princípio do *in dubio pro societate*. Precedentes: AgRg no REsp 1.382.920/RS, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 5/12/2013, DJe 16/12/2013; AgRg no AREsp 318.511/DF, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 5/9/2013, DJe 17/9/2013. (STJ, Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n. 491.041/BA, rel. Min. Humberto Martins, j. 17-11-2015).

Por conseguinte, quando o agravante sustenta que a petição inicial deve ser, de plano, rechaçada, pois o ato de improbidade é mais do que mera irregularidade, exigindo elemento subjetivo do agente público em locupletar-se às custas do erário, o que não demonstrado pelo Ministério Público, a argumentação não prospera, sob pena de indevido cerceamento do *jus accusationis* do Estado:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. RECEBIMENTO DA PETIÇÃO INICIAL. ACÓRDÃO RECORRIDO QUE ENTENDEU PELA EXISTÊNCIA DE INDÍCIOS DA PRÁTICA DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. IN DUBIO PRO SOCIETATE. ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE ORIGEM EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

[...]

III. Nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, “somente após a regular instrução processual é que se poderá concluir pela existência, ou não, de: (I) enriquecimento ilícito; (II) eventual dano ou prejuízo a ser reparado e a delimitação do respectivo montante; (III) efetiva lesão a princípios da Administração Pública; e (IV) configuração de elemento subjetivo apto a caracterizar o noticiado ato ímprobo” (STJ, AgRg no AREsp 400.779/ES, Rel. p/ acórdão Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, DJe de 17/12/2014).

IV. A improcedência das imputações de improbidade administrativa, em juízo de admissibilidade da acusação - como pretende a agravante -, constitui juízo que, no caso, não pode ser antecipado à instrução

do processo, mostrando-se necessário o prosseguimento da demanda, de modo a viabilizar a produção probatória, necessária ao convencimento do julgador, sob pena, inclusive, de cercear o jus accusationis do Estado, tal como decidido na origem. Nesse sentido: STJ, EDcl no REsp 1.387.259/MT, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 23/04/2015; REsp 1.357.838/GO, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 25/09/2014; AgRg no AREsp 491.041/BA, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe de 18/12/2015.

V. Agravo interno improvido. (Agravo Interno nos Embargos de Declaração no Agravo em Recurso Especial n. 925.670/MG, rela. Min. Assusete Magalhães, Segunda Turma, j. 13-12-2016)

E a posição deste Tribunal de Justiça acerca da aplicação do princípio do *in dubio pro societate* neste momento processual não diverge:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECEBIMENTO DE PETIÇÃO INICIAL DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. SUPOSTA FRAUDE EM LICITAÇÕES PROMOVIDAS PELO MUNICÍPIO DE SERRA ALTA. CHEFE DE GABINETE DO PREFEITO E SEU CÔNJUGE QUE SÃO SÓCIOS DAS EMPRESAS VENCEDORAS DOS CERTAMES. NECESSIDADE DE INSTRUÇÃO PARA APURAÇÃO DOS FATOS. PRINCÍPIO IN DUBIO PRO SOCIETATE. EVENTUAL AUSÊNCIA DE DANO AO ERÁRIO QUE NÃO IMPEDE O PROSSEGUIMENTO DA DEMANDA. INDISPONIBILIDADE DE BENS NO VALOR DA SOMA DOS CONTRATOS LICITADOS. CONSTRIÇÃO CABÍVEL NA HIPÓTESE. DECISÃO MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. (TJSC, Agravo de Instrumento n. 4018440-22.2018.8.24.0900, de Modelo, rel. Des. Jorge Luiz de Borba, Primeira Câmara de Direito Público, j. 30-4-2019).

Também:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.

ARGUIÇÃO DE ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM E AUSÊNCIA DOS PRESSUPOSTOS NECESSÁRIOS PARA O RECEBIMENTO DA PETIÇÃO INICIAL. INTELIGÊNCIA DO ART. 17, § 8º, DA LEI N. 8.429/92. SUPOSTA CONTRATAÇÃO IRREGULAR DE EMPRESAS EM FRAUDE À LICITAÇÃO. AGRAVANTE QUE FIGURA COMO SÓCIA DE DUAS SOCIEDADES EMPRESÁRIAS. SITUAÇÃO QUE INDICA SER POSSÍVEL BENEFICIÁRIA DO SUPOSTO ENRIQUECIMENTO ILÍCITO. INDÍCIOS SUFICIENTES PARA O RECEBIMENTO DA INICIAL. POSSIBILIDADE DE REJEIÇÃO SOMENTE QUANDO CABALMENTE DEMONSTRADO QUE A AÇÃO É TEMERÁRIA, ANTE A ABSOLUTA INEXISTÊNCIA DE VESTÍGIOS DA PRÁTICA DE CONDUITA ÍMPROBA. FASE PROCESSUAL EM QUE DEVE SER REVERENCIADO O PRINCÍPIO DO IN DUBIO PRO SOCIETATE. DECISÃO INTERLOCUTÓRIA MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Considerando a relevância do tema discutido em ações de improbidade administrativa, e em reverência ao princípio do *in dubio pro societate*, **a rejeição da inicial com fundamento no art. 17, § 8º, da Lei de Improbidade Administrativa só é possível quando resta cabalmente demonstrado pelo notificado “a inexistência do fato ou a sua não-concorrência para o dano ao patrimônio público”** (GARCIA, Emerson

e ALVES, Rogério Pacheco. Improbidade Administrativa. 4ª ed. rev e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 703). (TJSC, Agravo de Instrumento n. 4016256-48.2016.8.24.0000, de Tangará, rel. Des. Francisco Oliveira Neto, Segunda Câmara de Direito Público, j. 15-8-2017). (grifei)

Sendo assim, uma vez que o agravante não demonstrou, cabalmente, a inexistência do ato de improbidade administrativa que lhe é imputado, a improcedência da ação ou a inadequação da via eleita, mister a confirmação do recebimento da petição inicial.

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

É o voto.

Apelação Cível n. 0006339-84.2014.8.24.0019, de Concórdia

Relatora: Desembargadora Sônia Maria Schmitz

APELAÇÕES CÍVEIS. AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO. MUNICÍPIO DE CONCÓRDIA. LEI COMPLEMENTAR MUNICIPAL N. 163/1999. CONTRIBUIÇÃO COMPULSÓRIA AO SERVIÇO MUNICIPAL DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE (SEMAS) E AO FUNDO MUNICIPAL DE ASSISTÊNCIA AO SERVIDOR (FUMAS). OBRIGATORIEDADE CONTRIBUTIVA DECLARADA INCONSTITUCIONAL PELO TRIBUNAL PLENO (ADI N. 2002.001256-4). SERVIÇO DE PLANO DE SAÚDE PRESTADO PELO ENTE PÚBLICO QUE PERMITE A COBRANÇA DE CONTRAPRESTAÇÃO PECUNIÁRIA DOS SERVIDORES QUE VOLUNTARIAMENTE ADEREM AOS SERVIÇOS (ADESÃO EXPRESSA) OU PASSAM A USUFRUÍ-LOS (ADESÃO TÁCITA). PRECEDENTE DESTA CORTE. INVERSÃO DOS ÔNUS SUCUMBENCIAIS. FIXAÇÃO DE HONORÁRIOS RECURSAIS.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0006339-84.2014.8.24.0019, da comarca de Concórdia 2ª Vara Cível em que é/são Apte/Apdo(s) Adolfina Zenatti da Silva e outros e Apdo/Apte(s) Município de Concórdia.

A Quarta Câmara de Direito Público decidiu, por votação unânime, dar provimento ao recurso do Município e julgar prejudicado o apelo dos autores. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado no dia 18 de julho de 2019, os Exmos. Srs. Des. Rodolfo Tridapalli e Odson Cardoso Filho.

Florianópolis, 22 de julho de 2019.

Sônia Maria Schmitz
Relatora e Presidente

RELATÓRIO

Adolfina Zenatti da Silva, Antônio da Cruz Neto, Dilce Reginato, Fabiano Santa Helena, Gessi de Bitencourt Rodrigues, Idilce Kozerski Pellizzaro, Janete Niotti, Ortemio Luiz Grana, Paulo da Silva e Valdereza Kruger ajuizaram “*ação de repetição de indébito*” contra o Município de Concórdia, sustentando serem servidores municipais e, nesta qualidade, compulsoriamente afiliados ao Serviço Municipal de Assistência à Saúde dos Servidores Municipais – SEMAS, instituído pela Lei Complementar n. 163/99, com a respectiva contribuição descontada diretamente de suas folhas de pagamento.

Todavia, aduziram que a obrigatoriedade de adesão ao referido serviço de saúde é inconstitucional, consoante reconhecido no julgamento da ADI n. 2002.001256-4, por este Tribunal de Justiça (15.04.2009), razão pela qual pugnam pela sua regularização, de modo a manterem-se afiliados apenas

os servidores que assim o desejarem, bem como pela condenação do réu à restituição dos valores descontados a título de contribuição, devidamente acrescido dos consectários legais (págs. 18-27).

Citado, o Município de Concórdia apresentou contestação suscitando, preliminarmente, falta de interesse de agir dos autores, haja vista que desde o ano de 2007 a adesão (e permanência) ao SEMAS é facultativa, não tendo nenhum dos servidores, contudo, requerido sua exclusão do rol de associados e, ainda, ventilou aplicação do prazo prescricional trienal. No mérito, asseverou a inaplicabilidade da decisão exarada nos autos da referida ADI à hipótese, porquanto reconhecida a inconstitucionalidade apenas da adesão obrigatória, tendo, na espécie, os demandantes permanecido voluntariamente afiliados ao plano (págs. 200-209).

Após réplica (págs. 379-395), sobreveio a r. sentença de parcial procedência dos pedidos exordiais, *verbis*:

[...] Ante o exposto, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTES os pedidos formulados na inicial por Daniel Augusto Ajala e outros em face do Município de Concórdia, resolvendo o mérito, nos moldes do art. 487, inciso I, do Código de Processo Civil, para CONDENAR o requerido a restituir aos demandantes, de forma simples, os valores decorrentes das contribuições ao plano de assistência à saúde (SEMAS/FUMAS) e das coparticipações suportadas, desde a data de 23/9/2009 (prazo prescricional ora reconhecido) até a efetiva cessação dos descontos.

Para fins de cálculo, deverão ser observados os seguintes critérios: a) juros de mora de 1% e correção monetária, segundo INPC, ambos a contar de cada pagamento, até a data da publicação da Lei n. 11.960/09 (30/06/2009); b) a partir de 30/06/2009, atualização monetária e juros de mora haverão de se regular pelos índices fixados no art. 1º-F da Lei n. 9.494/97, com a redação da Lei n. 11.960/09 (índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança); c) a correção monetária, com a redação do art. 1º-F da Lei n. 9.494/97, dada pela Lei n. 11.960/09, não se aplica no momento do pagamento de precatórios (período entre a inscrição do crédito em precatório e o efetivo pagamento).

Diante da sucumbência recíproca, condeno as partes, proporcionalmente (50% para cada), ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios, os quais fixo em R\$1.000,00 (mil reais), nos termos do art. 85, § 8º, do Código de Processo Civil, observada a isenção prevista no art. 33 do Regimento de Custas do Estado (págs. 396-402 – Juiz João Bastos Nazareno dos Anjos).

Os embargos de declaração opostos pelos autores (págs. 406-417) restaram parcialmente acolhidos, alterando-se o *decisum* nos seguintes termos:

[...] Ante o exposto, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTES os pedidos formulados na inicial, resolvendo o mérito, nos moldes do art. 487, inciso I, do Código de Processo Civil, para CONDENAR o requerido a restituir aos demandantes, de forma simples, os valores decorrentes das contribuições ao plano de assistência à saúde (SEMAS/FUMAS) e das coparticipações suportadas, desde a data de 21/8/2009 (prazo prescricional ora reconhecido) até a expressa manifestação de vontade dos servidores no sentido de permanecer/aderir ao SEMAS, mediante prévio desconto da contribuição em folha de pagamento, ou, em caso de ausência de anuência, até a presente data (págs. 419-420).

Irresignado, o requerido interpôs recurso de apelação ventilando, prefacialmente, conexão entre a demanda focalizada e inúmeras outras com mesma causa de pedir, pleiteando seu julgamento conjunto. No mérito, informou a efetiva utilização do plano pelos demandantes, acarretando anuência tácita à filiação, sendo devida a respectiva contraprestação pecuniária. Arrematou pugnando pela contagem dos juros de mora desde a citação e prequestionou a matéria ora abordada (págs. 440-456).

Igualmente inconformados, os autores recorreram insurgindo-se contra o termo final da repetição de indébito, pugnando pelo afastamento da sucumbência recíproca e pela fixação dos honorários sucumbenciais com base no montante condenatório (págs. 428-139).

Com contrarrazões (págs. 457-469), ascenderam os autos a esta Corte, tendo a Procuradoria-Geral de Justiça deixado de se manifestar sobre o *meritum causae* (págs. 478).

Na sequência, o Município de Concórdia peticionou prestando informações e juntando documentos (págs. 482-500).

Este é o relatório.

VOTO

Cinge-se a controvérsia em definir se deve ser mantida a sentença que reconheceu a ilegalidade da cobrança compulsória das contribuições ao sistema de assistência à saúde, condenando o Município à restituição dos valores descontados das folhas de pagamento dos servidores desde 21.08.2009.

Após julgamento de parcial procedência dos pedidos exordiais, insurgiu-se o Ente Municipal suscitando, preliminarmente, a conexão entre a presente *actio* e demais ações com pedidos e causas de pedir iguais ou semelhantes, pugnando por seu julgamento conjunto. No mérito, asseverou que a sentença contrariou entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça no REsp. 1348679/MG, afetado ao Tema 588, requerendo, nestes termos, o provimento do reclamo para afastar sua condenação à repetição de indébito.

Sobreleva salientar que a matéria de fundo foi recentemente enfrentada no julgamento da Apelação Cível n. 0300685-43.2014.8.24.0019, de relatoria do Desembargador Sérgio Roberto Baasch Luz, cuja ementa segue transcrita:

APELAÇÃO CÍVEL. LEI COMPLEMENTAR MUNICIPAL N. 163/1999. MUNICÍPIO DE CONCÓRDIA. INSTITUIÇÃO DE CONTRIBUIÇÃO COMPULSÓRIA AO SERVIÇO PÚBLICO MUNICIPAL DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE (SEMAS) E AO FUNDO MUNICIPAL DE ASSISTÊNCIA AO SERVIDOR (FUMAS). COMPULSORIEDADE DECLARADA INCONSTITUCIONAL PELO TRIBUNAL PLENO (ADI N. 2002.001256-4).

REPETIÇÃO DE INDÉBITO DAS CONTRIBUIÇÕES E COPARTICIPAÇÕES PAGAS. PLEITO FUNDAMENTADO SOMENTE NA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DA CONTRIBUIÇÃO COMPULSÓRIA, INDEPENDENTEMENTE DA FRUIÇÃO DOS SERVIÇOS.

IMPOSSIBILIDADE FRENTE À DECISÃO PROFERIDA NO RECURSO ESPECIAL N. 1348679/MG, SOB O RITO DOS RECURSOS REPETITIVOS (TEMA 588). REVISÃO DO POSICIONAMENTO DO STJ QUE ADERIU À ORIENTAÇÃO DO STF ADOTADA NA ADI N. 3.106/MG, RETIRANDO A NATUREZA TRIBUTÁRIA (COMPULSÓRIA) DA DENOMINADA CONTRIBUIÇÃO À SAÚDE E AFASTANDO A OBRIGATORIEDADE IRRESTRITA DA REPETIÇÃO DE INDÉBITO (ARTS. 165 E 168 DO CTN). NATUREZA FACULTATIVA E SINALAGMÁTICA DO SERVIÇO DE PLANO DE SAÚDE PRESTADO PELO ENTE PÚBLICO, QUE PERMITE A COBRANÇA DA CONTRAPRESTAÇÃO PECUNIÁRIA DAQUELE SERVIDOR QUE VOLUNTARIAMENTE ADERE AOS SERVIÇOS (ADESÃO EXPRESSA) OU PASSA A USUFRUÍ-LOS (ADESÃO TÁCITA).

CASO CONCRETO EM QUE OS DEMANDANTES UTILIZARAM-SE DOS SERVIÇOS DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE PRESTADOS PELO MUNICÍPIO E PROMOVERAM A ADESÃO VOLUNTÁRIA AO PLANO, MESMO APÓS A DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. RESTITUIÇÃO INDEVIDA. RECURSO PROVIDO.

Cuida-se de ação de repetição de indébito proposta por servidores públicos do Município de Concórdia visando à restituição de valores pagos a título de contribuições ao Serviço Municipal de Assistência à Saúde (SEMAS) e ao Fundo Municipal de Assistência ao Servidor (FUMAS), instituídas pela Lei Complementar n. 163/1999, bem como das coparticipações suportadas, sob o fundamento de que a compulsoriedade da contribuição foi declarada inconstitucional pelo Tribunal Pleno.

O Tribunal Pleno, ao julgar a ADI n. 2002.001256-4, apenas reconheceu a “inconstitucionalidade da obrigatoriedade de os servidores aderirem e contribuírem para o plano de saúde instituído pela Lei Complementar Municipal n. 163/1999”, mas não afastou a possibilidade de o município manter a contribuição de assistência à saúde, desde que haja adesão voluntária dos segurados.

No julgamento do REsp 1348679/MG, sob o rito dos recursos repetitivos (Tema 588), o STJ revisou o seu posicionamento e aderiu à orientação do STF adotada na ADI n. 3.106/MG, que retirou a natureza tributária (compulsória) da denominada contribuição à saúde, afastando a obrigatoriedade irrestrita da repetição de indébito (arts. 165 e 168 do CTN). Em outras palavras, nos termos da tese fixada, o afastamento da compulsoriedade torna o serviço de plano de saúde prestado pelo ente público de natureza facultativa e sinalagmática, que permite a cobrança da contraprestação pecuniária daquele servidor que voluntariamente adere aos serviços (adesão expressa) ou passa a usufruí-los (adesão tácita).

Nesse contexto, o que se conclui frente à decisão do STJ é que a partir da declaração de inconstitucionalidade da contribuição compulsória instituída pela Lei Complementar Municipal n. 163/1999 (ADI 2002.001256-4, j. 18/2/2009), a restituição do indébito deve ser assegurada apenas aqueles que não tenham aderido de forma expressa ou tácita aos serviços de saúde, caracterizada essa última hipótese pela utilização espontânea dos serviços.

No caso concreto, verifica-se que mesmo após ter sido declarada inconstitucional a compulsoriedade da contribuição em 2009, os demandantes continuaram a usufruir dos serviços de assistência à saúde disponibilizados pelo SEMAS e, no ano de 2014, houve adesão voluntária dos servidores ao plano.

Assim, diante da efetiva utilização dos serviços e da adesão espontânea, inexistente o direito à repetição de indébito (Segunda Câmara de Direito Público, j. em 12.03.2019).

E, do corpo do referido julgado, a fim de evitar tautologia, reproduz-se o seguinte excerto de suas razões de decidir:

[...] Preliminarmente, o município pretende que seja declarada a conexão entre a presente demanda e as diversas ações com causa de pedir e pedido iguais ou semelhantes (repetição de indébito das contribuições ao plano de saúde).

Indefere-se o pleito, porquanto, nos termos do Enunciado 235 do Superior Tribunal de Justiça: “A conexão não determina a reunião dos processos, se um deles já foi julgado”.

Na mesma toada: “É inviável a reunião de demandas em razão da conexão quando uma delas já foi julgada, em conformidade com a Súmula n. 265 do STJ.” (Apelação Cível n. 0302157-09.2014.8.24.0010, de Braço do Norte, Relator: Desembargador Francisco Oliveira Neto, j. 17/4/2018).

Repetição de indébito.

Inicialmente, importa esclarecer que o Tribunal Pleno, no julgamento da ADI n. 2002.0012556-4, em 18/2/2009, da relatoria do Desembargador José Volpato de Souza, declarou a inconstitucionalidade da contribuição compulsória dos servidores públicos do Município de Concórdia ao Serviço Municipal de Assistência à Saúde (SEMAS) e ao Fundo Municipal de Assistência ao Servidor (FUMAS), instituída pela Lei Complementar Municipal n. 163/1999.

Eis a ementa do acórdão:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - LEI COMPLEMENTAR MUNICIPAL N. 163/99 - INSTITUIÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO MUNICIPAL DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE (SEMAS) E CRIAÇÃO DO FUNDO MUNICIPAL DE ASSISTÊNCIA AO SERVIDOR (FEMAS) - NORMA QUE IMPÕS A CONTRIBUIÇÃO AOS SERVIDORES ATIVOS, FACULTANDO APENAS PARA OS INATIVOS - IMPOSSIBILIDADE - A CRFB PERMITE ESTE TIPO DE OBRIGAÇÃO APENAS PARA O CUSTEIO DO REGIME PREVIDENCIÁRIO (ART. 201) - AFRONTA À CARTA MAIOR - PROCEDÊNCIA PARCIAL PARA AFASTAR A COMPULSORIEDADE. “A Constituição Federal é expressa ao afirmar que o Sistema Único de Saúde será financiado pelo Poder Público e terá gestores na União, Estados e Municípios. Em momento algum disciplina ela qualquer tipo de contribuição compulsória pelos trabalhadores da iniciativa privada ou servidores públicos para que seja garantido a todos o direito à saúde. Desse modo, padece de visceral inconstitucionalidade a lei que cria programa de assistência à saúde de servidores municipais e institui fundo para custeá-lo, impondo àqueles contribuição compulsória em percentual variável de seus vencimentos” (AC em MS n. 2006.045396-2 rel. Luiz César Medeiros).

Diante da declaração de inconstitucionalidade, pretendem os demandantes a repetição dos valores indevidamente descontados dos seus vencimentos em favor do SEMA/FUMAS, sendo que a sentença recorrida efetivamente condenou o ente público requerido “a restituir aos demandantes, de forma simples, os valores decorrentes das contribuições ao plano de assistência à saúde (SEMAS/FUMAS) e das coparticipações suportadas, desde a data de 21/8/2009 (prazo prescricional reconhecido à fl. 363) até a efetiva cessação dos descontos.”

O município sustenta que a decisão divergiu do entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça no REsp. 1348679/MG, afetado ao Tema 588, segundo o qual tanto a manifestação de vontade expressa do servidor quanto o efetivo usufruto dos serviços de saúde ofertados geram direito ao pagamento da contraprestação pecuniária, sendo inadmissível a devolução das contribuições sobre os períodos em que os servidores utilizaram os serviços de assistência.

Com efeito, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 1348679/MG (rel. Min. Herman Benjamin, DJe 29/05/2017), sob o rito dos recursos repetitivos, decidiu sobre o referido tema que se tornou recorrente naquela Corte, analisando pretensão semelhante dos servidores públicos do Estado de Minas Gerais, que pleiteavam a restituição dos valores pagos a título de contraprestação pelos serviços de saúde

instituída pela Lei Complementar Estadual 64/2002, sob o fundamento de que a denominada contribuição foi declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal (ADI 3.106/MG).

A tese restou firmada nos seguintes termos:

Constatado que o STF não declarou a inconstitucionalidade de tributo (ADI 3.106/MG), e sim fixou a natureza da relação jurídica como não tributária (não compulsória), afasta-se a imposição irrestrita da repetição de indébito amparada pelos arts. 165 a 168 do CTN.

Observadas as características da boa-fé, da voluntariedade e o aspecto sinalagmático dos contratos, a manifestação de vontade do servidor em aderir ao serviço ofertado pelo Estado ou o usufruto da respectiva prestação de saúde geram, em regra, automático direito à contraprestação pecuniária, assim como à repetição de indébito das cobranças nos períodos em que não haja manifestação de vontade do servidor. Considerando a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade exarada pelo STF, até 14.4.2010 a cobrança pelos serviços de saúde é legítima pelo IPSEMG com base na lei estadual, devendo o entendimento aqui exarado incidir a partir do citado marco temporal, quando a manifestação de vontade ou o usufruto dos serviços pelo servidor será requisito para a cobrança.

De modo geral, a constatação da formação da relação jurídico-contratual entre o servidor e o Estado de Minas Gerais é tarefa das instâncias ordinárias, já que necessário interpretar a legislação estadual (Súmula 280/STF) e analisar o contexto fático-probatório dos autos (Súmula 7/STJ).

A ementa do acórdão, por sua vez, foi assim redigida:

ADMINISTRATIVO E TRIBUTÁRIO. RECURSO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC/1973 (ATUAL 1.036 DO CPC/2015) E RESOLUÇÃO STJ 8/2008. CONTRIBUIÇÃO PARA CUSTEIO DE SERVIÇO DE SAÚDE AOS SERVIDORES PÚBLICOS. INSTITUTO DE PREVIDÊNCIA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. COMPULSORIEDADE AFASTADA PELO STF NA ADI 3.106/MG. ALTERAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO STJ.

REPETIÇÃO DE INDÉBITO POR INCONSTITUCIONALIDADE DO TRIBUTO AFASTADA. INTERPRETAÇÃO DO JULGAMENTO DA ADI. FORMAÇÃO DE RELAÇÃO JURÍDICA CONTRATUAL ENTRE SERVIDOR E IPSEMG. POSSIBILIDADE. CONSTATAÇÃO DOS REQUISITOS. NECESSIDADE DE EXAME DE LEGISLAÇÃO ESTADUAL. VEDAÇÃO. SÚMULA 280/STF. MANIFESTAÇÃO DE VONTADE DO SERVIDOR. AVERIGUAÇÃO. ATRIBUIÇÃO DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. REVISÃO EM EXAME DE RECURSO ESPECIAL VEDADO PELA SÚMULA 7/STJ. IDENTIFICAÇÃO DA CONTROVÉRSIA E POSIÇÃO JURISPRUDENCIAL DO STJ

Trata-se de Recurso Especial de servidor público do Estado de Minas Gerais com intuito de obter a devolução dos valores pagos a título de contraprestação pelos serviços de saúde (custeio da assistência médica, hospitalar, odontológica e farmacêutica) instituída pela Lei Complementar Estadual 64/2002, sob o fundamento de que a denominada contribuição teria sido declarada inconstitucional pelo STF na ADI 3.106/MG.

2. O STJ determinou, em diversos precedentes sobre casos idênticos, entre os quais há julgamentos de minha relatoria, a repetição de indébito baseada na declaração de inconstitucionalidade do tributo. Aponto alguns julgados sobre a matéria: AgRg no AREsp 209.380/MG, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 15.5.2013; AgRg nos EDcl no REsp 1.280.082/MG, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe 5.2.2013; AgRg no REsp 1.302.649/RS, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 17.9.2012; REsp 1.167.786/MG, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe 28.6.2010.

3. Como representativo da citada jurisprudência, transcreve-se parte do já referido AgRg no AREsp 209.380/MG (Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 15.5.2013): “diante do reconhecimento

da inconstitucionalidade da cobrança compulsória de contribuição para custeio de serviços de saúde, instituída pela Lei Complementar Estadual nº 64/2002, há de se reconhecer o direito de repetição das parcelas indevidamente recolhidas, independentemente da disponibilidade e do uso dos serviços por parte dos servidores”.

4. EXAME DA CONTROVÉRSIA. O que se depreende desse entendimento é um raciocínio silogístico básico: a) Premissa maior: os tributos declarados inconstitucionais devem ser devolvidos; b) Premissa menor: a “contribuição” para a saúde cobrada pela Estado de Minas Gerais de seus servidores foi declarada inconstitucional; c) Conclusão: a mencionada contribuição deve ser devolvida aos que arcaram com ela.

5. Com a devida vênia do que vinha se decidindo no Superior Tribunal de Justiça, há erro na premissa menor do silogismo antes mencionado, embora a premissa maior deva permanecer incólume.

6. É que o STF, no julgamento da ADI 3.106/MG (Relator Ministro Eros Grau, DJ 24.9.2010), somente afastou a compulsoriedade da denominada “contribuição” para a saúde, o que torna possível a materialização de relação jurídico-administrativa de fornecimento de serviços de saúde aos servidores, mesmo após a decisão final da ADI, mediante comprovação da adesão ao serviço oferecido.

7. O STF estabeleceu na referida ADI que “os Estados-membros não podem contemplar de modo obrigatório em relação aos seus servidores, sob pena de mácula à Constituição do Brasil, como benefícios, serviços de assistência médica, hospitalar, odontológica, social, e farmacêutica”, mas fixou a possibilidade de que “o benefício será custeado mediante o pagamento de contribuição facultativa aos que se dispuserem a dele fruir”, de forma que ficou decidida a “inconstitucionalidade do vocábulo ‘compulsoriamente’ contido no § 4º e no § 5º do artigo 85 da LC 64/02, referente à contribuição para o custeio da assistência médica, hospitalar, odontológica e farmacêutica” (grifos não constantes no original).

8. Para melhor entendimento da matéria, transcrevem-se os dispositivos legais relacionados (grifei os trechos que o STF expeliu do texto normativo): “Art 85. O IPSEMG prestará assistência médica, hospitalar, odontológica, social, farmacêutica e complementar aos segurados referidos no art. 30 e servidores não titulares de cargo efetivo definidos no art. 79, extensiva aos seus dependentes. (...) § 4º A contribuição será descontada compulsoriamente e recolhida diretamente ao IPSEMG até o último dia previsto para o pagamento da folha dos servidores públicos do Estado.”

9. A denominada contribuição, portanto, continua a existir juridicamente, e tão somente a expressão “compulsoriamente” foi abstraída do texto legal, o que leva à conclusão de que é possível a formação da relação jurídica contratual de prestação de serviços de saúde (custeio da assistência médica, hospitalar, odontológica e farmacêutica) entre o Estado e o servidor público.

10. Tal constatação não desconsidera o que preceitua a Súmula 280/STF, pois estão sendo citados os elementos que constam no próprio julgamento da mencionada ADI para infirmar a tese, até então predominante no STJ, de que houve declaração de inconstitucionalidade do tributo.

11. Como reforço de peso à presente argumentação, destacam-se trechos da interpretação conforme a Constituição fixada no voto condutor da ADI 3.106/MG (Relator Min. Eros Grau) relativos à possibilidade de cobrança da “contribuição” mediante a averiguação da voluntariedade da adesão ao serviço (citação integral no voto do presente acórdão): “considerando os aspectos sociais da matéria e a conhecida longa tradição do IPSEMG no atendimento aos servidores públicos mineiros, em especial aos das categorias de base, sem dúvida os principais usuários dos serviços oferecidos por essa autarquia, nada impede, segundo me parece, sejam por ela prestados, não de modo impositivo, mas facultativamente, os serviços de assistência médica, hospitalar, odontológica, social, e farmacêutica indicados no artigo 85 da lei impugnada”; “o benefício, nessa hipótese, será custeado mediante o pagamento de contribuição facultativa, aos que se dispuserem a dele fruir”; “o artigo 85 da Lei impugnada institui modalidade complementar do sistema único de saúde,

um autêntico ‘plano de saúde complementar’, cujo alcance social, insisto neste ponto, é relevante”; “não pode fazê-lo de modo obrigatório em relação aos seus servidores, mas entendo que o interesse público --- e o interesse público primário é o interesse social --- recomenda faça-o permitindo que o servidor voluntariamente se habilite aos benefícios dessa ação complementar”; “nesta hipótese, a contribuição será voluntária.”; “a mim parece, no quadro da nossa realidade, que a prestação de ação complementar, no campo da saúde, pela autarquia, mediante a voluntária adesão do servidor público, é perfeitamente coerente com o disposto nos artigos 3º e 196 da Constituição do Brasil”.

12. Essa interpretação exarada pelo Pretório Excelso, aliada à definição de tributo prevista no art. 3º do CTN (“tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada”), demonstra que apenas foi abstraída a natureza tributária da denominada “contribuição”, de forma a permitir a cobrança da contraprestação pelo serviço de saúde daquele que voluntariamente a ele aderir.

13. Vale registrar que o STF modulou os efeitos da declaração de inconstitucionalidade em Embargos de Declaração nos seguintes termos (grifei): “(ii) conferir efeitos prospectivos (eficácia ex nunc) à declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento de mérito da presente ação direta, fixando como marco temporal de início da sua vigência a data de conclusão daquele julgamento (14 de abril de 2010) e reconhecendo a impossibilidade de repetição das contribuições recolhidas junto aos servidores públicos do Estado de Minas Gerais até a referida data.” (ADI 3106 ED, Relator Ministro Luiz Fux, Tribunal Pleno, DJe 13/8/2015). RESOLUÇÃO DA CONTROVÉRSIA SUBMETIDA AO REGIME DO ART. 543-C DO CPC/1973 (ATUAL 1036 E SEGUINTE DO CPC/2015)

14. Constatado que o STF não declarou a inconstitucionalidade de tributo (ADI 3.106/MG), e sim fixou a natureza da relação jurídica como não tributária (não compulsória), afasta-se a imposição irrestrita da repetição de indébito amparada pelos arts. 165 a 168 do CTN.

15. Observadas as características da boa-fé, da voluntariedade e o aspecto sinalagmático dos contratos, a manifestação de vontade do servidor em aderir ao serviço ofertado pelo Estado ou o usufruto da respectiva prestação de saúde geram, em regra, automático direito à contraprestação pecuniária, assim como à repetição de indébito das cobranças nos períodos em que não haja manifestação de vontade do servidor.

16. Considerando a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade exarada pelo STF, até 14.4.2010 a cobrança pelos serviços de saúde é legítima pelo IPSEMG com base na lei estadual, devendo o entendimento aqui exarado incidir a partir do citado marco temporal, quando a manifestação de vontade ou o usufruto dos serviços pelo servidor será requisito para a cobrança.

17. De modo geral, a constatação da formação da relação jurídicocontratual entre o servidor e o Estado de Minas Gerais é tarefa das instâncias ordinárias, já que necessário interpretar a legislação estadual (Súmula 280/STF) e analisar o contexto fático-probatório dos autos (Súmula 7/STJ). CASO CONCRETO

18. Na hipótese, o recorrente restringe sua pretensão recursal na defesa da tese de inconstitucionalidade do tributo para fundamentar a repetição de indébito, independentemente da utilização dos serviços de saúde, o que, de acordo com as razões acima, está prejudicado frente à decisão do STF em controle concentrado de constitucionalidade.

19. Aliado a isso, o Tribunal a quo constatou, pela prova dos autos e pela inicial, que o ora recorrente manifestou a intenção de usufruir dos serviços de saúde, o que, pelas conclusões acima, autoriza a cobrança da contraprestação respectiva.

20. Recurso Especial não provido. Acórdão submetido ao regime dos arts. 1.036 e seguintes do CPC/2015 e da Resolução STJ 8/2008.

Visando à melhor elucidação do tema, destaca-se do voto do relator Herman Benjamin:

O tema em comento se tornou recorrente no STJ, que impôs como solução a compreensão sedimentada de que o tributo declarado inconstitucional importa direito à repetição de indébito, independentemente da utilização ou adesão aos serviços de saúde ofertados pelo recorrido.

(...)

O que se depreende desse entendimento é um raciocínio silogístico básico: a) Premissa maior: os tributos declarados inconstitucionais devem ser devolvidos; b) Premissa menor: a “contribuição” para a saúde cobrada pela Estado de Minas Gerais de seus servidores foi declarada inconstitucional; c) conclusão: a mencionada contribuição deve ser devolvida aos que arcaram com ela.

Com a devida vênia do que vinha se decidindo neste Tribunal, reconheço que fui relator em vários casos, mas há erro na premissa menor do silogismo antes mencionado.

É que o STF, no julgamento da ADI 3.106/MG, somente afastou a compulsoriedade da denominada “contribuição”, o que torna possível a materialização de uma relação jurídico-administrativa de fornecimento de serviços de saúde aos servidores, mesmo após a decisão final da ADI, mediante comprovação da adesão ao serviço oferecido.

(...)

Não foi declarada a completa inconstitucionalidade da cobrança da “contribuição”, pois ficou definido pelo Pretório Excelso que “o benefício será custeado mediante o pagamento de contribuição facultativa aos que se dispuserem a dele fruir”.

(...)

O que se constata, portanto, é que o STF tão somente retirou a natureza tributária do valor cobrado, o que afasta a incidência da repetição de indébito amparada pelos arts. 165 a 168 do CTN. Por conseguinte, a decisão da Corte Suprema derruba tanto a premissa menor de que a citada “contribuição” tem natureza tributária e foi declarada inconstitucional, quanto a conclusão do raciocínio silogístico antes citado.

(...)

Em outras palavras, o STF assentou que não há autorização constitucional para estabelecer a cogência inerente dos comandos legais instituidores de tributos. Todavia denota-se que a compulsoriedade afastada traz o requisito da voluntariedade para a formação do vínculo contratual entre as partes.

Vale dizer, é possível ao Estado disponibilizar serviço de saúde específico aos seus servidores públicos, mas é inarredável o caráter voluntário de adesão contratual dos destinatários, como o próprio STF assentou na mencionada ADI.

O serviço de plano de saúde passa a ser benefício estatal trabalhista concedido aos servidores, de natureza facultativa e sinalagmática. Deve haver, pois, adesão voluntária ao serviço concedido pelo Estado de Minas Gerais para legitimar a cobrança da contraprestação pecuniária pelo serviço de saúde. A partir do momento em que o servidor adere ao serviço de saúde ou passa a utilizá-lo, caracteriza-se a adesão ao serviço.

Configura-se, portanto, a relação jurídica como contrato sinalagmático, em que a prestação de uma obrigação dá causa a uma contraprestação, e vice-versa, o que legitima a cobrança pelo serviço de saúde em razão da adesão tácita ou expressa ao contrato.

A legitimação da contraprestação pelo serviço prestado se ampara também no princípio geral da boa-fé incidente sobre as relações jurídicas. Se uma das partes considera indevida determinada contraprestação pecuniária do objeto contratual, não pode almejar o melhor dos mundos: satisfazer-se da obrigação sem a devida contraprestação.

(...)

Vale registrar que o STF modulou os efeitos da declaração de inconstitucionalidade em Embargos de Declaração nos seguintes termos:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGOS 79 e 85 DA LEI COMPLEMENTAR N. 64, DE 25 DE MARÇO DE 2002, DO ESTADO DE MINAS GERAIS. REDAÇÃO ALTERADA PELA LEI COMPLEMENTAR N. 70, DE 30 DE JULHO DE 2003. REGIME PRÓPRIO DE PREVIDÊNCIA PRIVADA E ASSISTÊNCIA SOCIAL DOS SERVIDORES DO ESTADO DE MINAS GERAIS. APOSENTADORIA E BENEFÍCIOS ASSEGURADOS A SERVIDORES NÃO-TITULARES DE CARGO EFETIVO. ALEGADA VIOLAÇÃO AOS ARTIGOS 40, §13, E 149, §1º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. AÇÃO DIRETA JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE, DECLARANDO-SE INCONSTITUCIONAIS AS EXPRESSÕES “COMPULSORIAMENTE” e “DEFINIDOS NO ART. 79”. INEXISTÊNCIA DE “PERDA DE OBJETO” PELA REVOGAÇÃO DA NORMA OBJETO DE CONTROLE. PRETENSÃO DE MODULAÇÃO DE EFEITOS. PROCEDÊNCIA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO ACOLHIDOS PARCIALMENTE.

(...). 4. Embargos de declaração acolhidos parcialmente para (i) rejeitar a alegação de contradição do acórdão embargado, uma vez que a revogação parcial do ato normativo impugnado na ação direta não prejudica o pedido original; (ii) conferir efeitos prospectivos (eficácia ex nunc) à declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento de mérito da presente ação direta, fixando como marco temporal de início da sua vigência a data de conclusão daquele julgamento (14 de abril de 2010) e reconhecendo a impossibilidade de repetição das contribuições recolhidas junto aos servidores públicos do Estado de Minas Gerais até a referida data.

Assim, até 14.4.2010 a cobrança pelos serviços de saúde foi considerada legitimada pelo STF com base na lei estadual, devendo o entendimento aqui exarado incidir a partir do citado marco temporal, quando a manifestação de vontade do servidor será requisito para a cobrança.

Outrossim, interessante apontar trecho do voto-vista do Min. Og Fernandes:

Desse modo, considerando que o Supremo conferiu efeitos prospectivos à declaração de inconstitucionalidade, fixando como marco temporal de início da sua vigência a data de 14/4/2010, tem-se que eventual repetição de indébito somente deve abarcar valores recolhidos compulsoriamente a partir dessa data.

Enfatize-se: valores cobrados compulsoriamente! Isso porque se infere do julgado proferido pelo Pretório Excelso que a prestação de serviços de saúde aos servidores do Estado de Minas Gerais, a partir da declaração de inconstitucionalidade, adquiriu natureza contratual, exigindo manifestação de vontade dos beneficiários/contribuintes, uma vez que houve apenas a declaração de nulidade do vocábulo “compulsoriamente” contido nos §§ 4º e 5º do art. 85 da LC estadual n. 64/2002.

Essa manifestação de vontade, por sua vez, dar-se-á expressa ou tacitamente, caracterizada essa última hipótese por ocasião da utilização espontânea dos serviços custeados pelo Estado de Minas Gerais, pois se o beneficiário/contribuinte continua a se valer dos serviços de saúde ofertados pelo IPSEMG, inexistem dúvidas de que aderiu ao sistema contributivo.

Conforme destacado pelo Ministro relator, entender de modo diverso e autorizar a repetição dos valores referentes às contribuições vertidas pelos beneficiários, mesmo quando esses tenham usufruídos dos serviços disponibilizados, seria o mesmo que desprestigiar a boa-fé, a voluntariedade e o aspecto sinalagmático dos contratos.

Ante o exposto, voto no sentido de acompanhar o Relator para reconhecer a natureza contratual da relação firmada entre os servidores do Estado de Minas e o IPSEMG a que alude o art. 85 da LC estadual n. 62/2002

a partir de 14/4/2010, garantido a restituição de indébito somente àqueles que, após essa data, não tenham aderido expressa ou tacitamente, caracterizada essa última hipótese por ocasião da utilização espontânea dos serviços de saúde ora em questão.

Passando-se ao caso concreto, o Magistrado julgou devida a repetição de indébito das cobranças nos períodos em que não houve a manifestação de vontade dos segurados, concluindo que o Município de Concórdia deve restituir as contribuições e coparticipações desde 21/8/2009 (cinco anos anteriores à propositura da demanda, em atenção ao prazo prescricional) até a efetiva cessação.

Entretanto, verifica-se que os demandantes buscam a condenação do requerido à repetição dos valores descontados a título de contribuição e coparticipação aos SEMAS/FUMAS, somente em razão de ter sido declarada inconstitucional a compulsoriedade da cobrança da contribuição, independentemente da fruição dos serviços, conforme se extrai das razões e do pedido que sustentam a petição inicial.

Observa-se que o Tribunal Pleno deste Sodalício, ao julgar a ADI n. 2002.001256-4, apenas reconheceu a “inconstitucionalidade da obrigatoriedade de os servidores aderirem e contribuírem para o plano de saúde instituído pela Lei Complementar Municipal n. 163/1999”, mas não afastou a possibilidade de o município manter a contribuição de assistência à saúde, desde que haja adesão voluntária dos segurados.

Não se olvida que existem neste Tribunal de Justiça precedentes, com fulcro em anterior entendimento do Superior Tribunal de Justiça, assentando que o recolhimento indevido de contribuição assistencial à saúde enseja a restituição ao contribuinte, em razão da sua natureza considerada tributária. Nessa linha: Apelação Cível n. 2011.084720-6, de Chapecó, Relator: Des. Júlio César Knoll, j. 19/2/2015. Embargos de Declaração em Apelação Cível n. 2010.043543-1/0001.00, de Brusque, Relator: Des. Subst. Paulo Henrique Moritz Martins da Silva, j. 9/12/2014.

Contudo, no julgamento do REsp 1348679/MG, sob o rito dos recursos repetitivos (Tema 588), a Corte Superior revisou o seu posicionamento e aderiu à orientação do Supremo adotada na ADI n. 3.106/MG, que retirou a natureza tributária (compulsória) da denominada contribuição à saúde, afastando a obrigatoriedade irrestrita da repetição de indébito (arts. 165 e 168 do CTN).

Em outras palavras, nos termos da tese fixada (Tema 588), o afastamento da compulsoriedade torna o serviço de plano de saúde prestado pelo ente público de natureza facultativa e sinalagmática, que permite a cobrança da contraprestação pecuniária daquele servidor que voluntariamente adere aos serviços (adesão expressa) ou passa a usufruí-los (adesão tácita).

Nesse contexto, o que se conclui frente à decisão do Superior Tribunal de Justiça é que a partir da declaração de inconstitucionalidade da contribuição compulsória instituída pela Lei Complementar Municipal n. 163/1999 (ADI 2002.001256-4, j. 18/2/2009), a restituição do indébito deve ser assegurada apenas aqueles que não tenham aderido de forma expressa ou tácita aos serviços de saúde, caracterizada essa última hipótese pela utilização espontânea dos serviços.

Extrai-se dos autos que, mesmo após ter sido declarada inconstitucional a compulsoriedade da contribuição, os demandantes continuaram a usufruir dos serviços de saúde disponibilizados pelo SEMAS (fls. 178, 187-195, 202-214, 221-235, 240-241, 248-252, 258-263, 271-276, 284-303, 310-317).

Além disso, no ano de 2014, houve adesão voluntária dos demandantes aos serviços de assistência à saúde (fls. 176, 183, 200, 219, 239, 246, 257, 269, 280, 308), no momento em que o município providenciou o cadastramento dos usuários.

Logo, diante da efetiva utilização dos serviços e, posteriormente, da adesão expressa dos servidores, inexistente o direito à repetição de indébito.

Em face dos fundamentos expostos, outra solução não resta, senão dar provimento ao recurso do Município

de Concórdia, para afastar a condenação que lhe foi imposta de restituir aos demandantes os valores pagos a título de contribuições ao sistema de assistência à saúde e das coparticipações suportadas.

Em razão da reforma da sentença neste Sodalício, no qual se reconheceu a inexistência do direito à repetição de indébito, restam prejudicadas as demais teses aventadas pelo município, assim como a apelação interposta pelos autores [...]” (grifou-se).

Nesses contornos, insta perquirir, na hipótese, se, após reconhecimento da inconstitucionalidade da contribuição compulsória, em 18.02.2009 (julgamento da ADI n. 2002.001256-4), os demandantes continuaram a pagar e usufruir dos serviços de saúde disponibilizados pelo SEMAS.

In casu, verifica-se que os autores, após a referida data, permaneceram afiliados ao serviço assistencial, conforme se observa da xerocopia dos holerites por eles carreados (págs. 32-92) e da documentação apresentada pelo Ente Municipal, ratificando, inclusive, sua adesão e cadastrando dependentes no ano de 2014 (págs. 210-230).

Logo, nos termos do *decisum* suso transcrito e explicitando-se, na espécie, a adesão dos servidores ao Sistema de Assistência à Saúde após o julgamento da referida ADI, tendo eles expressamente ratificado a filiação no ano de 2014, consoante se infere da documentação trazida aos autos, indevida a restituição dos valores descontados das folhas de pagamento dos autores a título de contribuição com o SEMAS/FUMAS.

Diante desse contexto, acolhido o reclamo do Município para julgar totalmente improcedente a lide, imperiosa a redistribuição dos ônus sucumbenciais, devendo os vencidos arcar com as custas processuais e honorários advocatícios em prol do causídico do Ente Municipal, os quais fixa-se em R\$ 1.000,00 (mil reais), tendo em vista o grau de zelo do procurador do requerido, o tempo e a natureza da ação e o local da prestação do serviço, a teor do art. 85, §§ 2º e 8º, do CPC/2015.

Ao arremate, tendo a sentença sido publicada sob a égide do Código de Processo Civil de 2015, impositivo é o arbitramento dos honorários recursais, em obediência à regra expressa no art. 85, §§ 1º, 2º e 11, do CPC.

Sobre o tema, Fredie Didier Júnior e Leonardo Carneiro da Cunha lecionam que:

Assim, vencida numa demanda, a parte deve sujeitar-se ao pagamento de honorários sucumbenciais para o advogado da parte contrária. Nessa hipótese, caso recorra e seu recurso não seja, ao final, acolhido, deverá, então, haver uma majoração específica no valor dos honorários de sucumbência. A inadmissibilidade ou a rejeição do recurso implica, objetivamente, uma consequência específica, correspondente ao aumento do percentual de honorários de sucumbência. A sucumbência recursal, com a majoração dos honorários já fixados, ocorre tanto no julgamento por decisão isolada do relator como por decisão proferida pelo colegiado. [...] (Curso de direito processual civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidentes de competência originária de tribunal. DIDIER JR., CUNHA, Leonardo Carneiro da, 13. ed. reform., Salvador: Ed. JusPodivm, 2016, p. 156).

Dessarte, tendo a verba sucumbencial sido fixada, neste *decisum*, em R\$ 1.000,00 (mil reais), majora-se para R\$ 1.200,00 (mil e duzentos reais) o total de honorários em prol do causídico do recorrente, porquanto acrescida de estipêndios recursais, afastada sua exigibilidade em razão da gratuidade judiciária concedida aos vencidos (pág. 02), observado o disposto no art. 98, §3º, do CPC.

Finalmente, ante o provimento do apelo do Município, resta prejudicado o recurso dos demandantes.

Diante do exposto, conhece-se do recurso do Ente Municipal e dá-se-lhe provimento, julgando-se prejudicado o apelo dos autores.

Este é o voto.

QUINTA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

Agravo de Instrumento n. 0032551-34.2016.8.24.0000, de Ipumirim

Relatora: Desembargadora Denise de Souza Luiz Francoski

AGRAVO DE INSTRUMENTO.

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS DECORRENTES DA MÁ PRESTAÇÃO DE SERVIÇO MÉDICO HOSPITALAR QUE CULMINOU NA MORTE DO FILHO DOS DEMANDANTES DE 16 (DEZESSEIS) ANOS DE IDADE.

DECISÃO QUE INVERTEU O ÔNUS DA PROVA EM FAVOR DOS DEMANDANTES.

(1) INSURGÊNCIA DA ASSOCIAÇÃO HOSPITALAR BENEFICÊNCIA CAMILIANA DO SUL – HOSPITAL SÃO CAMILO.

(A) PLEITO PARA RECHAÇAR A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA DEFERIDA.

TESE AFASTADA.

HOSPITAL PRIVADO QUE ATUA EM CONVÊNIO COM O SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE – SUS.

APLICABILIDADE DO CDC.

PRECEDENTES DESSA CORTE.

INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA PARA FACILITAÇÃO DA DEFESA DOS DIREITOS DO CONSUMIDOR, UMA VEZ QUE CONFIGURADA A VULNERABILIDADE, BEM COMO HIPOSSUFICIÊNCIA TÉCNICA FRENTE AO HOSPITAL REQUERIDO.

RECURSO DESPROVIDO.

RECURSO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO DA BENEFICÊNCIA CAMILIANA DO SUL HOSPITAL SÃO CAMILO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 0032551-34.2016.8.24.0000, da comarca de Ipumirim Vara Única em que é Agravante Beneficência Camiliana do Sul – Hospital São Camilo e Agravados Sandra Mara Alves e Elizandro Rodrigues.

A Quinta Câmara de Direito Público decidiu, conhecer do recurso de e negar-lhe provimento. Custas legais.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Hélio do Valle Pereira e dele participou o Exmo. Sr. Des. Artur Jenichen Filho e o Exmo. Sr. Des. Vilson Fontana.

Funcionou como representante do Ministério Público o Exmo. Dr. Newton Henrique Trennepohl. Florianópolis, 11 de julho de 2019.

Desembargadora Denise de Souza Luiz Francoski

Relatora

RELATÓRIO

Cuida-se de recurso de **agravo de instrumento** interposto por Beneficência Camiliana do Sul – Hospital São Camilo contra decisão monocrática proferida nos autos da **ação condenatória n. 0300457-44.2015.8.24.0242**, ajuizada por **Jamir Tobin e Jacira Grotto Tobin**, ora agravante, em face do hospital e do município do **Ipumirim/SC**.

1.1 Ação originária

Na demanda de origem os autores buscam o pagamento de indenização decorrente da má prestação de serviço médico hospitalar que culminou na morte do filho de 16 (dezesseis) anos dos demandantes.

1.2 Decisão interlocutória recorrida

O juiz de primeiro grau Leandro Rodolfo Paasch inverteu o ônus da prova em favor dos autores (fl. 17), nos seguintes termos:

Vistos para despacho.

Citem-se.

Por ser aplicável ao caso o Código de Defesa do Consumidor e devido à hipossuficiência da parte autora, defiro o pedido de inversão do ônus da prova. Defiro, também, o pedido de justiça gratuita.

Ipumirim (SC), 08 de setembro de 2015.

1.3 Agravo de Instrumento

Irresignado com a prestação jurisdicional, o demandado interpôs o mencionado recurso, com pedido de efeito suspensivo, sustentando, em síntese, a restituição do ônus probatório aos encargos originários afastando-se a incidência do Código de Defesa do Consumidor.

Requeru a concessão do efeito suspensivo e, ao final, o provimento do recurso.

1.4 Análise da tutela antecipada e do efeito suspensivo

A Desa. Cláudia Lambert de Faria, em análise precária do recurso, denegou provimento ao pleito de efeito suspensivo tendo em vista a hipossuficiência técnica dos autores em produzir as provas necessárias, aplicando a Teoria da Carga Dinâmica da Prova.

Destaca-se parte do decisão proferida (fls. 302-306):

Por seu turno, mister destacar que, de acordo com o art. 14 do CPC/2015, “A norma processual não retroagirá e será aplicável imediatamente aos processos em curso, respeitados os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada”.

Partindo dessa premissa, infere-se que a decisão ora agravada foi proferida pelo juízo a quo ainda com fundamento no antigo CPC/1973, de forma que a análise do pleito recursal deve obedecer aos dispositivos daquele Codex.

Com efeito, in casu, percebe-se que o pedido de concessão do efeito suspensivo encontra amparo nos arts. 527 e 558 do CPC/1973. E, à luz de tais dispositivos legais, a ordem para suspender a decisão de primeiro grau pressupõe a existência da relevância da motivação do agravo (fumus boni iuris) e o receio de lesão grave e de difícil reparação (periculum in mora).

Insurge-se a agravante contra a decisão de primeiro grau que deferiu o pedido de inversão do ônus da prova.

Compulsando os autos, observa-se que os autores/agravados ajuizaram a ação originária com o intuito de receber verbas de natureza compensatória em razão de danos morais supostamente sofridos em razão do falecimento do seu filhos, de apenas 16 anos, nas dependências do hospital agravante.

Sendo assim, os autores/agravados é quem têm o ônus de provar os fatos constitutivos do seu direito, conforme prevê o art. 333, inciso I, do CPC/1973, senão vejamos:

Art. 333. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. (sem grifo no original).

Contudo, não resta dúvida de que, se comparada com a parte ré/agravante, os ora agravados são enquadrados como hipossuficientes, uma vez que não possuem meios de obter documentos internos que possam demonstrar a negligência por parte do hospital e assim, restarão impossibilitados de comprovar a sua alegação.

Nesse caso, mesmo não se tratando de relação consumerista, deve-se inverter o ônus da prova, com base na Teoria da Carga Dinâmica da Prova, conforme entendimento adotado pelo Corte de Justiça do Rio Grande do Sul:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. SEGUROS. AÇÃO DE COBRANÇA. DPVAT. ADIANTAMENTO. HONORÁRIOS DO PERITO. TEORIA DAS CARGAS PROCESSUAIS DINÂMICAS. REGRA PROCESSUAL QUE TRATA DO ENCARGO DE ANTECIPAR AS DESPESAS PARA PRODUÇÃO DE PROVA NECESSÁRIA A SOLUÇÃO DA CAUSA. DEVOLUÇÃO DOS HONORÁRIOS PELO PERITO. DESCABIMENTO.

1. Preambularmente, cumpre destacar que é aplicável ao caso dos autos a teoria das cargas processuais dinâmicas, uma vez que as partes não se encontram em igualdade de condições para a coleta probatória pretendida, in casu levantamento técnico, existindo óbice para a realização desta em face da hipossuficiência da parte demandante importar na delonga desnecessária da solução da causa, o que atenta aos princípios da economia e celeridade processo.

2. Note-se que a teoria da carga dinâmica da prova parte do pressuposto que o encargo probatório é regra de julgamento e, como tal, busca possibilitar ao magistrado produzir prova essencial ao convencimento deste para deslinde do litígio, cujo ônus deixado à parte hipossuficiente representaria produzir prova diabólica, isto é, de ordem negativa, ou cuja realização para aquela se tornasse de difícil consecução, quer por não ter as melhores condições técnicas, profissionais ou mesmo fáticas, sejam estas de ordem econômico-financeira ou mesmo jurídica para reconstituir os fatos.

3. Aplica-se a teoria da carga dinâmica probatória, com a inversão do ônus de suportar o adiantamento das

despesas com a produção de determinada prova, com base no princípio da razoabilidade, ou seja, é aceitável repassar o custo da coleta de determinada prova a parte que detém melhor condição de patrocinar esta, a fim de se apurar a verdade real e obter a almejada Justiça.

4. Releva ponderar que a dinamização do ônus da prova será aplicada quando for afastada a incidência do artigo 333 do Código de Processo Civil por inadequação, ou seja, quando for verificado que a parte que, em tese, está desincumbida ao onus probandi, pois não possui as melhores condições para a realização de prova necessária ao deslinde do feito.

5. Assim, a posição privilegiada da parte para revelar a verdade e o dever de colaborar na consecução desta com a realização da prova pretendida deve ser evidente, consoante estabelecem os artigos 14, I, e 339, ambos do Código de Processo Civil, pois se aplica esta regra de julgamento por exceção, a qual está presente no caso dos autos, pois a parte demandada conta com melhores condições jurídicas e econômicas de produzir tal prova, pois se trata de seguradora especializada neste tipo de seguro social.

6. No presente feito não merece guarida à pretensão da parte agravante, uma vez que o art. 333 do Código de Processo Civil estabelece que os honorários do perito serão pagos antecipadamente pela parte que houver requerido o exame técnico, ou pelo autor, quando pleiteado por ambas as partes ou determinado de ofício pelo juiz, desde que aquela regra geral não importe em dificultar a realização da prova pretendida ou retardar a solução da causa, o que autoriza a inversão do encargo de adiantar o montante necessário a produção da prova pretendida.

7. Destaque-se que mesmo a perícia sendo determinada de ofício pelo magistrado é possível a inversão do encargo de adiantamento dos honorários de perito, desde que atendidas às condições atinentes a teoria da carga dinâmica da produção probatória.

8. Frise-se que a teoria da carga dinâmica da prova ou da distribuição dinâmica do ônus da prova é regra processual que visa definir, qual parte suportará os custos do adiantamento das despesas para realização de determinada prova necessária a solução do litígio no curso do feito, dentre as quais os honorários periciais. Logo, não há prejuízo a qualquer das partes com esta medida de ordem formal, pois a prova em questão irá servir a realização do direito e prestação de efetiva jurisdição, com a apuração de verdadeira reconstituição dos fatos discutidos, o que interessa a todos para alcançar a pacificação social.

9. Cumpre ressaltar, também, que antes da realização da perícia os honorários são fixados provisoriamente, a fim de ser dado início a avaliação técnica pretendida, contudo, por ocasião da decisão final, o magistrado pode estabelecer em definitivo aquela verba de sucumbência em patamar superior ao inicialmente feito, de acordo com o princípio da proporcionalidade e grau de complexidade do exame levado a efeito, atribuindo o pagamento daquela à parte sucumbente na causa.

10. Impossibilidade da devolução dos valores recebidos pelo Perito em razão do não comparecimento da parte autora para a realização do exame, uma vez que o referido profissional estava disponível para a realização do trabalho para o qual foi designado, devendo a recorrente buscar o montante que entende cabível da parte sucumbente Negado seguimento ao agravo de instrumento. (TJRS - AI n. 70060524923, Quinta Câmara Cível. Rel. Des. Jorge Luiz Lopes do Canto, julgado em 14/07/2014).

Portanto, no caso sub judice, por reputar ausente a plausibilidade do direito invocado pela agravante, a medida cabível é a manutenção da decisão agravada, até análise do mérito pela Câmara especializada. (grifou-se)

1.3 Contrarrazões

Os demandantes apresentaram contrarrazões ao agravo de instrumento (fls. 309-314).

1.6 Parecer do Ministério Público

O Procurador de Américo Bigaton deixou de se manifestar sobre o mérito da causa (fls. 325-326).

Este é o relatório.

VOTO

Inicialmente, cumpre esclarecer que a análise dar-se-á à luz do Código de Processo Civil de 1973, vigente à época da publicação da decisão monocrática, 08/09/2015, nos termos do art. 14 da novel legislação, em vigor desde 18 de março de 2016 (Lei n. 13.105/2015).

2.1 Agravo de instrumento interposto pela Beneficência Camiliana do Sul - Hospital São Camilo (fls. 02-12)

2.1.1 Admissibilidade

Presentes os pressupostos de admissibilidade o recurso de agravo de instrumento é conhecido.

2.2.2 Mérito

Pleito de reversão da decisão que inverteu o ônus da prova.

Busca a agravante a reforma da decisão monocrática que inverteu o ônus da prova em favor dos demandantes.

O recurso não merece prosperar.

Nos autos originários, os demandante busca indenização oriunda de negligência de hospital que culminou na morte do filho de 16 (dezesseis) anos dos demandantes.

O autores são pessoas simples que residem no interior de Ipumirim/SC em que extraem seu sustento de uma pequena propriedade rural. A vítima, filho dos demandantes, por sua vez estudava no Colégio Agrícola IFET -Concórdia e pretendia dar continuidade ao trabalho dos pais.

Ocorre que os demandantes levaram o filho até o hospital demandado com o diagnóstico de “Gripe A”, momento em que foi atendido pelo médico plantonista que liberou a vítima para o retorno às atividades da escola. Ato contínuo, o médico plantonista registrou a doença como “CID: Z07.3” (fls. 62), código que não consta na Classificação Internacional de Doenças.

No dia posterior o jovem foi atendido por outro médico, em consultório, que através de simples testes levantou a suspeita de meningite encaminhando o jovem para o Hospital de Concórdia em que veio a óbito.

O magistrado reconheceu a hipossuficiência dos autores em produzir as provas necessárias para processo, invertendo o ônus da prova.

A matéria não é nova nesta Câmara de Justiça, em que, ao julgar o recurso de agravo de instrumento n. 0032935-94.2016.8.24.0000,, o Desembargador Artur Jenichen Filho explicou com brilhantismo a controvérsia.

Destaca-se a ementa proferida no julgamento:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO INDENIZATÓRIA. ERRO MÉDICO. INDEFERIMENTO DA JUSTIÇA GRATUITA. INSUFICIÊNCIA DE RECURSOS NÃO DEMONSTRADA. EXEGESE DA SÚMULA N. 481 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E DO ART. 98 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. INDEFERIMENTO MANTIDO. HOSPITAL PRIVADO QUE ATUA EM CONVÊNIO COM O SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (SUS). ENTE QUE ESTÁ SUBMETIDO ÀS REGRAS DE DEFESA DO CONSUMIDOR. PRECEDENTES NESTA CORTE. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA DEFERIDO EM PRIMEIRO GRAU. HIPOSSUFICIÊNCIA DO PACIENTE EM RELAÇÃO AO HOSPITAL. DECISUM HOSTILIZADO MANTIDO. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (Agravo de Instrumento n. 0032935-94.2016.8.24.0000, de Chapecó, rel. Des. Artur Jenichen Filho, Quinta Câmara de Direito Público, j. 05-04-2018).

Por se tratar de caso semelhante, adota-se o teor do seu voto como razões de decidir, nos seguintes termos:

A agravante pugna pelo afastamento da inversão do ônus da prova. Razão não lhe assiste.

Isso porque não obstante suas alegações, há se esclarecer que a jurisprudência desta e. Corte entende que o nosocômio privado que tenha convênio com o Sistema Único de Saúde – SUS é tratado como prestador de serviços e a ele se aplica o Código de Defesa do Consumidor.

Ainda, salientar-se que o paciente, em relação ao hospital, é considerado hipossuficiente, de modo que a inversão do ônus da prova vem para facilitar a busca daquele pelos seus direitos.

Nessa senda:

Agravo de instrumento. Ação de indenização por danos morais e materiais ajuizada contra hospital. Erro médico. Demanda submetida ao Código de Defesa do Consumidor. Cerceamento de defesa. Inocorrência. Desnecessidade de produção de prova testemunhal. Inversão do ônus da prova. Legitimidade passiva do hospital. Recurso desprovido. Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor quando o serviço prestado por hospital privado, embora não cobrado do paciente diretamente, seja pago pelo Sistema Único de Saúde - SUS, que, em razão do convênio existente, arca com os custos dos atendimentos realizados, sendo possível determinar os gastos específicos de cada ocorrência. (TJSC, rel. Des. Ronei Danielli). O hospital é parte legítima para figurar no polo passivo das ações promovidas contra médicos credenciados ou componentes de seu corpo clínico. Ente hospitalar que responde na qualidade de fornecedor, conforme art. 14 do CDC, pelo defeito na prestação do serviço. Íntima vinculação com a conduta médica. (TJSC, rel. Des. Ronei Danielli). (TJSC, Agravo de Instrumento n. 0031919-08.2016.8.24.0000, de Araranguá, Rel. Des. Pedro Manoel Abreu, Terceira Câmara de Direito Público, j. 24.1.2017, grifei).

À vista de tais elementos, refuta-se a pretensão da agravante no ponto.

Ante o exposto, voto no sentido de conhecer do recurso e negar-lhe provimento.

Em razão da manutenção do indeferimento da gratuidade da justiça, fica a agravante obrigada a proceder o recolhimento do preparo recursal, sob pena de ser inscrita em dívida ativa.

De mesmo norte, destaca-se o precedente:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. INDENIZAÇÃO POR OMISSÃO E NEGLIGÊNCIA MÉDICA. DECISÃO AGRAVADA QUE INDEFERIU O PLEITO AUTORAL DE INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. EVIDENTE HIPOSSUFICÊNCIA TÉCNICA DOS AUTORES NO CASO CONCRETO QUE RECLAMA O PROVIMENTO DO RECURSO A FIM DE EQUILIBRAR A RELAÇÃO PROCESSUAL. APLICABILIDADE DA TEORIA DA CARGA DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA. AGRAVADOS QUE REÚNEM MELHORES CONDIÇÕES DE DEMONSTRAR A ADEQUAÇÃO DO PROCEDIMENTO ADOTADO. RECURSO PROVIDO. “Muitos de nossos tribunais, outrossim, têm extraído a regra de nosso sistema processual. Caso emblemático em que se abraça a tese ora examinada é o da responsabilidade civil do profissional liberal, principalmente do médico, vez que este, quando demandado, sempre tem melhores condições de provar que agiu regularmente do que a vítima provar sua atuação irregular - a despeito de, pela regra estática de distribuição do ônus da prova (art. 333, CPC), a ele não caber esse ônus. (Curso de direito processual civil. Vol. 2. 6. ed., Salvador: Juspodivm, p. 96/99). [...]” (TJSC - AC n. 2008.001848-9, de Turvo, Rel. Des. Artur Jenichen Filho, j. 9.7.2015) [...] (TJSC, Agravo de Instrumento n. 4008910-12.2017.8.24.0000, de Porto Uniao, rel. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz, Segunda Câmara de Direito Público, j. 20-03-2018).

Diante do exposto, não merece prosperar o recurso de agravo de instrumento interposto pela Beneficência Camiliana do Sul - Hospital São Camilo devendo-se manter a decisão recorrida do magistrado singular que inverteu o ônus da prova em favor dos demandantes.

3 Dispositivo

Ante o exposto vota-se para conhecer do recurso e negar-lhe provimento devendo a decisão atacada permanecer irretocada.

Este é o voto.

Apelação Cível n. 0501417-53.2012.8.24.0005, de Balneário Camboriú

Relator: Desembargador Hélio do Valle Pereira

RESPONSABILIDADE CIVIL – ERRO DE TABELIÃO EM REGISTRO DE NASCIMENTO – DEMANDA EXCLUSIVAMENTE EM FACE DE OFICIALA – ILEGITIMIDADE – TEMA 777 DO STF – SENTENÇA MANTIDA.

Em julgamento recente, o Supremo Tribunal Federal firmou esta tese: “O Estado responde, objetivamente, pelos atos dos tabeliães e registradores oficiais que, no exercício de suas funções, causem dano a terceiros, assentado o dever de regresso contra o responsável, nos casos de dolo ou culpa, sob pena de improbidade administrativa” (Tema 777, rel. Min. Luiz Fux).

No caso, o autor demandou apenas a oficiala do Cartório em que houve equívoco quando do assentamento da filiação no registro de nascimento, razão pela qual a sentença extinguiu o feito por ilegitimidade passiva.

Precedente desta 5ª Câmara de Direito Público.

Recurso desprovido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0501417-53.2012.8.24.0005, da comarca de Balneário Camboriú – 4ª Vara Cível em que é Apelante Alejandro Almeida Rodriguez e Apelado o Cartório de Registro Civil das Pessoas Naturais e Jurídicas, Títulos e Doc. de Baln. Camboriú e Salvelina Geraldo Campos.

A Quinta Câmara de Direito Público decidiu, por unanimidade, conhecer e negar provimento ao recurso. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Excelentíssimos Senhores Desembargadores Denise de Souza Luiz Francoski e Vilson Fontana.

Florianópolis, 25 de julho de 2019.

Desembargador Hélio do Valle Pereira
Presidente e relator

RELATÓRIO

Alejandro Almeida Rodrigues demandou Salvelina Geraldo Campos, oficiala do cartório de registro civil (Cartório Campos), objetivando à reparação em danos morais por erro notarial.

Narrou que ingressou com pedido de nacionalização brasileira – era, até então, uruguaio – e obteve sentença favorável, razão pela qual foi determinado ofício para o Cartório de Registro Civil de Nascimentos da Comarca de Balneário Camboriú para que se realizasse a anotação. Houve, contudo, engano quando do registro da filiação do autor, fazendo com que constassem como pais, os avós

paternos dele (José Diaz de Almeida e Celina Fernandez de Almeida). A ciência do equívoco somente ocorreu no momento em que o demandante foi confeccionar a carteira de identidade. Tentou corrigir a imprecisão diversas vezes com o Cartório, mas diante da urgência em providenciar seus documentos (carteira de trabalho), utilizou o registro com as informações erradas. Em virtude disso, a sua esposa levou a carteira de trabalho até a Polícia Federal, acusando-o de portar documentos falsos, o que resultou em instauração de inquérito policial. Por consequência, a Justiça Federal oficiou o cartório que se limitou a apresentar o registro já retificado, omitindo-se quanto ao equívoco cometido na filiação. A situação foi mencionada em processo de pensão alimentícia de forma pejorativa em relação ao demandante com a seguinte afirmativa: *“uma pessoa de caráter duvidoso, já tendo sido preso pela Polícia Federal por portar documentos falsos”*. Reforçou que o erro, inclusive, foi citado em seu desfavor quando da realização de estudo social sob o fundamento de que poderia se evadir do país com sua filha. Dessa forma, sofreu abalo anímico, pretendendo a reparação moral.

A sentença foi de extinção sem resolução de mérito pelo reconhecimento da ilegitimidade passiva e por isso o autor recorre.

Argumenta que, embora o serviço notarial seja privado, ele é realizado por delegação pelo Poder Público, motivo pelo qual a responsabilidade civil é objetiva, de acordo com o art. 37, §6º da CF/88 e o art. 22 da Lei n. 8.935/94. Nessa linha raciocínio, diz que todos os danos sofridos em decorrência do erro quando da lavratura do seu registro devem ser imputados à ré, oficiala à época dos fatos. Reforça que houve comprovação do nexo causal e dos danos suportado, haja vista que somente foi indiciado pela polícia federal em razão da discrepância de informações entre seus documentos. Quer, assim, a reforma da sentença para reconhecer a legitimidade da demandada assim como condená-la à reparação moral em valor não inferior a 150 salários mínimos.

Nas contrarrazões, advoga-se a responsabilidade do Estado, o que justifica a reconhecida ilegitimidade, à luz de precedente do Superior Tribunal de Justiça.

O processo foi, inicialmente, distribuído à 7ª Câmara de Direito Civil que declinou da competência, vindo os autos para esta Câmara de Direito Público.

VOTO

A controvérsia está na responsabilidade dos tabeliães para responder por erro cartorário.

Em fevereiro deste ano houve julgamento do Recurso Extraordinário 842.846 (Tema 777) – originado deste Estado, inclusive – em que o Supremo Tribunal Federal assentou a seguinte tese: *“O Estado responde, objetivamente, pelos atos dos tabeliães e registradores oficiais que, no exercício de suas funções, causem dano a terceiros, assentado o dever de regresso contra o responsável, nos casos de dolo ou culpa, sob pena de improbidade administrativa.”*

O relator Ministro Luiz Fux compreendeu que os tabeliães e os notários têm fé pública, justamente porque exercem função eminentemente pública, inclusive estando sujeita à fiscalização do Poder Público (art. 236 da CF/88).

Nesse sentido, a responsabilidade é direta do Estado, devendo – ou seja, não é uma faculdade – ingressar com ação regressiva em caso de dolo ou culpa do tabelião e/ou do notário.

Eis o acórdão deste Tribunal que foi mantido pelo STF:

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. DANO MATERIAL DECORRENTE DE ERRO DE ATO DE SERVIÇO DO CARTÓRIO DO REGISTRO CIVIL LEGITIMIDADE PASSIVA DO ESTADO. DENUNCIÇÃO DA LIDE NÃO OBRIGATÓRIA. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO AO DENUNCIANTE. NULIDADE INEXISTENTE. EQUÍVOCO DO NOME DA PESSOA FINADA NA EXPEDIÇÃO DA CERTIDÃO DE ÓBITO. FATO QUE IMPEDIU O AUTOR DE RECEBER A PENSÃO PREVIDENCIÁRIA POR MORTE DA ESPOSA. NECESSIDADE DE AJUIZAMENTO DE DEMANDA PARA RETIFICAÇÃO DO REGISTRO. RETARDAMENTO NA PERCEPÇÃO DO BENEFÍCIO. DANO MATERIAL CARACTERIZADO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. DEVER DE INDENIZAR CONFIGURADO. RECURSO DESPROVIDO.

1. “O Estado, na condição de delegante dos serviços notariais, responde objetivamente pela reparação dos danos que os tabeliães e registradores vierem a causar a terceiros em razão do exercício de suas funções” (AC n. 2007.061873-6, da Capital).

2. Se a falta de denúncia não implica na perda do direito de regresso nas hipóteses dos incs. I e II do art. 70, repugna aos princípios de economia e celeridade processual a ideia de se anular o processo em razão do indeferimento desse pleito, ainda quando a litisdenuciação fosse cabível.

3. “A indenização por dano material só pode dizer respeito ao ressarcimento daquilo que, em cada situação, representou uma diminuição indevida do patrimônio do ofendido” (Resp 675147/RJ). Sob esta premissa, quem deixou de receber valores à que tinha direito em razão da atuação faltosa de preposto do Estado, deve ser indenizado na integralidade do montante a que, indubitavelmente, fazia jus. (AC 2009.007332-3, rel. des. Newton Janke, Segunda Câmara de Direito Público)

No caso, a demanda foi ajuizada apenas em relação à oficiala responsável pelo Cartório Campos à época dos fatos e, assim, a sentença do Juiz de Direito Rodrigo Coelho Rodrigues foi convergente com o agora sedimentado pela Corte Superior (fls. 129-130):

(...)

De início, antes de enfrentar o mérito da presente actio, impende analisar a preliminar de ilegitimidade passiva arguida na contestação.

A atividade notarial é exercida em caráter privada, por delegação do Poder Público, nos termos do art. 236 da Constituição da República Federativa do Brasil:

Art. 236. Os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público.

§ 1º Lei regulará as atividades, disciplinará a responsabilidade civil e criminal dos notários, dos oficiais de registro e de seus prepostos, e definirá a fiscalização de seus atos pelo Poder Judiciário.

§ 2º Lei federal estabelecerá normas gerais para fixação de emolumentos relativos aos atos praticados pelos serviços notariais e de registro.

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

E, neste viés, surge a indagação acerca da responsabilidade dos notários e registradores pelos atos realizados no desenvolvimento da função, dividindo opiniões acerca do tema.

Entrementes, a corrente que ganha maior força defende que os notários e registradores são funcionários públicos, pois o ingresso na carreira se dá tão somente por via de concurso público, que é o meio próprio de admissão no serviço público. Logo, são agentes estatais ocupantes de cargos públicos, criados por lei, com número certo, denominação própria e remuneração de receita pública (embora alguns sejam remunerados com rendimentos do próprio cartório).

Neste sentido, cita-se o doutrinador Rui Stoco:

Não obstante o caráter privado do exercício dos serviços, os notários e registradores permanecem no status de servidores públicos, concluindo que a admissão da responsabilidade objetiva dos serventuários importaria em ofensa ao princípio da isonomia.

O Superior Tribunal de Justiça, sobre o tema, já se posicionou:

A jurisprudência desta Corte vem reconhecendo a responsabilidade do Estado em decorrência de defeitos na prestação no serviço notarial, já que se trata de serviço público delegado, portanto, sujeito aos preceitos do artigo 37, § 6º, da CF. 4. “Embora seja o preposto estatal também legitimado para responder pelo dano, sendo diferentes as suas responsabilidades, a do Estado objetiva e a do preposto subjetiva, caminhou a jurisprudência por resolver em primeiro lugar a relação jurídica mais facilmente comprovável, ressaltando-se a ação de regresso para apurar-se a responsabilidade subjetiva do preposto estatal.” (REsp 489.511/SP, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 22.6.2004, DJ 4.10.2004 p. 235.) 5. “A função eminentemente pública dos serviços notariais configura a natureza estatal das atividades exercidas pelos serventuários titulares de cartórios e registros extrajudiciais. RE 209.354/PR.” (RE 551.156 AgR, Relator(a): Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, julgado em 10.3.2009, DJe-064 DIVULG 2.4.2009 PUBLIC 3.4.2009.)

“ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ATO NOTARIAL. PROCURAÇÃO. FALSIDADE IDEOLÓGICA RECONHECIDA. COMPRA E VENDA REALIZADA. ANULAÇÃO DO NEGÓCIO. RESPONSABILIDADE CONFIGURADA. 1. ‘Os tabelionatos são serventias judiciais e estão imbricadas na máquina estatal, mesmo quando os servidores têm remuneração pelos rendimentos do próprio cartório e não dos cofres públicos’ (REsp 489.511/SP, Rel. Min. Eliana Calmon, DJU 04.10.2004). 2. A procuração pública cuja falsidade foi reconhecida e que motivou a alienação imobiliária, posteriormente desfeita, sujeita o Documento: 5018294 - RELATÓRIO, EMENTA E VOTO - Site certificado Página 5 de 8 Superior Tribunal de Justiça Estado à responsabilidade civil. 3. Recurso especial provido.” (REsp 797.463/SP, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 5.11.2008, DJe 17.12.2008.)

Desta forma, conclui-se que, em que pese todos os argumentos elencados no caso concreto e que, ainda, a ilegitimidade passiva se baseia em circunstâncias diferentes daquelas alegadas pela parte ré, o reconhecimento da preliminar é medida que se impõe para extinguir a demanda, haja vista a carência de ação por ilegitimidade passiva.

Aliás, esta Câmara de Direito Público já aplicou o entendimento em julgado recente em desfavor do Estado de Santa Catarina:

APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ATOS DE TABELIÃ QUE CONFERIU FÉ PÚBLICA À PROCURAÇÃO FALSA. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA. RECURSO DO ESTADO DE SANTA CATARINA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO. TEMA 777 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ILEGITIMIDADE PASSIVA E DENUNCIÇÃO À LIDE AFASTADAS. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. AÇÃO AJUIZADA DENTRO DO PRAZO. INACOLHIMENTO. MÉRITO. AVENTADA EXCLUDENTE DE RESPONSABILIDADE POR CULPA EXCLUSIVA DE TERCEIRO. QUEBRA DO NEXO DE CAUSALIDADE NÃO COMPROVADA. AFERIÇÃO DA IDONEIDADE DOCUMENTAL. FORTUITO INTERNO INERENTE À ATIVIDADE CARTORÁRIA. IMPUGNAÇÃO QUANTO AOS DANOS MATERIAIS. ACOLHIMENTO EM PARTE. DESCONSIDERAÇÃO DO CÔMPUTO INDENIZATÓRIO OS VALORES DESPROVIDOS DE COMPROVAÇÃO DOCUMENTAL E DISPENDIDOS COM LOCAÇÃO IMOBILIÁRIA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO EM PARTE. RECURSO DOS AUTORES. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORA FIXADA EM R\$ 10.000,00. MAJORAÇÃO PARA R\$ 15.000,00. HONORÁRIOS MANTIDOS CONSOANTE A SENTENÇA. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. ÔNUS SUCUMBENCIAIS. REDISTRIBUIÇÃO. 30% AOS AUTORES E 70% AO RÉU. CONSECTÁRIOS LEGAIS. ESTIPULAÇÃO DE ACORDO COM O DISPOSTO NA LEI 11.960/2006, NAQUILO QUE APLICÁVEL. (AC 0001876-40.2008.8.24.0042, rel. des. Vilson Fontana)

Assim, conheço e nego provimento ao apelo.

É o voto.

Apelação Cível n. 0052135-22.2006.8.24.0038, de Joinville

Relator: Desembargador Wilson Fontana

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ASSOCIAÇÃO “DE FACHADA” CONSTITUÍDA COM O FIM DE ANGARIAR VERBA PÚBLICA. APELADOS QUE CONCORRERAM IGUALMENTE PARA O ATO. PROVA ROBUSTA. “LARANJAS” QUE RELATAM O ESQUEMA. OFÍCIOS DOS APELADOS SOLICITANDO SUBVENÇÃO DO ESTADO. CONFISSÃO DE CORRÉU. VERBA PÚBLICA SEM DESTINAÇÃO COMPROVADA. CONTORNOS DE ENRIQUECIMENTO ILÍCITO CONSOLIDADOS NA ESFERA CRIMINAL (ART. 935 DO CÓDIGO CIVIL). PRECEDENTES DESTA CORTE. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 0052135-22.2006.8.24.0038, da comarca de Joinville – 2ª Vara da Fazenda Pública, em que é apelante o Ministério Público do Estado de Santa Catarina e são apelados João de Oliveira Rosa e Roberval Cabral da Maia.

A Quinta Câmara de Direito Público decidiu, por unanimidade, conhecer e dar provimento ao recurso para julgar procedentes os pedidos deduzidos na inicial, inclusive a declaração de nulidade de todos os negócios da entidade fantasma, além de condenar os apelados a: i) ressarcir integral e solidariamente o dano; ii) suspensão dos direitos políticos pelo prazo de oito anos; iii) pagamento, cada um, de multa civil no mesmo montante do acréscimo indevido; iv) proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de dez anos. Consectários legais na forma da fundamentação. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Exmos. Srs. Des. Hélio do Valle Pereira (presidente com voto) e Des^a. Denise de Souza Luiz Francoski.

Florianópolis, 4 de julho de 2019.

Desembargador Wilson Fontana
Relator

RELATÓRIO

Trata-se de ação civil pública por improbidade administrativa movida pelo Ministério Público de Santa Catarina na comarca de Joinville contra João de Oliveira Rosa, então parlamentar estadual, e Roberval Cabral da Maia, seu assessor, por terem desviado recursos públicos à esfera privada mediante constituição de entidade não governamental de fachada.

Não obstante, os pedidos foram julgados improcedentes pela ausência de prova efetiva do enriquecimento ilícito.

O Ministério Público apela sustentando que há prova robusta da prática do ato ímprobo. Diz também que os apelados foram condenados pelos mesmos atos na esfera criminal e que as contas da referida associação foram inclusive negadas pelo Tribunal de Contas do Estado.

Contrarrazões do réu João de Oliveira Rosa às fls. 1039/1045.

O apelado Roberval Cabral da Maia, apesar de intimado, não apresentou contrarrazões (fls. 1046).

Lavrou parecer pela douta Procuradoria-Geral de Justiça a Exma. Sra. Dra. Walkyria Ruicir Danielski, manifestando-se pelo provimento do apelo.

Este é o relatório.

VOTO

1. MÉRITO

A sentença foi publicada na vigência do CPC/1973, portanto, a apelação será analisada à luz do regramento nele estabelecido.

Assim, porque preenchidos os pressupostos intrínsecos e extrínsecos, conhece-se do recurso.

É inconteste, pois relatado por diversas testemunhas, que a Associação Viva o Boa Vista nunca exerceu suas atividades e foi constituída desde o início de forma fraudulenta com o fim de satisfazer interesses escusos e também que recebeu do Estado de Santa Catarina subvenções no importe de R\$ 125.000,00 (fls. 229 e 380).

Do mesmo modo, as testemunhas relatam que o apelado Roberval Cabral da Maia atuou sistematicamente para constituir a associação, colhendo adesão de terceiros que servissem como interpostos para conferi-la aparência de legitimidade – isto foi inclusive confessado pelo próprio apelado.

Está igualmente bem demonstrado que o réu João de Oliveira da Rosa, então deputado estadual e superior hierárquico do corrêu, agiu para conseguir a verba para a referida entidade, conforme ofício destinado ao Governador do Estado em 19 de abril de 2001 (fls. 409) requerendo a subvenção.

Estabelecidas estas premissas fáticas, cabe ressaltar que todos que concorrem de alguma forma para o ato ímprobo estão suscetíveis às sanções aplicáveis:

Art. 3º As disposições desta lei são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta.

Assim, diante da prova robusta de que o dinheiro público destinado à AVBV não tenha sido utilizado em seu benefício, é nítido que os apelados, cientes de suas condutas ilícitas, ambos concorreram para a consecução do ato consistente em dano ao erário e enriquecimento ilícito no valor de R\$ 125.000,00.

Ademais, o apelado Roberval Cabral da Maia confessou os fatos e relatou que efetuou diversos saques, de cheques avulsos, e entregou o dinheiro em espécie na residência de João de Oliveira Rosa, que era o mentor do plano.

A propósito, estes contornos fáticos foram confirmados por ocasião do acórdão em Apelação Criminal n. 2007.012836-1, sem isentar qualquer um dos réus do crime e atribuindo ao apelado João de Oliveira Rosa a apropriação ilícita da verba, de modo que sobre isto não cabe mais discussão:

Art. 935. A responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal.

Vale dizer, os precedentes deste Tribunal de Justiça têm reconhecido a inafastabilidade da conclusão fática atingida na esfera criminal:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONDUZAS ÍMPROBAS ATRIBUÍDAS A FISCALIS DA VIGILÂNCIA SANITÁRIA. EXIGÊNCIA DE VANTAGEM INDEVIDA PARA A LIBERAÇÃO DE ALVARÁ DE FUNCIONAMENTO. AGENTES FLAGRADOS POR POLICIAIS CIVIS NO EXATO MOMENTO DO RECEBIMENTO DO VALOR EXIGIDO. MATERIALIDADE E AUTORIA ASSENTADAS EM SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA TRANSITADA EM JULGADO. IMPOSSIBILIDADE DE REDISCUSSÃO. EXEGESE DO ART. 935 DO CÓDIGO CIVIL. PRECEDENTES DESTA CORTE DE JUSTIÇA. ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA EVIDENCIADO. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. “Se, em razão dos fatos embasadores da ação civil pública, os réus foram denunciados e condenados criminalmente, por decisão transitada em julgado, dispensável, porque inútil, ocupar-se das alegações, teses e argumentos tendentes a reverter, em sede recursal, o julgamento monocrático de procedência do pedido, certo que aquela condenação tem o efeito de ‘tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime’ (art. 91, I, CP)” (TJSC, Apelação Cível n. 2005.041887-9, Relator: Des. Newton Janke, j. 08/03/2007). (TJSC, Apelação Cível n. 0004180-41.2010.8.24.0139, de Porto Belo, rel. Des. Paulo Ricardo Bruschi, Quarta Câmara de Direito Público, j. 06-09-2018).

Assim, é incontestável que os apelados cometeram ato de improbidade que importa enriquecimento ilícito (art. 9º, IX, XI e XII, da Lei 8.429/92) de forma que a sentença merece reforma para condená-los às sanções cabíveis.

2. DOSIMETRIA DA PENA

Passando à fixação da pena, ressalta-se que “O Juiz pode aplicar todas essas sanções ou apenas algumas delas, desde que sejam pertinentes ao caso e necessárias e suficientes para a retribuição do ato ímprobo e empeco à prática de novos fatos.” (TJSC, Apelação Cível n. 2013.065143-6, de São José do Cedro, rel. Des. Jaime Ramos, Quarta Câmara de Direito Público, j. 23-07-2015).

Por essas razões, em atenção ao disposto no art. 12, inciso I, da Lei 8.429/92, salienta-se primeiramente que estão ausentes circunstâncias pessoais relevantes a autorizarem alguma diferenciação a um ou outro réu.

Por conseguinte, é natural à penalização o ressarcimento do dano (R\$ 125.000,00) e a multa civil, que diante da ausência de elementos acerca da capacidade econômica dos réus, fica arbitrada no mesmo valor do acréscimo patrimonial indevido.

Igualmente, não há informação de que os apelados exerçam atualmente função pública. Por outro lado, os atos ímprobos deram-se na esfera política – o que atrai, por certo, a aplicação da pena de suspensão dos direitos políticos pelo prazo de oito anos, diante da inexistência de informação de que atuem ainda na carreira política.

Também ocorrido o ilícito em sede de negociação *lato sensu* com o poder público, é pertinente a pena de proibição de contratar com o poder público, pelo prazo legal – dez anos.

3. CONSECTÁRIOS LEGAIS

Incidirá sobre o montante a ser ressarcido e as multas civis a correção monetária pelo INPC, nos termos do Provimento n. 13/95, da CGJ/SC, a incidir desde o evento danoso, referente à data de realização dos dispêndios, em 31/05/2001 (fls. 229 e 380), observando-se, de igual forma, juros de mora de 1% ao mês, a contar também de cada desembolso. É o precedente do STJ:

RECURSO DA MUNICIPALIDADE PLEITEANDO A FIXAÇÃO DO TERMO INICIAL DA CORREÇÃO MONETÁRIA E DOS JUROS DE MORA ÀS SANÇÕES DE RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. DIES A QUO. DATA DO EVENTO DANOSO (ATO ÍMPROBO). EMBARGOS CONHECIDOS E ACOLHIDOS. “[...] a correção monetária e os juros da multa civil têm, como *dies a quo* de incidência, a data do evento danoso (o ato ímprobo), nos termos das Súmulas 43 (“Incide correção monetária sobre dívida por ato ilícito a partir da data do efetivo prejuízo”) e 54 (“Os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual”) do STJ e do art. 398 do Código Civil.4. Recurso Especial provido. (REsp 1645642 / MS; Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN; Órgão Julgador: SEGUNDA TURMA; Data do Julgamento: 07/03/2017; Data da Publicação/Fonte: DJe 19/04/2017).

Esclareceu o Relator do julgado acima que “[...] as sanções e o ressarcimento do dano, previstos na Lei da Improbidade Administrativa, inserem-se no contexto da responsabilidade civil extracontratual por ato ilícito”.

Não obstante, “(...)’Na ação de improbidade Administrativa a multa civil fixada será atualizada monetariamente e acrescida de juros de mora de 1% ao mês (art. 406 do CC) **a partir da sentença**’ (Enunciado n. 06/2013 da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados - Enfam).” (Embargos de Declaração em Apelação Cível n. 2012.035539-7, de Araranguá, rel. Des. Newton Trisotto, Primeira Câmara de Direito Público, 12-08-2014).

Quanto aos honorários advocatícios, “A Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que, quando a Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público for julgada procedente, descabe condenar a parte vencida em honorários advocatícios” (STJ, REsp n. 1038024/SP, rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, j. 15.9.09).

4. DISPOSITIVO

Ante o exposto, vota-se para conhecer e dar provimento ao recurso para julgar procedentes os pedidos deduzidos na inicial, inclusive a declaração de nulidade de todos os negócios da entidade fantasma, além de condenar os apelados a: **i)** ressarcir integral e solidariamente o dano; **ii)** suspensão dos direitos políticos pelo prazo de oito anos; **iii)** pagamento, cada um, de multa civil no mesmo valor do acréscimo patrimonial indevido; **iv)** proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de dez anos.

Determina-se, quanto ao ressarcimento do dano, a incidência de correção monetária pelo INPC e dos juros de mora de 1% ao mês, ambos a contar da data de cada dispêndio; quanto à sanções de multa civil, a correção monetária é a partir da publicação do acórdão e os consectários de mora correrão a partir do trânsito em julgado.

Este é o voto.

PRIMEIRO GRUPO DE DIREITO CRIMINAL

Revisão Criminal n. 4018023-19.2019.8.24.0000, de São Miguel do Oeste

Relator: Des. Sérgio Rizelo

REVISÃO CRIMINAL. 1. CABIMENTO. REITERAÇÃO DE TESE JÁ SUBMETIDA AO JUDICIÁRIO. 2. CIRCUNSTÂNCIAS. TRÁFICO DE DROGAS. PLURALIDADE DE CONDUTAS. 3. ATENUANTE. FRAÇÃO DE DIMINUIÇÃO. 4. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA (LEI 11.343/06, ART. 33, § 4º). CONDENAÇÃO POR ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS.

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. É inviável o aumento da pena, por valoração negativa das circunstâncias do delito sob o argumento de que o agente incidiu em mais de um verbo previsto no *caput* do art. 33 da Lei 11.343/06, se as ações ocorrem no mesmo contexto fático e não revelam maior desvalor na conduta.

3. Em regra, a pena deve ser reduzida em 1/6 sobre a pena-base por cada circunstância legal reconhecida em favor do acusado; inexistente fator ou fundamento que justifique a escolha de patamar distinto, aquele deve ser o adotado.

4. É indevido o reconhecimento da causa de diminuição de pena referente ao tráfico privilegiado ao acusado que é concomitantemente condenado pela prática do delito de associação para o tráfico, pois isso é evidência de sua dedicação a atividades criminosas.

REVISÃO PARCIALMENTE CONHECIDA E DEFERIDA EM PARTE.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Revisão Criminal n. 4018023-19.2019.8.24.0000, da comarca de São Miguel do Oeste (Vara Criminal), em que é Requerente Thiago Paulino da Silva Banfi:

O Primeiro Grupo de Direito Criminal decidiu, por unanimidade, conhecer parcialmente da revisão e deferi-la em parte, a fim de reduzir para 9 anos e 4 meses de reclusão e 1.516 dias-multa a pena imposta a Thiago Paulino da Silva Banfi na Ação Penal 0000849-92.2018.8.24.0067. Sem custas.

Participaram do julgamento, realizado no dia 31 de julho de 2019, os Excelentíssimos Desembargadores Alexandre d'Ivanenko (Presidente), José Everaldo Silva, Leopoldo Augusto Brüggemann, Luiz Neri Oliveira de Souza, Norival Acácio Engel, Júlio César M. Ferreira de Melo, Hildemar Meneguzzi de Carvalho e Paulo Roberto Sartorato.

Florianópolis, 1º de agosto de 2019.

Sérgio Rizelo
RELATOR

RELATÓRIO

Na Comarca de São Miguel do Oeste, nos autos da Ação Penal 0000849-92.2018.8.24.0067, o Ministério Público do Estado de Santa Catarina ofereceu denúncia contra Thiago Paulino da Silva Banfi, imputando-lhe a prática dos delitos de tráfico de drogas (por duas vezes) e associação para o tráfico, todos circunstanciados por envolver adolescente (fls. 12-14).

Concluída a instrução, o Magistrado Sentenciante julgou parcialmente procedente o pedido formulado na exordial e condenou Thiago Paulino da Silva Banfi à pena de 12 anos e 3 meses de reclusão, inicialmente em regime fechado, e 1.833 dias-multa, por infração ao disposto nos arts. 33, *caput*, e 35, *caput*, ambos combinados com o 40, VI, todos da Lei 11.343/06 (fls. 12-32).

Após o trânsito em julgado da sua condenação, Thiago Paulino da Silva Banfi ajuizou a presente revisão criminal.

Aduz, em síntese, que não há prova suficiente a amparar a acusação atinente à associação para o narcotráfico.

Acrescenta, ainda, que a exasperação da pena por má valoração das circunstâncias não contou com fundamentação idônea e que não houve fundamentação suficiente para escolha das frações de aumento e diminuição da pena na primeira e na segunda fase da dosimetria.

Pontua, também, que é primário, de bons antecedentes, e que não se dedica a atividades criminosas ou integra organização criminosa.

Sob tais argumentos requer a absolvição da imputação referente ao delito pormenorizado no art. 35 da Lei 11.343/06, a redução da pena-base e da pena intermediária e a concessão da causa de diminuição de pena no que concerne ao delito de tráfico de drogas (fls. 1-11).

A Procuradoria de Justiça Criminal, em parecer lavrado pelo Excelentíssimo Procurador de Justiça Rogério Antônio da Luz Bertoncini, manifestou-se pelo não conhecimento da revisão (fls. 41-45).

Este é o relatório.

VOTO

1. A ação deve ser admitida apenas em parte.

A revisão criminal, como medida excepcional que é (já que implica a desconsideração da imutabilidade constitucionalmente conferida às decisões judiciais definitivas (CF, art. 5º, XXXVI)), não deve ser admitida como sucedâneo recursal tendente a rever sentença ou acórdão que, dentro dos limites legais, pôs fim ao processo.

É a orientação desta Seção Criminal:

REVISÃO CRIMINAL. CONDUÇÃO DO AGENTE. ILEGALIDADE. INOCORRÊNCIA. CONTINUAÇÃO DO FLAGRANTE DO CORRÊU. PRESENÇA DO DEFENSOR. PRESCINDIBILIDADE. PROVA DA CONDENAÇÃO. CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, ART. 155. OFENSA. INOCORRÊNCIA. INTERROGATÓRIOS. DEPOIMENTOS DAS VÍTIMAS. RECEPÇÃO. IGNORÂNCIA DA ORIGEM ILÍCITA DOS BENS. TESE JÁ REBATIDA NA SENTENÇA. NÃO CONHECIMENTO [...] A insistência em tese já rebatida na sentença configura mera pretensão de reanálise probatória, incabível na estreita via da revisão criminal (Rev. Crim. 2013.074374-6, Rel. Des. Roberto Lucas Pacheco, j. 26.3.14).

O posicionamento, inclusive, é pacífico neste Tribunal (cf. Revisões Criminais 2014.063298-9, Rel. Des. Ernani Guetten de Almeida, j. 26.11.14; 2014.032115-8, Rel. Des. Newton Varella Júnior, j. 24.9.14; 2013.074374-6, Rel. Des. Roberto Lucas Pacheco, j. 26.3.14; 2012.012539-2, Rel. Des. José Everaldo Silva, j. 30.5.12; e 2010.048517-5, Rel. Des. Rui Fortes, j. 27.7.11; e Agravo (§ 1º art. 557 do CPC) na Rev. Crim. 2014.027545-9, Rel. Des. Rodrigo Collaço, j. 24.9.14).

A alegação de insuficiência de prova, para a condenação pela prática do delito previsto no art. 35 da Lei 11.343/06, já foi analisada e repelida na sentença:

A materialidade delitiva e a autoria estão devidamente comprovadas nos autos pelo Auto de Prisão em Flagrante n. 25.18.00017, notadamente nos Boletins de Ocorrência n. 00025-2018-0000993 (fls. 27-30) e n. 00025-2018-0000994 (fls. 31-35), no Auto de Exibição e Apreensão de fl. 36, nas imagens de fls. 37-40, no Laudo de Constatação de Droga (fl. 42), nos Laudos Periciais n. 9200.18.4475 e n. 9206.18.00472 de fls. 166-170, corroborados pela ampla prova oral decorrente da inquirição das testemunhas.

Extrai-se do Boletim de Ocorrência n. 00025-2018-0000993 (fls. 27-30) o seguinte relato:

Trata-se de ocorrência de tráfico de drogas ocorrido por volta das 03h52 do dia 20 de março de 2018, tendo como envolvidos Thiago Paulino da Silva Banfi, 20 anos, e P. K. R. dos S., 17 anos. A Guarnição recebeu informação que no local supracitado estava havendo tráfico de drogas e quando foi realizada a aproximação do local, um masculino que avistou a guarnição saiu correndo e de imediato foi iniciado o acompanhamento, sendo que o mesmo correu por uma quadra e meia vindo a cair na Rua Marechal Bormann com Rua Tiradentes, onde foi necessário o uso de força para imobilizar. Thiago Paulino da Silva Banfi, tinha em seu rosto 15 comprimidos de ecstasy, aproximadamente, pois alguns estavam quebrados, R\$ 105,00 (cento e cinco reais em dinheiro) e um cigarro de maconha, também apresentou ferimento no joelho esquerdo devido a queda e informou que tinha adquirido de P. K. R. dos S. um pouco de maconha e ecstasy. Quando da abordagem de Thiago Paulino da Silva Banfi apareceu na rua a feminina Stefani Antunes de Oliveira, que informou que mais cedo esteve na casa de P. K. R. dos S., fumou maconha no local, porém tinha saído para comprar cigarro, e que reside na Vila Nova I, casa n. 29. Foi liberada logo que entrevistada. Em seguida a guarnição se deslocou até a residência de P., onde foi solicitado para fazer a busca na casa e a mesma autorizou. Com apoio do Canil Setorial, cão policial "Colt", foi encontrado duas buchas de cocaína, um cigarro de maconha e mais uma pequena porção da mesma droga. No local ainda foi localizada uma certa quantidade em dinheiro, duas carteiras de bolso foram localizados documentos pessoais de pessoas alheias ao local, uma carteira de identidade de Willian Douglas dos Santos, RG 6.191.628 e uma CNH em nome de Dieychson Adilson de Lima, registro nº 05127953850, também uma frente de rádio Marca Póstron, um rádio veicular marca Pioneer modelo mvh-88sub. Diante dos fatos foi lavrado o presente BO – AP, conduzido os envolvidos para delegacia de Polícia Civil, acionado o conselho tutelar que se fez presente Janete Zanatta Buffolo e feito o levantamento.

Esses são, em apertada síntese, os fatos que ocasionaram a prisão em flagrante do acusado e levaram a autoridade policial a realizar a procura por drogas na residência.

Com relação à prova testemunhal colhida no curso da instrução processual, tem-se o depoimento dos policiais militares colhidos na fase extrajudicial; peço vênua ao Ministério Público para transcrever os relatos constantes às fl. 175-177, vejamos:

Nesse sentido, o policial militar Eliseu Fontana asseverou que estava em uma operação em Palma Sola e às 23h sua guarnição recebeu a informação de que havia comércio de drogas na residência em que foi feito o flagrante e que no local havia um masculino e uma feminina fazendo a venda de drogas. Disse que após retornarem de Palma Sola, aproximadamente às 3h da manhã, deslocaram-se ao local citado a pé e quando se aproximaram da casa Thiago empreendeu fuga a pé, mas houve perseguição e foi abordado. Na ocasião, feita revista pessoal em Thiago foi encontrado comprimidos de ecstasy, um cigarro de maconha e aproximadamente cem reais em dinheiro. Em continuidade, se deslocaram até a casa referida na denúncia, ocasião que foram recebidos por P. a qual autorizou a entrada dos policiais no local, oportunidade em que encontraram documentos pessoais de terceiras pessoas, estranhos aos abordados, uma certa quantidade em dinheiro, dois rádios automotivos em bom estado de conservação e cocaína. Acionado o canil, foram encontrados mais alguns vestígios de droga. Questionada P. sobre os documentos apreendidos e a origem do dinheiro não soube informar. Considerando que P. não sabia a origem dos rádios automotivos e dos documentos apreendidos, bem como a apreensão de drogas no local, constatou-se o envolvimento com o tráfico. Disse ainda, que é habitual o usuário precisar da droga e não ter dinheiro para pagar, motivo pelo qual os traficantes empenham objetos e a própria documentação dos usuários para garantir o pagamento da droga. Asseverou que já possuíam informações de que o local era ponto de tráfico de drogas. Aduziu que Thiago já foi apreendido em outros locais onde havia tráfico de drogas juntamente com adolescentes. Disse que Thiago era usuário de maconha. Questionado disse que para Thiago fugir do local, com toda aquela quantidade de ecstasy demonstra que ele estava fazendo alguma coisa errada. No local, estava também uma mulher que confirmou ter usado maconha na residência onde foi estava Thiago e sua comparsa (mídia da página 171).

No mesmo sentido foi o depoimento do policial militar Jeferson Demarco, o qual afirmou que a guarnição estava em outro município fazendo uma operação e receberam uma informação de que no local dos fatos haviam vários masculinos entrando e saindo no local e que o local era conhecido como trafico de drogas. Disse que quando chegaram em São Miguel do Oeste, após o atendimento da outra ocorrência, se deslocaram até o local oportunidade em que foram a pé até a casa referida na denúncia, ocasião em que ficaram observando a movimentação dentro da casa. Disse que um homem, ao perceber a presença da polícia empreendeu fuga, oportunidade em que seu companheiro de serviço saiu em perseguição e conseguiu imobiliza-lo, o qual foi identificado como Thiago. Com Thiago, foi encontrado um cigarro de maconha e alguns comprimidos de ecstasy. Ato contínuo, foram até a residência onde P. os recebeu, franqueando a entrada na casa. Disse que em busca na referida casa foram encontrados resquícios de maconha, cocaína, e como já havia informação de tráfico no local foram conduzidos P. e Thiago para a Delegacia. P. falou para Thiago “que tinham colocado o grande em suas costas”, dando a entender com toda a certeza que Thiago também fazia parte do tráfico, mas como ela era menor ficou para ela assumir o tráfico. Asseverou que já era de conhecimento da guarnição que no local era ponto de tráfico. Aduziu que no local foram encontrados documentos de terceiras pessoas, crachás de empresas e frente de rádios, prática dos usuários que penhoram seus documentos e pertences para comprar drogas. Inquirido, disse que Thiago já havia sido pego no Bairro São Gotardo em situação de tráfico. Disse ainda, que Thiago foi encontrado na posse de maconha várias vezes e que recentemente passou a integrar em uma facção (mídia da fl. 171, 23seg a 7min39seg).

O policial militar Marcos José Acordi aduziu recordar da ocorrência, que estavam em uma ocorrência em outro local e que após findar referido atendimento deslocaram-se até o local dos fatos, oportunidade em

que fizeram a averiguação do local e ao se aproximarem da casa referida na denúncia, o réu empreendeu fuga e, após perseguição, foi imobilizado, oportunidade em que foi revistado e encontrados com ele alguns comprimidos de ecstasy, maconha e aproximadamente cento e cinco reais em dinheiro. Disse que na casa estava P., que em revista na casa foram encontradas cocaína e maconha. Que P. assumiu que a droga era dela, mas verificaram que ela tentou proteger Thiago. Informou que na casa tinham documentos pessoais de terceiras pessoas, frente de rádios. Afirmou ser comum que os usuários deixem tais coisas como garantia do pagamento de drogas. Asseverou que já possuía informação de que Thiago estava envolvido com tráfico de drogas (mídia da página 171, 20seg a 3min25seg).

O policial militar Tiago José Morais asseverou que no dia dos fatos participou da ocorrência, que a guarnição recebeu denúncia de tráfico de drogas no local, motivo pelo qual se deslocaram até lá, onde homem e uma mulher no local. Disse que, ao se aproximarem da residência, Banfi empreendeu fuga, oportunidade em que o perseguiu e logrou êxito na abordagem. Que no momento da abordagem Thiago tinha aproximadamente dez comprimidos de ecstasy e um cigarro de maconha consigo. Informou que o local da abordagem era conhecido como de tráfico de drogas (mídia da página 171, 20seg a 3min).

Willian Douglas dos Santos, questionado, disse não ser usuário de drogas, que seus documentos foram encontrados na casa de P. porque seu irmão vendeu uma motocicleta para P. e ele tinha levado seus documentos lá por que a motocicleta estava em seu nome. Aduziu conhecer Thiago, mas que nunca comprou droga dele, tampouco saber informar do envolvimento de Thiago com drogas (mídia da página 171, 10seg a 1min16seg).

Danersom dos Santos disse conhecer Thiago de festas, que sua carteira de trabalho estava no local por que esqueceu sua jaqueta lá, que foi até o local para vender uma motocicleta para P. e que havia deixado a motocicleta com P. para ela testar. Asseverou que iria vender o bem pelo valor de dois mil e setecentos reais (mídia da página 171, 13seg a 2min).

Dieyson Adilson Lima disse já ter comprado droga de P. no local dos fatos. Questionado que sua carteira de motorista estava no local, respondeu que uma vez foi comprar droga no local e ao abrir a carteira deve ter deixado cair a carteira de motorista (mídia da página 171, 10seg a 1min41seg).

No tocante ao interrogatório (mídia audiovisual de fl. 171):

O réu aduziu que conhece P. há bom tempo, que a droga que foi encontrada consigo era sua para seu uso, que não estava morando no local dos fatos, que o relacionamento que tinha com P. era de amizade, que a droga que portava tinha comprado de P., só que não quis falar no dia por que P. é perigosa. Disse que pagou dez reais por cada comprimido de *ecstasy* (mídia da página 171, 40seg a 5min30seg).

Superada a transcrição da prova testemunhal e do interrogatório, tem-se que a articulação da associação para o tráfico e a dinâmica do tráfico de drogas foram claramente descritas pelos policiais militares que atuaram na abordagem e prisão da parte acusada.

Ficou plenamente comprovada a convergência de vontades, de forma estável e permanente para a prática dos delitos de tráfico de drogas pelo acusado Thiago Paulino da Silva Banfi e a adolescente P. K. R. dos S. A associação formada pelo denunciado e a adolescente se deu forma estável e permanente, uma vez que, como narrado pelos policiais militares, o local onde o acusado estava quando do início da tentativa de abordagem era conhecido como ponto de venda de drogas naquela localidade, onde em momento posterior a abordagem de Thiago foram localizadas mais drogas (Auto de Apreensão de fl. 36), de modo que o acusado e P. associaram-se para realização do tráfico de drogas.

Como ficou demonstrado através da prova testemunhal, as drogas ficavam mantidas em depósito na residência, onde foi localizada a adolescente P., e posteriormente o acusado de lá efetuava o comércio ilícito.

Apesar do acusado negar qualquer envolvimento com a narcotraficância, teria afirmado conhecer P. “a um bom tempo” e que a droga apreendida era para seu uso, dizendo ter adquirido da adolescente os comprimidos de ecstasy. Ainda, relatou que não estava morando no local dos fatos e que sua relação com P. era apenas de amizade.

Comprovado está o ânimo associativo ao tráfico de drogas e a realização das condutas criminosas por parte do acusado e da adolescente que, em perfeito conluio entre si, adredemente mancomunados, tinham em depósito drogas destinadas ao comércio.

[...]

Dessa forma, para ocorrência do delito, basta que o sujeito esteja consciente em formar parte de uma associação cuja existência e finalidade lhe sejam conhecidas. Os depoimentos dos policiais são claros em demonstrar que o acusado agia com a adolescente em auxílio mútuo, em típica associação para o tráfico.

Acrescento que o local onde foram realizadas as apreensões das drogas, é conhecido pelos policiais militares como ponto de tráfico de drogas, conforme relatado por Eliseu Fontana em seu depoimento constante à fl. 171.

[...]

Por fim, inegável a participação da adolescente P. na associação, isso porque além de parte da droga ter sido localizada em sua residência, que inclusive era conhecida como ponto de drogas, era a adolescente quem também mantinha em depósito e, por muitas vezes, realizava a entrega da droga aos consumidores finais (usuários), de forma que presente a majorante do art. 40, inciso VI, da Lei n. 11.343/06.

Estão presentes, portanto, todos os elementos configuradores do tipo penal, verificando-se a presença duas pessoas (o tipo exige duas ou mais), a existência de acordo entre os parceiros, vínculo associativo entre eles com a finalidade de praticar o tráfico de drogas (art. 33, *caput*, Lei n. 11.343/06) (fls. 15-22).

Uma vez que a revisão não se presta para simples reanálise de tese já submetida ao Poder Judiciário, ela não é, portanto, digna de admissão.

2. Quanto ao cômputo dosimétrico, porém, não houve debate algum (considerando que *antes* da sentença não poderia o Requerente impugnar os critérios do apenamento).

Neste tocante, pois, a revisão deve ser admitida.

As circunstâncias dos delitos foram consideradas desfavoráveis “em função da prática de dois núcleos do tipo penal: trazer consigo e ter em depósito” (fl. 30).

Mas não é o caso. O contexto fático narrado na denúncia é um só: o Requerente Thiago Paulino da Silva Banfi foi abordado na Rua Edmundo Pedro Regert, na noite de 20.3.18, e naquela ocasião ele trazia consigo 9 comprimidos de *ecstasy*; na sequência, os Policiais Militares ingressaram na residência do Revisando e encontraram 1g de cocaína e 3g de maconha (fl. 13). Não é como se tivesse ocorrido um *destacamento* entre as ações a justificar maior rigor. Até o *horário* dos fatos apontado na denúncia é o mesmo (3h20min).

Não que seja *inviável* a exasperação da pena sob este argumento. A medida é possível e a Segunda Câmara Criminal, por exemplo, já procedeu desta forma em ocasião pretérita (Ap. Crim.

0001172-89.2018.8.24.0005, deste relator, j. 31.7.18). O que se reputa inviável é o desvalor por *reflexo* apenas pela contagem de verbos nos quais o acusado é dado como incurso, especialmente por conta da *facilidade* de incidir em mais de um dos dezoito núcleos do tipo.

Já decidiu esta Corte:

É inviável o aumento da pena, por valoração negativa da culpabilidade sob o argumento de que o agente incidiu em mais de um verbo previsto no caput do art. 33 da Lei 11.343/06, se as ações ocorrem no mesmo contexto fático e não revelam maior desvalor na conduta (Ap. Crim. 0000228-76.2018.8.24.0235, deste relator, j. 11.6.19).

O argumento, ademais, é ainda mais descabido se utilizado para influenciar no apenamento referente à *associação* para o tráfico (que não tem mais de um verbo em seu tipo).

Neste particular, portanto, deve a revisão ser deferida, afastando-se da reprimenda o incremento decorrente das circunstâncias do delito. Remanesce, de todo modo, a exasperação referente à “culpabilidade” em razão da multiplicidade de espécies de narcóticos.

3. É preciso, também, dar à atenuante da menoridade penal relativa o valor que lhe é devido.

Na sentença, a atenuante provocou a redução da pena em 1/8 (fl. 30), sem que nenhuma motivação para a adoção de fração distinta daquela comumente utilizada por esta Corte fosse consignada. As circunstâncias judiciais, porém, justificaram aumento de 3/10 (no que diz respeito ao delito de tráfico de drogas) e de 1/6 (quanto ao crime do art. 35 da Lei 11.343/06).

Sendo a menoridade uma circunstância preponderante (STJ, AgRg no HC 497.101, Rel. Min. Ribeiro Dantas, j. 6.6.19), não se pode conceder a ela importância *desprezível*, pois isso representa manifesta incongruência com o caráter que é ínsito à atenuante. É preciso, portanto, que ela ocasione redução no mesmo patamar em que as penas foram exasperadas na primeira etapa (de modo a conduzi-las ao mínimo legalmente permitido para cada infração).

Procede-se desta forma apenas por praticidade: alcançar-se-ia resultado equivalente caso o aumento de pena efetuado na primeira fase sofresse escrutínio (pois também não houve motivação que justificasse a adoção de patamares superiores a 1/6 sobre o mínimo legal para cada vetor reputado desfavorável) e a menoridade implicasse em redução na sexta parte.

A reprimenda intermediária, portanto, é trazida para 5 anos de reclusão e 500 dias-multa e 3 anos de reclusão e 800 dias-multa (para os delitos positivados nos arts. 33, *caput*, e 35, *caput*, da Lei 11.343/06, respectivamente).

4. Por fim, é inviável, apesar dos protestos do Requerente Thiago Paulino da Silva Banfi, a incidência do redutor pormenorizado no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas.

Com a manutenção do decreto condenatório atinente ao delito do art. 35 da Lei 11.343/06, e

considerando que esse delito pressupõe a existência de uma associação estável e permanente para o narcotráfico, é inviável reputar que o Revisionado não se dedica a atividades criminosas.

Neste sentido:

Na hipótese, mantida a condenação do acusado pelo crime de associação para o tráfico de entorpecentes, é incabível a aplicação do redutor por ausência de preenchimento dos requisitos legais, nos termos do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, tendo em vista a exigência de demonstração da estabilidade e permanência no narcotráfico para a configuração do referido delito (STJ, *HC* 501.038, Rel. Min. Félix Fischer, j. 11.6.19).

Também:

“A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça é no sentido de que a configuração do crime de associação para o tráfico (art. 35 da Lei 11.343/06) é suficiente para afastar a aplicação da causa especial de diminuição de pena contida no § 4º do art. 33, na medida em que evidencia a dedicação do agente à atividade criminosa (AgRg no AREsp n. 1035945/RJ, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 15/3/2018, DJe 27/3/2018). Assim, mantido o decreto condenatório pela prática do crime tipificado no art. 35 da Lei n. 11.343/2006, não há possibilidade de aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas” AgRg no AREsp 1293358/PR, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe 10/5/2019) (STJ, *HC* 511.370, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, j. 4.6.19).

Mantidos os aumentos, por conta do disposto no art. 40, VI, da Lei 11.343/06, na fração estipulada na sentença (1/6, fl. 30), e incidindo o concurso material entre os delitos (também determinado na sentença), a sanção final é modificada para 9 anos e 4 meses de reclusão e 1.516 dias-multa.

As demais disposições da sentença remanescem como lançadas.

Ante o exposto, vota-se pelo parcial conhecimento da revisão e por seu deferimento em parte, a fim de reduzir para 9 anos e 4 meses de reclusão e 1.516 dias-multa a pena imposta a Thiago Paulino da Silva Banfi na Ação Penal 0000849-92.2018.8.24.0067.

Expeça-se comunicação à 3ª Vara Criminal da Comarca de Chapecó, com referência aos autos 0002658-20.2018.8.24.0067, com referência ao resultado deste julgamento.

Embargos Infringentes e de Nulidade n. 0017839-68.2018.8.24.0000 e n. 0019231-43.2018.8.24.0000, de Santo Amaro da Imperatriz

Relator: Des. Sérgio Rizelo

EMBARGOS INFRINGENTES. HOMICÍDIO. PRONÚNCIA. INDÍCIO DA PRÁTICA DE CRIME DOLOSO CONTRA A VIDA. DEPOIMENTOS DE INFORMANTE E DE TESTEMUNHA. GOLPES NA CABEÇA DA VÍTIMA.

As declarações de um informante, no sentido de que a vítima foi atingida várias vezes com banquetadas; o depoimento de uma testemunha, aludindo que um dos golpes que atingiu o ofendido na cabeça foi desferido quando ele já estava caído; a teor do laudo cadavérico, que constata que os ataques, em número indefinido, concentraram-se exclusivamente na cabeça do ofendido e, pelo menos um deles, atingiu-o na parte posterior do crânio; e o fato de a vítima ter falecido por conta dos ferimentos que lhe foram inflingidos, são indícios da existência do dolo de matar suficientes para submeter o acusado a julgamento perante o Conselho de Sentença do Tribunal do Júri, sendo irrelevante, no que diz respeito ao elemento subjetivo, a circunstância de não ter o acusado desferido golpes de faca contra o falecido (ainda que tal instrumento estivesse disponível na ocasião).

RECURSOS CONHECIDOS E DESPROVIDOS.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos Infringentes e de Nulidade n. 0017839-68.2018.8.24.0000 e n. 0019231-43.2018.8.24.0000, da Comarca de Santo Amaro da Imperatriz (2ª Vara), em que são Embargantes Zélio da Silva e outro, e Embargado o Ministério Público do Estado de Santa Catarina:

O Primeiro Grupo de Direito Criminal decidiu, por unanimidade, conhecer dos recursos e negar-lhes provimento. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, foi os Excelentíssimos Desembargadores Alexandre d'Ivanenko (Presidente), José Everaldo Silva, Leopoldo Augusto Brüggemann, Luiz Neri Oliveira de Souza, Norival Acácio Engel, Antônio Zoldan da Veiga e Paulo Roberto Sartorato. Atuou pelo Ministério Público o Excelentíssimo Procurador de Justiça Abel Antunes de Mello.

Florianópolis, 27 de fevereiro de 2019.

Sérgio Rizelo
RELATOR

RELATÓRIO

Na Comarca de Santo Amaro da Imperatriz, o Ministério Público do Estado de Santa Catarina ofereceu denúncia contra Volni José Maria e Zélio da Silva, imputando-lhes a prática do crime previsto no art. 121, *caput*, do Código Penal, nos seguintes termos:

Em data de 16 de março de 2003, por volta das 20:00 horas, os denunciados Volni José Maria e Zélio da Silva encontravam-se no interior da Lanchonete Boa Vista, no município de Rancho Queimado, nesta comarca, local em que também se encontrava a vítima Joãozinho Santos de Oliveira, sendo que no interior do referido bar, por motivos não suficientemente esclarecidos nos autos, houve uma discussão entre o denunciado Zélio e a vítima Joãozinho, ficando os ânimos bastante exaltados, ocasião em que o denunciado Zélio com uma garrafa golpeou-lhe a cabeça, momento em que o denunciado Volni também partiu para cima da vítima e de posse de uma banqueta arremessou contra a mesma, atingindo-a na face, prostrando-a ao solo, sendo que os denunciados, em ação conjunta, agindo com *animus necandi*, continuaram a desferir reiterados golpes na cabeça da vítima Joãozinho que se encontrava desfalecido, causando-lhe as lesões positivadas no laudo de fls. 51.

Em face das agressões perpetradas pelos denunciados, a vítima sofreu traumatismo crânio encefálico, que foi a causa eficiente de sua morte, consoante auto de exame cadavérico de fls. 51 (fls. 2-3).

Concluída a instrução preliminar, a Doutora Juíza de Direito pronunciou Volni José Maria e Zélio da Silva pela prática, em tese, do delito previsto no art. 121, *caput*, do Código Penal (fls. 523-527).

Os embargos de declaração opostos por Volni José Maria em face da sentença (fls. 557-560) foram rejeitados (fls. 564-566).

Insatisfeitos, Zélio da Silva e Volni José Maria deflagraram recurso em sentido estrito. Os reclamos foram julgados pela Quinta Câmara Criminal em 17.5.18, que decidiu, por maioria de votos, desprovê-los (Rec. Crim. 0000553-28.2003.8.24.0057, Rel. Des. Luiz Néri Oliveira de Souza, fls. 653-689). Participaram do julgamento os Excelentíssimos Desembargadores Luiz César Schweitzer e Jorge Schaefer Martins, este vencido porque votou no sentido de reconhecer a inocorrência de crime doloso contra a vida.

Os embargos de declaração opostos em face do acórdão (fls. 691-696) foram rejeitados (fls. 743-749).

Para fazer prevalecer o voto divergente, Zélio da Silva e Volni José Maria deflagraram embargos infringentes.

Zélio da Silva sustenta, em síntese, que não agiu com *animus necandi* e que apenas repeliu injusta agressão da Vítima e, sob tais argumentos, requer a desclassificação para o delito de lesão corporal seguida de morte e sua absolvição, por ter agido em legítima defesa (fls. 717-726).

Volni José Maria, por sua vez, argumenta que não há indícios da prática de crime doloso contra a vida em seu agir, o que almeja ver declarado, reconhecendo-se a incompetência do Tribunal do Júri para apreciação da causa (fls. 752-761).

A Procuradoria de Justiça Criminal, em parecer lavrado pelo Excelentíssimo Procurador de Justiça Gilberto Callado de Oliveira, posicionou-se pelo parcial provimento dos embargos infringentes (fls. 734-739).

Este é o relatório.

VOTO

Os recursos preenchem os pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade, razão pela qual devem ser conhecidos.

Não são, contudo, dignos de provimento.

Extrai-se do conjunto probatório, até com certo grau de *segurança* (evidenciada, inclusive, pela ausência de controvérsia sobre os temas), boa parte das circunstâncias que antecederam a morte de Joãozinho Santos de Oliveira.

Há elementos que indicam que a Vítima Joãozinho Santos de Oliveira não gozava da mais nobre reputação. Altamiro Diniz (fl. 190) e Augusto Emerenciano de Matos mencionaram que Joãozinho era conhecido pelas encrencas em que se envolvia, e Ozair José Maria, irmão do Embargante Volni José Maria, mencionou ter sido atacado pelo Ofendido em outra ocasião, poucos dias antes dos fatos (fls. 60-61 e 191).

Há indicação também de que, afora a reputação pouco lisonjeira, Joãozinho Santos de Oliveira apresentou comportamento pouco amistoso na data dos fatos. O Embargante Zélio da Silva (fls. 34-36 e 84-46), Marizete Correia da Luz, companheira de Joãozinho (fls. 21-22), e Lindolfo Eger, proprietário do bar (fls. 25-26 e 150-151), confirmaram que a Vítima colocou cinzas de no copo de cerveja do Acusado Zélio da Silva; Lindolfo Eger disse que o Ofendido rasgou uma nota de R\$ 10,00 e entregou apenas metade dela como pagamento por uma bebida (fls. 150-151); e Revelino Manoel da Cruz afirmou que a Vítima, depois de incitar os frequentadores do bar a consumirem mais bebidas alcoólicas e ser ignorado, mandou-os “tomar um monte de merda” (fls. 30-31 e 147). Além disso, Zélio da Silva disse que Joãozinho referiu-se às filhas do Acusado como “cheirosas” e “gostosas” (fls. 35 e 84).

Também está suficientemente claro nos autos que, depois de despejar cinzas de cigarro no copo do Agravante Zélio da Silva e de ser repreendido por este, a Vítima Joãozinho Santos de Oliveira saiu do bar e voltou, logo em seguida, portando uma faca. Assim declararam a consorte do Ofendido (fls. 21-22), os Embargantes (fls. 34-36, 37-38, 84-86, 87-88 e 460-461), Lindolfo Eger (fls. 25-26 e 150-151), Zildomar Benjamin Batista (fls. 270-271) e Adilson Dias de Oliveira (fls. 32-33 e 145).

A partir deste ponto a divergência nas versões tem início.

Segundo Marizete Correia da Luz, companheira da Vítima, Joãozinho Santos de Oliveira teria sido recebido com uma garrafada assim que retornou ao bar e antes de tentar esfaquear qualquer pessoa (fl. 21-22).

Lindolfo Eger (fls. 25-26 e 150-151) e Zélio da Silva (fls. 34-36) declararam, porém, que Joãozinho foi em direção a Zélio, estendeu-lhe a mão (dizendo “mão de amigo”, como se pretendesse resolver o impasse com um cumprimento) e, na sequência, desferiu uma joelhada na virilha e golpe de faca no peito de Zélio; apenas depois da facada é que Zélio teria arremessado a garrafa contra o Ofendido.

Revelino Manoel da Cruz também relatou a garrafada como uma reação de Zélio ao golpe de faca, mas não mencionou a tentativa de cumprimento (fl. 147).

A ocorrência da facada e da joelhada no Agravante Zélio da Silva, a propósito, é documentalmentemente confirmada pelo teor do laudo da fl. 170, que registra um “corte profundo” no hipocôndrio esquerdo, e “aumento de volume de testículo esquerdo” em exame feito em 25.3.03, 9 dias depois do fato.

Depois da garrafada, a Vítima Joãozinho Santos de Oliveira ter-se-ia envolvido em um embate com Volni José Maria (talvez porque este Acusado tentou interferir na briga com Zélio da Silva, como sugeriu Adilson Dias de Oliveira, fl. 145; ou talvez porque Volni estivesse relativamente perto e o Ofendido estava em um *frenesi* agressivo, como o Embargante afirmou perante a Autoridade Policial, fl. 38), que também teria sido atingido (o que é condizente com as lesões corporais nele constatadas, fl. 172) e que se defendera utilizando uma banquetta, atingindo a Vítima na cabeça.

No laudo cadavérico foi consignada a presença, no corpo da Vítima Joãozinho Santos de Oliveira, de “ferimento corto contuso em região parietal direita; ferimento corto contuso em região occipital esquerda; ferimento corto contuso em região frontal esquerda, equimose alargada em região de bochecha esquerda. Rebatido o couro cabeludo revela hematoma em região parieto-occipital-temporal direita, com traços de fraturas transversais e verticais, com comprometimento de face. Aberta a calota craniana, revela congestão, edema e hemorragia cerebrais” (fl. 56).

Nada de interesse médico-legal foi localizado no tronco ou nos membros do Ofendido.

O documento, portanto, subtrai amparo à afirmação de que uma das cadeiradas atingiu o dorso da Vítima, mas não permite conclusão segura a respeito do número de golpes desferidos contra Joãozinho (e não contraria a tese de que um dos ataques atingiu-o *pelos costas*, embora não na parte posterior do torso).

Diante desse contexto, não se pode retirar do Tribunal do Júri a análise a respeito dos fatos apurados nesta ação penal.

O argumento exposto no voto vencido é no sentido de que a ausência de *animus necandi* é revelada “em razão dos meios empregados”:

Essa conclusão, repito, dá-se em razão dos meios empregados – uma garrafa e uma banquetta – os quais, apesar de não serem os únicos disponíveis na cena do crime, foram os utilizados. Ora, é certo se intencionassem matar, teriam usado a própria faca do agressor, e não utensílios costumeiramente não empregados para esse fim (fl. 688).

A alegação, porém, não convence.

Ação mecânica causada por instrumento contundente é suficiente para causar a morte de alguém

(como ocasionou o óbito de Joãozinho dos Santos de Oliveira), de modo que o agente, hipoteticamente, pode lançar mão de instrumentos contundentes caso pretenda a extinção do ofendido.

Esperar que um indivíduo, com intento homicida, *troque* um objeto contundente por um cortocontundente (como a faca) quando aquele que ele já vinha utilizando estava servindo perfeitamente bem aos seus propósitos (permitindo-lhe, inclusive, subjugar a Vítima) é desarrazoado, e não se pode considerar a inocorrência dessa substituição do instrumento do delito como clara evidência do dolo diverso do *animus necandi*.

Há de se ponderar, como indício da existência do dolo de matar, que os golpes foram desferidos exclusivamente na cabeça da Vítima, e com intensidade tamanha que não foram necessárias incontáveis reiterações para que Joãozinho Santos de Oliveira falecesse.

Não se olvide, ademais, que o Ofendido estava particularmente embriagado (foi constatada, nele, a presença de 24,6dg de álcool por litro de sangue, fl. 57). É certo que essa ebriedade também pode ter sido o gatilho da *valentia* e dos comportamentos inoportunos de Joãozinho, mas também é preciso considerar que tamanha intoxicação alcoólica não *melhorava* seus reflexos e sua coordenação motora, de modo que, quiçá, ele poderia ter sido dominado e permanecido vivo caso este fosse o intento dos Embargantes.

Ademais, há elementos nos autos que indicam que Joãozinho Santos de Oliveira foi atingido na parte posterior do crânio (os depoimentos de Lindolfo Eger e de Adilson Dias, e o registro, no laudo cadavérico, de ferimento na região occipital esquerda).

Tratando-se de ação penal submetida ao procedimento atinente aos feitos de competência do Tribunal do Júri, é preciso lembrar que assertivas categóricas a respeito do mérito só são permitidas quando o conjunto probatório inteiro rumar na mesma direção.

Assim, se Marizete Correia da Luz, companheira da Vítima, declarou que Joãozinho Santos de Oliveira teria sido recebido com uma garrafada assim que retornou ao bar e, antes de tentar esfaquear qualquer pessoa, foi agredido com “vários” golpes de banqueta (fls. 21-22); se Adilson Dias de Oliveira disse que Zélio da Silva atingiu Joãozinho com a cadeira quando o Ofendido já estava caído (fl. 145); se o laudo cadavérico não é *unívoco* ao apontar a existência de lesões condizentes com apenas três golpes, e se eles podem ter sido desferidos de modo a atingir o Ofendido pela nuca, é admissível a tese acusatória no sentido de que os Embargantes almejavam o evento morte, e também que não se defenderam apenas da investida inicial do Ofendido.

Assim, ainda que se reconheça que há indícios da ocorrência de legítima defesa; e ainda que não seja *manifesta* a presença do *animus necandi* (ou, *a contrario sensu*, ainda que seja possível aferir a possibilidade de se tratar de delito preterdoloso, no caso de constatação de algum excesso

punível), é o Conselho de Sentença do Tribunal do Júri que deve decidir, definitivamente, sobre tais temas. Não pode o magistrado togado (ou esta Corte), diante de conjunto probatório que ampara a tese acusatória (ainda que timidamente), usurpar a competência constitucional para julgamento dos crimes dolosos contra a vida.

Destaca-se, em tempo, que não se abordou, neste voto, a questão da legítima defesa com maior ênfase porque a dissidência no julgamento do recurso em sentido estrito não teve esse fundamento: o Excelentíssimo Desembargador Jorge Schaefer Martins, como dito no relatório, posicionou-se pelo reconhecimento de crime de competência que escapa ao Tribunal do Júri, e não pela absolvição ao final da instrução preliminar (CPP, art. 415, IV).

Ante o exposto, vota-se pelo conhecimento e desprovimento dos recursos.

Revisão Criminal n. 4027911-46.2018.8.24.0000, de São José

Relator: Desembargador Antônio Zoldan da Veiga

REVISÃO CRIMINAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO (ART. 121, § 2º, I, III, E IV, DO CP).

REQUERIMENTO PARA ALTERAR A DOSIMETRIA PENAL. ARGUIÇÃO DE QUE É INIDÔNEA A FUNDAMENTAÇÃO UTILIZADA NO ACÓRDÃO CONDENATÓRIO PARA AFERIR NEGATIVAMENTE AS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DA CONDUTA SOCIAL, CIRCUNSTÂNCIAS E CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. NÃO CABIMENTO. REDISSCUSSÃO DE MATÉRIA. CIRCUNSTÂNCIAS JÁ REAPRECIADAS PELO JUÍZO *AD QUEM* POR MEIO DE APELO DO ENTE MINISTERIAL.

REVISÃO CRIMINAL NÃO CONHECIDA.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Revisão Criminal n. 4027911-46.2018.8.24.0000, da comarca de São José 1ª Vara Criminal em que é Requerente Norton Vieira Lopes.

O Primeiro Grupo de Direito Criminal decidiu, por unanimidade de votos, não conhecer da ação de revisão criminal.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Excelentíssimos Senhores Desembargadores Alexandre D'Ivanenko (Presidente), Paulo Roberto Sartorato, Sérgio Rizelo, José Everaldo Silva, Leopoldo Augusto Brüggemann, Luiz Neri Oliveira de Souza, Norival Acácio Engel e a Desembargadora Hildemar Meneguzzi de Carvalho.

Funcionou como representante do Ministério Público a Excelentíssima Senhora Doutora Cristiane Rosália Maestri Böell.

Florianópolis, 26 de junho de 2019.

Desembargador Antônio Zoldan da Veiga

Relator

RELATÓRIO

Norton Vieira Lopes ajuizou ação de revisão criminal na qual objetiva desconstituir a decisão condenatória proferida na ação penal n. 064.12.015944-2 (0015944-84.2012.8.24.0064).

O revisionando foi condenado a pena 16 (dezesesseis) anos de reclusão por infração ao disposto no art. 121, § 2º, I, III e IV, do CP, em regime fechado (fls. 738-744).

O ente Ministerial interpôs recurso de apelação (fls. 755-760) que foi parcialmente provido e culminou no reajuste da pena do requerente para 20 (vinte) anos de reclusão (fls. 807-816).

Conforme se infere das certidões de fls. 820 e 827, o trânsito em julgado operou-se em 5-12-2013.

Na presente revisional, o requerente aduziu que a fundamentação utilizada no acórdão condenatório para valorar negativamente as circunstâncias judiciais da conduta social, circunstâncias e consequências do crime é inidônea.

Acerca da circunstância judicial da conduta social, sustentou o revisionando que a majoração da pena-base pela aferição desfavorável da referida circunstância judicial pressupõe a avaliação concreta da situação do agente na vida social, familiar, o que, em sua análise, não ocorreu.

A respeito das circunstâncias do crime, alegou que é inábil a justificativa utilizada para valorar a referida circunstância judicial visto ser elementar ao tipo penal de homicídio qualificado a violência e, ainda, que o fato do filho menor em comum do casal estar presente no momento do crime não confere reflexos extraordinários à infração penal.

Ademais, arguiu que não houve mal que ultrapassasse os efeitos já esperados pela prática do delito para que as consequências do crime fossem consideradas desfavoráveis uma vez que o fato do filho do casal ter perdido a mãe e seu pai ter sido preso não são justificativas hábeis a ensejar a aferição negativa das consequências do crime.

Ao final, pugnou pela procedência dos pedidos para excluir o acréscimo da pena provocada pela aferição negativa das referidas circunstâncias judiciais e, assim, readequar o cômputo da pena (fls. 1-14).

Lavrou parecer pela Doutra Procuradoria-Geral de Justiça o Excelentíssimo Senhor Doutor Genivaldo da Silva, o qual se manifestou pelo conhecimento e pela sua improcedência (fls. 855-871).

Este é o relatório.

VOTO

A revisão criminal constitui ação que visa desconstituir o *decisum* abrigado pelo manto da coisa julgada, razão pela qual seu cabimento é restrito as hipóteses previstas no art. 621 do Código de Processo Penal, a saber:

Art. 621. A revisão dos processos findos será admitida:

- I - quando a sentença condenatória for contrária ao texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos;
- II - quando a sentença condenatória se fundar em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos;
- III - quando, após a sentença, se descobrirem novas provas de inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize diminuição especial da pena.

Extrai-se do artigo supracitado que a admissão da ação exige que o requerente comprove um dos requisitos acima delineados, sob pena de não conhecimento do pedido.

Nesse sentido, expõe-se que:

“A ação revisional não é instrumento viável para mera reiteração de teses jurídicas já vencidas na jurisdição ordinária, nem para simples revisão da matéria probatória. A procedência da ação, nas hipóteses indicadas, tem por pressuposto necessário e indispensável, quanto à matéria de direito, a constatação de ofensa ‘ao texto expresso da lei penal’ ou, quanto à matéria de fato, o desprezo ‘à evidência dos autos’” (STF, Min. Teori Zavascki). PEDIDO NÃO CONHECIDO. (TJSC, Revisão Criminal n. 4026367-57.2017.8.24.0000, da Capital, rel. Des. Getúlio Corrêa, Primeiro Grupo de Direito Criminal, j. 13-12-2017).

In casu, vislumbra-se que a presente ação não merece conhecimento, à medida que pretende rediscutir matéria já apreciada no segundo grau de jurisdição, senão vejamos.

O revisionando pleiteou a readequação da pena-base do crime de homicídio qualificado em razão de considerar inidônea a fundamentação utilizada no acórdão condenatório para aferir negativamente as circunstâncias judiciais da conduta social, circunstâncias e consequências do crime.

Frisa-se que o Magistrado sentenciante, na primeira fase da dosimetria, apesar da fundamentação abaixo descrita, manteve a pena-base no mínimo legal estabelecido para o tipo penal que é de 12 (doze) anos, segundo se infere da fl. 742:

Para a **fixação da pena-base**, levando em consideração as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, observo que a **culpabilidade** do réu é patente diante da decisão do JÚRI; não há registros hábeis a serem considerados **antecedentes criminais**; inexistem elementos suficientes para aferir a **conduta social** e **personalidade** do agente; não há nada a acrescentar em relação aos **motivos** dos crimes que não estejam no tipo penal; no tocante às **circunstâncias**, observa-se que o réu, ainda jovem, com família em formação, em relacionamento marcado pela insegurança, com desvios de condutas, notadamente no que diz respeito à fidelidade, levou a termo ato inconsequente resultado no crime. Dito pela mãe do acusado que o mesmo amava demais à vítima, que o amor era maior do que tudo. Entretanto, pondera-se que na lição extraída do livro dos Coríntios, Capítulo 13, versículo 1 a 7, “Ainda que eu falasse as línguas dos homens e não tivesse amor, seria como metal que soa ou como o sino que tine. E, ainda que tivesse o dom de profecia, e conhecesse todos os mistérios e toda a ciência, e ainda que tivesse toda a fé de maneira tal que transportasse os montes, e não tivesse amor, nada seria. E ainda que distribuísse toda a minha fortuna para o sustento dos pobres, e ainda que entregasse o meu corpo para ser queimado, e não tivesse amor, nada disso me aproveitaria. O amor é sofredor, é benigno, o amor não é invejoso; o amor não trata com leviandade, não se ensoberbece. Não se porta com indecência, não busca os seus interesses, não se irrita, não suspeita mal; não folga com a injustiça, mas folga com a verdade; tudo sofre, tudo crê, tudo espera, tudo suposta.” Por fim, o **comportamento da vítima** não justifica a ação do acusado.

Assim, fixo a pena-base em 12 (doze) anos de reclusão.

Conforme se infere das fls. 755-760, o ente Ministerial apelou da sentença e requereu a retificação da pena nos seguintes termos:

Com base nesses argumentos, **requer** este Representante Ministerial que o recurso seja conhecido e provido, para que este Egrégio Tribunal de Justiça retifique a aplicação da pena imposta ao apelado, procedendo à avaliação negativa das circunstâncias judiciais relativas à conduta social, personalidade do agente, e consequências do crime, bem assim mantenha a consideração desfavorável das circunstâncias do crime, também pelos motivos expostos na apelação, e vida de consequência, corrija a pena na primeira fase da dosimetria, elevando-a na proporção de 1/6 para cada uma dessas circunstâncias em questão, de acordo com a praxe adotada pelo Tribunal, ajustando a segunda também, nos moldes mencionados.

A apelação foi parcialmente provida e, no acórdão condenatório aferiu-se como desfavoráveis as circunstâncias judiciais da conduta social e consequências do crime, bem como se depreendeu que as circunstâncias do crime, já previamente indicadas como desfavoráveis na sentença, eram, de fato, negativas em razão do delito ter sido cometido na mesma residência que estava o filho do casal e ter sido praticado “com a mesma corda que outrora era usada para puxar o menino em sua ‘motoca’” (fls. 813-816):

Malgrado a argumentação utilizada pelo Sentenciante, a qual, por si só, não se presta à análise negativa das circunstâncias do delito, infere-se que razão assiste ao apelante ao afirmar que “*não se pode perder de vista a insensibilidade e frieza do apelado, que antes de asfixiar a vítima, agrediu-a fisicamente (vide fl. 39), além de ter se prevaletido da força e estatura que eram maiores do que a de Eduarda, para rendê-la e praticar o crime que tencionava consumir, enquanto o filhinho de ambos aguardava brincando na área de serviço, sem imaginar que naquele momento perdia sua mãe, aos dois anos de idade*” (fl. 654).

Na hipótese, como bem consignado no inconformismo, as circunstâncias do crime mostraram-se altamente reprováveis, uma vez que foi praticado na mesma residência em que se encontrava o filho do casal - uma criança de tenra idade -, tendo sido cometido, inclusive, com a mesma corda que outrora era usada para puxar o menino em sua “motoca”, como o próprio acusado relatou em seu interrogatório judicial (fl. 228).

No tocante à personalidade, que “*diz respeito à sua índole, à sua maneira de agir e sentir, ao próprio caráter do agente*” (Delmanto, Celso. Código penal comentado. 8. ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Saraiva, 2010. p. 275), infere-se que não há nos autos elementos aptos sobre a condição psíquica do acusado, bem como seu temperamento ou agressividade.

Vale lembrar que, a rigor, apenas os profissionais da saúde - psicólogos e psiquiatras - estão capacitados para atestar eventual desvirtuamento da personalidade, a não ser em casos mais evidentes, onde possa ser aferido por outros meios. Nesse sentido, consulte-se a doutrina de Rogério Greco. Curso de Direito penal parte geral. 9 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2007. p. 564/565.

Por outro lado, a conduta social deve ser avaliada de acordo com a situação do agente nos diversos papéis desempenhados perante à comunidade em geral, tais como as atividades relativas ao trabalho, à vida familiar, etc. *In casu*, verifica-se que a diretriz em tela merece reprovação.

Como bem argumentado pelo representante Ministerial nas suas razões recursais, meses antes da prática do crime em comento, já havia o registro de 2 (dois) boletins de ocorrência (fls. 203/204 e 206), relatando agressões e ameaças perpetradas por Norton contra Eduarda - que estava grávida à época-, Bertolina de Melo e Soraia Maria da Silva Mesquita Platen (mãe e amiga da ofendida, respectivamente). Não fosse isso, após os fatos, enquanto Eduarda estava em coma no hospital, foram registradas novas ocorrências de ameaça (fls. 38 e 60).

Ressalta-se que os depoimentos de fls. 8/9, 11/12, 39/43 e 207/212 dão conta do comportamento violento do réu. Inclusive, o documento acostado à fl. 342, informa a postura desregrada de Norton também no presídio masculino da Capital.

Com efeito, encontra-se evidente nos autos o desapego do acusado à ordem jurídica e social, o que caracteriza maior reprovabilidade de sua conduta, autorizando o recrudescimento da reprimenda - independentemente da primariedade do acusado.

Por fim, conforme sustentado pelo recorrente, as consequências do crime extrapolam àquelas atreladas ao preceito primário legal.

No caso *sub judice*, a família foi desintegrada, pois a criança ficou sem a mãe (que foi morta) e sem o pai (que está preso). Assim, perdeu, concomitantemente, as referências materna e paterna.

Afora isso, o menino terá que conviver, por toda a sua vida, com a dura realidade de que sua genitora foi morta - de maneira brutal - por seu próprio pai, que tinha o dever não só de amá-lo e protegê-lo, como também de propiciar-lhe uma infância e um desenvolvimento psicológico saudável, o que por certo, diante da realidade que se apresenta, não será possível.

Acerca da operadora em questão, obtemperou o Ilustre Procurador de Justiça:

Durante a perpetração do delito, Norton desmereceu o futuro de seu filho e dos familiares que conviviam com a mãe da criança.

O infante, ainda em tenra idade, não há dúvidas, estará a mercê do mundo, sem a criação fundamental que a mãe confere na função social, inclusive para o desenvolvimento sadio da criança. (fl. 689)

Dito isso, diante da análise negativa das circunstâncias do crime, da conduta social e das consequências do delito, passa-se à adequação da reprimenda.

Oportuno dizer que o fato de o homicídio ter sido praticado mediante asfixia (art. 121, § 2º, III, do Código Penal) foi considerado na primeira fase da dosimetria, para qualificar o crime.

De resto, as duas qualificadoras remanescentes (art. 61, II, “a” e “c”, do Código Penal) passaram a integrar a segunda fase da aplicação da pena, juntamente com a agravante descrita no art. 61, II, “f”, do Código Penal, c/c os arts. 5º, III, e 7º, I, ambos da Lei n. 11.340/06.

Vale repetir que, na fixação da reprimenda, deve ser majorado o *quantum* adequado à reprovação da conduta delituosa, independentemente de fração fixa, pois o critério matemático engessa o julgador e o impede de individualizar adequadamente a sanção.

Nesse viés, considera-se adequado o aumento de 1 (um) ano e 4 (quatro) meses para cada diretriz, totalizando a pena-base em 16 (dezesesseis) anos de reclusão.

Na etapa intermediária, o MM. Juiz compensou a agravante do motivo torpe com a atenuante da confissão espontânea e aumentou a sanção corporal em 4 (quatro) anos, o que se mantém.

Sendo assim, a pena fica perfectibilizada em 20 (vinte) anos de reclusão.

Preservadas as demais cominações da sentença.

Neste cenário, depreende-se que avaliar novamente se as circunstâncias judiciais da conduta social, circunstâncias e consequências do crime são aptas a exasperar a pena-base extrapolaria os limites legais da ação autônoma de impugnação, a qual não serve como recurso para as questões já enfrentadas na ação penal originária.

Destaca-se o posicionamento adotado por este egrégio Tribunal de Justiça ao impossibilitar a rediscussão de matéria em sede de revisão criminal, conforme julgado destacado abaixo:

REVISÃO CRIMINAL. PRÁTICA DE TRÊS CRIMES DE HOMICÍDIO QUALIFICADO. DOSIMETRIA. MAJORAÇÃO DA PENA. ALEGAÇÃO DE FUNDAMENTAÇÃO INSUFICIENTE. NÃO OCORRÊNCIA. ANÁLISE DA MATÉRIA QUANDO DO JULGAMENTO DA APELAÇÃO CRIMINAL. INCREMENTO VALIDADO. NÍTIDA INTENÇÃO DE REDISCUSSÃO DA CAUSA. IMPOSSIBILIDADE. “A ação de revisão criminal possui caráter excepcional com finalidade exclusiva de corrigir erro judiciário, sendo admissível somente nas hipóteses taxativas previstas no art. 621 do Código de Processo Penal, razão pela qual não se confunde com recurso de apelação criminal e não pode ser utilizada para rediscussão de temas devidamente apreciados na sentença condenatória” (TJSC - Revisão Criminal n. 2012.077389-4, de Porto União, rel. Des. Carlos Alberto Civinski, j. em 27-11-2013).(TJSC, Revisão Criminal n. 2014.000502-7, de Biguaçu, rel. Des. Marli Mosimann Vargas, j. 28-05-2014). [...] **REVISÃO CRIMINAL NÃO CONHECIDA.** (TJSC, Revisão Criminal n. 4006060-19.2016.8.24.0000, da Capital, rel. Des. Jorge Schaefer Martins, Seção Criminal, j. 14-12-2016, grifou-se).

A propósito, este colendo Grupo Julgador, em acórdão de minha relatoria, já reconheceu a existência de rediscussão quando a matéria foi novamente analisada pelo Juízo *ad quem*, em que pese não ter sido o acusado o provocador da reanálise das circunstâncias judiciais (TJSC, Revisão Criminal n. 4000701-54.2017.8.24.0000, de Palhoça, rel. Des. Antônio Zoldan da Veiga, Primeiro Grupo de Direito Criminal, j. 27-02-2019).

Desse modo, considerando que a Segunda Instância já analisou a conduta social, as circunstâncias e as consequências do crime do caso em concreto, torna-se inviável, por meio desta revisional, revalorar as aludidas circunstâncias judiciais.

Ante o exposto, vota-se no sentido de não conhecer da ação de revisão criminal.

Este é o voto.

SEGUNDO GRUPO DE DIREITO CRIMINAL

Revisão Criminal n. 0000886-92.2019.8.24.0000, de Imbituba

Relator: Desembargador Volnei Celso Tomazini

REVISÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA TAL FIM. AÇÃO DE JUSTIFICAÇÃO. RETRATAÇÃO DA TESTEMUNHA E DEPOIMENTO NOVO. ELEMENTOS INSUFICIENTES PARA ILIDIR OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO CONDENATÓRIA E OCASIONAR, POR CONSEQUENTE, A RESCISÃO DO JULGADO.

A exclusão da participação do revisionando nos fatos criminosos que lhe foram imputados, por meio da retratação da corrê, bem como da colheita de novo testemunho, cujo teor desabona a conduta de uma das testemunhas de acusação, não derribam o conjunto probante que serviu para decretar a condenação, sobretudo quando o julgado refletiu a ponderação de diversos elementos em desfavor do condenado.

PLEITO SUBSIDIÁRIO. ALEGADA DECISÃO *EXTRA PETITA* EM DECORRÊNCIA DA INOVAÇÃO RECURSAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO, NO MOMENTO DA INTERPOSIÇÃO DA APELAÇÃO. NULIDADE PROCESSUAL NÃO VERIFICADA.

Se a decisão condenatória foi fundamentada nas condutas descritas pelo Ministério Público, o que, inclusive, facultou o exercício do direito ao contraditório e à ampla defesa, resulta inexistente a suscitada mácula processual decorrente de inovação recursal.

REVISÃO CRIMINAL INDEFERIDA.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Revisão Criminal n. 0000886-92.2019.8.24.0000, da comarca de Imbituba 2ª Vara em que é Requerente Luiz Carlos Cardoso.

A Segundo Grupo de Direito Criminal por maioria de votos, indeferir a revisão criminal, vencido o Exmo. Desembargador Ariovaldo Rogério Ribeiro da Silva. Abstiveram-se de votar os Exmos. Desembargadores: Salete Silva Sommariva, Carlos Alberto Civinski e Getúlio Corrêa.

Tomaram parte na decisão: Desembargador Volnei Celso Tomazini, Desembargadora Cinthia Beatriz da S. Bittencourt Schaefer, Desembargador Luiz Cesar Schweitzer, Desembargador Sidney Eloy Dalabrida, Desembargador Ariovaldo Rogério Ribeiro da Silva, Desembargador Zanini Fornerolli e Desembargador Ernani Guetten de Almeida.

Presidiu a sessão o Exmo(a). Sr(a). Desembargadora Salete Silva Sommariva.

Funcionou como Representante do Ministério Público o(a) Exmo(a). Sr(a). Dr(a). Heloísa Crescenti Abdalla Freire.

Florianópolis, 31 de julho de 2019.

Desembargador Volnei Celso Tomazini

Relator

RELATÓRIO

Luiz Carlos Cardoso ajuizou a presente revisão criminal, com fundamento no artigo 621, incisos II e III, do Código de Processo Penal.

Narrou que foi condenado ao cumprimento da pena privativa de liberdade de 09 (nove) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, no regime inicial fechado, além do pagamento de 1399 (mil trezentos e noventa e nove) dias-multa, pela prática dos crimes de tráfico de drogas a associação para tal fim (artigo 33, caput, e 35 c/c artigo 40, inciso II, todos da Lei n. 11.343/2006).

Alegou o surgimento de prova nova, consistente na colheita, por meio da ação de justificação, das declarações de Porfíria Viana Rodrigues e de Fabrício Crescêncio, cujo teor evidencia a inocência do revisionando em relação aos delitos pelos quais foi condenado.

Sustentou, ainda, que um dos policiais responsáveis pelas investigações tinha interesse pessoal em prejudicar o revisionando, pelo que *“restou cristalino que o impetrante não é nem nunca foi culpado dos crimes que foi acusado e condenado”*. Alegou, assim, que o conjunto probante não é suficiente para comprovar a autoria delitiva, situação que ofende o princípio da presunção da inocência.

Subsidiariamente, argumentou que o Ministério Público inovou nas razões recursais, com a inclusão da conduta de omissão imprópria, tese não narrada na denúncia, tampouco enfrentada pela Magistrada de 1º grau, o que ocasionou vício processual.

Após tecer outras considerações que entendeu relevantes, requereu, inclusive liminarmente, o provimento da revisional, com a consequente absolvição (fls. 03-40).

Indeferida a liminar (fls. 3500-3502), a Procuradoria de Justiça Criminal, por meio do Procurador Paulo Antônio Günther, opinou pelo indeferimento da revisão criminal (fls. 3509-3520).

É o relatório.

VOTO

Em 08.04.2011, na comarca de Imbituba, Luiz Carlos Cardoso (revisionando) foi denunciado pela prática do crime descrito no artigo 33, caput, e 35, caput, ambos c/c artigo 40, inciso II, todas da Lei n. 11.343/2006. Na mesma oportunidade também foram denunciados outros 8 (oito indivíduos), incluindo Mário Luiz de Ávila e Porfíria Viana Rodrigues, esta condenada nos autos n. 030.10.000350-0.

Segundo os termos da denúncia, o revisionando e Mário Luiz de Ávila, na qualidade de agentes militares atuantes no serviço de inteligência da Polícia Militar de Imbituba, permitiam que os demais codenunciados vendessem livremente entorpecentes. Somado a isso, prendiam traficantes concorrentes dos codenunciados e, parte da droga encontrada, era desviada e vendida pelos próprios milicianos e, não raras vezes, entregue a alguns dos codenunciados.

As investigações e identificação dos envolvidos, bem como do *modus operandi* do grupo, foram realizadas pelo do Grupo de Atuação Especial de Combate às Organizações Criminosas – Gaeco, de Criciúma.

Após a devida instrução processual, Mário Luiz de Ávila foi condenado; Luiz Carlos Cardoso foi absolvido, nos termos do artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal, com o seguinte fundamento, em síntese (fls. 1717-1774):

Os elementos probatórios constantes nos autos, embora indiquem que o policial militar Luiz Carlos mantinha relacionamento de amizade, além de relação informante/policial, com “Ceará”, não são suficientes para concluir, com certeza, que ele praticou quaisquer das condutas descritas nos arts. 33, caput, e 35, caput, da Lei n. 11.343/06.

Os policiais militares ouvidos como testemunhas de acusação relataram as investigações no sentido de concluir que a relação de “Ceará” com Luiz Carlos ultrapassava a esfera de informante/policial, o que se extrai, também, das transcrições das ligações telefônicas interceptadas.

Conforme exposto no item anterior apenas Porfíria Viana Rodrigues afirmou que Luiz Carlos teria conhecimento do desvio de drogas após os flagrantes e que usaria sua residência para venda posterior. Entretanto, também afirmou que Luiz Carlos não era usuário e era um policial bem diferente do Ávila. No mais, ressaltou que a droga era sempre buscada por Ávila, o qual fazia contato com terceiros para venda. Inclusive que a droga apreendida em sua casa (maconha) era de Ávila. Jamais mencionou o nome de Luiz Carlos quando os fatos eram específicos de conduta de tráfico de drogas.

As demais testemunhas de acusação nada souberam falar a respeito de Luiz Carlos.

(...)

Ressalto ser inviável configurar omissão do policial Luiz Carlos Cardoso com relação à conduta de Mário Luiz de Ávila, pois embora presentes fortes indícios de que era sabedor da situação criminosa e que talvez, inclusive, participasse dela, ausentes provas concretas e contumazes a respeito.

Inconformado com a sentença absolutória, o Ministério Público interpôs recurso de apelação e, em 15.08.2013 a Quarta Câmara Criminal decidiu, por unanimidade, dar provimento ao apelo, com a consequente condenação do revisionando ao cumprimento da pena privativa de liberdade de 09 (nove) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, no regime inicial fechado, além do pagamento de 1399 (mil trezentos e noventa e nove) dias-multa, pela prática dos crimes de tráfico de drogas a associação para tal fim (artigo 33, caput, e 35 c/c artigo 40, inciso II, todos da Lei n. 11.343/2006).

Interpostos recursos aos Tribunais Superiores, as decisões transitaram em julgado (fls. 42 e 3492).

Em 13.11.2018 o revisionando ajuizou a Ação de Justificação n. 0302143-23.2018.8.24.0030, na qual foram ouvidas duas testemunhas, quais sejam, Porfíria Viana Rodrigues e Fabricio Crescêncio, este policial militar.

Diante disso, na presente revisão criminal, interposta 27.03.2019, Luis Carlos sustenta que os conteúdos colhidos na referida ação demonstram que em ambas as etapas procedimentais a

testemunha Porfíria faltou com a verdade acerca do envolvimento do revisionando na prática delitiva, bem como que a testemunha Murilo Brasiliense Mota, policial civil, atuava no comércio ilícito de entorpecentes (tanto que foi condenado nos autos n. 0000555-25.2016.8.24.0030), e, por isso, pretendia afastar o revisionando de suas atividades policiais.

Dos testemunhos colhidos na justificação, menciona-se:

que conheceu Luis Carlos Cardoso à época; que era um bom policial; que este atendia as ocorrências de violência doméstica entre ela e seu ex-companheiro; que referente ao policial Ávila, disse que foi este quem a aliciou para o tráfico e que, ainda, caso algo ocorresse, Ávila dizia para por a culpa em Luis Carlos; que à época dos fatos, quando presa, foi ameaçada, inclusive com sua residência queimada; que Luis Carlos é inocente; que de fato era informante de Luis Carlos e que ajudava nas prisões dos traficantes locais; que Luis Carlos realmente investigava e que Ávila não; que conhecia Ávila antes de conhecer Luis Carlos, que Ávila frequentava a sua casa; que existia uma combinação com Ávila de que se algo ocorresse, era para por a culpa em Luis Carlos (4:20); que Luis Carlos não sabia que traficava e que Ávila a avisou quando Luis Carlos começou a investigar a testemunha; que atualmente foi ameaçada de morte por Ávila para que desse depoimento em seu favor e colocasse a culpa em Luis Carlos; que Ávila era quem desviava parte das drogas apreendidas por ele para mercancia (10:01); que Ávila avisou que os seus telefones estavam grampeados; que em sua residência que foi queimada à época havia provas de sua relação com Ávila, tais como cheques, fotos, etc; que teve um relacionamento com Ávila; que referente ao policial Murilo (policial civil à época que deu início às investigações contra Luis Carlos e Ávila) disse que este trabalhava no tráfico de drogas; que o então policial Murilo detestava o Luis Carlos; que nunca houve apropriação das drogas apreendidas por parte de Luis Carlos e sim de Ávila, que levava os entorpecentes para a cidade de Laguna; que acredita que está sendo ameaçada nos dias de hoje por Ávila, em razão de não ter aceito dar novo depoimento em juízo a seu favor (transcrito às fls. 12-13).

Por meio do depoimento de Fabricio Crescêncio, por sua vez, “*o revisionando tenta demonstrar a inidoneidade de Murilo Brasiliense Mota, uma das testemunhas utilizadas para comprovar a sua participação nos crimes que lhe foram imputados, afirmando o condenado que era Murilo quem atuava no comércio espúrio de substâncias entorpecentes e que passou a persegui-lo com o intuito de afastá-lo das suas atividades profissionais, já que ele era engajado nas investigações realizadas pelo setor de investigação da polícia militar e foi responsável pela prisão de vários traficantes da região.*”

É sabido, decisão condenatória fundada em depoimentos inverídicos autoriza o ajuizamento de revisão criminal, nos termos do artigo 621, inciso II, do Código Penal, no entanto, exige-se que “*[...] essa prova falsa constitua o único ou principal fundamento da sentença condenatória ou absolutória imprópria passada em julgado.*” (Lima, Renato Brasileiro de. Código de Processo Penal Comentado. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 1515).

Igualmente, a revisão criminal admite prova nova, capaz de evidenciar a inocência do réu e autorizar, por conseguinte, a desconstituição da coisa julgada, contudo deve ser convincente, de modo a derribar o acervo probatório produzido na ação penal.

Ou seja:

O conteúdo da nova prova produzida em justificação judicial deve ser substancialmente robusto, capaz de enfraquecer todo o acervo probatório até então produzido. Desse modo, a retratação da vítima em sede de justificação judicial não se mostra hábil a derruir a sentença quando verificada a sua dissintonia com os demais elementos existentes nos autos. (TJSC, Revisão Criminal n. 2011.040149-5, de Joinville, j. em 30/11/2011). (Revisão Criminal n. 0157630-57.2015.8.24.0000, rel. Desembargador Moacyr de Moraes Lima Filho, j em 24.2.2016).

Na hipótese, as declarações colhidas na Ação de Justificação não são aptas a derruir o julgado condenatório. Explica-se.

Porfíria Viana Rodrigues, vulgo “Ceará”, por ocasião de sua prisão em flagrante foi interrogada pela autoridade policial, momento em que contou:

que a conduzida prestava serviços para os P2 de nome AVILA e LUIZ CARLOS, sendo os dois de Imbituba, que a declarante inclusive foi amante de AVILA durante três anos, que a conduzia em diversas oportunidades comprou drogas de traficantes a mando de AVILA e LUIZ CARLOS; que a conduzida tinha feito um acordo com AVILA e LUIZ CARLOS, onde a mesma adquiriria a droga com os traficantes de Imbituba e região, identificando os traficantes que teriam droga, para que posteriormente AVILA e LUIZ CARLOS “estourassem a boca”, que dentre “bocas estouradas” estão da Galega – na lagoa do Quintino, Dezire – na praia do Rosa, Bicudo – praia do Rosa, Tiago – praia do Rosa; que nessas ocasiões acordado entre a conduzida, LUIZ CARLOS E AVILA era de que parte das drogas não seria encaminhada às delegacias, mas vendidas pelos referidos policiais na região; que a conduzida tem conhecimento que os policiais realmente vendiam droga desviada, entretanto a conduzida jamais recebeu a sua parte de AVILA e LUIZ CARLOS, os quais dividiam a quantia arrecadada apenas entre eles; [...] (transcrito da sentença – fls.1740-1741).

Nos autos n. 030.11.001177-5, ao ser interrogada judicialmente, confirmou:

[...] ser usuária de drogas há três anos por influência do policial Ávila, sendo que nunca traficou. Relatou que Ávila pedia para a depoente pegar droga com Fernando, tendo conversado pelo telefone com este enquanto estava preso. Consignou conhecer Ávila há seis anos nessa ocasião, ele era P2. A depoente era casada e apanhava muito do ex-marido Bira, motivo pelo qual chamava a polícia militar. Disse que era informante do P2 de Imbituba e pegava dinheiro com policiais para comprar droga e fazer flagrante. Afirmou que os policiais pegavam droga para vender em Laguna, sendo que Ávila a ameaçou de morte. Luiz Carlos nunca ameaçou. [...] Relatou que um pouco da droga apreendida era tirada por Ávila e Luiz Carlos para venda por estes. Ávila era usuário de cocaína e maconha. A depoente era amante de Ávila. Luiz Carlos não era usuário e era um policial bem diferente do Ávila. Disse que um rapaz de Laguna veio pegar a droga na casa da depoente para vender a pedido de Ávila. [...] Luiz Carlos pegava droga que a depoente tinha comprado e Luiz Carlos tinha conhecimento que a droga era desviada após os flagrantes. (transcrição da sentença – fl. 1740).

Reinquirida nos autos n. 030.10.00350-0, após a cisão do feito, Porfíria Viana Rodrigues declarou:

[...] disse que mora na praia do Rosa, que possui 4 (quatro) filhos e que nunca foi presa ou processada. Alegou ser usuária de drogas há 3 (três) anos, sendo que começou a usar drogas com o policial Ávila e que usava cocaína. [...] Foi presa na praça do pedágio, em Palhoça, quando estava com droga na bolsa e que pegou a droga com “Play”; iria tirar um pouco da droga e passar o restante para Avila, sendo que pegou a droga “fiado”, porque Avila pagaria depois do carnaval. Citou que o ponto de droga dos policiais Avila e Luis Carlos era na sua casa e que a maconha apreendida na sua casa era de Avila e foi deixada lá para Marcos usar. Conhece Avila faz uns 6 anos; ele atendia as ocorrências envolvendo o seu ex-companheiro; era informante do P2; cada prisão Avila e Luis Carlos pediam para declarante comprar droga. Alegou que conhece o cara que vendeu droga para Avila em Laguna; que Avila lhe ameaçou de morte; Informou que um pouco da droga apreendida era tirada; um pouco Avila e Luis Carlos ficavam para vender. Avila usava maconha e cocaína; que foi amante de Avila; mas não sabe se Luis Carlos é usuário de drogas. Disse que Avila e Luis Carlos pegavam a droga na sua casa e antes de ser presa foi ameaçada por Avila. Alegou que nunca vendeu drogas. Informou que Avila e Luis Carlos colocaram fogo na sua casa, porque tinha muita prova guardada na casa contra Avila. Disse que esta sendo processada porque estava envolvida com Avila e Luis Carlos e que Luis Carlos sempre soube da sua participação nas investigações e que ia na casa de Luis Carlos; [...] emprestava dinheiro para Avila e Luis Carlos [...]. (transcrição da sentença – fls. 1741-1742).

Em complemento, o Relator da Apelação Criminal n. 2013.020761-1, Desembargador Rodrigo Collaço, mencionou:

P. V. R., em seu interrogatório judicial, confirmou ter funcionado como informante dos réus M. L. de A e L. C. C., tendo auxiliado na prisão de alguns traficantes da região de Imbituba. Nesse ponto, asseverou que os acusados, antes de efetuar uma prisão, solicitavam que adquirisse drogas para possibilitar o flagrante. Relatou que parte das drogas apreendidas em tais oportunidades era desviada pelos réus. Informou que os acusados utilizavam sua residência para armazenagem de entorpecentes. Afirmou ter presenciado, em algumas oportunidades, o réu M. L. de A. entregar narcóticos para um traficante da cidade de Laguna. Asseverou que o acusado L. C. C. tinha conhecimento e participava ativamente do desvio de drogas, ressaltando, inclusive, que os três tratavam das prisões e da subtração de drogas conjuntamente. Disse ter conhecimento de que M. L. de A. já havia utilizado outras pessoas para o mesmo fim. Relatou que foram desviados entorpecentes por ocasião das prisões de Elviro Onofre e Roseli Muzolon. Afirmou ter sido instruído por M. L. de A. para, em ligação telefônica, afirmar que o policial civil Murilo Brasiliense possuía relação com o tráfico de drogas. Sobre sua prisão em flagrante, relatou que possuía certa quantidade de entorpecentes, destacando que parte dessa droga seria entregue ao réu M. L. de A., que seria o responsável pelo pagamento da substância (gravação audiovisual de fl. 1008).

As versões, como se vê, são firmes, sem contradições e, portanto, não autorizam a maximização da retratação por meio de ação específica, tampouco retira, por si só, a credibilidade do conjunto probatório que serviu para convencer sobre a autoria delitiva.

Sim, em todas as oportunidade Porfíria claramente apontou o envolvimento do revisionando no esquema criminoso e, do conteúdo, não se infere indícios de falsidade motivada pela suposta coação exercida pelo corréu Mário Luiz.

No ponto, aliás, como consignou o Procurador de Justiça por ocasião de seu parecer “*caso ela estivesse realmente sendo ameaçada por Mário Luiz de Avila, em nenhum momento teria incriminado o referido corréu e teria imputado toda a culpa ao ora revisionando, todavia, nas duas fases do processo, Porfíria enfatizou o envolvimento de ambos na comercialização dos narcóticos, demonstrando, assim, que mesmo sendo ameaçada por Mario, sua intenção era a de relatar a veracidade dos fatos*”.

Outra particularidade faz desmerecer a retratação de Porfíria, qual seja, o interrogatório do corréu Anderson Fernando Pedro, prestado nos autos n. 030.11.000325-0 (em razão da cisão processual), cujo teor, em suma, revela:

[...] Segundo Ceará disse para Anderson, o negócio da droga estava seguro por causa dos policiais Avila e Luis Carlos [...] Ainda, que Ávila e Luis Carlos davam segurança para Ceará não ser presa, porque eles davam cobertura; sendo que ficou sabendo disso pelos rapazes que estavam na rua. Ainda, o depoente tomou conhecimento, dentro da penitenciária de Joinville, pelo preso Rafael, que Ávila e Luis Carlos apreenderam 20kg e apresentaram somente 16kg na Delegacia referente a apreensão de droga de um primo dele (trecho extraído da sentença – fl. 1754).

Ora, custa crer que Profíria também pretendesse incriminar Luis Carlos aos comparsas, especificamente Anderson (codenunciado) e, ainda, que esse igualmente pudesse inventar com detalhes o envolvimento do revisionando no tráfico de drogas, por motivos aqui ignorados.

Registra-se, o testemunho de Anderson foi mencionado na sentença de 1º grau, o que, por suposto, indica a ciência do revisionando acerca de seu teor.

Não bastasse isso, outros testemunhos estão em harmonia com o conteúdo dos interrogatórios de Porfíria, de sorte que serviram também para fundamentar a condenação declarada pela Quarta Câmara Criminal.

A saber, o policial Ricardo Assis Alves, que presidiu as investigações no GAECO de Criciúma, relatou em juízo:

“os acusados estariam usando traficante como informante, algo estranho na corporação e que chamou a atenção. [...] que em novembro de 2010 foram efetuadas mais de cinquenta áudios entre “Ceará, Luiz Carlos e Ávila, sendo que a frequência era maior entre Ceará e Ávila. Disse que “Ceará” ligava para Luiz Carlos para dar informações que também dava a Ávila (extraído da sentença **)

No acórdão, o Relator completou que, segundo o depoente, “[...] *da interceptação telefônica puderam apurar que os réus e P. V. R. mantinham diálogos atinentes ao comércio de drogas e tratavam sobre formas de “derrubar” alguns dos traficantes da região. Reafirmou que a relação entre M. L. de A., L. C. C. e P. V. R. extrapolava a rotineira entre policial e informante, uma vez que existia consentimento por parte do réus para a continuidade da narcotraficância realizada por P. V. R. (gravação audiovisual de fl. 907)*”. (fls. **)

Além disso, tem-se o testemunho do policial militar Márcio Luiz de Aguiar, integrante da força-tarefa, que “*asseverou que a própria P. V. R., no momento em que abordada, disse atuar em conjunto com os milicianos M. L. de A. e L. C. C., salientando que os réus, ao efetuarem prisões relacionadas ao tráfico de entorpecentes, tomavam para si uma parcela da droga apreendida*”. (transcrição do acórdão – fl. 2213).

Muito embora o revisionando desqualifique as palavras de Márcio justamente porque se refere à narrativa de Porfíra antes de sua retaratação, os fatos delineados denotam, repita-se, que a nova versão não aparentou verossimilhança e, bem por isso, a alegação expendida na revisional não produziu um juízo de certeza irrefutável do falso testemunho.

Some-se a tais particularidades, o relatório final de operação do Grupo de Atuação Especial de Combate às Organizações Criminosas de Criciúma concluiu que “*Ceará (alvo interceptado) mantinha vínculos com policiais M. L. de A. e L. C. C., principalmente com o primeiro, pois conversavam constantemente via telefone, no entanto, após ter sido comentado que o mesmo estava sendo investigado, não mais conversaram com a mesma*”.

A situação fática consolidada, como está posta, portanto, não ruma ao enfraquecimento do conjunto probante que serviu para acolher, naquela oportunidade, o recurso interposto pelo Ministério Público.

Vale lembrar que “*para rever-se o julgado é conditio sine qua non que a falsidade da prova tenha servido como único e decisivo elemento para o juízo de reprovação penal*.” (Oliveira Júnior, Antonio Sydnei de. Revisão Criminal: novas reflexões. Curitiba: Juruá, 2009, p. 118), o que não é o caso dos autos, porquanto, o julgado condenatório refletiu a ponderação não somente de um, mas de diversos elementos probante em desfavor do revisionando.

De sorte que o entendimento condenatório perfilhado foi obediente ao princípio da persuasão racional, até porque “*As decisões judiciais traduzem convencimento individual do juiz, extraído de livre apreciação da prova e dos argumentos das partes, mediante exercício de persuasão racional*” (STJ, AgRg no Resp 851387 / SP, rel. Celso Limongi (desembargador convocado do TJ/SP, j. em 1.3.2011).

Por suposto, ainda que se intencione demonstrar o oposto, persiste a adequação da reprovação penal, de modo a justificar a convicção detalhada no julgamento da apelação n. 2013.020761-1.

Na mesma diretriz, a seriedade profissional do revisionado atestada pelo policial militar Fabrício Crescêncio na ação de justificação, bem como a condenação posterior da testemunha Murilo Brasiliense Mota pelo crime de tráfico de drogas, são insuficientes para exigir a absolvição, porquanto,

mesmo que se desconsidere o interrogatório da corré Porfíria Viana Rodrigues e o depoimento do policial Murilo Brasiliense Mota, ainda está comprovada a participação do revisionando nos delitos que lhe foram imputados através dos depoimentos dos policiais Márcio Luiz de Aguiar e Ricardo Assis Alves, das palavras do coacusado Anderson Fernando Pedro e do relatório final de operação do Grupo de Atuação Especial de Combate às Organizações Criminosas de Criciúma.

Corroborar, ademais, o acerto do decreto condenatório o fundamento expendido pelo Relator, emite Desembargador Rodrigo Collaço:

Diante disso, sem se olvidar dos depoimentos prestados por colegas de trabalho dos réus M. L. de A. e L. C. C. que abonaram suas condutas, é necessário salientar que os acusados são policiais militares que exerciam suas atividades no setor de inteligência (P-2) da Polícia Militar de Imbituba.

Não é demasiado concluir, diante desse panorama, que os acusados M. L. de A. e L. C. C., cuja atividade era exatamente realizar investigações policiais naquele âmbito, encontravam alguma facilidade em ocultar suas próprias atividades ilícitas e, como corolário, intrincar ou mesmo inviabilizar eventuais investigações que viessem a ser deflagradas contra tal esquema. Tanto que, nesse tocante, a apuração dos crimes ora narrados somente foi possível em razão da atuação do Grupo de Atuação Especial de Combate às Organizações Criminosas (GAECO) composto por policiais oficiais junto à comarca de Criciúma.

Nesse contexto, ressaí evidenciada a prática dos ilícitos descritos na denúncia, tanto por parte do réu M. L. de A., como também por L. C. C. Isso porque, do acervo probatório coligido nos autos e acima referenciado, resta bem demonstrado que, valendo-se de associação estável e permanente entre ambos, P. V. R. e A. F. P., além de prisões de alguns traficantes, os réus desviavam parcelas dos entorpecentes apreendidos, repassavam a droga para outros traficantes, bem como davam guarida para que P. V. R. comercializasse livremente substâncias tóxicas.

[...]

Vale assinalar, ainda, que muito embora a atuação de L. C. C. não fosse do conhecimento de algumas das testemunhas de acusação, à exceção de M. L. de A., os demais integrantes da associação criminosa confirmaram a sua participação ativa para a prática dos ilícitos descritos na denúncia.

Posta a questão nestes termos, o que desponta é falta de credibilidade dos depoimentos colhidos na Ação de Justificação, especialmente o de Porfíria. Diga-se, transcorridos mais de 05 (cinco) anos da imposição da condenação, suas palavras sinalizaram apenas a tentativa de evitar a imposição de pena ao revisionando por razões que se desconhece, até porque o simples argumento de “fazer justiça” é pouco crível.

Por fim, o revisionando sustentou que o Ministério Público inovou nas razões recursais, com a inclusão da conduta de omissão imprópria, tese não narrada na denúncia, tampouco enfrentada pela Magistrada de 1º grau.

Sem razão o revisionando.

Conforme sobressai dos termos da denúncia, na peça acusatória inaugural o Ministério Público pormenorizou a conduta de Luis Carlos, descrevendo que *“permitia que os corréus vendessem livremente as drogas e desviava parte dos estupefacientes apreendidos nas diligências policiais, comercializando-os ou, ainda, destinando-os aos seus comparsas, sendo que o dinheiro angariado era dividido entre eles”*.

Veja-se:

[...] Avila e Luis Carlos, prevalecendo-se da função pública (policiais militares) atuantes no serviço de inteligência da Polícia Militar de Imbituba (P2), permitiam que Ceara e Marquinhos vendessem livremente a droga recebida de Fernando e seu bando criminoso na praia do Rosa e região. Eles também investigavam e apreendiam os traficantes concorrentes de Ceara e Marquinhos, sendo que parte das drogas apreendidas não eram apresentadas na Delegacia de Polícia quando da lavratura do flagrante, mas sim desviadas em proveito do bando.

O estupefaciente apreendido e desviado era vendido pelos próprios denunciados Avila e Luis Carlos e, não raras às vezes, entregue à Ceara e Marquinhos para que eles comercializassem-no, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar. O dinheiro arrecadado com a atividade ilícita era rateado entre eles (fl. 47).

Nas razões recursais, o Ministério Público novamente discorreu acerca das condutas atribuídas ao revisionando, repisando, inclusive, a capitulação mencionada na peça inaugural.

“conforme dito anteriormente, eles se utilizavam a casa de Ceara como ponto de depósito, distribuição e tráfico de drogas, além de contribuírem ativamente para o bom funcionamento da associação criminosa. Se não bastasse a demonstração inequívoca de que os Policiais Militares Ávila e Luis Carlos estavam ativamente associados com Ceará para a prática do crime de tráfico de drogas, a simples omissão deles, por terem o dever legal de agir, por si só, já é suficiente para responsabilizá-los pela prática do crime de tráfico de drogas.” (fl. 1805).

Nessa diretriz, o acórdão proferiu o decreto condenatório, nos exatos termos das razões recursais e da denúncia, consignando que:

[...] ressa evidenciada a prática dos ilícitos descritos na denúncia, tanto por parte do réu M. L. de A., como também por L. C. C. Isso porque, do acervo probatório coligido nos autos e acima referenciado, resta bem demonstrado que, valendo-se de associação estável e permanente entre ambos, P. V. R. e A. F. P., além de prisões de alguns traficantes, os réus desviavam parcelas dos entorpecentes apreendidos, repassavam a droga para outros traficantes, bem como davam guarida para que P. V. R. Comercializasse livremente substâncias tóxicas. Insta destacar, ainda, que P. V. R. reconheceu, em seu depoimento, que sua residência era utilizada por M. L. de A. e L. C. C. para realizar a armazenagem dos entorpecentes desviados e posterior entrega dessas substâncias a terceiros (fl. 2218).

De sorte que a decisão da Quarta Câmara Criminal foi fundamentada nas condutas descritas pelo Ministério Público, o que, inclusive, facultou o exercício do direito ao contraditório e à ampla defesa, não havendo demonstração de prejuízo ao revisionando e, por conseguinte, mácula processual.

Nessa compreensão, vota-se pelo indeferimento da revisão criminal.

É o voto.

Revisão Criminal N° 0000886-92.2019.8.24.0000

Declaração de voto-vista do Exmo. Sr. Des. Zanini Fornerolli

Ilustres Colegas, em suma, hei de seguir a conclusão da Relatoria.

Digo isso porque na última reunião deste Órgão, preocupei-me em melhor perquirir acerca da existência de elementos de prova sobressalentes que, à revelia do refluxo de uma testemunha importante para o julgamento, pudesse dar o sustentáculo suficiente à manutenção da condenação ora revisionanda.

Por isso que pedi vista do feito, justo para me inteirar do ocorrido.

Mas, um detalhe primário trouxe-me uma inquietante desconfiança para com o retrocesso dessa testemunha também importante para o caso e que, à máxima evidência, não posso e não me sinto confortável a isso me desgarrar.

É bem verdade que se, no âmbito da revisão criminal a justificação há de ser capaz de enfraquecer todo o acervo probatório constituído e sopesado anteriormente já por um órgão colegiado, é igualmente relevante considerar que essa prova nova há de ser no mínimo veraz dentro do contexto do julgamento.

É nesse ponto que não vejo credibilidade na retratação em testilha.

Antes, a testemunha teria revelado esquema criminoso e de ajuste entre ela e os dois militares processados onde, em síntese, ela delatava os demais traficantes da região litorânea do sul do Estado e, como resultado das flagrâncias, os respectivos policiais destacavam certa parcela de drogas para si. Ouvida em ambas as etapas, responsabilizou os dois policiais, isso sem rodeios.

Mas, agora, refluíu em sua versão. Passados mais de cinco anos da publicação do acórdão reformatório e condenatório compareceu novamente em juízo para, em justificação, “retratar-se de uma injustiça”, como exposto por ela.

Hoje, a sua versão é diametralmente oposta. De acordo com ela, na época era informante do policial C. (sobrenome), mas o policial A. (sobrenome) era quem desviava as drogas. Que o policial C. não traficava; era sim inocente.

O que a teria feito responsabilizar o policial C. à época, consoante a a nova versão, atinava-se ao fato de que, aquele tempo, teria sido coagida pelo policial A. para, em suma, colocar toda a culpa no policial C.. Consoante ela, ainda, quando foi presa, foi ameaçada, inclusive sua residência foi queimada, até porque havia provas acerca de sua relação com o policial A. Existia, então, uma combinação deles de que se algo desse errado, bastava colocar a culpa em C.

Mas há aí, contudo, uma contradição que, a mim, é incontornável.

Vejam, caso ela realmente estivesse sendo ameaçada por um dos policiais (no caso A.) para delatar apenas o outro (no caso C.), é correto concluir que apenas este último é quem sofreria

as agruras do seu relato, e não os **dois** policiais, como de fato incriminou. Insisto, se, realmente, estivesse mantida sob a ameaça de um deles e a combinação fosse a de que a culpa haveria de repousar apenas sob o outro, evidentemente teria poupado um deles, obviamente o algoz.

Mas não, em todas as fases do processo a justificanda enfatizou o envolvimento de ambos na comercialização das drogas, demonstrando, assim, que mesmo sob a suposta ameaça de A., preocupava-se com a veracidade à época, tanto que também o delatou em todo esse esquema que deu azo à condenação.

Esse mesmo sentimento, em verdade, não parte apenas de mim, mas vem referendado pelo d. parecerista ministerial e pelo Exmo. Des. Relator.

Tenho, então, que para derruir uma condenação, há de sobrevir uma prova sólida, forte, que transpareça de pronto a veracidade. Não é esse o caso, modo tal não há como merecê-la para fins de desconstituir a condenação.

Um segundo ponto que necessito explicar, aí sim trata, por certo, do que me conduziu ao pedido de vista: a existência de outras provas nos autos.

Reformada em parte a sentença nesta Corte, contra o revisionando influíram negativamente (afora as versões da justificanda) as seguintes provas que, em seu conjunto, solificaram o decreto condenatório: **(i)** relato de Márcio Luiz de Aguiar; **(ii)** relato de Ricardo Assis Alves; **(iii)** relatório final da Operação do GAECO; **(iv)** relato de Murilo Brasiliense Mota; e, ao fim, **(v)** relato de A. F. P. Tudo vem à demasia apontado em sede do acórdão acostado às fls. 2197-2222, proferido pela Quarta Câmara Criminal, sob a relatoria do Exmo. Des. Rodrigo Collaço que, à unanimidade, foi acompanhado pelo Exmo. Des. Jorge Schaefer Martins e pela Exma. Des. Cinthia Beatriz da Silva Bittencourt Schaefer.

Então, se no entender do revisionando houve o refluxo de uma das testemunhas, certo é que, no mais, existem outros elementos que foram levados em consideração pelo Órgão Colegiado ao tempo do julgamento e que foram, de certo, também sopesados para formar o édito condenatório do ora revisionando.

E, se de alguma maneira, discorda, como de fato, sim, discorda da dimensão que lhes conferiu o órgão colegiado ao tempo do julgamento originário (sobretudo ao salientar, ponto por ponto, de cada um dos elementos que, sob sua visão, seriam imprestáveis à condenação), é inegável que essa pretensão é indigesta à figura da revisão criminal que, à evidência, não se traduz em uma seara revisora da validade ou vigor das demais provas qualificadas no passado.

No ponto, por diversas vezes já me manifestei que, por se tratar de instrumento processual destinado à correção de eventuais erros do Judiciário, caso verificada alguma das hipóteses previstas no art. 621 do Código Penal, não será admitida a revisão criminal quando a questão suscitada já tiver sido devidamente debatida por esta Corte, sob pena de se promover uma nova devolução da matéria ao juízo ad quem, o que não é o objetivo da norma (nesse sentido: TJSC, RC n. 4030084-77.2017.8.24.0000, rel. Des. Carlos Alberto Civinski, j. em 28.02.2018; Revisão Criminal n. 4024811-

20.2017.8.24.0000, rel. Des. Moacyr de Moraes Lima Filho, j. em 31.01.2018; Revisão Criminal n. 4014278-02.2017.8.24.0000, rel. Des. José Everaldo Silva, j. em 13.12.2017).

Mas, independentemente disso, uma outra particularidade também me chama a atenção, porque evidentemente afora a reavaliação dos elementos que pretende o proponente (porque repreende sim a força probatória do relato de Márcio de Aguiar, de Ricardo Assis Alves, o relatório final da operação do Gaeco e do relato de Murilo Brasiliense Mota), restaria, no mínimo, a versão de A. F. P., que foi sopesada no acórdão e que, de *per si*, retrata a participação espúria do revisionando como um dos agentes que estaria em compadrio com a justificanda.

É, portanto, uma prova a mais presente nos autos a negativar o réu.

Reputo indispensável, ao fim, debruçar-me sobre mais três pontos.

De pronto, a revisão criminal também colaciona outra justificação, aí do policial Fabrício Crescêncio que, em que pese tente abonar a conduta do ora revisionando na imagem de um policial diligente, nada mais passa de outro relato que, dada a carência da substancialidade do ato, nada contribui para o momento, sobretudo para o fim de enfraquecer o pronunciamento condenatório da Corte.

Além disso, tenta-se também retratar uma certa perseguição sofrida pelo revisionando por um outro policial, Murilo Brasiliense Mota, o qual também foi condenado por tráfico de drogas, mas que não me convence. E digo isso com a base de que, em que pese tal agente público tenha sido realmente condenado por tráfico de drogas (e a sentença repousa nos autos às fls. 3.435-3.477), essa perseguição (que teria sido motivada porque o ora revisionando teria prendido um comparsa seu), a mim mais repousa numa conjecturação, a provas realmente sólidas e capazes de induzir à falência o acórdão condenatório. E mais que isso, o seu depoimento foi levado em consideração no acórdão condenatório, porém não me pareceu ali uma intenção desviada a responsabilizar a todo e qualquer custo, mas sim, de forma comedida, foi narrado o que era de seu conhecimento.

Por óbvio que esse dado mais se resume a uma conjectura, não há como se esconder, e de que, evidentemente, não serve ao instrumento da revisão criminal. Porém, ainda que fosse verdade, não se pode olvidar que, por mais que possa ter sido iniciada a investigação do ora revisionando pelo agente, é incontroverso nos autos que a perquirição policial foi concluída por um órgão diverso, independente da polícia militar, o GAECO, a ilustrar, de uma vez por todas, a imparcialidade que se pretende incutir em toda a penosa persecução.

Em tempo, rapidamente, e para não mais me estender, alinhavo-me igualmente ao Exmo. Des. Relator para o fim de afastar uma última reclamação de que o Ministério Público inovou nas razões recursais à época ao insistir na tese de omissão imprópria, e que tal não teria sido narrada na instância singular.

Ocorre que, no ponto, ao contrário do reclamado, tal tese encontra-se na própria denúncia, momento em que o órgão acusador referenciou de que os policiais A. e C., dentre outras condutas, prevalecendo-se da função pública, “permitiam que os ali apontados traficantes vendessem

livremente a droga” recebida de F. e seu bando criminoso na Praia do Rosa e região, de modo que, considerando que os réus no processo penal defendem-se não da capitulação, mas sim propriamente dos fatos atribuídos narrados na exordial, tenho sim que não há se falar, no caso em comento, na existência do aludido vício processual.

São esses, portanto, os fatores que me conduziram ao voto-vista.

Diante disso, após muito me debruçar nos elementos constantes do caderno processual, tenho por bem acompanhar o Exmo. Des. Relator na íntegra de sua manifestação para, em consequência, rejeitar a revisão criminal proposta.

É como voto, Excelências.

Florianópolis, 31 de julho de 2019.

Desembargador ZANINI FORNEROLLI

Revisão Criminal n. 4008417-64.2019.8.24.0000, de São Miguel do Oeste

Relatora: Des. Salete Silva Sommariva

REVISÃO CRIMINAL – HOMICÍDIO DOLOSO TRIPLAMENTE QUALIFICADO CONTRA MULHER (FEMINICÍDIO – CP, ART. 121, §2º, INCISOS II, IV E VI E §2º-A, INCISO I) – TESE DE INJUSTIÇA NA APLICAÇÃO DA PENA – DESCONSIDERAÇÃO DO COMPORTAMENTO DA VÍTIMA COMO MODULAR FAVORÁVEL – INOCORRÊNCIA – MENÇÃO EXPRESSA NO BOJO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA – UTILIZAÇÃO IMPLÍCITA DO ASPECTO JUDICIAL NO CÁLCULO DA DOSIMETRIA – REPRIMENDA, ADEMAIS, CONSERVADA NO JULGAMENTO DA APELAÇÃO CRIMINAL – PEDIDO INDEFERIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Revisão Criminal n. 4008417-64.2019.8.24.0000, da comarca de São Miguel do Oeste (Vara Criminal) em que é Requerente: Alceu Pedro Dorigan Aleceu Pedro Dorigan:

O Segundo Grupo de Direito Criminal decidiu, por unanimidade, indeferir o pedido. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado em 31 de julho de 2019, os Exmos. Srs. Des. Desembargador Carlos Alberto Civinski, Desembargador Getúlio Corrêa, Desembargador Ernani Guetten de Almeida, Desembargador Volnei Celso Tomazini, Desembargadora Cinthia Beatriz da S. Bittencourt Schaefer, Desembargador Luiz Cesar Schweitzer, Desembargador Sidney Eloy Dalabrida, Desembargador Ariovaldo Rogério Ribeiro da Silva e Desembargador Zanini Fornerolli.

Florianópolis, 2 de agosto de 2019.

Salete Silva Sommariva
PRESIDENTE E RELATORA

RELATÓRIO

Na comarca de São Miguel do Oeste, o reeducando Alceu Pedro Dorigan, foi condenado nos autos n. 0000727-16.2017.8.24.0067, à pena de 22 (vinte e dois) anos de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime fechado, pela prática do delito previsto no art. 121, §2º, incisos II, IV e VI e §2º-A, inciso I, ambos do Código Penal (p. 519/535).

Referida sentença condenatória foi objeto de recurso de apelação, com julgamento realizado pela Terceira Câmara Criminal em 27-3-2018 (p. 599/612), onde decidiu-se, por unanimidade (Des. Rui Fortes – Relator, Des. Sérgio Izidoro Heil e Des. Ernani Guetten de Almeida), negar provimento ao recurso.

Referido acórdão transitou em julgado em 3-5-2018 (p. 620).

Busca o revisionando, em síntese, correção na dosimetria da pena, vez que não restou considerado no cálculo o comportamento da vítima como aspecto favorável (redução da reprimenda), embora tal circunstância tenha sido expressamente mencionada na sentença de primeira instância (p. 1/9).

A Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer de lavra do Dr. Raul Schaefer Filho (p. 18/22), manifestou-se pelo indeferimento do pedido.

VOTO

O indeferimento do pedido é medida de rigor e dispensa fundamentação extensa.

Extrai-se dos autos que o magistrado, ao proceder com o cálculo das circunstâncias judiciais negativas presentes na primeira etapa da dosimetria da pena, assentou (p. 531/532):

A culpabilidade do acusado desponta do processado. A intensidade de dolo é elevadíssima.

O réu não registra maus antecedentes, assim consideradas as sentenças com trânsito em julgado que não mais servem para reincidência.

De outro lado, não há elementos contra a conduta social do agente. Não há laudo pericial aferindo a personalidade do acusado. O motivo fútil será utilizado na segunda fase.

As circunstâncias são altamente reprováveis. A prova produzida deixa claro que a parte denunciada apresentava histórico de violência contra a vítima. Medidas protetivas já haviam sido deferidas. Há indiciativo concreto de que o réu obrigava a vítima a se prostituir e, ainda, ficava com parte do valor obtido por ela. Não fosse isso suficiente, com total descaramento, o réu ainda compareceu ao velório da vítima e se apresentava, para família dela, com profundo pesar com o falecimento de Lilian.

As consequências extrapenais do crime estão dentro da normalidade.

Há comprovação de que a vítima, com seu comportamento, concorreu para a conduta do acusado.

Tendo presente o princípio da individualização da pena (e a fundamentação anteriormente esposada) e as circunstâncias negativas (circunstâncias propriamente ditas), fixo a pena base em 16 anos de reclusão. (grifou-se).

E, em uma análise atenta dos fundamentos utilizados pelo juízo, principalmente no que tange ao *quantum* de pena atingido, verifica-se que o fator relacionado ao comportamento da vítima como mecanismo influenciador da conduta do acusado, embora não individualizado na matemática operada em primeiro grau, restou devidamente sopesado no cômputo da reprimenda basilar.

Isso porque, partindo-se da premissa que houve menção expressa pelo julgador acerca da importância no comportamento da vítima para a consecução do delito e, conquanto nenhum dos fracionamentos referentes aos fatores judiciais tidos como desabonadores tenham sido especificados

quando da elaboração e conclusão da pena base, não há como certificar, de modo inequívoco, a não inclusão de tal circunstância no cômputo final.

No mais, ainda que o delito em comento traga previsão de pena mínima de 12 (doze) anos de reclusão, com a presença de duas circunstâncias judiciais tidas como negativas (culpabilidade e circunstâncias do delito) e uma reprimenda base estabelecida em 16 (dezesesseis) anos de reclusão, observa-se que o togado pode ter aplicado patamar maior do que 1/6 (um sexto) para cada aspecto desvantajoso e, após, ao levar em consideração o comportamento da vítima, tê-lo feito em benefício do réu, findando com uma majoração de 4 (quatro) anos na reprimenda.

Imperioso trazer à baila, também, os termos do parecer exarado pelo Procurador de Justiça à p. 18/22, que traduz a discricionariedade motivada do magistrado com referência ao aumento para cada circunstâncias judicial desfavorável, no sentido de que *“em que pese não esclarecido, pela d. decisão, a individualização do aumento específico dedicado para cada modular de influência na pena base, e afirmado expressamente quais estavam sendo consideradas (negativas e positivas), tem-se que às fls. 529 dos autos originais, mencionou pela necessidade no feito de exasperação das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal em patamar superior àquele orientado por essa e. Corte de Justiça (1/6). Nesse passo, ao contextualizar como negativa as modulares da culpabilidade e das circunstâncias do crime (fls. 531), e referir pela influência da vítima no crime, findou por eleger a pena base em 16 anos de reclusão, ou seja, ainda que coincida ao equivalente de 1/6 de aumento para cada circunstanciante, a menção expressa do aumento em fração superior, deixa implícita a consideração da circunstância judicial do comportamento da vítima como favorável ao revisionando, findando na elevação de 04 anos pelo conjunto de modulares destacadas.”*

Necessário mencionar, como reforço argumentativo, a parte da motivação judicial de primeira instância cujo posicionamento caminha na possibilidade da elevação da fração da pena para além do tradicional (patamar de 1/6), mormente em hipóteses de homicídios que abarcam diversas qualificadoras (p 529), tema referendado por esta corte de justiça.

Por fim, apenas para efeitos elucidativos, examinando os quesitos submetidos ao Conselho de Sentença, constata-se o afastamento da proposição de que o crime fora praticado sob violenta emoção após injusta provocação da vítima (homicídio privilegiado).

À vista do exposto, não havendo injustiça na aplicação da pena, aliado ao fato de que fora conservada pelo acórdão da lavra da Terceira Câmara Criminal, o voto é no sentido de indeferir o pedido.

Revisão Criminal n. 4010665-03.2019.8.24.0000, de Balneário Camboriú

Relatora: Desembargadora Cinthia Beatriz da S. Bittencourt Schaefer

REVISÃO CRIMINAL. CRIME ROUBO CIRCUNSTANCIADO [ART. 157, § 2º, I, II E V, DO CÓDIGO PENAL]. PRETENSÃO DE REVISÃO DA DOSIMETRIA PENAL. TERCEIRA FASE. INSURGÊNCIA CONTRA A FRAÇÃO DE AUMENTO DA MAJORANTE DO ART. 157, § 2º, DO CÓDIGO PENAL DIANTE DA INFRAÇÃO À SÚMULA 443 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. NÃO OCORRÊNCIA. ENTENDIMENTO SUMULAR NÃO APLICÁVEL AO CASO PRESENTE. SÚMULA EDITADA APÓS O TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA. ENTENDIMENTO MAIS RECENTE DESTE ÓRGÃO JULGADOR. PRECEDENTE DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. “A jurisprudência desta Corte tende a não admitir o ajuizamento de revisão criminal fundada em mudança de entendimento jurisprudencial superveniente ao trânsito em julgado da sentença condenatória. No caso destes autos, a decisão condenatória transitou em julgado em 2008, antes, portanto, da publicação dos enunciados sumulares n. 443 e 444 desta Corte, que justificaram a redução da pena em sede de revisão criminal, não podendo, assim, legitimar a redução da pena dada pela eg. Corte a quo. Agravo regimental não provido. (AgRg no REsp 1663112/SC, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 03/08/2017, DJe 10/08/2017). PEDIDO NÃO CONHECIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Revisão Criminal n. 4010665-03.2019.8.24.0000, da comarca de Balneário Camboriú 2ª Vara Criminal em que é Requerente Josias Meireles.

A Segundo Grupo de Direito Criminal decidiu, por votação unânime, não conhecer do pedido revisional. Sem custas.

Participaram do julgamento, realizado na data de 26 de junho de 2019, a Exma. Sra. Desa. Salete Silva Sommariva (Presidente), o Exmo. Sr. Des. Luiz Cesar Schweitzer, o Exmo. Sr. Des. Sidney Eloy Dalabrida, o Exmo. Sr. Des. Ariovaldo Rogério Ribeiro da Silva, o Exmo. Sr. Des. Zanini Fornerolli, o Exmo. Sr. Des. Ernani Guetten de Almeida e o Exmo. Sr. Des. Volnei Celso Tomazini.

Florianópolis, 27 de junho de 2019.

Cinthia Beatriz da S. Bittencourt Schaefer

Relatora

RELATÓRIO

Trata-se o presente de Revisão Criminal ajuizada por Josias Meireles, qualificado nos autos, em que busca revisão da condenação sofrida nos autos n. 0025378-94.2010.8.24.0023, onde foi condenado ao cumprimento da pena de 6 (seis) anos e 5 (cinco) meses de reclusão, pela prática do crime do art. 157, §2º, I e II, c/c art. 70, ambos do Código Penal.

O revisando sustenta, em síntese, que há necessidade de reparo na dosimetria da pena imposta

na terceira fase dosimétrica, visto que as majorantes teriam sido valoradas em excesso e sem fundamentação, desrespeitando a Súmula 443, do Superior Tribunal de Justiça.

O revisando apresentou documentos (fls. 9/27).

Lavrado parecer pela Douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Ernanai Dutra, manifestando-se pelo conhecimento e deferimento da revisão criminal (fls. 36/39).

Este é o relatório.

VOTO

A Revisão Criminal é ação penal que objetiva, em regra, rever decisão condenatória, com trânsito em julgado, quando ocorre erro judiciário, ou quando se verifica situação em que deva ser diminuída a pena.

Em razão de configurar-se como verdadeira ação rescisória na esfera criminal sua admissibilidade é restrita aos casos taxativamente previstos no art. 621, do Código de Processo Penal:

- I - quando a sentença condenatória for contrária ao texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos;
- II - quando a sentença condenatória se fundar em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos;
- III - quando, após a sentença, se descobrirem novas provas de inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize diminuição especial da pena.

O doutrinador Paulo Rangel discorre acerca do cabimento desta ação defendendo que:

O pressuposto primordial e indispensável é a sentença transitada em julgado, que deverá estar eivada de erro de procedimento ou erro de julgamento. [...] A sentença não pode apenas ter transitado em julgado para ser proposta a revisão criminal. Mister se faz ainda que tenha vício de procedimento ou de julgamento, sem os quais não há que se falar em revisão criminal. O erro judiciário e a mola propulsora da revisão. (Direito Processual Penal, 6a ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 761).

A revisão criminal não pode, portanto, servir como uma nova via recursal, a fim de rediscutir a matéria exaustivamente debatida nos autos da ação penal em primeira e ou na fase recursal em segunda instância.

AGRAVO (§ 1º ART. 557 DO CPC) EM REVISÃO CRIMINAL. REVISIONAL INDEFERIDA. AUSÊNCIA

DOS REQUISITOS DO ART. 621 DO CPP. ALEGADA CONDENAÇÃO DO REVISIONANDO COM BASE EM INDÍCIOS E SUPOSIÇÕES. PRETENDIDA A DISCUSSÃO DE MATÉRIA PROBATÓRIA JÁ DECIDIDA EM SEDE DE APELAÇÃO CRIMINAL. AÇÃO REVISIONAL QUE NÃO SE CARACTERIZA COMO SEGUNDA APELAÇÃO CRIMINAL. IMPOSSIBILIDADE DE SE FALAR EM DECISÃO CONTRÁRIA À EVIDÊNCIA DOS AUTOS. ALEGAÇÕES NÃO CONHECIDAS. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO DESPROVIDO” (Agravo (§ 1º art. 557 do CPC) em Revisão Criminal n. 2012.006487-4, rel. Des. Marli Mosimann Vargas, j. 30.5.2012).

Este Tribunal tem admitido, em caráter excepcional e diante das particularidades do caso concreto, o ajuste da pena transitada em julgado quando comprovado o erro técnico ou a injustiça explícita da decisão.

REVISÃO CRIMINAL. CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. NULIDADE DO PROCESSO, NO TODO OU EM PARTE, POR CERCEAMENTO DE DEFESA, ANTE A VULNERAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. ALEGADA SUSPEIÇÃO DO JUIZ E FALSAS TESTEMUNHAS. PEDIDOS GENÉRICOS, SEM A INDICAÇÃO DOS FATOS E DA FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA, FORMULADOS PELO PRÓPRIO REVISIONANDO. NÃO CONHECIMENTO. ALEGAÇÃO, POR OUTRO LADO, DE “PENA MUITO ALTA”. ERRO TÉCNICO OU EXPLÍCITA INJUSTIÇA DA DECISÃO. CONHECIMENTO DA AÇÃO REVISIONAL, NO PONTO, EM CARÁTER EXCEPCIONAL. DEFERIMENTO PARA REDUÇÃO DA REPRIMENDA. PRECEDENTES. (TJSC, Revisão Criminal n. 2012.010550-3, de Porto Belo, rel. Des. Ricardo Roesler, j. 29-08-2012).

Todavia, o erro técnico ou manifesta injustiça deve categoricamente demonstrado pela parte que pretende a sua revisão, não bastando a mera inconformidade com a pena que lhe foi aplicada.

O revisando sustenta, nos termos do art. 621 do CPP, a necessidade de revisão da fração de aumento relativo as circunstâncias do art. 157, § 2º, I e II, do Código Penal, uma vez que o magistrado sentenciante fixou a pena acima do mínimo legal de 1/3 (um terço), sem fundamentação concreta, infringindo o teor da Súmula n. 443, do Superior Tribunal de Justiça.

Este é o teor da Súmula 443 do STJ:

“Súmula 443: O aumento na terceira fase de aplicação da pena no crime de roubo circunstanciado exige fundamentação concreta, não sendo suficiente para a sua exasperação a mera indicação do número de majorantes”.

Não há dúvidas que a fundamentação descumpra o estabelecido na Súmula n. 443, do STJ, quando não há fundamentação concreta na exasperação da pena, mas a mera indicação do número de majorantes.

A jurisprudência é pacífica neste Tribunal:

REVISÃO CRIMINAL - ROUBO CIRCUNSTANCIADO (CP, ART. 157, § 2º, I, II E V) - ALEGAÇÃO DE INJUSTIÇA NA APLICAÇÃO DA PENA - PROCEDÊNCIA - EQUÍVOCO NA NEGATIVIDADE DOS ASPECTOS REFERENTES À PERSONALIDADE E ÀS CONSEQUÊNCIAS DO CRIME - ALMEJADA COMPENSAÇÃO ENTRE A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA E A ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA - IMPOSSIBILIDADE - ACUSADO QUE CONTAVA COM MAIS DE UMA CONDENAÇÃO ANTERIOR CONFIGURANDO SUA CONDIÇÃO DE MULTIRREINCIDENTE - AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO PARA O AUMENTO DA PENA RELATIVAMENTE ÀS MAJORANTES DO CRIME DE ROUBO - UTILIZAÇÃO DO CRITÉRIO NUMÉRICO-PROGRESSIVO - OFENSA À SÚMULA 443 DO STJ - PENA READEQUADA - EXTENSÃO DOS EFEITOS AOS CORRÉUS NÃO REQUERENTES - POSSIBILIDADE LIMITADA AO TERCEIRO ESTÁGIO DA DOSIMETRIA - OBSERVÂNCIA DO ART. 580 DO CPP - REDUÇÃO DAS PENAS - PLEITO PARCIALMENTE DEFERIDO. (TJSC, Revisão Criminal n. 4005403-77.2016.8.24.0000, de Indaial, rel. Des. Salete Silva Sommariva, j. 22-02-2017).

No caso concreto, a sentença transitou em julgado em 28/07/2008 (fl. 27), antes, portanto, da publicação da Súmula n. 443 do Superior Tribunal de Justiça, que ocorreu na data de 10/05/2010, razão pela qual não há como aplica-la ao caso presente em sede de revisão criminal para reduzir a pena, que foi corretamente aplicada na época da prolação.

Estes são os precedentes recentes do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. REVISÃO CRIMINAL. APLICAÇÃO RETROATIVA DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL SUMULADO. IMPOSSIBILIDADE. ATENUANTE PREVISTA NO ART. 65, III, “b” DO CP. REVOLVIMENTO DO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO. AGRAVO DESPROVIDO. 1. Conforme reiterada jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, mudança de entendimento jurisprudencial posterior ao trânsito em julgado da condenação não autoriza o ajuizamento de revisão criminal visando a sua aplicação retroativa. 2. No caso em exame, verifica-se que o trânsito em julgado da condenação ocorreu em 10/11/1998 e a orientação descrita na referida Súmula data de 13/5/2010. 3. “A jurisprudência desta Corte tende a não admitir o ajuizamento de revisão criminal fundada em mudança de entendimento jurisprudencial superveniente ao trânsito em julgado da sentença condenatória. No caso destes autos, a decisão condenatória transitou em julgado (...), antes, portanto, da publicação dos Enunciados Sumulares n. 443 e 444 desta Corte, que justificaram a redução da pena em sede de revisão criminal, não podendo, assim, legitimar a redução da pena dada pela eg. Corte a quo.” (AgRg no REsp 1.663.112/SC, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 10/8/2017). 4. Verificar a incidência da atenuante prevista no art. 65, III, “b” envolve providência incompatível com o recurso, por demandar reexame do acervo fático-probatório, o que encontra óbice no enunciado da Súmula 7/STJ. 5. Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp 1594245/SP, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 07/08/2018, DJe 15/08/2018).

AGRAVOS REGIMENTAIS. HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. WRIT SUBSTITUTIVO DERECURSOESPECIAL.FALTADECABIMENTO.REVISÃO CRIMINAL.EXASPERAÇÃO NA PRIMEIRA E TERCEIRA FASES DA DOSIMETRIA DA PENA. SÚMULAS 444/STJ E 443/STJ. JURISPRUDÊNCIA CONTROVERTIDA. DESCABIMENTO DA REVISIONAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. NÃO OCORRÊNCIA. 1. Segundo entendimento do Superior Tribunal de Justiça, a mudança de entendimento jurisprudencial não autoriza o ajuizamento de revisão criminal. 2. Agravos regimentais impróvidos. (AgInt no HC 373.928/SC, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 02/02/2017, DJe 09/02/2017).

Este é o entendimento deste Segundo Grupo Criminal:

REVISÃO CRIMINAL. CRIME DE FURTO QUALIFICADO [ART. 155, § 4º, I E IV, DO CÓDIGO PENAL]. PRETENSÃO DE REVISÃO DA DOSIMETRIA PENAL. PENA-BASE. CIRCUNSTÂNCIA DA CONDUTA SOCIAL. AUMENTO REALIZADO PELA PRESENÇA DE AÇÕES PENAIS EM ANDAMENTO. INFRAÇÃO À SÚMULA 444 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. NÃO OCORRÊNCIA. ENTENDIMENTO SUMULAR NÃO APLICÁVEL AO CASO PRESENTE. SÚMULA EDITADA APÓS O TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA. PRECEDENTES DESTA EGRÉGIA CORTE E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. “A jurisprudência desta Corte tende a não admitir o ajuizamento de revisão criminal fundada em mudança de entendimento jurisprudencial superveniente ao trânsito em julgado da sentença condenatória. No caso destes autos, a decisão condenatória transitou em julgado em 2008, antes, portanto, da publicação dos enunciados sumulares n. 443 e 444 desta Corte, que justificaram a redução da pena em sede de revisão criminal, não podendo, assim, legitimar a redução da pena dada pela eg. Corte a quo. Agravo regimental não provido.(AgRg no REsp 1663112/SC, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 03/08/2017, DJe 10/08/2017).[...] PEDIDO REVISIONAL CONHECIDO E PARCIALMENTE DEFERIDO. (TJSC, Revisão Criminal n. 4036050-84.2018.8.24.0000, da Capital - Continente, rel. Des. Cinthia Beatriz da Silva Bittencourt Schaefer, Segundo Grupo de Direito Criminal, j. 27-02-2019).

REVISÃO CRIMINAL - CRIME DE ROUBO MAJORADO (ART. 157, § 2º, I E II, DO CÓDIGO PENAL) EM CONTINUIDADE DELITIVA. [...] ALEGADA VIOLAÇÃO À SÚMULA 443 DO STJ QUANDO DA APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DE PENA DO ROUBO - ENTENDIMENTO UTILIZADO QUE, À ÉPOCA DA SENTENÇA, PERMITIA UM CRITÉRIO DE EXASPERAÇÃO PURAMENTE MATEMÁTICO - INVIABILIDADE DE MODIFICAÇÃO DE JULGADO PAUTADO APENAS EM ALTERAÇÃO DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL - NECESSIDADE DE MANUTENÇÃO DA SEGURANÇA JURÍDICA. A Constituição Federal permite apenas a retroatividade da lei penal para beneficiar o réu (art. 5º XL), de modo que não se pode aplicar tal permissão no tocante aos entendimentos jurisprudenciais, sob de, dada a natureza mais mutável destes, começar a se admitir uma mudança corriqueira em decisões já transitadas em julgado, o que traria enorme insegurança ao meio jurídico. Precedentes. [...] REVISÃO CRIMINAL PARCIALMENTE CONHECIDA E NÃO ACOLHIDA. (TJSC, Revisão Criminal n. 0132230-75.2014.8.24.0000, de Santo Amaro da Imperatriz, rel. Des. Luiz Antônio Zanini Fornerolli, Segundo Grupo de Direito Criminal, j. 26-09-2018).

REVISÃO CRIMINAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO PELO EMPREGO DE ARMA E CONCURSO DE AGENTES. INSURREIÇÃO QUANTO À DOSIMETRIA. TERCEIRA FASE. ALEGADA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO NO TOCANTE ÀS CAUSAS DE AUMENTO DE PENA. SÚMULA 443 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA AINDA NÃO VIGENTE NA ÉPOCA DO DECISUM. PEDIDO INDEFERIDO. O Segundo Grupo de Direito Criminal desta Corte decidiu não ser possível a aplicação retroativa de entendimento jurisprudencial não vigente à época da decisão combatida, ainda que mais benéfico ao réu. (TJSC, Revisão Criminal n. 4011898-06.2017.8.24.0000, da Capital - Continente, rel. Des. Moacyr de Moraes Lima Filho, Segundo Grupo de Direito Criminal, j. 25-10-2017).

REVISÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO. ROUBO CIRCUNSTANCIADO PELO CONCURSO DE AGENTES E EMPREGO DE ARMA DE FOGO (CP, ART. 157, §2º, I E II). INSURGÊNCIA LIMITADA À DOSIMETRIA DA PENA. POSTULADA A FIXAÇÃO DA PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. AFASTAMENTO DO AUMENTO NA TERCEIRA-FASE DA DOSIMETRIA. ALEGADA OFENSA AOS VERBETES 443 E 444 DA SÚMULA DE JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO RETROATIVA.

REVISÃO CRIMINAL NÃO CONHECIDA. - “Entende este Superior Tribunal de Justiça que a mudança de entendimento jurisprudencial não autoriza o ajuizamento de Revisão Criminal. Agravo regimental não provido”. (AgRg no HC 395.162/SC, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, j. em 12-9-2017, v.u.) - Parecer da Procuradoria-Geral de Justiça pelo conhecimento e o indeferimento da revisão criminal. - Revisão criminal não conhecida. (TJSC, Revisão Criminal n. 4001294-83.2017.8.24.0000, de Itajaí, rel. Des. Carlos Alberto Civinski, Segundo Grupo de Direito Criminal, j. 25-10-2017).

REVISÃO CRIMINAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO PELO EMPREGO DE ARMA E CONCURSO DE PESSOAS (ART. 157, § 2º, I E II, DO CP). SENTENÇA CONDENATÓRIA TRANSITADA EM JULGADO. INSURGÊNCIA EM RELAÇÃO À DOSIMETRIA DA PENA. [...] ALEGADA AFRONTA AO ENUNCIADO DA SÚMULA Nº 443 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, QUE AINDA NÃO HAVIA SIDO EDITADA À ÉPOCA DA PUBLICAÇÃO DA SENTENÇA. MOTIVAÇÃO PARA A APLICAÇÃO DO AUMENTO QUE PODE SER EXTRAÍDA DOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO. FRAÇÃO DE AUMENTO APLICADA, ADEMAIS, INFERIOR A 3/8 (TRÊS OITAVOS), PARÂMETRO REITERADAMENTE ADOTADO POR ESTE TRIBUNAL. MANUTENÇÃO. PEDIDO REVISIONAL CONHECIDO E PARCIALMENTE DEFERIDO (TJSC, Revisão Criminal n. 4014778-68.2017.8.24.0000, de São José, rel. Des. Volnei Celso Tomazini, Segundo Grupo de Direito Criminal, j. 27-09-2017).

Nestes termos, considerando que a jurisprudência atual desta egrégia Corte não tem admitido a revisão fundamentada na mudança de entendimento jurisprudencial, superveniente ao trânsito em julgado da sentença condenatória, o pedido sequer pode ser conhecido.

Ante todo o exposto, voto no sentido de não conhecer o pedido revisional.

Este é o voto.

PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL

***Habeas Corpus* (criminal) n. 0002000-66.2019.8.24.0000, de Jaguaruna**

Relatora: Desembargadora Hildemar Meneguzzi de Carvalho

HABEAS CORPUS. PACIENTE CONDENADO PELA PRÁTICA DO CRIME DE LATROCÍNIO (ART. 157, § 3º, INCISO II, DO CÓDIGO PENAL). PRETENDIDA A “CONCESSÃO” DE REVISÃO CRIMINAL E SUA ABSOLVIÇÃO. DECISÃO CONDENATÓRIA QUE NÃO TRANSITOU EM JULGADO. NO MAIS, IMPOSSIBILIDADE DE IMPETRAÇÃO DE *HABEAS CORPUS* COMO SUBSTITUTIVO DE REVISÃO CRIMINAL. PLEITO DE ANÁLISE DO MÉRITO. VIA ELEITA INADEQUADA. AUTOS JÁ SENTENCIADO PELO MAGISTRADO DE ORIGEM. REANÁLISE QUE DEVE SER REQUERIDA POR MEIO DE RECURSO DE APELAÇÃO. “[...] - A discussão sobre o mérito da causa não é compatível com a estreita via de cognição da ação constitucional de *habeas corpus*, que não admite dilação probatória tampouco aprofundado exame das provas existentes nos autos. [...]” (TJSC, *Habeas Corpus* (Criminal) n. 4022305-71.2017.8.24.0000, de Braco do Norte, rel. Des. Carlos Alberto Civinski, Primeira Câmara Criminal, j. 19-10-2017).

PARECER DA PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA PELO NÃO CONHECIMENTO DO *WRIT*.
ORDEM NÃO CONHECIDA.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* (criminal) n. 0002000-66.2019.8.24.0000, da comarca de Jaguaruna 2ª Vara em que são Imp/Pacien Guilherme Amaro.

A Primeira Câmara Criminal decidiu, por unanimidade, não conhecer do *writ*.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Excelentíssimo Senhor Desembargador Paulo Roberto Sartorato, com voto, e dele participou o Excelentíssimo Senhor Desembargador Carlos Alberto Civinski.

Funcionou como representante do Ministério Público, o Excelentíssimo Senhor Procurador de Justiça Dr. Paulo de Tarso Brandão.

Florianópolis, 18 de julho de 2019.

Hildemar Meneguzzi de Carvalho
Relatora

RELATÓRIO

Trata-se de *Habeas Corpus* impetrado por Guilherme Amaro, em seu favor, contra ato do MM. Juiz de Direito da 2ª Vara da Comarca de Jaguaruna, que o condenou à pena privativa de liberdade fixada em 30 (trinta) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 13 (treze) dias-multa, pela prática do crime previsto no art. 157, § 3º, inciso II, do Código Penal.

O impetrante/paciente afirmou que não cometeu o delito de latrocínio, logo, pugnou pela “concessão” de revisão criminal e sua absolvição (fls. 1/6).

Inexistente o pedido liminar, deu-se vista à Procuradoria-Geral de Justiça (fl. 10).

Lavrado parecer pela Douta Procuradoria-Geral de Justiça o Excelentíssimo Senhor Dr. Gercino Gerson Gomes Neto, que opinou pelo não conhecimento da ordem (fls. 14/17).

Este é o relatório.

VOTO

Cuida-se de Habeas Corpus impetrado por Guilherme Amaro, em seu favor, contra ato do MM. Juiz de Direito da 2ª Vara da Comarca de Jaguaruna, que o condenou à pena privativa de liberdade fixada em 30 (trinta) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 13 (treze) dias-multa, pela prática do crime previsto no art. 157, § 3º, inciso II, do Código Penal.

O impetrante/paciente afirmou que não cometeu o delito de latrocínio, logo, pugnou pela “concessão” de revisão criminal e sua absolvição (fls. 1/6).

Pois bem.

De plano, o presente remédio constitucional não deve ser conhecido, ante a manifesta inadequação da via eleita.

Delimitada a controvérsia, constata-se que a absolvição não pode ser discutida em sede de habeas corpus, tendo em vista que a matéria requer maior dilação probatória, o que não se coaduna com a via estreita do *writ*.

Ademais, verifica-se que a lide já foi sentenciada, restando condenado o impetrante/paciente. Logo, a via adequada para discussão do mérito é o recurso de apelação.

Nesse viés, considerando que a matéria foi analisada de forma minuciosa pelo Douto Procurador de Justiça Gercino Gerson Gomes Neto, adota-se excerto do parecer de fls. 14/17, como razão de decidir, o que é permitido pelo Superior Tribunal de Justiça (EDcl no AgRg no AREsp 94.942/MG, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. em 5.2.2013, v.u):

A petição não merece ser conhecido, seja como revisão criminal, seja como habeas corpus.

Depreende-se dos autos que o impetrante/paciente foi condenado à pena de 30 (trinta) anos de reclusão, em regime fechado, e ao pagamento de 13 (treze) dias-multa, fixados no valor mínimo legal, pela prática do crime de latrocínio, sendo que a sentença foi publicada em 12/07/2019 (fl. 1581 dos autos originais), de modo que ainda não transitou em julgado.

Assim, considerando que o decreto condenatório não transitou em julgado, inviável o conhecimento de pedido de revisão criminal.

Nesse sentido, colhe-se da jurisprudência:

REVISÃO CRIMINAL. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. AUSÊNCIA DE CERTIDÃO DO TRÂNSITO EM JULGADO. INSURGÊNCIA QUANTO À CONDENAÇÃO PELO ART. 35 DA LEI DE DROGAS. PLEITO DE APLICAÇÃO DA BENESSE DO § 4º DO ART. 33 DA ALUDIDA LEI. TESES DEVIDAMENTE APRECIADAS NO ACÓRDÃO DA APELAÇÃO CRIMINAL. MERA REITERAÇÃO DE ARGUMENTOS. INEXISTÊNCIA, ADEMAIS, DE ERRO OU INJUSTIÇA NA APLICAÇÃO DA PENA. DEMAIS PEDIDOS AFETOS À EXECUÇÃO PENAL. PEDIDO REVISIONAL NÃO CONHECIDO. 1 O trânsito em julgado da sentença condenatória é requisito indispensável para o ajuizamento de revisão criminal. [...] (TJSC, Revisão Criminal n. 4013025-13.2016.8.24.0000, de Chapecó, rel. Des. Sidney Eloy Dalabrida, Segundo Grupo de Direito Criminal, j. 25-04-2018).

Quanto a possibilidade de conhecimento da ordem de habeas corpus, melhor sorte não socorre o impetrante/paciente, já que o mesmo almeja a análise de matéria fático-probatória, posto que alega não ter cometido o crime pelo qual foi condenado.

Sabe-se que não cabe em sede de habeas corpus a análise aprofundada da prova, com o objetivo de discutir o mérito da ação penal (materialidade e autoria).

Nesse sentido, colhe-se da jurisprudência dessa Corte de Justiça:

HABEAS CORPUS - PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA - PRÁTICA, EM TESE, DOS CRIMES PREVISTOS NOS ARTS. 33 E 35 DA LEI N. 11.343/06 E 229 DO CP. PROVA DA MATERIALIDADE E INDÍCIOS SUFICIENTES DA AUTORIA - ALEGAÇÃO DE QUE A DROGA APREENDIDA DESTINA-SE AO CONSUMO PESSOAL - MATÉRIA AFETA AO MÉRITO DA AÇÃO PENAL - NÃO CONHECIMENTO. “Não se presta o remédio heróico a apreciar questões que envolvam exame aprofundado de matéria fático-probatória, como, no caso, a pretensão de desclassificação do delito de tráfico ilícito de substância entorpecente para o de uso próprio (precedentes). Habeas corpus não conhecido” (STJ, Min. Felix Fischer). [...] WRIT PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESTA EXTENSÃO, ORDEM DENEGADA. (TJSC, Habeas Corpus (Criminal) n. 4033640-53.2018.8.24.0000, de Ibirama, rel. Des. Getúlio Corrêa, Terceira Câmara Criminal, j. 18-12-2018). (grifei)

Desta forma, o *writ* não merece ser conhecido.

Com efeito, a sentença condenatória não transitou em julgado, posto que o impetrante/paciente sequer foi intimado da decisão (fl. 1582 dos autos originários). Assim, mostra-se inviável, também, o conhecimento do pleito de revisão criminal, já que este depende do trânsito em julgado do édito condenatório.

Outrossim, de acordo com o entendimento jurisprudencial, é incabível a utilização do *writ* para esse propósito:

Habeas Corpus. Sentença condenatória transitada em julgado. Impossibilidade de admitir-se o *writ* constitucional como sucedâneo de revisão criminal. Reexame do conjunto fático-probatório. Inadmissibilidade. É pacífica a jurisprudência desta Corte no sentido de que o habeas corpus não pode ser manejado como sucedâneo de revisão criminal à míngua de ilegalidade flagrante em condenação com trânsito em julgado. No caso, a verificação do acerto ou desacerto do magistrado de primeiro grau quando da oportuna aplicação dos artigos 211 e 213 do Código de Processo Penal demanda, necessariamente, o

revolvimento aprofundado do conjunto fático-probatório contido nos autos da ação penal de origem, o que é inviável na estreita via do habeas corpus. Precedentes. Ordem denegada” (STF, HC n. 94.376, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, j. em 16/11/2010). “II - O entendimento desta Corte evoluiu para não mais se admitir o manejo do habeas corpus em substituição ao recurso próprio, bem assim como sucedâneo de revisão criminal. Precedentes (STJ, HC n. 286.077/SP, Relª Min. Regina Helena Costa, Quinta Turma, j. em 10/6/2014). Sem grifos no original.

HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO QUE QUESTIONA TEMA DECIDIDO EM SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA TRANSITADA EM JULGADO. IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DA ORDEM DE HABEAS CORPUS COMO SUBSTITUTIVO DE REVISÃO CRIMINAL. INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE FLAGRANTE A ENSEJAR O CONHECIMENTO EXCEPCIONAL DA IMPETRAÇÃO. AÇÃO CONSTITUCIONAL NÃO CONHECIDA. - É inviável a utilização do habeas corpus como substitutivo da ação de impugnação prevista para questionar a sentença penal condenatória transitada em julgado. - Parecer da PGJ pelo não conhecimento da ação. - Ação não conhecida. (TJSC, Habeas Corpus (Criminal) n. 4027290-83.2017.8.24.0000, de Xaxim, rel. Des. Carlos Alberto Civinski, Primeira Câmara Criminal, j. 30-11-2017). Sem grifos no original.

HABEAS CORPUS. CRIME DE AMEAÇA NO ÂMBITO DAS RELAÇÕES DOMÉSTICAS. CONDENAÇÃO TRANSITADA EM JULGADO. ORDEM UTILIZADA COMO SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. VIA INADEQUADA. IMPOSSIBILIDADE DE ADMISSÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL COMO SUCEDÂNEO DE REVISÃO CRIMINAL. NULIDADE, ADEMAIS, NÃO CONSTATADA. SUPOSTO CERCEAMENTO DE DEFESA DECORRENTE DA DECRETAÇÃO DA REVELIA. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO PESSOAL DO PACIENTE PARA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO. INOCORRÊNCIA. PACIENTE QUE, CITADO PESSOALMENTE, EM CARTÓRIO, MUDOU-SE DO ANTIGO ENDEREÇO SEM COMUNICAR AO JUÍZO. TENTATIVA DE INTIMAÇÃO PESSOAL PARA O ATO INFRUTÍFERA. REVELIA CORRETAMENTE DECRETADA. ORDEM NÃO CONHECIDA. 1 [...] o habeas corpus, em que pese configurar remédio constitucional de largo espectro, não pode ser utilizado como sucedâneo da revisão criminal, salvo em situações nas quais se verifique flagrante ilegalidade ou nulidade, o que não é o caso dos autos (STF - RHC n. 115.983/RJ, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. em 16/04/2013). [...] 3. **Ao se constatar que a ré, após citada pessoalmente, mudou de residência sem comunicar o novo endereço ao juízo, resta autorizada a decretação de sua revelia, bem como o prosseguimento do processo sem a sua presença, nos termos do art. 367 do Código de Processo Penal.** [...] (TJSC, Habeas Corpus (Criminal) n. 4014924-46.2016.8.24.0000, de Joinville, rel. Des. Paulo Roberto Sartorato, j. 06-12-2016). (TJSC, Habeas Corpus (Criminal) n. 4021587-74.2017.8.24.0000, de Fraiburgo, rel. Des. Norival Acácio Engel, Primeira Câmara Criminal, j. 19-10-2017). Sem grifos no original

À vista do exposto, o voto é no sentido de não conhecer do *writ*.

Este é o voto.

Apelação Criminal n. 0000674-47.2019.8.24.0008, de Blumenau

Relator: Desembargador Paulo Roberto Sartorato

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO. ESTELIONATO (ART. 171, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA. MATERIALIDADE E AUTORIA NÃO CONTESTADAS. INSURGÊNCIA VOLTADA, TÃO SOMENTE, À DOSIMETRIA DA PENA. SEGUNDA FASE. PRETENDIDA A COMPENSAÇÃO ENTRE A ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA E A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. INVIABILIDADE. MULTIRREINCIDÊNCIA ESPECÍFICA. EXEGESE DO ARTIGO 67 DO CÓDIGO PENAL. AINDA, PLEITO DE ABRANDAMENTO DO REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA. REGIME SEMIABERTO QUE NÃO MERECE ALTERAÇÃO. RÉU COM CONDENAÇÕES PRETÉRITAS EM RAZÃO DE CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO. PECULIARIDADES DO CASO QUE ENSEJAM A ADOÇÃO DE REGIME MAIS GRAVE. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

1. A existência de multirreincidência e/ou reincidência específica impõem a preponderância do aumento decorrente da agravante da reincidência (art. 61, inciso I, do Código Penal) em relação à mitigação ensejada pela atenuante da confissão espontânea (art. 65, inciso III, alínea “d”, do Código Penal).

2. A verificação de plurais condenações pretéritas em desfavor do réu, pelo mesmo crime que ora se apura, evidencia a necessidade de se impor uma maior repressão penal em razão do novo crime cometido e, via de consequência, impede a concessão de regime mais brando, ensejando a prevalência do semiaberto, imposto no édito condenatório.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 0000674-47.2019.8.24.0008, da comarca de Blumenau (1ª Vara Criminal), em que é Apelante Odair Bredun e Apelado o Ministério Público do Estado de Santa Catarina:

A Primeira Câmara Criminal decidiu, por votação unânime, conhecer do recurso e negar-lhe provimento. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, o Exmo. Des. Carlos Alberto Civinski e o Exmo. Des. Ariovaldo Rogério Ribeiro da Silva.

Funcionou na sessão pela douta Procuradoria-Geral de Justiça a Exma. Dra. Jayne Abdala Bandeira.

Florianópolis, 25 de julho de 2019.

Assinado digitalmente
Desembargador Paulo Roberto Sartorato
Presidente e Relator

RELATÓRIO

A representante do Ministério Público, com base no incluso Inquérito Policial, ofereceu denúncia contra Odair Bredun, devidamente qualificado nos autos, dando-o como incurso nas sanções do art. 171, *caput*, do Código Penal, pelos fatos assim narrados na preambular acusatória, *in verbis* (fls. 105/107):

No mês de maio de 2018, o denunciado Odair Bredun, valendo-se da condição de inquilino do imóvel localizado na Rua Nicolau Link, n. 162, bairro Badenfurt, em Blumenau/SC, anunciou no sítio eletrônico “OLX” a referida residência, ocasião em que negociou a venda com as vítimas Uélida Cruz Lima Lopes e Wanderson da Silva Lopes.

Foi assim que, no dia 21 de maio de 2018, o denunciado ludibriou os ofendidos afirmando ser o proprietário do imóvel, com nítida intenção de obter vantagem ilícita, vindo a realizar o contrato de promessa de compra e venda no valor de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais), descrito às fls. 14/17, o qual, inclusive foi reconhecida a fima no 1º Tabelionato de Notas e Protesto de Blumenau/SC.

Após assinarem o respectivo contrato, o denunciado recebeu das vítimas o valor de R\$ 11.000,00 (onze mil reais) referente à entrada e uma parcela mensal de R\$ 1.000,00 (mil reais), sendo que R\$ 2.020,00 (dois mil e vinte reais) foi remetido, via transferência bancária, para a conta da sogra de Odair (fl. 24) e R\$ 8.980,00 (oito mil, novecentos e oitenta reais) foram entregues em espécie ao denunciado.

Ocorre que, após os ofendidos residirem por um mês na residência, descobriram que foram vítimas de um golpe aplicado por Odair, visto que uma vizinha teria dito que o imóvel era de propriedade de um terceiro, qual seja, Ivonete Terezinha Pompermaier.

Registre-se que Uélida e Wanderson não receberam qualquer valor de volta do denunciado em razão do prejuízo de R\$ 11.000,00 (onze mil reais).

Encerrada a instrução processual, o MM. Juiz *a quo* julgou procedente a denúncia para condenar o acusado ao cumprimento da pena privativa de liberdade de 01 (um) ano e 01 (um) mês de reclusão, em regime inicial semiaberto, e ao pagamento de 11 (onze) dias-multa, cada qual no valor de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos, por infração ao disposto no art. 171, *caput*, do Código Penal, negando-lhe o direito de recorrer em liberdade (fls. 262/271).

Inconformada, a defesa do acusado interpôs recurso de apelação, manifestando interesse em arrazoar na forma do art. 600, § 4º, do Código de Processo Penal (fl. 284).

Remetidos os autos a esta Superior Instância e devidamente intimada a defesa (fl. 293), esta apresentou as competentes razões recursais, nas quais requereu a compensação da agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea, e a aplicação do regime aberto para o resgate da reprimenda (fls. 300/305).

Em contrarrazões, o Ministério Público pugnou pelo conhecimento e desprovimento do recurso defensivo (fls. 311/315).

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lava da Exma. Dra. Heloísa Crescenti Abdalla Freire, opinou pelo conhecimento e desprovimento do recurso (fls. 320/324).

Este é o relatório.

VOTO

O presente recurso de apelação volta-se contra sentença condenatória, que, ao julgar procedente a exordial acusatória, condenou o réu Odair Bredun à pena de 01 (um) ano e 01 (um) mês de reclusão e 11 (onze) dias-multa, pelo cometimento do delito tipificado no art. 171, *caput*, do Código Penal, fixando o regime inicial semiaberto para o cumprimento da reprimenda.

Ab initio, convém registrar que, embora o acusado Odair tenha manifestado o desejo de não recorrer da sentença condenatória (fls. 282/286), observa-se que o seu defensor interpôs recurso de apelação (fl. 284), circunstância que não impede que o apelo seja conhecido, uma vez que, embora existam divergências na doutrina e na jurisprudência acerca do tema, o entendimento majoritário é no sentido de que prevalece o desejo de insurgência contra a decisão, em obediência ao princípio da ampla defesa.

Nesse sentido, é o entendimento do Supremo Tribunal Federal, consolidado na Súmula n. 705, *in verbis*: “A renúncia do réu ao direito de apelação, manifestada sem a assistência do defensor, não impede o conhecimento da apelação por este interposta”.

Assim, presentes os pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade, conhece-se do recurso e passa-se à análise do seu objeto.

Ressalte-se, antes de mais nada, que, inexistindo quaisquer questionamentos recursais no que tange à materialidade e à autoria do delito em questão, as quais, inclusive, restaram comprovadas pelo contexto fático probatório amealhado nos autos, proceder-se-á ao estrito exame dos pleitos recursais constantes das razões de apelo, em homenagem à celeridade e economia processuais.

I - Da compensação entre a agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea.

Inicialmente, pretende o apelante que, na segunda fase dosimétrica, haja a compensação da agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea.

Tal pleito, contudo, não comporta acolhimento.

Prima facie, cumpre ressaltar que, atualmente, curvando-se ao posicionamento preponderante, este Relator passou a adotar o entendimento de que, na segunda fase da dosimetria, é possível a compensação entre a atenuante de confissão espontânea e a agravante da reincidência, desde que esta não seja específica ou o réu multirreincidente.

Na hipótese em tela, entretanto, observa-se, das certidões de fls. 240/242, que o acusado ostenta diversas condenações penais pretéritas hábeis a gerar reincidência, nos termos dos artigos 63 e 64 do Código Penal. E, como se não bastasse a multirreincidência, as condenações se deram pelo

cometimento do mesmo crime narrado nos presentes autos (estelionato), evidenciando também a reincidência específica do réu/apelante.

Dessa forma, a existência de multirreincidência específica, isto é, pela prática reiterada do mesmo crime que ora se apura, impõe um recrudescimento em maior grau. Nesse norte:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO. ROUBO CIRCUNSTANCIADO (CP, ART. 157, *CAPUT* E § 2.º, I E II). CONDENAÇÃO. RECURSO DEFENSIVO. DOSIMETRIA. REINCIDÊNCIA. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. POSSIBILIDADE DE COMPENSAÇÃO. QUESTÃO PACIFICADA NO RESP. N. 1.341.370, REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. PREPONDERÂNCIA, NO CASO, DA REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA. CONDENAÇÃO ANTERIOR PELO MESMO CRIME. PENA INCÓLUME. Embora possível a compensação entre a agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea, as circunstâncias do caso concreto demonstram que a reincidência deve prevalecer, porquanto a anterior condenação se refere à prática do mesmo crime, ou seja, é específica. [...] RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E NÃO PROVIDO. (TJSC - Apelação n. 0003913-84.2015.8.24.0045, de Palhoça, Quarta Câmara Criminal, Rel. Des. Roberto Lucas Pacheco, j. em 04/08/2016).

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO. ROUBO SIMPLES (ART. 157, *CAPUT*, DO CP). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA ACUSAÇÃO. 1. DOSIMETRIA DA PENA. SEGUNDA FASE. [...] 1.1 PRETENDIDA PREPONDERÂNCIA DA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA SOBRE A ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA, POR SE TRATAR DE REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA. VIABILIDADE. PRECEDENTES DA SEXTA TURMA DO STJ E DESTA CÂMARA. ADEQUAÇÃO DA REPRIMENDA. “Esta Corte pacificou o entendimento no sentido de serem igualmente preponderantes a agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea. Todavia, não é viável a compensação integral das mencionadas agravante e atenuante, quando se tratar de reincidência específica” (STJ - HC 332.211/SP, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, j. em 2-2-2016). “Embora possível a compensação entre a agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea, as circunstâncias do caso concreto demonstram que a reincidência deve prevalecer, porquanto a anterior condenação se refere à prática do mesmo crime, ou seja, é específica” (TJSC, Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2015.012133-1, de Joinville, rel. Des. Roberto Lucas Pacheco, j. 5-11-2015). [...] RECURSO PROVIDO. (TJSC - Apelação n. 0018612-49.2015.8.24.0023, da Capital, Quarta Câmara Criminal, Rel. Des. Jorge Schaefer Martins, j. em 28/04/2016).

Vale consignar que não se ignora o entendimento esposado pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial n. 1.341.370/MT (Tema 585), realizado no dia 10/04/2013, sob a relatoria do Ministro Sebastião Reis Júnior, cujo acórdão foi assim ementado:

RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA (ART. 543-C DO CPC). PENAL. DOSIMETRIA. CONFISSÃO ESPONTÂNEA E REINCIDÊNCIA. COMPENSAÇÃO. POSSIBILIDADE. 1. É possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência. 2. Recurso especial provido.

Ocorre que, como se vê do teor da ementa, a Corte concluiu pela possibilidade da compensação

e não pela obrigatoriedade desta, cabendo ao julgador analisar as especificidades do caso concreto para avaliar o cabimento, ou não, da citada providência.

O próprio Superior Tribunal de Justiça, a propósito, em julgados posteriores à decisão proferida no Recurso Repetitivo, tem anotado a inviabilidade da compensação, em especial nas hipóteses de multirreincidência.:

Veja-se:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. MULTIREINCIDÊNCIA. ATENUANTE DA CONFISSÃO. COMPENSAÇÃO. PREVALÊNCIA DA PRIMEIRA. PRECEDENTES. AGRAVO DESPROVIDO. 1. A multirreincidência revela maior necessidade de repressão e rigor penal, a prevalecer sobre a atenuante da confissão. Precedentes. 2. Agravo regimental desprovido (AgRg no Resp n. 1796291/RO, Quinta Turma, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, j. em 30/05/2019).

PENAL. HABEAS CORPUS. AGRAVO REGIMENTAL. CONFISSÃO ESPONTÂNEA E REINCIDÊNCIA. COMPENSAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE NO CASO CONCRETO. 1. A Terceira Seção desta Corte, no julgamento do EREsp 1.154.752/RS (DJe 04/09/12), pacificou o entendimento de que, observadas as peculiaridades do caso concreto, “é possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação da agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea, por serem igualmente preponderantes, de acordo com o artigo 67 do Código Penal”. 2. A jurisprudência desta Quinta Turma tem admitido a possibilidade da compensação total quando o réu possui uma só condenação transitada em julgado (AgRg no HC 214.812/SP, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, QUI NTA TURMA, julgado em 17/10/2013, DJe 24/10/2013). 3. Caso em que, como a agravante ostenta mais de uma condenação passada em julgado, não faz jus à compensação pretendida neste *writ*, devendo manter-se a preponderância da agravante de reincidência em face da atenuante da confissão espontânea, como declinado na decisão agravada. 4. Agravo regimental desprovido. (AgRg no HC n. 180.574/MS, Quinta Turma, Rel. Min. Gurgel de Faria, j. em 04/11/2014).

HABEAS CORPUS. ROUBO SIMPLES. [...] COMPENSAÇÃO INTEGRAL DA REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA COM A CONFISSÃO ESPONTÂNEA. IMPOSSIBILIDADE. [...] 3. Observadas as peculiaridades do caso, “é possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação da agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea, por serem igualmente preponderantes, de acordo com o artigo 67 do Código Penal” (EREsp n. 1.154.752/RS, 3ª Seção, DJe 4/9/2012). 4. No caso concreto, entretanto, não há como acolher o pedido de compensação integral entre a reincidência e a confissão espontânea, pois o julgador, no cotejo entre as duas circunstâncias, destacou a dupla reincidência específica do réu, particularidade que justifica o agravamento proporcional da pena, em apenas 1/6 (um sexto). [...]. (HC n. 302.085/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, j. em 07/10/2014).

Portanto, agiu com acerto o Magistrado sentenciante ao fazer preponderar a agravante da reincidência sobre a atenuante da confissão espontânea, motivo pelo qual se mantém incólume a segunda fase do cálculo.

II - Do abrandamento do regime inicial de cumprimento da pena.

Requer o réu/apelante, ainda, a fixação do regime aberto para o cumprimento da reprimenda.

Na espécie, o Togado sentenciante, em que pese a reincidência do acusado, em consideração à análise favorável das circunstâncias judiciais, optou por fixar o regime semiaberto, com lastro no princípio constitucional da individualização da pena e na Súmula 269 do Superior Tribunal de Justiça, que assim dispõe: “*É admissível a adoção do regime prisional semiaberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais*”.

Com efeito, entendo que incogitável a fixação de regime mais brando que o semiaberto, haja vista a certidão de antecedentes criminais de fls. 240/242. Creio que a existência de condenações pretéritas, hábeis a gerar reincidência, pela prática do mesmo delito do caso em tela, evidencia a necessidade de se impor uma maior repressão penal em razão do novo crime cometido e, via de consequência, impede a concessão de regime mais brando, ensejando a prevalência daquele imposto no édito condenatório.

Em suma, o fato de o acusado ser reincidente constitui óbice à fixação do regime aberto, admissível, nos termos do art. 33, § 2º, alínea “c”, do Código Penal, ao “*condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos*”.

A esse respeito, são os julgados deste Sodalício:

APELAÇÃO CRIMINAL - ESTELIONATO (CP, ART. 171, *CAPUT*) - SENTENÇA CONDENATÓRIA - RECURSO DEFENSIVO - MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS - PALAVRAS DAS VÍTIMAS FIRMES E COERENTES - ANIMUS DO AGENTE DEVIDAMENTE COMPROVADO - CONDENAÇÃO MANTIDA - ALMEJADO REGIME INICIAL ABERTO E SUSPENSÃO CONDICIONAL DA PENA - IMPOSSIBILIDADE - ACUSADO REINCIDENTE EM CRIME DOLOSO - REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS - RECURSO DESPROVIDO. (Apelação Criminal n. 0008664-30.2017.8.24.0018, de Chapecó, Segunda Câmara Criminal, Rel. Des. Salete Silva Sommariva, j. em 02/07/2019).

APELAÇÃO CRIMINAL. ESTELIONATO (ART. 171, *CAPUT*, DO CÓDIGO PENAL). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA. [...] ALTERAÇÃO DO REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA PARA O ABERTO. NÃO CABIMENTO. RÉ MULTIRREINCIDENTE. VEDAÇÃO LEGAL. EXEGESE DO ART. 33, § 2º, “C”, DO CÓDIGO PENAL. REGIME MAIS SEVERO QUE SE MOSTRA RECOMENDÁVEL AO CASO CONCRETO. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. A redação do art. 33, § 2º, “c”, do Código Penal é categórica e veda a fixação do regime aberto aos reincidentes, sem acarretar qualquer hipótese de “triplo agravamento”. Diga-se de passagem, permitir que a acusada na condição de reincidente específica cumpra a reprimenda em regime aberto, é mais um incentivo para que ela continue nas veredas do crime. (Apelação Criminal n. 0027547-38.2012.8.24.0038, de Joinville, Quinta Câmara Criminal, Rel. Des. Luiz Neri Oliveira de Souza, j. em 21/02/2019).

Por conseguinte, inviável a concessão do regime aberto para o cumprimento da reprimenda corporal.

À vista do exposto, vota-se no sentido de conhecer do recurso e negar-lhe provimento.

Apelação Criminal n. 0002504-90.2013.8.24.0159, de Armazém

Relator: Desembargador Paulo Roberto Sartorato

APELAÇÃO CRIMINAL. HOMICÍDIO CULPOSO NA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR (ART. 302, *CAPUT*, DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO). PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS DEVIDAMENTE COMPROVADAS. CONDUTOR QUE, INOBSERVANDO CUIDADOS NECESSÁRIOS, INVADE UM CANTEIRO E ATROPELA UM PEDESTRE, CAUSANDO-LHE O ÓBITO. IMPRUDÊNCIA CARACTERIZADA. MANUTENÇÃO DO ÉDITO CONDENATÓRIO QUE SE IMPÕE. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

1. O crime culposo é aquele resultante da inobservância de um cuidado necessário, manifestada na conduta produtora de um resultado objetivamente previsível, através de imprudência, negligência ou imperícia (art. 18, inciso II, do Código Penal).
2. O condutor de automóvel que, sob influência de bebida alcoólica, em alta velocidade e distraído, invade um canteiro contíguo à pista, atropelando e causando a morte de uma pessoa, comete, de fato, o delito tipificado no art. 302 do Código de Trânsito Brasileiro - homicídio culposo na direção de veículo automotor.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 0002504-90.2013.8.24.0159, da comarca de Armazém (Vara Única) em que é Apelante Roger Machado Jesus e Apelado o Ministério Público do Estado de Santa Catarina.

A Primeira Câmara Criminal decidiu, por votação unânime, conhecer do recurso e negar-lhe provimento, determinando-se ao juízo da condenação que adote as providências necessárias para o imediato cumprimento da pena, após o pleno exercício do duplo grau de jurisdição. Custas legais. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, o Exmo. Des. Carlos Alberto Civinski e o Exmo. Des. Ariovaldo Rogério Ribeiro da Silva.

Funcionou na sessão pela douta Procuradoria-Geral de Justiça a Exma. Dra. Jayne Abdala Bandeira.

Florianópolis, 25 de julho de 2019.

Assinado digitalmente
Desembargador Paulo Roberto Sartorato
Presidente e Relator

RELATÓRIO

A representante do Ministério Público, com base no incluso Inquérito Policial, ofereceu

denúncia contra Roger Machado de Jesus, devidamente qualificado nos autos, dando-o como incurso nas sanções do artigo 302, *caput*, da Lei n. 9.503/97 (Código de Trânsito Brasileiro), pelos fatos assim narrados na peça exordial acusatória, *in verbis* (fls. 12/14):

No dia 13 de setembro de 2012, por volta das 06 horas, na Rodovia SC 438, KM 200, Trevo de acesso a Armazém, o denunciado ROGER MACHADO DE JESUS dirigia o veículo VW/Gol, placas IJG 8839, sob influência de álcool, conforme teste de alcoolemia encartado à fl. 15, apresentando concentração de 5,6 decigramas de álcool por litro de sangue.

Ato contínuo, o denunciado ROGER MACHADO DE JESUS, de maneira imprudente, pois trafegava aproximadamente a 65 km/h, velocidade esta excessiva para o local (trevo de acesso a Armazém), que possui regulamentação de permissão de velocidade máxima de 30 km/h (fl. 48), e ainda, sob a influência de substância alcoólica, perde o controle do veículo e atropelou a vítima Thiago Comitre, que se encontrava atravessando o canteiro central do mencionado trevo.

Em face das lesões sofridas, a vítima Thiago Comitre faleceu no Hospital Nossa Senhora da Conceição, na cidade de Tubarão, conforme Laudo Pericial Cadavérico encartado à fl. 37, o qual indica como causa da morte pneumonia bilateral e politraumatismo por acidente de trânsito.

Encerrada a instrução processual, o MM. Juiz *a quo*, por intermédio da sentença de fls. 176/184, julgou procedente a denúncia para condenar o acusado à pena de 02 (dois) anos de detenção, em regime aberto, bem como à suspensão da permissão ou habilitação para dirigir veículo automotor pelo prazo de 02 (dois) meses, por infração ao artigo 302, *caput*, da Lei n. 9.503/97 - Código de Trânsito Brasileiro, substituindo a reprimenda corporal por duas penas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária no valor de 01 (um) salário mínimo.

Inconformada com o teor da sentença, a defesa interpôs recurso de apelação (fl. 195). Em suas razões recursais, clamou pela absolvição, sob a tese de insuficiência probatória. Alegou que o acidente automobilístico narrado foi causado não por culpa do acusado, mas pela soma de variados fatores, como a existência de um buraco na via, a ausência de sinalização do limite máximo de velocidade, as condições climáticas desfavoráveis e a presença da vítima em local inadequado (fls. 200/206).

Apresentadas as contrarrazões, o Ministério Público manifestou-se pela manutenção do decreto condenatório, requerendo o conhecimento e não provimento do recurso defensivo (fls. 210/217).

Após, os autos ascenderam a esta Superior Instância, tendo a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Exmo. Dr. Fabiano Henrique Garcia, Promotor de Justiça convocado, opinado pelo conhecimento e desprovimento do recurso (fls. 224/228).

Este é o relatório.

VOTO

Presentes os pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade, o reclamo deve ser conhecido.

O recurso de apelação criminal sob exame se volta contra sentença de primeiro grau que, ao julgar procedente a denúncia oferecida pelo Ministério Público, condenou Roger Machado de Jesus por infração ao artigo 302, *caput*, do Código de Trânsito Brasileiro (Lei n. 9.503/97) - homicídio culposo praticado na direção de veículo automotor.

Pleiteando a absolvição, a defesa sustenta que o réu/apelante não agiu com culpa quando da deflagração do acidente fatal. Alega que a manobra que culminou na colisão fatal teria sido motivada por fatores não imputáveis ao motorista, como a existência de um buraco na via pública, a ausência de adequada sinalização a respeito do limite máximo de velocidade, as condições climáticas desfavoráveis e a presença do pedestre em local descabido.

No entanto, por meio de minuciosa análise do conjunto probatório amealhado ao presente caderno processual, entende-se que o recurso de apelação em tela não merece provimento.

Antes de mais nada, imperioso registrar que o crime culposo é aquele resultante da inobservância de um cuidado necessário, manifestada na conduta produtora de um resultado objetivamente previsível, através de imprudência, negligência ou imperícia (art. 18, inciso II, do CP). Para sua caracterização, necessária a verificação de determinados requisitos: a) conduta realizada com quebra de um dever objetivo de cuidado; b) resultado involuntário; c) nexos causal entre conduta e resultado; d) tipicidade; e) previsibilidade objetiva.

Nas palavras de Julio Fabbrini Mirabete, “[...] *tem-se conceituado na doutrina o crime culposo como a conduta voluntária (ação ou omissão) que produz resultado antijurídico não querido, mas previsível, e excepcionalmente previsto, que podia, com a devida atenção, ser evitado*”. (*Manual de Direito Penal: parte geral*. Editora Atlas, 2006, p. 128).

Segundo consta, o réu/apelante, em 13/09/2012, conduzia seu automóvel na rodovia SC-438, sob influência de bebidas alcoólicas e em alta velocidade, quando se distraiu, perdeu o controle do veículo, invadiu um canteiro contíguo à pista e se chocou com o pedestre Thiago Comitre, causando-lhe lesões corporais que, dias depois, ocasionaram sua morte.

Há arcabouço probatório suficiente a demonstrar a dinâmica do sinistro, causado, de fato, por imprudência do acusado.

O croqui de fl. 28, formulado pela Polícia Militar, não especificou o exato local do impacto, mas demonstrou que o veículo conduzido pelo acusado trafegava pela via pública, em direção ao município de Gravatal/SC, e, posteriormente, arrastou-se, por 24m (vinte e quatro metros), até um canteiro que separava as faixas de mãos contrárias.

Quando ouvido em juízo, o acusado disse que imprimia uma velocidade aproximada de 70

km/h (setenta quilômetros por hora) no veículo; que havia consumido bebidas alcóolicas somente no dia anterior aos fatos; que, quando foi pegar um objeto no banco do caroneiro, distraiu-se, passou por um buraco e perdeu o controle do veículo, o que ensejou o abalroamento do pedestre (registro audiovisual disponível no e-SAJ - fl. 156).

O policial militar Sérgio Gazola, sob o crivo do contraditório, afirmou (registro audiovisual de fl. 141, nos termos da transcrição efetuada na sentença *a quo* - fl. 181):

Que o depoente atendeu à ocorrência; Que a vítima estava deitada sobre o canteiro; Que foi feito o bafômetro no acusado e acusou embriaguez; Que a vítima estava desacordada; Que o acusado atravessou o canteiro; Que não deu para concluir de onde a vítima surgiu, porque não havia testemunha ocular dos fatos; Que o depoente reitera o depoimento prestado na Delegacia de Polícia; Que não foram percebidas marcas de frenagem no asfalto; Que o arrastamento aconteceu no asfalto e no canteiro (grama); Que o arrastamento começou no asfalto e terminou no canteiro.

Carlos Alberto Silva de Farias, também agente policial, relatou (registro audiovisual de fl. 141, nos termos da transcrição efetuada na sentença *a quo* - fl. 180):

Que o depoente atendeu à ocorrência; Que, quando o depoente chegou ao local, a vítima já tinha sido encaminhada ao hospital; Que, pelo que foi constatado, o acusado vinha em velocidade incompatível e atravessou o canteiro, atropelando o pedestre, que vinha de Armazém para Gravatal, nas margens da Rodovia ou sobre o canteiro; Que a vítima faleceu; Que confirma o depoimento prestado na Delegacia de Polícia; Que o arrastamento mencionado no croqui começou no asfalto (rodovia) e terminou no canteiro (grama); Que o etilômetro somente é usado se estiver aferido; Que a velocidade permitida no local é de 50 km/h, pelo que se recorda.

O auto de exame de teor alcoólico de fl. 30 e o extrato de fl. 31 revelam que Roger Machado de Jesus apresentava 5,6dg (cinco decigramas e seis centigramas) de álcool por litro de sangue, ou seja, encontrava-se sob a influência de bebidas alcóolicas à ocasião.

O laudo pericial de fls. 41/45, ao analisar os vestígios existentes no local, atestou que o veículo conduzido pelo réu trafegava em “*uma velocidade entre 65,17km/h e 65,36km/h*”.

O ofício de fl. 82, formulado em outubro de 2013, cerca de 01 (um) ano após o sinistro, informou que, à época de sua confecção, o limite de velocidade vigente naquele trecho da pista era de 30 km/h (trinta quilômetros por hora) e era sinalizada por uma placa de regulamentação.

O laudo pericial cadavérico de fls. 61/62 atestou que Thiago Comitre, o pedestre atingido, foi a óbito em decorrência do acidente em questão.

A despeito da tese suscitada pela defesa, o acervo probatório é conclusivo no sentido de que o acusado, por imprudência, deu azo ao acidente fatal.

É de se observar, de pronto, que o abalroamento do pedestre deu-se em um canteiro, ou seja, fora da pista de rolamento, fato que indica, por si só, que o sinistro foi motivado por equívoco imputável ao condutor do veículo.

Ademais, o próprio acusado admitiu que, no momento imediatamente precedente ao acidente, distraiu-se ao tentar pegar um objeto que estava no banco ao seu lado, perdendo o controle do automóvel na sequência. Ao fazê-lo enquanto trafegava em via pública, o réu, indubitavelmente, adotou comportamento temerário, em inobservância a dever objetivo de cuidado.

Não fosse o bastante, infere-se que o autor estava sob efeito de álcool e trafegava em velocidade incompatível com aquele trecho da via, outras circunstâncias que militam em seu desfavor.

Aliás, embora não haja prova peremptória a respeito do real limite de velocidade vigente no local à época dos fatos, há robustos elementos que permitem atestar a incompatibilidade da velocidade adotada pelo condutor à ocasião. Com efeito, o ofício de fl. 82, formulado pouco tempo após o sinistro, a palavra do policial Carlos Alberto Silva de Farias e a análise do local que sediou o evento (trecho anterior a uma rótula), em conjunto, autorizam a conclusão de que a velocidade com que trafegou o acusado, próxima aos 70 km/h (setenta quilômetros por hora), estava além do limite legal.

Por outro lado, a versão do réu/apelante de que o evento foi motivado pela existência de um buraco na pista e por condições climáticas desfavoráveis não enseja a sua absolvição.

A uma porque tais circunstâncias sequer restaram bem demonstradas nos autos, havendo registros de que, ao tempo do acidente, as condições de tempo eram boas e o trecho era asfaltado (fl. 24).

A duas porque essas particularidades, ainda que comprovadas, não retirariam da conduta o seu caráter imprudente. Caso estivesse trafegando em respeito às regras de trânsito vigentes, em velocidade compatível com o local e sem se distrair, o acusado teria sido capaz de manter o controle de seu veículo, bem como evitar o longo arrastamento em um canteiro e o atropelamento do ofendido.

Segundo o art. 28 do Código de Trânsito Brasileiro, o condutor deverá, a todo momento, ter domínio de seu veículo, dirigindo-o com atenção e cuidados indispensáveis à segurança do trânsito. O art. 43 do mesmo diploma legal, a seu turno, reza que, *“Ao regular a velocidade, o condutor deverá observar constantemente as condições físicas da via, do veículo e da carga, as condições meteorológicas e a intensidade do trânsito, obedecendo aos limites máximos de velocidade estabelecidos para a via”*.

Note-se, ainda, que a suposta inexistência de placa de sinalização nas imediações do lugar do acidente, além de não demonstrada, sequer teria, mesmo em tese, o condão exculpar o réu, em especial porque, independentemente da sinalização de trânsito, cabia àquele ter o domínio pleno de seu veículo, conduzindo-o de forma segura.

A lição de Julio Fabbrini Mirabete é no sentido de que *“[...] a imprudência é uma atitude em*

que o agente atua com precipitação, inconsideração, com afoiteza, sem cautelas, não usando de seus poderes inibidores” (Ob cit., p. 149).

Conclui-se, assim, à vista das provas carreadas aos autos, que o acusado, por meio de conduta imprudente, deu causa, involuntariamente, à morte de uma pessoa, resultado objetivamente previsível, praticando, de fato, o delito tipificado no art. 302, *caput*, do Código de Trânsito Brasileiro, conforme se percebe da leitura do mencionado dispositivo legal:

Art. 302. Praticar homicídio culposo na direção de veículo automotor:

Penas - detenção, de dois a quatro anos, e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.

Em caso semelhante, assim decidiu este Sodalício:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME DE TRÂNSITO. HOMICÍDIO CULPOSO NA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR (ART. 302, “CAPUT”, DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA. PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO, SOB O ARGUMENTO DE CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA. INACOLHIMENTO. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS PELA CONFISSÃO DO APELANTE, CORROBORADA PELOS DEPOIMENTOS DE TESTEMUNHAS E DEMAIS ELEMENTOS PROBATÓRIOS. DISCUSSÃO ACERCA DA CULPA. IMPRUDÊNCIA DO CONDUTOR QUE TRAFEGOU NA VIA URBANA ACIMA DA VELOCIDADE PERMITIDA E ATROPELOU PEDESTRE, LEVANDO-O A ÓBITO. INEXISTÊNCIA DE COMPENSAÇÃO DE CULPAS NO ÂMBITO DO DIREITO PENAL. PRECEDENTES. CONDENAÇÃO MANTIDA. [...]. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, DESPROVIDO. (Apelação Criminal n. 0053469-81.2012.8.24.0038, de Joinville, Primeira Câmara Criminal, Rel. Des. Norival Acácio Engel, j. em 08/03/2018).

Finalmente, é de se registrar que a suposição de que a vítima teria contribuído ao acidente automobilístico, em razão de estar caminhando em local indevido, não poderia eximir o réu/apelante de culpa, seja porque, à luz da teoria da causalidade adequada, não se verifica nexos causal entre a conduta da vítima e o resultado da ação culposa perpetrada pelo réu, seja porque, como é cediço, inexiste compensação de culpas no âmbito do direito penal.

Destarte, somente estaria derruída a responsabilidade criminal do acusado se comprovada a exclusiva culpa da vítima ou de terceiro, algo incogitável no presente caso, em que evidente a imprudência com que agiu o réu/apelante na referida condução temerária do veículo, seguida pela invasão de um canteiro contíguo à pista.

Decidiu esta Corte de Justiça:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME DE TRÂNSITO. HOMICÍDIO CULPOSO NA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR (ART. 302, *CAPUT*, DA LEI 9.503/97). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO. ALEGAÇÃO DE CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA. NÃO ACOLHIMENTO. AGENTE QUE PERCEBE TARDIAMENTE A FRENAGEM DO VEÍCULO EM SUA FRENTE E INVADIR PARTE DA PISTA DE ROLAMENTO CONTRÁRIA, ATROPELANDO A VÍTIMA QUE ATRAVESSAVA A VIA PÚBLICA COM A BICICLETA. AUSÊNCIA DE CAUTELA COMPROVADA PELAS FOTOGRAFIAS DO LOCAL DO ACIDENTE E PELA PROVA TESTEMUNHAL. VIOLAÇÃO DE DEVER DE CUIDADO OBJETIVO EVIDENCIADO (ART. 37 DO CTB). IMPOSSIBILIDADE DE COMPENSAÇÃO DE CULPAS NA SEARA PENAL. PROVAS SUFICIENTES DE QUE A APELANTE FOI RESPONSÁVEL PELO SINISTRO QUE CULMINOU COM A MORTE DA VÍTIMA. CONDENAÇÃO MANTIDA. “I - Nas cidades e no perímetro urbano que a envolve, é do condutor de automotor o dever de diligência na condução de seu veículo automotor. É candente a responsabilidade de motorista, na modalidade imprudência, que vendo o veículo que está imediatamente à sua frente parar, contudo, desatencioso, não percebe que assim agiu o outro condutor para oportunizar que pedestre cruzasse o leito. Afoito, em face de ver o veículo parado e indiligente com o cruzamento da rua pela vítima, enceta manobra de ultrapassagem, em visível velocidade incompatível para o local - imediações de escola, em momento de chuva -, e colhe o pedestre fatalmente. II - Aceita-se a culpa exclusiva da vítima em sinistro automobilístico somente se as provas amealhadas dão a certeza desta versão. Doutro lado, ainda que exista indício de culpa concorrente, mantém-se a responsabilidade penal do réu no evento, até mesmo pela impossibilidade de compensação de culpas no direito penal” (TJSC, Apelação Criminal n. 0009559-96.2015.8.24.0038, de Joinville, rel. Des. Luiz Antônio Zanini Fornerolli, Quarta Câmara Criminal, j. 08.11.2018). [...] RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (Apelação Criminal n. 0002511-73.2017.8.24.0052, de Porto União, Terceira Câmara Criminal, Rel. Des. Getúlio Corrêa, j. em 04/12/2018).

Ex positis, estando a materialidade e a autoria do delito narrado na inicial cabalmente comprovadas pelos elementos encontrados nos autos, inviável a absolvição do réu/apelante.

Por fim, cumpre anotar que o Supremo Tribunal Federal, mudando a orientação que até então vigorava na Corte, entendeu ser possível o cumprimento imediato da pena sem que tenha havido o trânsito em julgado da condenação, concluindo que a execução provisória da sanção, quando já existente o pronunciamento judicial em segundo grau de jurisdição, não afronta o princípio da presunção de inocência (*Habeas Corpus* n. 126.292/SP) - tese, a propósito, recentemente reafirmada pela Corte Suprema, na análise do Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) 964246, que teve repercussão geral reconhecida.

Ainda, registra-se que o novel entendimento também deve ser aplicado aos casos de fixação de medidas restritivas de direitos. Em conformidade com o julgado do Supremo Tribunal Federal “[...] *A execução provisória de pena restritiva de direitos imposta em condenação de segunda instância, ainda que pendente o efetivo trânsito em julgado do processo, não ofende o princípio constitucional da presunção de inocência, conforme decidido por esta Corte Suprema no julgamento das liminares nas ADC nºs 43 e 44, no HC nº 126.292/SP e no ARE nº 964.246, este com repercussão geral reconhecida - Tema nº 925. Precedentes: HC 135.347-AgR, Primeira Turma, Rel. Min. Edson Fachin, DJe de 17/11/2016, e ARE 737.305-AgR, Segunda Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe de 10/8/2016*”. (*Habeas Corpus* n. 141978 AgR/SP, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, j. em 23/06/2017).

Embora não se desconheça decisões em sentido contrário, ou seja, denegando a execução provisória aos casos em que a pena corporal for substituída por restritiva de direitos - a exemplo do Embargos de Divergência n. 1.619/087/SC, do Superior Tribunal de Justiça, de Relatoria do Ministro Jorge Mussi e dos Embargos de Declaração n. 0002804-27.2016.8.24.0004, desta Corte de Justiça, de Relatoria do Desembargador Carlos Alberto Civinski; este Relator, refluindo de posicionamento e em conformidade com o majoritário entendimento jurisprudencial, compreende que o início do processo de execução da pena condenatória, ainda que relacionada à fixação de reprimenda restritiva de direitos, é plenamente cabível, mormente porque também abrange o decreto condenatório imposto ao apenado, sendo, igualmente, sanção penal.

Nesse sentido, cita-se da jurisprudência deste Tribunal:

[...] EXECUÇÃO PROVISÓRIA. CONDENAÇÃO CONFIRMADA EM SEGUNDA INSTÂNCIA. NOVA ORIENTAÇÃO ADOTADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO HC N. 126.292/SP. PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. CABIMENTO. “[...] a Sexta Turma desta Corte Superior orientou-se em sentido diverso: ‘ausente efeito suspensivo ao recurso especial, não há óbice à execução provisória de pena restritiva de direitos’ (AgRg no REsp 1.420.207/PE, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, DJe 22/11/2016)” (STJ, AgRg no RCD no RHC n. 72.597/DF, Min. Antonio Saldanha Palheiro, j. em 27/4/2017). (Apelação Criminal n. 0010563-34.2015.8.24.0018, de Chapecó, Terceira Câmara Criminal, Rel. Des. Moacyr de Moraes Lima Filho, j. em 24/10/2017).

[...] EXECUÇÃO PROVISÓRIA. NOVA ORIENTAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (HC N. 142.750/RJ). POSIÇÃO ADOTADA POR ESTA CÂMARA (AUTO N. 0003032-10.2015.8.24.0045). IMEDIATO CUMPRIMENTO DA PENA RESTRITIVA DE DIREITOS QUE SE IMPÕE. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E DESPROVIDO. (Apelação Criminal n. 0023312-86.2016.8.24.0038, de Joinville, Primeira Câmara Criminal, Rel. Des. Norival Acácio Engel, j. em 12/04/2018).

Assim, a determinação de imediata execução da pena, após o julgamento do recurso de apelação por este Tribunal, seja aos casos em que houver somente a fixação de pena privativa de liberdade, seja aos casos em que a reprimenda corporal for substituída por restritivas de direitos, não fere o princípio constitucional da presunção de inocência, uma vez que, neste momento processual, encerrada está a possibilidade de reexame da matéria fático-probatória, encontrando-se formada a culpa do agente.

Além disso, a eventual interposição de Recurso Especial e/ou Extraordinário não tem o condão de impedir a execução da sentença condenatória, confirmada por acórdão do Tribunal, uma vez que ambos os recursos, via de regra, não possuem efeito suspensivo (art. 637 do Código de Processo Penal e art. 995 do Código de Processo Civil).

Desse modo, conclui-se pela necessidade do início da execução da pena, de modo que o juízo da condenação deverá tomar as providências necessárias para o seu imediato cumprimento, nos termos do posicionamento do Supremo Tribunal Federal.

Assim, à vista de todo o exposto, vota-se no sentido de conhecer do recurso e negar-lhe provimento. No mais, determina-se ao juízo da condenação que adote as providências necessárias para o imediato cumprimento da pena, ou seja, das penas restritivas de direitos impostas, após o pleno exercício do duplo grau de jurisdição.

Este é o voto.

SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL

Apelação Criminal n. 0000332-80.2015.8.24.0071, de Tangará

Relator: Des. Sérgio Rizelo

APELAÇÃO CRIMINAL. REALIZAÇÃO DE DESPESAS EM DESCONFORMIDADE COM NORMA FINANCEIRA (DECRETO-LEI 201/67, ART. 1º, V) E ASSUNÇÃO DE OBRIGAÇÃO NO ÚLTIMO ANO DO MANDATO (CP, ART. 359-C). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DO ACUSADO.

1. PRESCRIÇÃO. REALIZAÇÃO DE DESPESAS EM DESCONFORMIDADE COM NORMA FINANCEIRA (DECRETO-LEI 201/67, ART. 1º, V). PENA INFERIOR A UM ANO. 2. LEGITIMIDADE PASSIVA. ANÁLISE EM ESTADO DE ASSERÇÃO. 3. CERCEAMENTO DE DEFESA. 3.1. TESE DE DEFESA NÃO ANALISADA NA SENTENÇA. ALEGAÇÃO DE ILEGITIMIDADE. IMPROPRIEDADE NA CONFECCÃO DA PRELIMINAR. 3.2. CERTIDÃO DE ANTECEDENTES CRIMINAIS. JUNTADA APÓS AS ALEGAÇÕES FINAIS. COMPLEMENTAÇÃO DE DOCUMENTO JÁ CONSTANTE NOS AUTOS. 4. *BIS IN IDEM*. ACUSAÇÃO DE ORDENAÇÃO DE DESPESAS NÃO AUTORIZADAS POR LEI E ASSUNÇÃO DE OBRIGAÇÃO NO ÚLTIMO ANO DO MANDATO. 5. ASSUNÇÃO DE OBRIGAÇÃO NO ÚLTIMO ANO DO MANDATO (CP, ART. 359-C). 5.1. PROVA DA MATERIALIDADE. LAUDO PERICIAL. PROCEDIMENTO DE PRESTAÇÃO DE CONTAS. 5.2. PROVA DA AUTORIA. DEPOIMENTO DE TESTEMUNHA. INTERROGATÓRIO DO ACUSADO. NOTA DE EMPENHO ASSINADA PELO ACUSADO. 5.3. ELEMENTO SUBJETIVO. ASSUNÇÃO DE OBRIGAÇÕES. ASSINATURA DE NOTAS DE EMPENHO. 5.4. DESCLASSIFICAÇÃO. REALIZAÇÃO DE DESPESAS EM DESCONFORMIDADE COM NORMA FINANCEIRA. ESPECIALIDADE. TAXATIVIDADE. 6. ANTECEDENTES CRIMINAIS. CONDENAÇÃO COM PENA EXTINTA HÁ MAIS DE DEZ ANOS. 7. CONFISSÃO ESPONTÂNEA (CP, ART. 65, III, “D”). ADMISSÃO PARCIAL DE AUTORIA. UTILIZAÇÃO NA FUNDAMENTAÇÃO. 8. PERDA DE CARGO PÚBLICO E INABILITAÇÃO (DECRETO-LEI 201/67, ART. 1º, § 2º). PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. IMPOSIÇÃO DE REPRIMENDAS ACESSÓRIAS. 9. EFEITO DA CONDENAÇÃO. PERDA DE CARGO PÚBLICO. *QUANTUM* DE PENA. VIOLAÇÃO DE DEVER PARA COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA (CP, ART. 92, I, “A”). 10. INELEGIBILIDADE. CRIME CONTRA AS FINANÇAS PÚBLICAS (LEI COMPLEMENTAR 64/90, ART. 1º, I, “E”, 1).

1. O prazo prescricional, com base na pena aplicada de 4 meses de detenção, é de 3 anos. Se tal lapso transcorreu entre a data do recebimento da denúncia e a da publicação da sentença condenatória, está extinta a punibilidade do denunciado.

2. Se a denúncia imputa ao acusado, prefeito municipal à época dos fatos, a conduta consistente em ordenar a assunção de obrigação nos dois últimos quadrimestres do mandato sem que exista saldo em caixa suficiente para o adimplemento no exercício seguinte, o alcaide é parte legítima para figurar no polo passivo de ação penal.

3.1. Não é nula a sentença que deixa de analisar tese de ilegitimidade passiva formulada em alegações finais se a preliminar foi erroneamente confeccionada (por não tratar de condição da ação, e sim do mérito).

3.2. A juntada de certidão de antecedentes criminais após as alegações finais, quando mera complementação de certidão já constante nos autos, não constitui violação à ampla defesa.

4. Não há dupla acusação pelo mesmo fato no oferecimento de denúncia que atribui ao acusado as condutas de ordenar a assunção de obrigação nos dois últimos quadrimestres do mandato, sem que exista saldo em

caixa suficiente para o adimplemento no exercício seguinte, e de liquidar despesa sem prévio empenho.

5.1. São provas suficientes da materialidade do delito positivado no art. 359-C do Código Penal o laudo pericial e o parecer, efetuado por auditores fiscais do Tribunal de Contas em procedimento de prestação de contas, que constata o comprometimento, mediante obrigações assumidas nos dois últimos quadrimestres do mandato, de quantia superior àquela deixada em caixa no final da administração com relação a despesas que têm fonte de recurso vinculada, ainda que o balanço final da gestão tenha sido superavitário.

5.2. O depoimento do contador municipal, no sentido de que receava que as contas do exercício financeiro não fossem aprovadas, e de que, ao procurar o prefeito para tratar do tema, foi informado de que este “acreditava” que no decorrer do exercício “se fechariam as contas sem dívida”; aliado ao interrogatório do acusado, no qual ele afirmou que deixou de fazer convênios porque “nós não íamos ter disponibilidade de caixa”; e ao teor de notas de empenho firmadas pelo denunciado, nas quais foi autorizado o pagamento de montante que, ao final do exercício, integrou restos a pagar, sem que a contrapartida de caixa fosse repassada à administração seguinte, são provas suficientes da autoria do delito pormenorizado no art. 359-C do Código Penal.

5.3. Age com dolo o prefeito municipal que ordena a assunção de obrigações nos últimos dois quadrimestres do mandato e que firma, pessoalmente, notas de empenho autorizando a liquidação de despesas sem que exista contrapartida de caixa disponível para pagamento no exercício seguinte.

5.4. Pratica o delito do art. 359-C do Código Penal, e não aquele previsto na parte final do art. 1º, V, do Decreto-Lei 201/67, o prefeito municipal que, nos últimos dois quadrimestres do mandato, ordena ou autoriza a assunção de obrigações que integram restos a pagar sem que exista contrapartida suficiente de disponibilidade de caixa. A especialidade, como critério de resolução de conflito aparente de normas penais, favorece a taxatividade, de modo que o tipo mais objetivo deve ter incidência em detrimento do tipo mais aberto.

6. É indevido o emprego de condenação definitiva pretérita, cuja pena foi extinta há mais de 10 anos antes da prática do novo delito, para valoração negativa dos antecedentes criminais do acusado.

7. É devida a incidência da atenuante da confissão espontânea se o prefeito acusado da prática do delito previsto no art. 359-C do Código Penal admite ter tido influência na gestão daquele exercício financeiro, e se suas palavras são utilizadas para formação da convicção a respeito da autoria.

8. Reconhecida a prescrição da pretensão punitiva estatal com relação à pena privativa de liberdade pela prática de crime de responsabilidade de prefeito, é inviável a imposição das sanções de perda de cargo público e de inabilitação para exercício de cargo ou função pública decorrentes da prática desse crime.

9. Deve ser decretada a perda de eventual cargo ou função pública, ou de mandato eletivo, de acusado a quem foi imposta pena igual a 1 ano de privação de liberdade, que, enquanto prefeito, ordenou ou autorizou, nos últimos dois quadrimestres do mandato, a assunção de obrigações que integram restos a pagar, sem que exista contrapartida suficiente de disponibilidade de caixa.

10. É inelegível, pelo prazo de 8 anos a contar do cumprimento da pena, o indivíduo condenado em segunda instância pela prática de crime contra as finanças públicas.

RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 0000332-80.2015.8.24.0071, da comarca de Tangará (Vara Única), em que é Apelante Robens Rech e Apelado o Ministério Público do Estado de Santa Catarina:

A Segunda Câmara Criminal decidiu, por unanimidade, conhecer do recurso; dar-lhe parcial provimento, a fim de declarar extinta a punibilidade de Robens Rech no que diz respeito à acusação da prática do delito previsto no art. 1º, V, do Decreto-Lei 201/67 (identificado como “fato 2” na denúncia); reduzir para 1 ano de reclusão a pena que lhe foi imposta pelo cometimento do crime positivado no art. 359-C do Código Penal; afastar a pena de inabilitação por cinco anos decorrente do disposto no art. 1º, § 2º, do Decreto-Lei 201/67, mantida a perda de eventual cargo público que ocupe e a inelegibilidade pelo prazo de 8 anos após o cumprimento da reprimenda imposta neste processo; e determinar, após o exaurimento da possibilidade de interposição de recursos nesta Corte, o encaminhamento da íntegra do presente *decisum* ao Juízo da Condenação para que expeça os documentos necessários à execução provisória da pena imposta ao Acusado, caso isso ainda não tenha sido implementado. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado no dia 23 de julho de 2019, os Excelentíssimos Desembargadores Volnei Celso Tomazini (Presidente) e Norival Acácio Engel.

Florianópolis, 25 de julho de 2019.

Sérgio Rizelo
RELATOR

RELATÓRIO

Na Comarca de Tangará, o Ministério Público do Estado de Santa Catarina ofereceu denúncia contra Robens Rech, imputando-lhe a prática dos crimes previstos nos arts. 359-C do Código Penal e 1º, V, parte final, do Decreto-Lei 201/67, nos seguintes termos:

Fato 1 – Artigo 359-C do Código Penal

Segunda consta, o denunciado Robens Rech, na qualidade de Prefeito Municipal de Tangará, eleito para ocupar esse cargo durante a gestão de 2009 a 2012, ordenou e/ou autorizou, conscientemente, nos dois últimos quadrimestres do último ano do mandato, ou seja, no ano de 2012, a assunção de obrigação sem a correspondente disponibilidade de caixa, deixando a descoberto despesas ordinárias no montante de R\$ 39.626,88 (trinta e nove mil, seiscentos e vinte e seis reais e oitenta e oito centavos) e despesas vinculadas às fontes de recursos (FR 2 – R\$ 63.866,79; FR 23 – R\$ 4.919,89; FR 24 – R\$ 335.908,18 e FR 71 – R\$ 4.459,80) no montante de R\$ 409.174,66 (quatrocentos e nove mil, cento e setenta e quatro reais e sessenta e seis centavos), conforme Parecer Prévio exarado no PCP 13/00370529 pelo Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina (fls. 63-71).

Desta feita, as despesas assumidas nos dois últimos quadrimestres do último ano do mandato, que não puderam ser pagas no mesmo exercício financeiro e resultaram em parcela a ser paga no exercício seguinte, não havendo contrapartida suficiente de disponibilidade de caixa, perfazem a importância de R\$ 448.801,54 (quatrocentos e quarenta e oito mil, oitocentos e um reais e cinquenta e quatro centavos).

A prática narrada contraria o disposto no art. 42, *caput*, da Lei Complementar n. 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal), que veda ao titular de mandato a contratação de despesas nos últimos 8 (oito) meses do mandato, sem que haja disponibilidade de caixa para saldá-las.

No caso, o denunciado Robens Rech, na condição de Prefeito Municipal, deixou de observar as normas de finanças públicas, voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal.

Portanto, o total de despesas empenhadas, impagas e inscritas em restos a pagar, sem a devida disponibilidade de caixa, revela a absoluta ausência de responsabilidade fiscal, por parte do denunciado, no que se refere à administração da coisa pública.

Fato 2 – Artigo 1º, V, do Decreto-Lei n. 201/1967

Ainda no ano de 2012, também na condição de Prefeito Municipal de Tangará, o denunciado Robens Rech realizou despesas em desacordo com as normas financeiras pertinentes, isso porque, conforme Parecer Prévio exarado no PCP – 13/00370529 pelo Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina (fls. 63-71), houve a liquidação de R\$ 210.085,94 (duzentos e dez mil e oitenta e cinco reais e noventa e quatro centavos) sem o prévio empenho necessário.

A Contabilidade Pública adota como exercício financeiro o ano civil (ano calendário), ou seja, ele se inicia em 1º de janeiro e termina no dia 31 de dezembro. Assim, toda receita efetivamente arrecadada (regime de caixa) e toda despesa legalmente empenhada (regime de competência), nesse período, pertence ao exercício financeiro, conforme determinam os artigos 34 e 35 da Lei n. 4.320/1964, *verbis*:

Art. 34. O exercício financeiro coincidirá com o ano civil.

Art. 35. Pertencem ao exercício financeiro:

I – as receitas nele arrecadadas;

II – as despesas nele legalmente empenhadas.

Nessa toada, toda despesa pública, para ser considerada legal, deve ser precedida de empenho. O empenho da despesa é caracterizado pela ordem dada pela autoridade competente, no caso pelo denunciado na condição de Prefeito Municipal, para a assunção de uma obrigação.

Sobre o empenho, extrai-se da Lei n. 4.320/1964, *verbis*:

Art. 58. O empenho de despesa é o ato emanado de autoridade competente que cria para o Estado a obrigação de pagamento pendente ou não de implemento de condição.

[...]

Art. 60. É vedada a realização de despesa sem prévio empenho.

Desta feita, a realização de despesas, no montante acima apontado, liquidadas e não empenhadas no exercício de 2012, ocorreram em desacordo com os artigos 35, II e 60 da Lei 4.320/1964 (fls. 1-4).

Concluída a instrução, o Doutor Juiz de Direito julgou procedente a exordial acusatória e condenou Robens Rech à pena de 1 ano e 4 meses de reclusão, e 4 meses de detenção, a ser cumprida em regime inicialmente aberto, substituída por restritivas de direitos, consistentes em prestação pecuniária de valor de R\$ 5.000,00 e prestação de serviços à comunidade, pelo cometimento dos delitos previstos nos arts. 359-C do Código Penal e 1º, V, parte final, do Decreto-Lei 201/67, respectivamente. Foi também decretada a perda de eventual cargo público que o Acusado ocupasse e sua inabilitação para o exercício de cargo ou função pública pelo prazo de 5 anos (fls. 548-585).

Insatisfeito, Robens Rech deflagrou recurso de apelação.

Aduz, preliminarmente, que a sentença resistida é nula, porque nela não foi analisada a preliminar de ilegitimidade passiva suscitada nas alegações finais (fls. 602-604) e porque foi determinada a juntada aos autos, após o oferecimento do arrazoado derradeiro, de certidão de antecedentes (fl. 605).

Almeja, também, a rejeição da denúncia, sob o argumento de que não possui legitimidade para figurar no polo passivo da demanda, por “impossibilidade de responsabilidade penal objetiva” (fls. 605-607).

Quanto ao mérito, aponta a ocorrência de *bis in idem*, porque “o fato central descrito na denúncia para os dois crimes imputados é realizar despesa em desacordo com as normas financeiras”, de modo que “não pode ser imputado o cometimento de dois crimes pelo mesmo fato central” (fl. 607), devendo, em tal hipótese, prevalecer apenas a análise da prática do delito previsto no Decreto-Lei 201/67 (fls. 608-610).

Acrescenta, ainda, que não agiu com dolo (fls. 610-612); que a conduta referente ao delito previsto no art. 359-C do Código Penal é atípica, pois haveria montante em caixa suficiente para atender as despesas contraídas (fls. 612-616); e que não era responsável pelo empenho que justificou a condenação relativa ao crime positivado no art. 1º, V, do Decreto-Lei 201/67 (fls. 616-617).

Quanto à dosimetria, requer o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea; o afastamento da exasperação pelos maus antecedentes (ou sua limitação a 1/6 sobre a pena-base); e a exclusão da pena de perda de cargo público e inabilitação (fls. 600-618).

O Ministério Público ofereceu contrarrazões pelo conhecimento e desprovimento do reclamo (fls. 622-642).

A Procuradoria de Justiça Criminal, em parecer lavrado pelo Excelentíssimo Procurador de Justiça Ernani Dutra, posicionou-se pelo parcial provimento do reclamo, com a desclassificação da imputação referente ao delito do art. 359-C do Código Penal para a conduta proibida pelo art. 1º, V, do Decreto-Lei 201/67, com a consequente declaração de extinção da punibilidade do Acusado por conta da prescrição, com a subsistência dos efeitos secundários da condenação (fls. 649-682).

Este é o relatório.

VOTO

O recurso preenche os pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade, razão pela qual deve ser conhecido.

1. Com relação ao “fato 2” narrado na denúncia, é conveniente, desde já, reconhecer a ocorrência da extinção da punibilidade do Apelante Robens Rech.

Pela prática do delito narrado no “fato 2”, o Recorrente foi condenado a 4 meses de detenção, de modo que a pretensão punitiva prescreve em 3 anos (CP, art. 109, VI).

Como entre a data do recebimento da denúncia (7.5.15, fl. 111) e a da publicação da sentença condenatória (19.11.18, fl. 586) transcorreu prazo superior a um triênio, é devida a decretação da extinção da punibilidade de Robens Rech com relação à imputação da prática do crime previsto no art. 1º, V, do Decreto-Lei 201/67 (“fato 2” da denúncia, fl. 4).

Fica prejudicada, por conta disso, a análise da argumentação tecida nas fls. 616-617.

2. O pedido de rejeição da denúncia, por “ilegitimidade passiva”, não procede.

A argumentação defensiva é no sentido de que Robens Rech não deve figurar no polo passivo da ação penal por “impossibilidade de responsabilidade penal objetiva” (fls. 605-607).

Mas não se trata disso. A legitimidade passiva, como condição da ação, é aferida em estado de asserção, ou seja, levando-se em conta a narrativa feita na exordial: é parte legítima para figurar como demandado na ação penal “a pessoa a quem se atribui a imputação” (NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal comentado*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 824).

E a denúncia atribui a Robens Rech, pessoalmente, a conduta de ter “ordenado e/ou autorizado, conscientemente, nos dois últimos quadrimestres do último ano do mandato, ou seja, no ano de 2012, a assunção de obrigação sem a correspondente disponibilidade de caixa, deixando a descoberto despesas ordinárias no montante de R\$ 39.626,88 (trinta e nove mil, seiscentos e vinte e seis reais e oitenta e oito centavos) e despesas vinculadas às fontes de recursos (FR 2 – R\$ 63.866,79; FR 23 – R\$ 4.919,89; FR 24 – R\$ 335.908,18 e FR 71 – R\$ 4.459,80) no montante de R\$ 409.174,66” (fls. 2-3). Se o Apelante é acusado de ter cometido o delito, é inevitável que ele próprio, pessoalmente, figure no polo passivo da demanda.

A alegação de “impossibilidade de responsabilidade penal objetiva” não diz respeito à condição da ação, e sim ao mérito (notadamente, à existência de prova de que foi o Recorrente o responsável direto pela conduta a ele atribuída). E é com o mérito que tal argumentação deve ser examinada.

É inviável, pois, a rejeição da exordial.

3. As preliminares de nulidade da sentença resistida também não procedem.

3.1. A primeira das teses defensivas diz respeito à ausência de análise, na prestação jurisdicional impugnada, acerca da preliminar de ilegitimidade passiva suscitada nas alegações finais (fls. 538-539).

A prefacial foi consignada no relatório (fl. 552), mas não foi apreciada na sentença: após afastar a alegação de irregularidade procedimental por ausência de notificação prévia ao recebimento da denúncia (fls. 553-556), o Magistrado de Primeiro Grau consignou que, “por não existirem outras [preliminares], passo ao exame do *meritum causae*” (fl. 556).

Mas, como dito no item “2”, a alegação de ilegitimidade (que foi formulada, nas alegações finais, nos mesmos termos em que é ventilada no presente apelo) é atinente ao mérito, e não às condições da ação. Houve impropriedade na *confecção* da tese como prefacial.

E se o Doutor Juiz de Direito reputou que o Apelante, pessoalmente, foi o responsável pela prática do delito a ele imputado, a conclusão a respeito da improcedência da tese de carência de ação é manifesta (pois, se Robens Rech pode, aos olhos do Julgador, ser *responsabilizado* pela conduta narrada na inicial, ele seguramente pode ocupar o polo passivo da demanda).

Esta Corte, em caso semelhante, já decidiu:

A preliminar de nulidade da sentença por ausência de manifestação acerca de uma das teses invocadas pela defesa em alegações finais não é acolhida quando a decisão impugnada aprecia a questão ainda que no mérito da ação penal, e não em sede preliminar (Ap. Crim. 0017283-54.2015.8.24.0038, Rel. Des. Carlos Alberto Civinski, j. 6.4.17).

Além disso, “eventual omissão na sentença acerca da tese ventilada pela defesa, na fase de alegações finais, pode ser suprida em segunda instância, pois o efeito devolutivo autoriza o Tribunal a examinar, nos limites da impugnação, aspectos não suscitados pelas partes ou tópicos não apreciados pelo juiz inferior” (STJ, AgRg no AREsp 1.234.131, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 15.3.18).

A preliminar foi analisada (e rejeitada) no item “2”. Não há prejuízo que justifique a renovação do procedimento.

Afasta-se, portanto, a prefacial.

3.2. Tampouco com relação à juntada da certidão de antecedentes há irregularidade.

A alegação é de que o documento da fl. 547 foi trazido aos autos após o oferecimento de alegações finais e dele o Recorrente não teve vista, o que representaria ofensa à ampla defesa.

Não é o caso. A certidão de antecedentes da fl. 547 é complementação daquelas constantes nas fls. 108-110 e 487-491; a complementação fez-se imprescindível porque o histórico criminal do Apelante, como ele *certamente* sabe, conta com registros desfavoráveis em outra unidade da federação.

Na mais antiga certidão constante dos autos, inclusive, foi consignado o seguinte:

Certifico, ainda, que verifiquei constar nos registros do SAJ/PG o registro acerca do trâmite de carta precatória expedida em processo de execução penal movido em face da referida pessoa, proveniente da Comarca de Erechim/RS (fl. 110).

Como se vê, a informação já estava nos autos. A documentação juntada após as alegações finais apenas supriu lacuna que a primeira certidão não havia preenchido.

Em tais casos não se reconhece nulidade:

PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO. ROUBO CIRCUNSTANCIADO (CP. ART. 157, § 2º, INCISO I). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA. PLEITEADA NULIDADE DO PROCESSO POR CONTA DA JUNTADA DA CERTIDÃO DE ANTECEDENTES EM MOMENTO POSTERIOR ÀS ALEGAÇÕES FINAIS. AFASTAMENTO. MERA ATUALIZAÇÃO DE CERTIDÃO JÁ EXISTENTE NOS AUTOS. [...] Não há falar em nulidade processual em razão da juntada de certidão de antecedentes após as alegações finais, isso por se tratar de atualizações de informações já existentes nos autos (TJSC, Ap. Crim. 2010.063797-0, Rel. Des. Carlos Alberto Civinski, j. 27.8.13).

Não há, pois, irregularidade neste tocante.

4. O Recorrente Robens Rech aponta a ocorrência de *bis in idem*, porque “o fato central descrito na denúncia para os dois crimes imputados é realizar despesa em desacordo com as normas financeiras”, de modo que “não pode ser imputado o cometimento de dois crimes pelo mesmo fato central” (fl. 607).

Isso não guarda relação com o conceito de *bis in idem*. Esse princípio “proíbe de forma absoluta a dupla punição pelo mesmo fato” (MASSON, Cleber. *Direito penal esquematizado*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015. p. 58), o que significa que uma mesma *conduta* não pode ser alvo de apenamento ou persecução penal estatal por duas vezes.

Os *fatos* cuja autoria é imputada a Robens Rech, porém, são diversos. Na primeira parte da denúncia ele é acusado de ter “ordenado e/ou autorizado”, nos dois últimos quadrimestres de 2012, a assunção de obrigações, no total de R\$ 448.801,54, que não puderam ser pagas no mesmo exercício por falta de disponibilidade de caixa (e, por conta disso, precisaram ser adimplidas no exercício seguinte, sem que montante suficiente tivesse sido transferido para a próxima administração); na segunda, imputa-se a ele a liquidação de R\$ 210.085,94 sem prévio empenho.

Não é a mesma conduta e não é o mesmo fato. Não se trata, pois, de violação ao postulado *ne bis in idem*. A argumentação expendida nas razões, em verdade, trata da *adequação típica* do “fato 1” descrito na denúncia (no sentido de que ambas as condutas são ajustáveis ao tipo previsto no Decreto-Lei 201/67, e em tal norma deveriam ser amoldadas), e isso será alvo de análise em momento oportuno.

Mas de dupla punição pelo mesmo fato, indubitavelmente, não se trata.

5. Quanto ao mérito, no que diz respeito à acusação referente ao “fato 1” pormenorizado na exordial acusatória, a insurgência diz respeito tanto à materialidade quanto à autoria.

5.1. O Apelante Robens Rech sustenta, inicialmente, que não há prova da materialidade, porque havia dinheiro disponível em caixa, no final do mandato, para adimplir as obrigações de R\$ 448.801,54, assumidas a partir de maio de 2012. Ele transcreve valores apontados na fl. 126, onde

há registro da existência de R\$ 1.909.387,00 em caixa no final de 2012, e conclui afirmando que esse saldo permitiria o adimplemento das despesas mencionadas na denúncia.

De fato, tal informação consta no balanço patrimonial da fl. 126. Mas tal dado não autoriza a conclusão de que houve superávit, pois desconsidera os restos a pagar, e, assim, não dá suporte à tese defensiva.

De acordo com o quadro da fl. 58, constante na análise feita pelos Auditores Fiscais Beatriz Ruffini Gonçalo e Teresinha de Jesus Basto da Silva acerca das manifestações finais ofertadas pelo Recorrente no procedimento de prestação de contas (fls. 17-61); nos termos evidenciados pelo Perito Contábil Ildo Fabris, nos quadros das fls. 456-457; e, com mais detalhe, na tabela da fl. 358, que esteve anexa à prestação de contas e também foi examinada pelo *Expert*, apurou-se o seguinte:

a) Com relação à Fonte de Recursos 2 (FR 2, Receitas de Impostos e de Transferência de Impostos – Saúde), a administração do Apelante encerrou-se com R\$ 47.259,40 em caixa; desse montante, R\$ 1.527,20 saíram sob a rubrica “depósitos e outras obrigações”, houve a liquidação de R\$ 66.755,41 de despesas não empenhadas, e R\$ 42.863,58 integraram o montante de restos a pagar processados no 2º e 3º quadrimestres. Por conta disso (ou seja, porque a soma de R\$ 1.527,20, R\$ 66.755,41 e R\$ 42.863,58 supera R\$ 47.259,40), o balanço, com relação a esta fonte, foi negativo, e uma parcela do déficit é referente às obrigações assumidas depois de maio de 2012;

b) Com relação à FR 23 (Transferências de Convênios – Saúde), não havia dinheiro em caixa em 31.12.12; não obstante, foram assumidos R\$ 4.919,89 em obrigações nos dois últimos quadrimestres, montante que integra os restos a pagar;

c) No tocante à FR 24 (Transferências de Convênios – outros (não relacionados à educação/saúde/assistência social)), havia R\$ 378.667,33 disponíveis no caixa ao final da administração do Recorrente; foram assumidas obrigações, a contar de maio de 2012, porém, no valor de R\$ 714.575,51, de forma que R\$ 335.908,18 constituem os restos a pagar, sem que houvesse contrapartida suficiente de disponibilidade de caixa;

d) Com relação à FR 71 (Outros Recursos do Fundo Nacional de Saúde), a disponibilidade de caixa já era *negativa* (- R\$ 1.459,80), e houve, além disso, a assunção de R\$ 3.000,00 nos últimos dois quadrimestres de 2012, de modo que R\$ 4.459,80 ficaram a descoberto;

e) E no que diz respeito às fontes de recursos ordinários 0, 1 e 2, havia R\$ 596.562,89 em caixa no final de 2012; desse montante, R\$ 63.166,93 saíram sob a rubrica “depósitos e outras obrigações”, R\$ 3.427,69 foram comprometidos até o primeiro quadrimestre daquele ano, R\$ 143.330,53 são despesas liquidadas em 2012 e não empenhadas, e R\$ 426.264,62 constituem restos a pagar referentes a obrigações assumidas nos dois últimos quadrimestres. R\$ 39.626,88, portanto, foram repassados à administração seguinte sem a contrapartida suficiente de caixa.

Como se vê, houve o comprometimento, mediante obrigações assumidas nos dois últimos quadrimestres do mandato, de quantia superior àquela deixada em caixa no final da administração com relação a despesas que têm fonte de recurso vinculada. Ainda que o balanço financeiro da gestão

2009-2012 tenha sido superavitário (ativo financeiro de R\$ 1.909.387,00 contra passivo financeiro de R\$ 1.523.071,94, com sobra de R\$ 386.315,06, como apontado pelo Perito na fl. 335), o montante que remanesceu em caixa não pôde ser utilizado para suprir o déficit referente às despesas oriundas de fontes de recurso vinculadas, por conta da vedação legal (LRF, art. 8º, parágrafo único).

Por isso, inclusive, que o *Expert* afirmou que o déficit de 2012 “foi suprido, mas não com o superávit do ano anterior. Foi suprido com recursos específicos da mesma conta vinculada, depois do recebimento de recursos financeiros” (fl. 335).

A limitação a respeito do uso das verbas decorre do disposto no art. 8º, parágrafo único, da Lei de Responsabilidade Fiscal (“Os recursos legalmente vinculados a finalidade específica serão utilizados exclusivamente para atender ao objeto de sua vinculação, ainda que em exercício diverso daquele em que ocorrer o ingresso”), e do Anexo Único do Decreto Estadual 764/12, que estabelece que os recursos obtidos das fontes acima mencionadas tem destinação vinculada (como especifica a tabela da fl. 462 e o detalhamento das fls. 464-469).

Com relação à materialidade (isto é, o fato de que houve assunção de obrigações nos dois últimos quadrimestres do mandato do Apelante Robens Rech sem que existisse contrapartida suficiente de disponibilidade de caixa para adimplemento dos restos a pagar na gestão seguinte), pois, não há justificativa para a reforma do decreto condenatório.

5.2. No tocante à autoria, o Recorrente Robens Rech busca se eximir da prestação jurisdicional repressiva ao argumento de que não *agiu*, pessoalmente, assumindo as obrigações que ficaram a descoberto (o assunto é tratado, nas razões recursais, no tópico atinente à “ilegitimidade passiva”).

Não é, todavia, o que os autos revelam.

Marcos Antônio Wust, que era contador municipal à época, teve o seguinte diálogo com o Excelentíssimo Promotor de Justiça quando foi ouvido nos autos da Ação Civil Pública 0900004-28.2015.8.24.0071:

Promotor de Justiça: O senhor conversava com o prefeito sobre as contas do município, sobre preocupação... O senhor, no ano de dois mil e doze, estava preocupado com a questão financeira do município?

Marcos: A gente sempre conversa... Conversei, de vez em quando ia pegar uma assinatura dele lá, a gente conversava, trocava uma ideia...

Promotor de Justiça: Aí o senhor falou que estava preocupado, que as contas não iam fechar?

Marcos: Algumas vezes comentava da minha preocupação com relação a chegar no final do exercício e de repente nós não conseguirmos encerrar como...

Promotor de Justiça: Como determina a lei?

Marcos: Como seria o correto, né.

Promotor de Justiça: E o que o prefeito dizia nessas situações? Continuava mandando empenhar as despesas, mandava pagar, liquidar...?

Marcos: O prefeito, na verdade ele sempre dizia que ele acreditava que ia chegar no... que no desenvolver do exercício ali as coisas iam acontecer de forma que em trinta e um do doze se fechassem as contas sem dívida, né.

Promotor de Justiça: E aconteceu isso?

Marcos: Não (5min32s-6min40s, fl. 169).

O Apelante foi alertado, portanto, pelo contador municipal a respeito do risco de “as contas não fecharem”, mas resolveu “acreditar” que as coisas se resolveriam. Por conta dessa *fé*, não agiu com cautela e não desacelerou o comprometimento da renda de que dispunha o Município.

A propósito, ter *esperança* que as “coisas se resolvam por si sós” é característica pouco desejável em representantes populares, e ainda menos valorizadas em ocupantes de cargos que deliberam a respeito dos rumos das finanças públicas.

Robens Rech pode não ter sido o responsável por *firmar* todas as notas de empenho ou contratos que acarretaram a totalidade da assunção de obrigação que remanesceu a descoberto ao final do mandato. Mas ele era, efetivamente, o Chefe do Poder Executivo do Município de Tangará. Ele mesmo, durante seu interrogatório, lembrou o Magistrado de Primeiro Grau que “o prefeito não é técnico em diversas áreas, ele é uma pessoa que está lá fazendo a gestão do município” (13min27s, fl. 164). Ele, portanto, definia os rumos da administração e *tinha*, indubitavelmente, o domínio sobre os fatos narrados na denúncia. Tanto que o contador foi tratar com *ele* sobre o risco de balanço deficitário ou em desconformidade com as disposições sobre a legislação financeira.

Além disso, o Recorrente Robens Rech, quando interrogado judicialmente, disse o seguinte:

Bom, pro senhor ter uma ideia, doutor Flávio, foi deixado de fazer convênios que viriam a beneficiar o município de Tangará porque no decorrer dos meses que daria de ter feito convênio, ainda com o prazo de cento e oitenta dias antes da eleição, nós não íamos ter disponibilidade de caixa para fazer contrapartida. Então nós tivemos que recusar alguma coisa. E que nesse período desses quatro anos foi buscado diversas e diversas obras que fazia mais de vinte anos que estavam no papel e na promessa, de candidato a candidato, e que não eram resolvidas as situações que a população esperava (8min50s-9min30s, fl. 164).

“Nós não íamos ter disponibilidade de caixa” e, por isso, o Apelante não firmou “convênios” que “viriam a beneficiar o município”. Robens Rech, quando interrogado, *implica-se* na gestão municipal, tanto que tenta recolher os louros das “obras que fazia mais de vinte anos” não passavam de promessa. Ele seguramente não realizou, pessoalmente, nenhuma dessas “obras” (no sentido de que não *erigiu* nenhuma edificação no solo com suas próprias mãos), mas, por ser o administrador, e por ter decretado que determinado projeto seguisse adiante, ele pode (e não sem razão) *ostentar* essa realização e incluí-la em seu currículo.

Mas ele não é o responsável apenas pelo *sucesso* da administração. Se a gestão seguiu por

caminhos que representaram inobservância à Lei de Responsabilidade Fiscal, também é por conta das opções administrativas que *ele* adotou. Responde, portanto, pelas despesas que ordenou em desacordo com o disposto no art. 42 da Lei Complementar 101/00.

Sem mencionar que *ao menos* as notas de empenho das fls. 216 e 217 (no total de R\$ 600.000,00, em prol de Matomac Comércio de Peças e Serviços Ltda.) ele subscreveu pessoalmente em 3.12.12, e esse valor foi aquele que, com relação à FR 24, ocasionou a existência de restos a pagar sem contraprestação em caixa (*vide* quadro da fl. 358 e a explicação do Perito na fl. 343, item “9”).

Mesmo que se descarte o restante da acusação, no que diz respeito a esta parcela a alegação de “responsabilização objetiva” não seria admissível, considerando a assinatura do Recorrente nos documentos mencionados e o reflexo que eles causaram nas contas do Município.

Não há, portanto, dúvida com relação à autoria. Sob este argumento também é inviável reformar o decreto condenatório.

5.3. A alegação de “ausência de dolo” (fls. 610-612) também não convence.

O arrazoado, que parte da premissa de que “o elemento subjetivo é o dolo genérico”, é concluído da seguinte forma:

Assim, indispensável que se comprove a ocorrência de dolo para que se caracteriza os delitos apontados na denúncia.

Pela simples leitura da denúncia, verifica-se que o Apelante não agiu com dolo. O Apelante não obteve qualquer vantagem, o Município não teve nenhum prejuízo. Assim, inexistentes os delitos (fl. 610).

Apenas a premissa inicial é correta. O elemento subjetivo do delito pormenorizado no art. 359-C do Código Penal é o dolo genérico (MASSON, Cleber. *Código Penal comentado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 1.402), e “não se exige elemento subjetivo do tipo específico” (NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal comentado*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 1.631).

E com dolo genérico é inegável que o Apelante agiu. Não se sustenta que ele assumiu obrigações a partir de maio de 2012 por *culpa*, nem se cogita que ele firmou, por exemplo, as notas de empenho das fls. 216-217 por um *deslize*. Robens Rech agiu conscientemente ao contrair obrigações sem que houvesse contraprestação suficiente em caixa.

As alegações, no sentido de que “o Apelante não obteve qualquer vantagem, o Município não teve nenhum prejuízo”, são irrelevantes. Se o dolo exigido pelo tipo é *genérico*, não há necessidade de que o motriz que impelia o Recorrente fosse o de encher os próprios cofres ou levar a municipalidade à bancarrota. Menos sentido há em tratar das *consequências* do delito como se fossem relacionáveis ao elemento subjetivo.

Sob este argumento, pois, é igualmente inviável a reforma da sentença resistida.

5.4. Almeja o Apelante Robens Rech, também, a desclassificação do “fato 1” descrito na denúncia para o delito previsto no art. 1º, V, do Decreto-Lei 201/67.

Não obstante o pedido ter contado com parecer favorável da Procuradoria de Justiça Criminal, tem-se que ele deve ser rejeitado.

A imputação dirigida ao Recorrente no “fato 1” narrado na denúncia consiste, grosso modo, em ter “ordenado e/ou autorizado”, nos dois últimos quadrimestres de 2012, a assunção de obrigações, no total de R\$ 448.801,54, que não puderam ser pagas no mesmo exercício por falta de disponibilidade de caixa (e, também por conta disso, precisaram ser adimplidas no exercício seguinte, sem que montante suficiente tivesse sido transferido para a próxima administração).

O art. 359-C do Código Penal proíbe “ordenar ou autorizar a assunção de obrigação, nos dois últimos quadrimestres do último ano do mandato ou legislatura, cuja despesa não possa ser paga no mesmo exercício financeiro ou, caso reste parcela a ser paga no exercício seguinte, que não tenha contrapartida suficiente de disponibilidade de caixa”.

A norma do art. 1º, V, do Decreto-Lei 201/67, por sua vez, tipifica a conduta consistente em “ordenar ou efetuar despesas não autorizadas por lei, ou realizá-las em desacordo com as normas financeiras pertinentes”.

O Apelante não sustenta a inadequação típica ao primeiro dos artigos, de modo que, ao menos *prima facie*, é possível tê-la como incontroversa (e mesmo que não fosse, o ajuste típico em estado de asserção é evidente; a controvérsia a respeito da existência de dinheiro em caixa é atinente à *prova* da imputação, e não à tipicidade). O que o Recorrente afirma é que a norma prevista no Decreto, por ser mais *específica* (por contar com restrição mais rigorosa no que diz respeito ao sujeito ativo do delito), deve ser aplicada em detrimento da outra. Parte do pressuposto, portanto, de que a conduta a ele imputada no “fato 1” também se ajusta ao disposto no art. 1º, V, do Decreto-Lei 201/67.

A imputação não trata de despesa não autorizada por lei. A irregularidade não reside na inexistência de amparo legal em Lei de Diretrizes Orçamentárias ou na Lei Orçamentária Anual (ou em qualquer outro diploma equivalente), e é este o critério para adequação típica neste ponto:

A primeira e mais importante lei a ser obedecida, sobretudo em termos de despesas, é a lei do orçamento. [...]

Outras leis municipais, além da orçamentária, podem dispor sobre despesas, autorizando-as e disciplinando sua forma de efetivação. A desobediência a essas leis ensejará a ocorrência, em tese, do crime referido no inc. V (COSTA, Tito. *Responsabilidade de prefeitos e vereadores*. 6. ed. São Paulo: Letras Jurídicas, 2015. p. 86).

Tampouco é viável o ajuste ao disposto no art. 15 da Lei Complementar 101/00, que dispõe

que “serão consideradas não autorizadas [...] a geração de despesa ou assunção de obrigação que não atendam o disposto nos arts. 16 e 17”, porque a vedação de assunção de obrigação nos dois últimos quadrimestres encontra-se no art. 42 da mesma Lei (e não nos arts. 16 e 17).

Em nenhuma hipótese, pois, a adequação típica seria possível com os verbos “ordenar” e “efetuar”. A alternativa restante é referente a “realizar [despesas] em desacordo com as normas financeiras pertinentes”.

Ainda que exista diferença entre o objeto material da conduta (“assunção de obrigação” no art. 359-C; e “despesa” no art. 1º, V), ela não é relevante, pois o primeiro termo parece ser mais abrangente do que o segundo. É o que afirmam Guilherme de Souza Nucci (*Código Penal comentado*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 1.628 e 1.631), assim como Carlos Maurício Figueiredo, Cláudio Ferreira, Fernando Raposo, Henrique Braga e Marcos Nóbrega:

Lastreamo-nos na CF, em seu artigo 167, II, que estabelece clara distinção entre realização de despesa e assunção de obrigação. Esta pode se dar independentemente do regular processamento da despesa pública. Pode-se contrair obrigação de despesa sem que ela tenha sido empenhada.

Podemos afirmar, então, que contrair obrigação de despesa pode decorrer de qualquer ato ou fato que imponha à Administração a obrigatoriedade de realizar despesa (*Comentários à Lei de Responsabilidade Fiscal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 225).

Considerando, ainda, que o art. 42 da Lei de Responsabilidade Fiscal dispõe que “é vedado ao titular de Poder ou órgão referido no art. 20, nos últimos dois quadrimestres do seu mandato, contrair obrigação de despesa que não possa ser cumprida integralmente dentro dele, ou que tenha parcelas a serem pagas no exercício seguinte sem que haja suficiente disponibilidade de caixa para este efeito”, é preciso reconhecer que a efetivação das despesas, a partir de maio de 2012 até o final daquele ano, foi feita (em estado de asserção) “em desacordo com as normas financeiras pertinentes”.

Waldo Fazzio Júnior, a propósito, também aponta a Lei Complementar 101/00 como uma das “normas financeiras pertinentes” mencionadas no tipo (*Responsabilidade penal e político-administrativa de prefeitos*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 79).

É possível, portanto, promover a adequação típica da conduta narrada no “fato 1” da denúncia ao disposto no art. 1º, V, do Decreto-Lei 201/67. Em razão desse aparente conflito de normas é preciso definir em qual dos tipos ajusta-se a imputação.

Não se presta, para tanto, a aplicação dos critérios da subsidiariedade ou da consunção, pois não há relação de continência entre os tipos ou os fatos.

A especialidade, por sua vez, é assim definida por René Ariel Dotti:

Consiste a *especialidade* na relação que se estabelece entre dois ou mais preceitos, sempre que na *lex specialis*

se contém já todos os elementos de uma *lex generalis* ao qual se pode chamar de *tipo fundamental* e, ainda, certos elementos especializadores (CORREIA, Direito Criminal II/205). Essa relação determinará a exclusão da lei geral pela aplicação da lei especial, segundo o brocardo *lex specialis derogat legi generali* (*Curso de direito penal: Parte geral*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 383).

Luiz Regis Prado dá conceito semelhante:

A lei especial derroga, para o caso concreto, a lei geral. Entre a norma geral (gênero) e a especial (espécie) há uma relação hierárquica de subordinação que estabelece a prevalência da última, visto que contém todos os elementos daquela e mais alguns denominados *especializantes*. Desse modo, a regra especial agrega à hipótese normativa geral um ou mais elementos complementares, demonstrativos de um específico fundamento de punibilidade, ora estabelecendo um *plus* (qualificador/agravador), ora prevendo um *minus* (privilegiador) (*Curso de direito penal brasileiro: parte geral*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 1. p. 275).

Guilherme de Souza Nucci não discrepa:

Requer-se [para a incidência do critério da especialidade] que a norma considerada especial contenha todos os elementos da figura geral, apresentando outras particulares características típicas que podem ser denominadas específicas, especializadoras ou de concreção, constituindo uma subclasse ou subespécie agravada ou atenuada. Em virtude disso, abrange um âmbito de aplicação mais restrito e capta um número menor de condutas ilícitas (*Manual de direito penal*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 166-167).

De acordo com os três autores, portanto, a norma especial “contém todos os elementos da norma geral” e outros *especializantes*, que reduzem sua abrangência.

Aparentemente, a simples aplicação do critério da especialidade, com essa conceituação, não bastaria. Pois, no que concerne ao sujeito ativo, o art. 1º, V, do Decreto-Lei 201/67 é mais específico (trata apenas de prefeitos e vereadores, ao passo que o outro dispositivo é aplicável aos representantes dos órgãos mencionados no art. 20, § 2º, da Lei de Responsabilidade Fiscal); mas quanto à *conduta proibida* em si, o art. 359-C do Código Penal é mais pontual (pois retrata duas maneiras apenas de contração de obrigação em desacordo com normas financeiras, ao passo que a outra norma abrange um número maior de comportamentos).

Diz-se *aparentemente* porque, na verdade, tem-se que a resolução do conflito aparente de normas é, entre outras coisas (um instrumento para evitar dupla punição pelo mesmo fato, por exemplo), uma forma de assegurar a taxatividade da lei penal, e a solução que mais atende esse propósito, no caso presente, é a adequação à figura do art. 359-C do Código Penal.

O princípio da taxatividade “indica o dever imposto ao legislador de proceder, quando redige a norma, de maneira precisa na determinação dos tipos legais, para se saber, *taxativamente*, o que é penalmente ilícito e o que é penalmente admitido” (DOTTI, op. cit., p. 143), porque “as condutas

típicas, merecedoras de punição, devem ser suficientemente claras e bem elaboradas, de modo a não deixar dúvida por parte [*sic*] do destinatário da norma” (NUCCI, op. cit., p. 90). Isso, “nitidamente” (ibid.), é uma decorrência do princípio da anterioridade da lei penal (CP, art. 1º), que impõe, além da formalidade na definição da conduta criminosa (pela edição de lei em sentido estrito emanada pelo Poder Legislativo), a edição *prévia* da norma incriminadora. Para que o jurisdicionado, *sabendo* do caráter criminoso da conduta, possa se orientar e agir de modo a evitar a repressão estatal.

A opção por tipos penais abertos frustra o objetivo da taxatividade justamente por adicionar *camadas de complexidade* à conceituação da conduta criminosa, e tornar, assim, menos facilmente compreensível a extensão do comportamento proibido.

No caso, é inegável que o art. 359-C do Código Penal tem definição mais *taxativa* do que o art. 1º, V, do Decreto-Lei 201/67. Neste *voto*, inclusive, a adequação ao art. 359-C do Código Penal foi tangenciada em um parágrafo, *entre parênteses*; já o ajuste à norma do Decreto-Lei 201/67 precisou de *onze parágrafos*, e demandou a identificação de legislação extrapenal que auxiliasse na completude do tipo.

Assim, tem-se que a especialidade, como critério de resolução do conflito aparente de normas, favorece a aplicação da lei penal mais *taxativa* em detrimento daquela mais *aberta*. Ela recomenda, pois, a adequação típica do “fato 1” narrado na denúncia ao art. 359-C do Código Penal, ainda que sua aplicação deixe a desejar no que concerne aos “elementos especializantes” e à totalidade dos elementos da norma derogada.

Além disso, o art. 359-C do Estatuto Repressivo foi lá inserido pela Lei 10.028/00, ao passo que o art. 1º, V, do Decreto-Lei 201/67 tem a mesma redação desde a sua edição. Se a especialidade não for considerada o melhor critério para resolução da antinomia, e caso se repute as duas normas *igualmente aplicáveis*, a *sucessividade* também favorece a aplicação do artigo presente no Código Penal:

Se houver um período de tempo separando duas ou mais normas aplicáveis ao mesmo fato, é sempre preferível a lei posterior (*lex posterior derogat priori*). Exemplo: o art. 3º, V, da Lei 1.521/51 (crimes contra a economia popular) prevê ser delito “vender mercadorias abaixo do preço de custo com o fim de impedir a concorrência”. Entretanto, o art. 4º, VI, da Lei 8.137/90 preceitua, identicamente, ser crime “vender mercadorias abaixo do preço de custo com o fim de impedir a concorrência”. Dessa forma, havendo duas normas penais incriminadoras, passíveis de aplicação ao mesmo fato, resolve-se o pretense conflito através do critério da sucessividade, isto é, vale o disposto na Lei 8.137/90, que é mais recente (NUCCI, op. cit., p. 166).

Não se adota a sucessividade como *principal* critério de resolução da antinomia pela aparente *impopularidade* do método (que não é mencionado pelos autores pesquisados, com exceção de Guilherme de Souza Nucci).

Ademais, o Supremo Tribunal Federal, ao apreciar a Ação Penal 916, aplicou o art. 359-C

do Código Penal a um prefeito que cometeu conduta semelhante àquela narrada no “fato 1” deste processo:

DIREITO PENAL. AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA. PECULATO-DESVIO. ASSUNÇÃO DE OBRIGAÇÃO NO ÚLTIMO ANO DE MANDATO. 1. Se o acusado, consciente e voluntariamente, se apropria de verbas cuja detenção se dá em razão do cargo que ocupa e se as emprega em finalidade diversa daquelas a que se destinam, pratica o delito de peculato-desvio, desimportante não tenha o desvio se dado em proveito próprio. 2. No caso sob exame, o Município é mero depositário das contribuições, descontadas dos contracheques de seus servidores para pagamento de empréstimos consignados, as quais pertencem ao Banco. 3. Por outro lado, ao impedir a quitação das obrigações, o gestor ordena ou autoriza assunção de obrigação. No caso dos autos, sem adimpli-la no mesmo exercício financeiro, nem deixar receita para quitação no ano seguinte, nos termos do artigo 359-C, do Código Penal. 4. Nada obstante a crise financeira por que passava o Município, a contratação de pessoal e os repasses voluntários a instituições não governamentais, impedem a configuração da dirimente de inexigibilidade de conduta diversa, a afastar o juízo de reprovação penal da conduta. 4. Pretensão punitiva julgada procedente para condenar o acusado pela prática dos crimes previstos nos arts. 312, *caput*, e 359-C, na forma dos arts. 29, 71 e 70, todos do Código Penal (Rel. Min. Roberto Barroso, j. 17.5.16).

Recentemente, o Superior Tribunal de Justiça procedeu da mesma maneira:

As instâncias de origem concluíram que o agravante, ciente da situação financeira precária do município, assumiu obrigação no último ano de mandato, mesmo tendo sido alertado pelo Tribunal de Contas do Estado quanto ao risco de iliquidez que se aproximava, conduta que se amolda ao crime descrito no artigo 359-C do Código Penal (AgRg no AREsp 1.414.253, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 18.6.19).

Esta Corte, em outras ocasiões, também reconheceu a culpabilidade de prefeitos pela prática do delito previsto no art. 359-C do Código Penal:

APELAÇÃO CRIMINAL. ASSUNÇÃO DE OBRIGAÇÃO NO ÚLTIMO ANO DO MANDATO OU LEGISLATURA (ART. 359-C DO CÓDIGO PENAL) SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA. [...] PLEITO ABSOLUTÓRIO. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. PARECER DO TRIBUNAL DE CONTAS QUE DEMONSTRA A ASSUNÇÃO DE OBRIGAÇÃO NOS ÚLTIMOS OITO MESES DE MANDATO NÃO HONRADAS NO MESMO EXERCÍCIO FINANCEIRO E SEM CONTRAPARTIDA DE DISPONIBILIDADE DE CAIXA. CONFISSÃO DO APELANTE CORROBORADO AO DEPOIMENTO DO SECRETÁRIO DE FINANÇAS DO MUNICÍPIO NÃO DEIXAM DÚVIDAS DA CARACTERIZAÇÃO DO DOLO. INEXISTÊNCIA DE EXCLUDENTES DE ILICITUDE. LESIVIDADE AO ERÁRIO PÚBLICO INCONTESTE. CONDENAÇÃO MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO (Ap. Crim. 2011.008510-5, Rel.^a. Des.^a. Marli Mosimann Vargas, j. 16.8.11).

No mesmo sentido:

PROCESSO-CRIME - PREFEITO MUNICIPAL - CERCEAMENTO DE DEFESA - INQUÉRITO CIVIL - PROCEDIMENTO INFORMATIVO - AUSÊNCIA DE CONTRADITÓRIO - INVERSÃO NA ORDEM DE OITIVA DAS TESTEMUNHAS - PENDÊNCIA DO RETORNO DE CARTA PRECATÓRIA QUE NÃO OBSTA O PROSSEGUIMENTO DO FEITO - INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO - EIVA AFASTADA. ASSUNÇÃO DE OBRIGAÇÃO NO ÚLTIMO ANO DE MANDATO (ART. 359-C DO CP) - MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS - CONDENAÇÃO DEVIDA (AP 2009.024958-2, Rel. Des. Moacyr de Moraes Lima Filho, j. 22.3.11).

É inviável, portanto, a desclassificação pretendida.

6. Quanto à reprimenda, postula o Apelante Robens Rech pelo afastamento da má valoração dos antecedentes criminais, sob o argumento de que a pena imposta na condenação pretérita fora extinta há mais de uma década antes da prática do novo delito.

Neste ponto, razão lhe assiste.

O apenamento referente à condenação anterior (pela prática do delito previsto no art. 297 do Código Penal) foi extinto em 8.8.03, por conta de indulto concedido em 15.12.00 (*vide* certidão da fl. 547). Não se compreende a discrepância entre as duas datas, mas, considerando os efeitos do indulto (CP, art. 107, II) e levando-se em conta que o instituto é concedido mediante o atendimento dos requisitos no dia de *natal*, supõe-se que a extinção da pena remonta a fato ocorrido ainda em 1999.

Os fatos apurados neste processo, por sua vez, foram cometidos em 2012. Há quase treze anos separando a nova prática delitativa da extinção da pena referente ao delito pretérito.

Esta Corte não permite a utilização de condenação com pena extinta há mais de uma década antes do novo fato para incrementar a reprimenda por conta dos maus antecedentes:

Não se tem uma eternização da conduta do réu para agravar sua reprimenda quando a condenação valorada como negativa nos antecedentes criminais respeita a limitação temporal firmada pela jurisprudência, 10 anos entre o trânsito em julgado do último fato ou da extinção da punibilidade e o do novo fato (Ap. Crim. 0003968-19.2015.8.24.0018, Rel. Des. Luiz Antônio Zanini Fornerolli, j. 7.3.19).

No mesmo sentido:

DOSIMETRIA. PRIMEIRA FASE. PEDIDO DE AFASTAMENTO DA NEGATIVAÇÃO DOS ANTECEDENTES CRIMINAIS, DA CONDUTA SOCIAL E DA PERSONALIDADE. POSSIBILIDADE. CONDENAÇÕES COM TRÂNSITO EM JULGADO QUE EXTRAPOLAM O PERÍODO DE 10 (DEZ) ANOS NÃO PODEM EXASPERAR A PENA-BASE, SOB PENA DE PERPETUIDADE DA SANÇÃO IMPOSTA. PRECEDENTES. RECURSO PROVIDO NO PONTO (Ap. Crim. 0010136-60.2017.8.24.0020, Rel. Des. Volnei Celso Tomazini, j. 19.2.19).

Ainda:

APELAÇÃO CRIMINAL - TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO (LEI N. 11.343/06, ARTS. 33 E 35) - SENTENÇA CONDENATÓRIA - RECURSOS DA DEFESA E DO MINISTÉRIO PÚBLICO. [...] MAUS ANTECEDENTES - PENA EXTINTA HÁ MAIS DE 10 ANOS - VEDAÇÃO A SANÇÕES PERPÉTUAS - AFASTAMENTO DEVIDO (Ap. Crim. 0010008-80.2017.8.24.0039, Rel^a. Des^a. Salete Silva Sommariva, j. 29.1.19).

Afasta-se, pois, a exasperação por conta dos maus antecedentes. A pena-base, por conta disso, é reduzida para 1 ano e 2 meses de reclusão, pois o incremento atinente à personalidade não foi alvo de impugnação pelo Recorrente.

7. Na etapa intermediária, é devida a incidência da atenuante da confissão espontânea.

Como dito no item “6”, Robens Rech, quando interrogado, implicou-se nas decisões tomadas durante sua administração como Chefe do Poder Executivo do Município de Tangará. Não se tratou de uma confissão *ampla e irrestrita*, e ele também não perdeu a oportunidade para suscitar teses de defesa (como a de que havia saldo disponível em caixa ao final de 2012). Ainda assim, é inegável que suas palavras pesaram em seu desfavor.

Considerando que, “quando a confissão for utilizada para a formação do convencimento do julgador, o réu fará jus à atenuante prevista no artigo 65, III, d, do Código Penal” (STJ, Súmula 545), e uma vez que parte do interrogatório foi efetivamente transcrita neste voto, é inevitável o reconhecimento da circunstância legal de redução de pena.

A sanção intermediária, por conta disso, é novamente conduzida ao menor patamar legalmente possível, ou seja, 1 ano de reclusão. E é neste montante que ela se torna definitiva, dada a inexistência de causas de aumento ou diminuição.

8. A exclusão da pena de perda de cargo público e inabilitação por um quinquênio demandam maior digressão.

Tais providências foram determinadas na sentença resistida “com fulcro no § 2º do art. 1º do Decreto-Lei 201/67” (fl. 584). Tal norma dispõe que “a condenação definitiva em qualquer dos crimes definidos neste artigo, acarreta a perda de cargo e a inabilitação, pelo prazo de cinco anos, para o exercício de cargo ou função pública, eletivo ou de nomeação”.

Como foi reconhecida a prescrição da pretensão punitiva estatal no que diz respeito ao delito positivado no art. 1º, V, do Decreto-Lei 201/67, é inviável a imposição desta modalidade de apenamento sob tal fundamento (STJ, AgRg no HC 239.036, Rel. Min. Antônio Saldanha Palheiro, j. 30.6.16; AgRg no AREsp 270.892, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 16.4.15; AgRg no REsp 1294572, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 4.9.14; e AgRg no REsp 913.653, Rel. Min. Nefi Cordeiro, j. 4.9.14).

9. Por outro lado, dispõe o art. 92, I, “a”, do Código Penal:

Art. 92 – São também efeitos da condenação:

I – a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo:

a) quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública;

[...].

O *quantum* da pena (1 ano de reclusão) e o fato de se tratar de delito cometido contra a administração pública, em violação *expressa* à norma de conduta presente no art. 42 da Lei Complementar 101/00, tornam possível a decretação de perda de eventual cargo público ocupado pelo Apelante. Pois é inconcebível que a desobediência a uma vedação da Lei de Responsabilidade Fiscal não equivalha a “violação de dever para com a Administração Pública”.

Remanesce em vigor, pois, a determinação de perda de eventual cargo público ocupado pelo Recorrente Robens Rech.

10. Também deve subsistir a inabilitação por 8 anos decorrente do disposto na Lei Complementar 64/90, art. 1º, I, “e”, 1.

A alegação de que tal deliberação não é “razoável” (fl. 617) não contou com argumentação alguma que lhe desse suporte, e é improcedente.

Robens Rech contraiu obrigações que deixou a descoberto, fez com que seu sucessor assumisse a posição de Chefe do Poder Executivo Municipal já com débito decorrente do mau uso das verbas públicas, e transferiu a ele o ônus de comprometer parte do orçamento para suprir o prejuízo deixado pelo Apelante (e não para levar a efeito os projetos que, eventualmente, propagandeou durante a campanha).

Franco, é inconcebível sustentar que não há razoabilidade na imposição de inelegibilidade ao sujeito que, enquanto ocupa cargo de Prefeito, comete um crime contra a administração pública. Ao contrário: impedir Robens Rech de tomar assento em cargo eletivo é o *mínimo* que se pode fazer dentro do campo da razoabilidade.

A inelegibilidade tratada na Lei Complementar 64/90, pois, é impositiva, ainda que afastada a inabilitação por um quinquênio prevista no art. 1º, § 2º, do Decreto-Lei 201/67.

Ante o exposto, vota-se pelo conhecimento do recurso e por seu parcial provimento, a fim de declarar extinta a punibilidade de Robens Rech no que diz respeito à acusação da prática do delito previsto no art. 1º, V, do Decreto-Lei 201/67 (“fato 2” descrito na denúncia); reduzir para 1 ano de reclusão a pena imposta ao Apelante pelo cometimento do crime positivado no art. 359-C do Código Penal; e afastar a pena de inabilitação por cinco anos decorrente do disposto no art. 1º, §

2º, do Decreto-Lei 201/67, mantida a perda de eventual cargo público ocupado pelo Recorrente e a inelegibilidade pelo prazo de 8 anos após o cumprimento da reprimenda imposta neste processo.

Determina-se ao Juízo da Condenação, exaurida a possibilidade de interposição de recurso nesta Corte, que expeça os documentos necessários à execução imediata da pena imposta ao Acusado, caso isso ainda não tenha sido implementado, nos termos da orientação do Supremo Tribunal Federal (ARExtra 964.246, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 11.11.16; Ag. Reg. no HC 142.750, Rel. Min. Luiz Fux, j. 2.6.17; e HC 156.661, Rel. Min. Roberto Barroso, j. 9.5.18).

Para os fins do disposto nas Resoluções 44, 50 e 172 do Conselho Nacional de Justiça e no Provimento 29 da Corregedoria Nacional de Justiça, o nome do Acusado Robens Rech deve ser incluído, com fulcro no art. 1º, I, “e”, 1, da Lei Complementar 64/90, no Cadastro Nacional de Condenados por Ato de Improbidade Administrativa e por Ato que Implique Inelegibilidade (CNCIAI).

Apelação Criminal n. 0013554-50.2013.8.24.0083, de Correia Pinto

Relator: Desembargador Volnei Celso Tomazini

APELAÇÃO CRIMINAL.

CRIMES CONTRA DIGNIDADE SEXUAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL COM DEFICIÊNCIA MENTAL (ART. 217-A, § 1º, C/C ART. 14, II, DO CÓDIGO PENAL). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA.

EMBRIAGUEZ VOLUNTÁRIA PELO RÉU QUE NÃO POSSUI CONDÃO DE AFASTAR SUA IMPUTABILIDADE PENAL. MANUTENÇÃO DO ÉDITO CONDENATÓRIO QUE SE IMPÕE.

PLEITO SUBSIDIÁRIO DE DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA PARA A CONTRAVENÇÃO PENAL PREVISTA NO ART. 65 DO DECRETO-LEI N. 3.668/41. IMPOSSIBILIDADE. INTENÇÃO DO APELANTE DE SATISFAZER A PRÓPRIA LASCÍVIA. CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL CONFIGURADO.

PEDIDO DE DESCLASSIFICAÇÃO DO ESTUPRO DE VULNERÁVEL (ART. 217-A, § 1º, DO CÓDIGO PENAL) PARA O CRIME DE ESTUPRO SIMPLES (ART. 213 DO CP). IMPOSSIBILIDADE. PROVA DA DEBILIDADE MENTAL DA VÍTIMA. PERÍCIA DO INSTITUTO GERAL DE PERÍCIAS E TESTEMUNHOS CONFIRMANDO DOENÇA MENTAL NA OFENDIDA. FATO NOTÓRIO E CONHECIDO PELO APELANTE E TESTEMUNHAS. CONDENAÇÃO PELO CRIME DE ESTUPRO MANTIDA.

RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 0013554-50.2013.8.24.0083, da comarca de Correia Pinto Vara Única em que é/são Apelante(s) A. C. T. e Apelado(s) M.P. do E. de S. C.

A Segunda Câmara Criminal decidiu, conhecer e desprover o recurso interposto pelo réu, e determinar, de ofício, exaurida a possibilidade de interposição de recursos nesta instância, o encaminhamento de cópia deste acórdão à comarca de origem, para que se expeçam os documentos necessários à execução da pena imposta ao condenado, se tal providência ainda não houver sido tomada. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Exmos. Srs. Desembargador Volnei Celso Tomazini, Desembargador Norival Acácio Engel e Desembargador Sérgio Rizelo. Presidiu a sessão o Exmo. Sr. Desembargador Sérgio Rizelo. Funcionou como Representante do Ministério Público Exma. Sra. Dra. Jayne Abdala Bandeira.

Florianópolis, 21 de maio de 2019.

Desembargador Volnei Celso Tomazini

Relator

RELATÓRIO

O representante do Ministério Público da Vara única da comarca de Correia Pinto/SC, no uso de suas atribuições legais, ofereceu denúncia contra A. C. T. pela prática, em tese, do delito previsto no art. 217-A, § 1º, c/c art. 14, II, do Código Penal, pelos fatos assim extraídos da exordial acusatória (fls. 37-38):

No dia 22 de outubro de 2013, por volta das 23h30min, no pátio da Igreja Católica, estabelecida na Localidade Fazenda dos Alves, interior do município de Correia Pinto, o denunciado A. C. T., visando satisfazer sua lascívia, com consciência e vontade, portanto dolosamente, tentou praticar conjunção carnal com a vítima I. R. dos S., pessoa sem o necessário discernimento para a prática do ato, pois é deficiente física e mental (fl. 30). Consta do caderno investigatório que o denunciado retirou as roupas e a fralda da vítima, bem como as suas, colocando-se sobre aquela, momento em que foi surpreendido pela irmã da vítima C. R. dos S. no interior do veículo VW/Gol, placas LZY 0479, o que inviabilizou a consumação do delito.

Encerrada a instrução, o magistrado julgou procedente a denúncia contra A. C. T., e o condenou à pena de 03 (três) anos, 01 (um) mês e 10 (dez) dias de reclusão, em regime inicial semiaberto, pela prática do crime previsto no art. 217-A, § 1º, c/c art. 14, II, do Código Penal (fls. 110-115).

Inconformado, o réu interpôs recurso de apelação. Postulou sua absolvição, sob o argumento de que “a embriaguez (...) precisa militar em favor do apelante, porquanto indica que não houve dolo” (fl. 134). Subsidiariamente, requereu a desclassificação para a contravenção de perturbação da tranquilidade ou para o crime do art. 213 do Código Penal, em razão da “inexistência de laudo médico específico quanto à incapacidade mental da suposta vítima” (fl. 135).

Em contrarrazões, requereu o apelado o conhecimento e não provimento do recurso interposto (fls. 141-145).

Lavrou parecer pela Douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Jorge Orofino da Luz Fontes, o qual opinou pelo conhecimento e desprovimento do recurso da defesa (fls. 164-172).

Este é o relatório.

VOTO

Consta nos autos, em resumo, que no dia 22 de outubro de 2013, o denunciado A. C. T., visando satisfazer sua lascívia, tentou praticar conjunção carnal com a vítima I. R. dos S., pessoa sem o necessário discernimento para a prática do ato, uma vez que é deficiente mental. Para tanto, o denunciado retirou as roupas e a fralda da vítima, bem como as suas próprias vestes, deitando-se sobre aquela, momento em que foi surpreendido pela irmã da ofendida, C. R. dos S., no interior do veículo VW/Gol, placas LZY 0479, razão pela qual o delito apenas não se consumou por circunstâncias alheias à vontade do agente.

Diante desses fatos, o Magistrado *a quo* julgou procedente a denúncia oferecida contra o apelante e aplicou a ele a pena de 03 (três) anos, 01 (um) mês e 10 (dez) dias de reclusão, em regime inicial semiaberto, pela prática do crime previsto no art. 217-A, § 1º, c/c art. 14, II, do Código Penal, *in verbis*.

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.

Isso posto, passa-se à análise das teses recursais.

A defesa argumenta que o apelante estava embriagado no momento do delito e que tal fato deveria ser considerado em seu favor.

É cediço, todavia, a imputabilidade do agente não é excluída em virtude de embriaguez voluntária, e esse é o caso dos autos.

No tocante à embriaguez do apelante no dia dos fatos, é certo que este havia ingerido bebida alcoólica. No entanto, tais fatos em nada vem a contribuir em seu favor, notadamente porque tal situação foi provocada pelo próprio acusado (CP, art. 28). O apelante afirmou que se embriagou voluntariamente, aduzindo que começou a beber, no dia ocorrido, às dez da manhã e continuou bebendo a tarde inteira (mídia de fl. 96 - 3min48s).

Nesse sentido, regra o art. 28 do CP:

Não excluem a imputabilidade penal:

[...]

II - a embriaguez, voluntária ou culposa, pelo álcool ou substância de efeitos análogos.

Como sabido, na embriaguez voluntária “o agente será responsabilizado pelos seus atos, mesmo que, ao tempo da ação ou da omissão, seja inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se com esse entendimento” (GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal - parte geral. 11ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009, p. 405).

Assim, a ingestão de álcool ou substância de efeitos análogos não livra a responsabilização penal daqueles que cometem crimes.

A propósito, cita-se desta Corte de Justiça:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A LIBERDADE SEXUAL. TENTATIVA DE ESTUPRO (ART. 213 C/C ART. 14, II, AMBOS DO CÓDIGO PENAL). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DEFENSIVO. MÉRITO. ALMEJADA A ABSOLVIÇÃO. DESCABIMENTO. PALAVRAS DA VÍTIMA EM AMBAS AS FASES PROCEDIMENTAIS, CORROBORADAS POR TESTEMUNHAS, QUE INDICAM A OCORRÊNCIA DO CRIME E SEU AUTOR. LAUDO PERICIAL ATESTANDO A EXISTÊNCIA DE ESCORIAÇÕES NO PESCOÇO E LÁBIOS DA OFENDIDA. EVENTUAL USO DE ENTORPECENTES OU EMBRIAGUEZ VOLUNTÁRIA PELO RÉU, QUE NÃO POSSUEM CONDÃO DE AFASTAR SUA IMPUTABILIDADE PENAL. MANUTENÇÃO DO ÉDITO CONDENATÓRIO QUE SE IMPÕE. DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA PARA O CRIME DE LESÕES CORPORAIS (ART. 129 DO CP). INVIABILIDADE. CARACTERIZADO O INTENTO DO APELANTE EM SATISFAZER SUA LASCÍVIA. PRECEDENTES. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (Apelação Criminal n. 2013.021482-9, Desta Relatoria, j. 25/02/2014 – grifo nosso).

Conclui-se, portanto, que a condenação de réu encontra substrato nas provas produzidas, motivo pelo qual sobressai incensurável a condenação proferida pelo Magistrado *a quo*.

2. Pedido de desclassificação para a contravenção do art. 65 do Decreto-Lei 3.688/41

O apelante requer, ainda, a desclassificação do crime para a contravenção penal de perturbação da tranquilidade (art. 65 do Decreto-Lei 3.688/41). Todavia, não merece guarida o pleito.

O art. 65 do Decreto-Lei 3.688/41 dispõe o seguinte:

Art. 65. Molestar alguém ou perturbar-lhe a tranquilidade, por acinte ou por motivo reprovável:

Pena – prisão simples, de quinze dias a dois meses, ou multa, de duzentos mil réis a dois contos de réis.

Sobre a conduta do art. 65 do Decreto-Lei 3.688/41, preleciona Mirabete:

Não se confunde a prática de ato libidinoso com as contravenções dos arts. 61 e 65 da LCP. Nestas, o agente pratica ato que contrasta com o sentimento médio de pudor ou bons costumes, como beijos ligeiros, apalpadelas, toques no corpo etc., e naquele é necessário o ato concupiscente. É indispensável, para a caracterização do atentado violento ao pudor, o contato físico entre o agente e a vítima; não ocorrendo este, poderá caracterizar-se outro ilícito: constrangimento ilegal, corrupção de menor, crime contra criança ou adolescente, ato obsceno, importunação ofensiva ao pudor etc”. (MIRABETE, Júlio Fabrini. Código Penal interpretado. Atlas. São Paulo, 1999, p. 1.269).

No caso em tela, o apelante, valendo-se da deficiência mental da ofendida, aproveitou-se que estava sozinho no carro com ela, retirou as roupas e a fralda dela, suas próprias calças e tentou submetê-la à conjunção carnal, não conseguindo obter sucesso em sua empreitada por circunstâncias alheias à vontade do agente (foi surpreendido por terceira pessoa).

Ora, como se percebe, os atos criminosos em questão foram perpetrados pelo apelante com o objetivo de satisfazer sua lascívia, não podendo ser confundido com mera contravenção penal.

As condutas de tentar manter conjunção carnal ultrapassa um mero incômodo, aborrecimento, abalo ou desassossego. Na verdade, o apelante buscava satisfazer sua lascívia ao abusar sexualmente de uma pessoa com deficiência mental.

Ou seja, os abusos sexuais praticados pelo apelante ultrapassam a conduta de perturbação da tranquilidade, estando o crime de estupro de vulnerável plenamente configurado.

Neste norte:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIMES DE ESTUPRO TENTADO E DE DANO QUALIFICADO (CP, ART. 213, CAPUT, C/C O 14, II, E 163, PARÁGRAFO ÚNICO, III). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DO ACUSADO. 1. PROVA. ESTUPRO. AMEAÇA. DECLARAÇÕES DA VÍTIMA E DE TESTEMUNHAS. APREENSÃO DE FACA. LAUDO PERICIAL EM LOCAL DE ARROMBAMENTO. **2. ADEQUAÇÃO TÍPICA. DESCLASSIFICAÇÃO. PERTURBAÇÃO DA TRANQUILIDADE (LCP, ART. 65). INTENÇÃO DE SATISFAZER A PRÓPRIA LASCÍVIA.** 3. DANO. PROVA DO DOLO. 4. TENTATIVA. ESTUPRO. FRAÇÃO. ITER CRIMINIS. 1. As declarações da vítima, no sentido de o agente ameaçou-a com uma faca para que pudesse manter com ela relação sexual; aliadas ao teor do laudo pericial indicativo de que ele invadiu o imóvel mediante o arrombamento de uma janela; e aos depoimentos de policiais militares, que atenderam à ocorrência denunciada por um vizinho, confirmaram o abalo emocional da ofendida e realizaram a apreensão da arma branca utilizada pelo acusado no local do delito, são provas suficientes da ocorrência da ameaça empregada para constranger a vítima a submeter-se a ato sexual não consentido. **2. Pratica o delito de estupro na modalidade tentada, e não a contravenção penal de perturbação da tranquilidade, o agente que invade a residência da vítima e a ameaça, mediante o emprego de arma branca, para que ela mantenha com ele relações sexuais, apenas não consumando o ato em razão da ação policial.** (...) RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (Apelação Criminal n. 0035748-59.2015.8.24.0023, Relator: Des. Sérgio Rizelo, j. 21/08/2018).

Diante do exposto, não há falar em desclassificação do crime praticado pelo apelante, de modo que plenamente configurado o delito de estupro de vulnerável, nos termos descritos na sentença digladiada.

Pedido de desclassificação do crime do art. 217-A, § 1º, c/c art. 14, II, do Código Penal para o art. 213 do Código Penal.

A defesa também requereu a desclassificação do crime do art. 217-A, § 1º, c/c art. 14, II, do Código Penal para o art. 213 do Código Penal.

De fato, a defesa deseja a desclassificação do crime de estupro de vulnerável contra deficiente mental, que prevê pena de 08 (oito) a 15 (quinze) anos, para o delito de estupro do art. 213 do Código Penal, em sua modalidade simples, que estabelece pena de 06 (seis) a 10 (dez) anos de reclusão, por entender que não ficou comprovada a deficiência mental da vítima.

Razão não assiste ao apelante.

A deficiência mental da vítima restou demonstrada pela prova coligida aos autos. É o que mostra o Laudo pericial do Instituto Geral de Perícias, de fl. 30, o qual respondeu positivamente ao quesito número 06 (seis): “Se a vítima é alienada ou é débil mental? (...) 6. Sim”.

Ademais, as testemunhas oculares dos fatos A. T. e C. R. dos S. (a qual cuidava da vítima) atestaram que a vítima era deficiente mental e que necessitava de ajuda para tarefas do dia a dia (mídia de fl. 96).

O apelado, por sua vez, quando ouvido na fase policial, fez uso de seu direito de permanecer calado (fl. 10).

Sob o crivo do contraditório, asseverou que “não lembra de nada” e que sabia que a vítima era deficiente (fl. 96).

Ou seja, o apelante admitiu na fase judicial que sabia da deficiência da vítima.

Da análise da prova amealhada aos autos, depreende-se que a vítima possui deficiência, isto é, não possui o necessário discernimento para o ato sexual. Além disso, a deficiência da vítima era de conhecimento de todos e existe Laudo Pericial do IGP dando conta de que a vítima possui doença mental.

Sobre o necessário discernimento para a prática do ato sexual, preleciona Rogério Sanches Cunha:

No caso do deficiente mental, não se pune a relação sexual pelo simples fato de ter sido praticada com alguém nesta condição, como ocorre no caso do menor de quatorze anos. Aqui, caracteriza-se o crime se o agente mantiver conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com alguém que, em virtude de enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento. (CUNHA, Rogério Sanches. Manual de direito penal. Salvador: Juspoivm, 2018. p. 519).

No caso em tela, ficou patente nos autos que a vítima não possuía o necessário discernimento para consentir com uma relação sexual.

Frise-se, ainda, que mesmo em casos em que não houve laudo pericial, esta Câmara já decidiu que outras provas poderiam supri-lo.

Em caso semelhante, esta Câmara já decidiu:

APELAÇÃO CRIMINAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL PRATICADO POR TIO CONTRA PESSOA COM DEFICIÊNCIA INTELECTUAL (CP, ARTS. 217-A, § 1º, C/C 226, INC. II). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DO ACUSADO. 1. NULIDADE DO PROCESSO. PROVA DA DEBILIDADE MENTAL DA VÍTIMA. PERÍCIA. FATO NOTÓRIO E CONHECIDO PELO APELANTE. LAUDO ELABORADO PELA AUTORIDADE POLICIAL. 2. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. 2.1. MATERIALIDADE.

CONJUNÇÃO CARNAL. LAUDO PERICIAL INCONCLUSIVO. HÍMEN COMPLACENTE. SUPRIMENTO PELAS DEMAIS PROVAS DOS AUTOS. 2.2. AUTORIA. PALAVRAS DA VÍTIMA. DECLARAÇÕES DA MÃE E DAS PROFESSORAS DA ESCOLA ONDE A OFENDIDA ESTUDAVA. **1. A ausência de perícia a respeito da debilidade intelectual da vítima não conduz à invalidade do feito se cabalmente comprovada a anomalia por outras provas, incluindo o laudo pericial realizado pela autoridade policial e a declaração do acusado de que tinha conhecimento da deficiência da ofendida.**

2.1. A prejudicialidade do laudo pericial pela constatação de que a vítima possui hímen complacente permite a comprovação da conjunção carnal por outros meios de prova, especialmente a palavra da ofendida. 2.2. São elementos suficientes para caracterizar a autoria delitiva as palavras da vítima, corroboradas pelas de sua mãe e das professoras da escola onde estudava, de que o acusado a levou para o quarto, despiu-a e a si próprio, beijou seus seios, deitou-se sobre ela e introduziu o pênis na sua vagina. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (Apelação n. 0000465-05.2012.8.24.0047, Relator: Des. Sérgio Rizelo, j. 02/02/2016 – grifo nosso).

Assim, a prova dos autos mostra que o apelado, valendo-se da impossibilidade de defesa da ofendida, tentou constrangê-la à prática da conjunção carnal, apenas não consumando seu intento por circunstâncias alheias à sua vontade.

Ante o exposto, o voto é pela manutenção da sentença, para condenar o apelado nas sanções do art. 217-A, § 1º, c/c art. 14, II, do Código Penal.

Dosimetria

Analisando as circunstâncias do art. 59 do Código Penal, verifica-se que o magistrado não valorou qualquer circunstância negativa na primeira fase de aplicação da pena. Desse modo, fixa-se a reprimenda em seu mínimo legal, qual seja, 08 (oito) anos de reclusão.

Na segunda fase, ausentes atenuantes. Está presente, porém, a agravante da reincidência (certidões de fls. 105-106). Desse modo, o Magistrado aplicou o aumento de 1/6 (um sexto), resultando a pena em 09 (nove) anos e 04 (quatro) meses de reclusão.

Na fase derradeira, presente a causa de diminuição da tentativa. Como o apelante não se aproximou da consumação do crime, ou seja, o *iter criminis* não foi consideravelmente percorrido, o Juiz, corretamente, fixou a fração de diminuição em 2/3 (dois terços). Desta feita, a pena resultou definitivamente em 03 (três) anos, 01 (um) mês e 10 (dez) dias de reclusão.

O regime de cumprimento foi corretamente aplicado no semiaberto, em virtude da reincidência do réu.

A substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e a aplicação do *sursis* não é possível em virtude do disposto no art. 44, I, e art. 77, I, do Código Penal.

No mais, importa destacar que, na data de 11/11/2016, o Plenário Virtual do Supremo Tribunal Federal, nos autos do Recurso Extraordinário com Agravo – ARE n. 964246, de relatoria do Min. Teori Zavascki, por maioria de votos, reafirmou jurisprudência no sentido de que é possível a

execução provisória do acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, mesmo que estejam pendentes recursos aos tribunais superiores, reconhecendo a repercussão geral da matéria.

Logo, sendo possível o imediato cumprimento da pena e tendo a decisão acima efeito vinculante para todo o Poder Judiciário, nos casos em que a sentença condenatória é confirmada pelo juízo *ad quem*, o acusado deve dar início ao cumprimento da pena, de modo que o Juízo da condenação deverá tomar as providências necessárias para a imediata execução da reprimenda, exaurida a possibilidade de interposição de recursos nesta instância.

CONCLUSÃO

Ante o exposto, vota-se pelo conhecimento e desprovimento do recurso da defesa.

De ofício, exaurida a possibilidade de interposição de recursos nesta instância, e nos termos da decisão prolatada nos autos do Recurso Extraordinário com Agravo – ARE n. 964246/STF, vota-se pelo encaminhamento de cópia deste acórdão à comarca de origem, para que se expeçam os documentos necessários à execução da pena imposta ao condenado, se tal providência ainda não houver sido tomada.

É o voto.

Apelação Criminal n. 0000158-57.2015.8.24.0011, de Brusque

Relator: Des. Sérgio Rizelo

APELAÇÃO CRIMINAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO PELO MOTIVO TORPE, PELO ENVENENAMENTO E PELA DISSIMULAÇÃO, MAJORADO PELA IDADE DA VÍTIMA (CP, ART. 121, § 2º, I, III E IV, C/C § 7º, II). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA ACUSADA.

1. TEMPESTIVIDADE. INÉPCIA DA DENÚNCIA. SENTENÇA CONDENATÓRIA. PRECLUSÃO. 2. PRINCÍPIO DO PROMOTOR DE JUSTIÇA NATURAL. SUBSTITUIÇÃO. AFASTAMENTO DO TITULAR. 3. RECEBIMENTO DA RESPOSTA À ACUSAÇÃO. FUNDAMENTAÇÃO. AUSÊNCIA DE PRELIMINARES OU TESES DE ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA. 4. ARGUMENTO DE AUTORIDADE (CPP, ART. 478). 4.1. PRESENÇA DE POLICIAL MILITAR AO LADO DO RÉU. 4.2. REFERÊNCIA AO SILÊNCIO (CPP, ART. 478, II). REPRODUÇÃO DO INTERROGATÓRIO. MENÇÃO AO SILÊNCIO. 5. JULGAMENTO CONTRÁRIO À PROVA DOS AUTOS. HOMICÍDIO. LAUDO PERICIAL. ENVENENAMENTO POR CHUMBINHO. RÉU BENEFICIÁRIO DE SEGURO DE VIDA. 6. HOMICÍDIO QUALIFICADO. 6.1. MOTIVO TORPE (CP, ART. 121, § 2º, I). GANHO ECONÔMICO. 6.2. ENVENENAMENTO (CP, ART. 121, § 2º, III). LAUDO PERICIAL. 6.3. DISSIMULAÇÃO (CP, ART. 121, § 2º, IV). SIMULAÇÃO DE AFETO. COABITAÇÃO. AUXÍLIO EM PERÍODO PÓS-OPERATÓRIO. 7. FRAÇÃO DE AUMENTO. AGRAVANTES. AUSÊNCIA DE PARTICULARIDADES. 1/6 SOBRE A PENA-BASE. 8. ATENUANTE INOMINADA (CP, ART. 66). INEXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIA RELEVANTE.

1. Não se conhece da parcela do recurso que aduz a ocorrência de inépcia da inicial se tal alegação não foi deduzida em momento anterior à prolação da sentença condenatória, porque configurada a preclusão sobre o tema.

2. Não há nulidade, por violação ao princípio do promotor de justiça natural, no fato de o Representante do Ministério Público que firmou a peça inicial não ter sido o mesmo que ofereceu alegações finais e participou do julgamento em plenário, especialmente se a participação do primeiro Promotor de Justiça decorreu de substituição, regularmente editada em portaria, em decorrência do afastamento do titular.

3. Não é carente de fundamentação a decisão que recebe resposta à acusação sem rebater teses preliminares e de absolvição sumária, se nenhuma alegação dessa estirpe é formulada na defesa.

4.1. A presença de um policial militar ao lado do acusado na sessão do Tribunal do Júri não dá causa à nulidade.

4.2. A reprodução, no plenário do Tribunal do Júri, de parte do interrogatório do acusado, em que ele se nega a responder uma indagação, desacompanhada de qualquer referência pejorativa, por parte do Ministério Público, ao silêncio do réu, não é causa de nulidade.

5. Não é manifestamente contrária à prova dos autos a decisão do Conselho de Sentença do Tribunal do Júri que reconhece a ocorrência de um homicídio e atribui ao acusado sua autoria, se o laudo pericial indica que o óbito deveu-se a envenenamento por “chumbinho”; se as declarações de informantes e do próprio denunciado indicam que ele era a única pessoa que esteve com a vítima antes de ela apresentar os sintomas da intoxicação; se o réu figurava como beneficiário de um seguro de vida e de uma previdência privada feitos pelo ofendido; e se, logo após a morte da vítima, o acusado apossa-se dos bens móveis que guarneciam a residência em que coabitavam e passa a vendê-los.

6.1. Incide a qualificadora do motivo torpe se o homicídio é cometido porque o acusado tinha interesse

em receber proveito econômico com a morte da vítima, participando de seu inventário, recebendo pensionamento de previdência privada e indenização decorrente de seguro de vida em que figurava como beneficiário.

6.2. É suficientemente amparada nas provas dos autos a decisão do Conselho de Sentença do Tribunal do Júri que reconhece que o homicídio foi praticado mediante envenenamento, se existente laudo pericial atestando que este foi o meio utilizado para ocasionar o óbito.

6.3. Não contraria a prova dos autos o reconhecimento, pelo Tribunal do Júri, de que o homicídio foi cometido mediante dissimulação, se o acusado morava com a vítima, auxiliava-a em período pós-operatório (preparando comida e ajudando-a com afazeres domésticos) e pretendia nutrir sentimento carinhoso por ela, quando, em verdade, tinha a intenção de obter dinheiro com a morte do ofendido.

7. Em regra, deve ser aplicada a fração de 1/6 sobre a pena-base por cada agravante reconhecida contra o acusado; inexistente circunstância específica que justifique a escolha de patamar distinto, não se reduz tal fração.

8. É inaplicável a atenuante inominada se inexistente qualquer circunstância relevante atípica favorável a ele que justifique maior brandura na punição.

RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E DESPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 0000158-57.2015.8.24.0011, da Comarca de Brusque (Vara Criminal), em que é Apelante Sandra Maria Bernardes e Apelados o Ministério Público do Estado de Santa Catarina e outro:

A Segunda Câmara Criminal decidiu, por unanimidade, conhecer parcialmente do recurso; negar-lhe provimento; e determinar, após o exaurimento da possibilidade de interposição de recursos nesta Corte, o encaminhamento da íntegra do presente *decisum* ao Juízo da Condenação para que expeça os documentos necessários à execução provisória da pena imposta à Acusada, caso isso ainda não tenha sido implementado. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado no dia 5 de fevereiro de 2019, as Excelentíssimas Desembargadoras Salete Silva Sommariva (Presidente) e Hildemar Meneguzzi de Carvalho.

Florianópolis, 6 de fevereiro de 2019.

Sérgio Rizelo
RELATOR

RELATÓRIO

Na Comarca de Brusque, o Ministério Público do Estado de Santa Catarina ofereceu denúncia contra Sandra Maria Bernardes, imputando-lhe a prática do crime previsto no art. 121, § 2º, I, III e IV, e § 4º, segunda parte, do Código Penal, nos seguintes termos:

No dia 28 de junho de 2014, entre 20h e 22h, no interior do apartamento localizado na Rua Prefeito Adolfo Walendowsky, n. 177, ap 1.101, Bairro São Luiz, Brusque/SC, a denunciada Sandra Maria Bernardes, com evidente *animus necandi* e emprego de veneno, ministrou insidiosamente dose letal do pesticida denominado Adilcarbe, vulgarmente conhecido como “chumbinho”, à vítima Amílcar Arnaldo Wehmuth, causando intoxicação exógena por carbamato, o que desencadeou coma, insuficiência respiratória e hepatopatia associada, dando causa à morte da vítima, ocorrida em 29.6.2014, conforme Laudos Periciais n. 039/2014 (fls. 51-54), n. 9200.14.7952 (fls. 162-163), bem como Ofícios n. 2209/2014 (fls. 169-170) e n. 075/IML/2014 (fls. 173-175).

Por ocasião dos fatos acima descritos, a denunciada Sandra Maria Bernardes cometeu o homicídio por motivo torpe, uma vez que seu interesse era unicamente financeiro, já que acreditava que seria beneficiária em previdência privada, aposentadoria, seguros de vida e inventário da vítima.

Não bastasse, a denunciada Sandra Maria Bernardes agiu mediante dissimulação, pois ocultou sua verdadeira intenção, agindo com hipocrisia, fingindo amor e dispensando cuidados ao ofendido Amílcar Antonio Wehmuth, que se recuperava de uma cirurgia recente.

Dessa forma, a denunciada Sandra Maria Bernardes praticou o crime de homicídio acima narrado contra a vítima Amílcar Arnaldo Wehmuth (DN 25/7/1944), pessoa maior de 60 anos (fls. 331-332).

Foi admitida a habilitação da Assistente de Acusação (fl. 386).

Concluída a instrução preliminar, o Doutor Juiz de Direito pronunciou Sandra Maria Bernardes por infração ao disposto no art. 121, § 2º, I, III e IV, e § 4º, do Código Penal (fls. 813-830).

Contra tal decisão foi interposto recurso em sentido estrito, conhecido e desprovido por esta Segunda Câmara Criminal, em 22.2.17. Participaram do julgamento os Excelentíssimos Desembargadores Getúlio Corrêa e Volnei Celso Tomazini (fls. 997-1.018).

Foi interposto recurso especial contra o acórdão, não admitido pelo Excelentíssimo 2º Vice-Presidente, Des. Sérgio Izidoro Heil (fls. 1.028-1.033). O agravo deflagrado contra tal comando judicial não foi conhecido (AREsp 1.261.023, Relª. Minª. Laurita Vaz, j. 16.4.18).

Com a submissão da Denunciada a julgamento pelo Conselho de Sentença do Tribunal do Júri, o Doutor Juiz de Direito Edemar Leopoldo Schlösser, com fulcro nas respostas dos Senhores Jurados, condenou Sandra Maria Bernardes a 21 anos e 4 meses de reclusão, a serem resgatados inicialmente em regime fechado, pela prática do crime previsto no art. 121, § 2º, I, III e IV, c/c o § 4º, do Código Penal (fls. 1.627-1.632). Na mesma ocasião foi determinada a execução antecipada da pena imposta à Acusada, prisão inicialmente mantida por esta Corte (HC 4025493-38.2018.8.24.0000, deste relator, j. 2.10.18) e posteriormente revogada pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ, HC 473.185, Rel. Min. Felix Fischer, j. 23.10.18).

Insatisfeita, Sandra Maria Bernardes deflagrou recurso de apelação.

Aduz, preliminarmente, que a denúncia é inepta porque não foi discriminado o *rito* a ser seguido e também porque o “*Parquet* deixou de registrar com detalhes as circunstâncias do episódio” (fl. 1.709).

Acrescenta, ainda, que há violação do princípio do promotor natural, porque o Signatário da inicial não foi o mesmo Representante do *Parquet* que firmou as alegações finais e participou da sessão em plenário (fls. 1.709-1.710).

Menciona, também, que a decisão que recebeu a resposta à acusação não foi suficientemente fundamentada (fls. 1.710-1.713).

No que concerne ao julgamento em plenário, suscita a ocorrência de nulidade porque um Policial Militar permaneceu ao seu lado (fls. 1.713-1.716) e porque foi exibido aos Senhores Jurados vídeo com seu interrogatório, no qual ela permaneceu em silêncio (fls. 1.716-1.718).

Sustenta, também, que a decisão do Conselho de Sentença do Tribunal do Júri é contrária à prova dos autos, porque a Vítima teria falecido de causas naturais e a “sociedade brusquense” era parcial e pré-disposta a condená-la (fls. 1.719-1.721).

Na hipótese de manutenção da condenação, requer a utilização da fração inferior a 1/6 por cada circunstância que influiu desfavoravelmente na dosimetria, e a incidência da atenuante positivada no art. 66 do Código Penal (fls. 1.704-1.724).

O Ministério Público e o Assistente de Acusação ofereceram contrarrazões pelo conhecimento e desprovemento do reclamo (fls. 1.755-1.794 e 1.795-1.814, respectivamente).

A Procuradoria de Justiça Criminal, em parecer lavrado pelo Excelentíssimo Procurador de Justiça Pedro Sérgio Steil, posicionou-se pelo desprovemento do reclamo (fls. 1.838-1.849).

Este é o relatório.

VOTO

1. O recurso deve ser conhecido apenas em parte.

A alegação de inépcia da denúncia não foi veiculada na resposta à acusação (fls. 374-376), tampouco nas alegações finais (fls. 765-810), de modo que a evocação da tese, agora, é manifestamente tardia.

O Supremo Tribunal Federal tem entendimento sedimentado no sentido de que “a alegação de inépcia da denúncia está preclusa quando suscitada após a sentença penal condenatória” (RHC 105.730, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 22.4.14). A questão é remansosa na Corte Suprema (*vide* HC 104.447, Rel^a. Min^a. Rosa Weber, j. 12.9.17; RHC 133.426, Rel^a. Min^a. Cármen Lúcia, j. 29.3.16; RHC 119.194, Rel. Min. Roberto Barroso, j. 2.9.14; HC 111.363, Rel. Min. Luiz Fux, j. 13.8.13; RHC 116.619, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 11.6.13; e HC 112.206, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 16.10.12), e isso desde o julgamento do *Habeas Corpus* 50.548, de relatoria do Excelentíssimo Ministro Antônio Neder, julgado em 1972 (RTJ 64/344), que conta com a seguinte ementa:

C. Pr. Pen., art. 569. O réu deve arguir as deficiências da denúncia antes da sentença. Se não as

arguiu a tempo é porque, não obstante, conseguiu defender-se da acusação que lhe fez o M. P. Em tal caso, não tem como tratar do assunto depois da condenação.

A orientação também é pacífica no Superior Tribunal de Justiça (AgRg no REsp 1.359.839, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, j. 6.11.18; EDcl no AgRg no HC 396.289, Rel. Min. Nefi Cordeiro, j. 2.10.18; AgRg nos EDcl no AREsp 1.260.587, Rel^a. Min^a Maria Thereza de Assis Moura, j. 21.6.18; HC 291.368, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, j. 20.5.14; HC 278.610, Rel^a. Min^a. Marilza Maynard, j. 20.3.14; HC 79.752, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 20.3.14; e HC 244.348, Rel^a. Min^a. Laurita Vaz, j. 11.3.14), assim como encontra reflexo na jurisprudência desta Corte (Ap. Crim. 0002109-30.2017.8.24.0007, Rel. Des. Leopoldo Augusto Brüggemann, j. 4.12.18; Rev. Crim. 0017629-17.2018.8.24.0000, Rel. Des. Getúlio Corrêa, j. 28.11.18; Emb. de Dec. 4014677-31.2017.8.24.0000, Rel^a. Des^a. Hildemar Meneguzzi de Carvalho, j. 26.9.18; Ap. Crim. 2014.023682-8, Rel. Des. Roberto Lucas Pacheco, j. 11.9.14; Ap. Crim. Ap. Crim. 2013.086570-5, Rel. Des. José Everaldo Silva, j. 27.5.14; e Ap. Crim. 2013.076319-5, Rel. Des. Carlos Alberto Civinski, j. 18.3.14).

Apenas para registro, não há impropriedade nos termos da exordial. Sandra Maria Bernardes é acusada de ter envenenado o Ofendido, Amílcar Arnaldo Wehmuth, com “chumbinho” e, por conta disso, ter causado sua morte. Os motivos, as circunstâncias e os meios foram consignados na denúncia, assim como data e o local em que os fatos teriam ocorrido.

A alegação de que o “rito” não foi especificado é despropositada, já que o art. 41 do Código de Processo Penal não faz essa exigência. Ademais, em atenção ao disposto nas alíneas “b”, “c” e “d” dos pedidos da exordial (nas quais a Excelentíssima Promotora de Justiça requereu a citação da Apelante, a designação de audiência de instrução, a pronúncia de Sandra Maria Bernardes a submissão desta a julgamento perante o Tribunal do Júri, fls. 332-333), é possível ver que até o procedimento a ser seguido foi registrado na denúncia.

De todo modo, a alegação é intempestiva; não deve, por conta disso, ser o apelo admitido neste tocante.

Exceto isto, o reclamo preenche os pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade, razão pela qual deve ser conhecido.

2. A tese de violação do princípio do promotor de justiça natural não procede.

A garantia, que encontra eco no art. 5º, LIII, da Constituição Federal, veda “apenas a designação de um ‘acusador de exceção’, nomeado mediante manipulações casuísticas e em desacordo com os critérios legais pertinentes” (STJ, HC 57.506, Rel. Min. Og Fernandes, j. 15.12.09). Ela não se presta a definir que a mesma pessoa que firmou a inicial acusatória seja, invariavelmente, o único representante do *Parquet* a atuar nos autos.

Uma vez que o “Superior Tribunal de Justiça firmou orientação quanto à unicidade e indivisibilidade do Ministério Público, cujos membros o representam como um todo, sendo, portanto, substituíveis em suas atribuições” (STJ, HC 332.583, Rel. Min. Nefi Cordeiro, j. 9.8.16), e uma vez que a Signatária da exordial, a Excelentíssima Promotora de Justiça Maria Fernanda Steffen

da Luz Fontes, atuou como substituta na 4ª Promotoria de Justiça de Brusque no período de 1º a 22.2.15, de acordo com a Portaria 327/15 (publicada no Diário Oficial do Ministério Público em 29.1.15, na edição 1439), não há irregularidade no fato de a Excelentíssima Promotora de Justiça Susana Perin Carnaúba, titular da unidade do Ministério Público em questão, ter retomado seu ofício e atuado como representante do *Parquet* nos presentes autos.

3. A alegação de insuficiência de fundamentação da decisão que recebeu a resposta à acusação (fl. 1.711), por sua vez, é incompreensível.

A Recorrente Sandra Maria Bernardes alega que a modificação normativa introduzida pela Lei 11.719/08 permite o oferecimento de uma “defesa robusta, na qual o acusado poderá arguir preliminares e alegar tudo o que interesse a sua defesa”, mas que isso também exige uma “fundamentação condizente” do comando judicial que analisa a resposta.

Tem razão. Mas parece não ter considerado a redação da resposta à acusação que ela própria ofereceu:

2. Do mérito.

A Acusada nega a prática delituosa narrada na exordial, seja pelo fato de não ter ministrado qualquer substância letal a vítima, seja pela sustentação de nunca ter havido interesse financeiro com o referido óbito.

Assim, injusto seria eventual pronúncia diante da total incoerência do delito, ora idealizado por esta Promotoria de Justiça.

Sendo certo que o art. 406, § 3º, do CPP, suprime, nesta fase, a atuação da defesa, restando apenas a possibilidade de postular-se por provas pretendidas e arrolar testemunhos é que se deixa de adentrar ao mérito da *quaestio*, requerendo apenas o que se segue.

3. Dos requerimentos

Ante o exposto requer:

a) A oitiva das testemunhas abaixo arroladas, que deverão ser intimadas para o ato, a ser designado por este juízo (fl. 375).

Como visto, nenhuma preliminar foi deduzida e só foi formulado requerimento de intimação de testigos para testemunharem em Juízo. É natural que, em face disso, tenha o Magistrado de Primeiro Grau deliberado nos termos da decisão das fls. 379:

03. Da análise da defesa apresentada, verifica-se que as matérias arguidas dizem respeito ao mérito. Assim, não havendo preliminares a serem analisadas, tampouco elementos ensejadores da absolvição sumária da acusada, porquanto não se mostram presentes nenhuma das situações elencadas pelo artigo 397 do CPP, e o caderno processual guarda indícios suficientes da autoria e prova preliminar da materialidade, determino o prosseguimento do feito.

O comando judicial, como se vê, teve arrazoado mais extenso do que a própria defesa no que diz respeito à absolvição sumária. É descabida, portanto, a alegação de insuficiência de motivação.

4. Igualmente improcedentes são as assertivas de que o julgamento em plenário é nulo por conta do uso de argumento de autoridade.

4.1. Quanto à alegação de que a Apelante Sandra Maria Bernardes foi acompanhada de Policial Militar durante a sessão, destaca-se que não há, na ata das fls. 1.663-1.666, qualquer registro de insurgência quanto a isso, e esta é a ocasião oportuna para alegação de nulidades ocorridas no julgamento em plenário (CPP, art. 571, VIII).

De qualquer forma, ainda que o protesto tivesse sido tempestivamente registrado, não se justifica a determinação de renovação do procedimento.

A presença de Policial Militar ao lado do acusado por ocasião do julgamento não é hipótese de nulidade nos termos do contido no art. 478 do Código de Processo Penal, e o rol de vícios presente em tal artigo é taxativo (STJ, AgRg no AREsp 1.260.812, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 7.6.18; e AgRg no REsp 1.587.199, Rel. Min. Ribeiro Dantas, j. 19.4.18).

A alegação de que “os jurados podem ser influenciados ao verem alguém sentado no banco dos réus ao lado de um policial” (fl. 1.715) é pura especulação, e não se trata de uma possibilidade prevista de indevida interferência na formação da convicção do Conselho de Sentença do Tribunal do Júri. Em tese, o *dia da semana* em que ocorre o julgamento pode influenciar a íntima convicção de um jurado, mas isso é impassível de aferição posterior e impossível de controle prévio (pois não pode o Legislador, em abstrato, prever todas as minúcias que podem influenciar no julgamento pelo Tribunal Popular).

O que se garante (por ser o máximo *alcançável*) é que o julgamento seja justo, evitando-se que a Acusação faça menção expressa a circunstâncias que não são objeto de apuração para conseguir a condenação. Por isso as *referências* à determinação do uso de algemas e as decisões pretéritas é vedada: para que o *Parquet* não se valha de uma falácia (o argumento de autoridade) para convencer os jurados a votarem em desfavor do réu.

Como, porém, a presença de Policial Militar ao lado da Recorrente na sessão de julgamento não foi mencionada pelo Ministério Público na tentativa de convencer os Senhores Jurados da culpabilidade de Sandra Maria Bernardes, não se justifica a anulação do feito.

4.2. O mesmo ocorre no que diz respeito à exibição do vídeo com parte do interrogatório da Apelante Sandra Maria Bernardes, na qual ela se negava a responder questionamentos, lançando mão de seu direito ao silêncio.

Como dito no tópico anterior, é a utilização de fatores alheios àqueles que são objeto de análise (a ocorrência do fato, sua autoria e suas circunstâncias) para a formação da convicção do Conselho de Sentença do Tribunal do Júri em desfavor do réu que não é permitido. O acusado deve ser condenado se os Senhores Jurados se convencerem de que ele cometeu um delito contra a vida por

conta de elementos probatórios que assim indiquem, e não porque a Acusação resolveu *insinuar* que “quem cala, consente” ou coisa semelhante.

Eugênio Pacceli de Oliveira e Douglas Fischer também afirmam que, “se é vedado ao juiz considerar o silêncio em desfavor do réu, também não poderá ser *arguido* como fundamento para reforçar a procedência da acusação perante o plenário do Júri” (*Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 962), e Renato Brasileiro de Lima, da mesma forma, afirma que “o exercício desse direito [ao silêncio] pelo acusado, seja permanecendo em silêncio diante dos jurados, seja optando por não comparecer à sessão de julgamento para ser interrogado, não pode ser usado durante os debates como argumento para o convencimento dos jurados” (*Código de Processo Penal comentado*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 1.229).

Nesses termos, não há nulidade a ser reconhecida.

O tema foi alvo de registro em ata nos seguintes termos:

Durante a explanação do Ministério Público foi transmitido um vídeo do interrogatório da acusada em Juízo, realizado em 23/07/2015, onde a pronunciada permaneceu em silêncio. O Defensor Público insurgiu-se contra a passagem do referido vídeo alegando que o silêncio da acusada não poderia ser utilizado em seu desfavor. O Juiz Presidente deferiu a passagem do vídeo fundamentando que a mídia se encontrava nos autos. Ressalta-se que a acusação não fez nenhuma menção ao fato de a ré permanecer em silêncio durante o interrogatório (fl. 1.664).

O silêncio da Apelante, como se vê, não foi *explorado* pelo Ministério Público. Apenas foi transmitido aos Senhores Jurados vídeo no qual Sandra Maria Bernardes não respondia indagação a ela dirigida.

Mas isso não é causa de nulidade:

O texto da lei é claro ao proibir a menção ao silêncio do acusado “em seu prejuízo” (art. 478, II, do Código de Processo Penal). Não se vislumbra prejuízo na simples menção ao silêncio do réu, sem a exploração do tema em Plenário, conforme consignado na ata de julgamento (STJ, AgRg no REsp 1.641.440, Rel. Min. Nefi Cordeiro, j. 8.5.18).

Em caso semelhante:

Na hipótese, embora o Promotor tenha feito referência à ausência do acusado, foi claro ao mencionar que “não estava utilizando o fato de ele não ter comparecido para pedir a sua condenação”. Ademais, consta dos autos que a MM. Juíza advertiu o promotor durante sua fala, acerca do constante no art. 478, inc. II, do CPB, cassando-lhe a palavra (STJ, AgRg no REsp 1.294.872, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 15.12.15).

Ainda:

O texto da lei é claro ao proibir a menção ao silêncio do acusado “em seu prejuízo” (art. 478, II, do Código de Processo Penal). Não se vislumbra prejuízo na simples menção ao silêncio do réu, sem a exploração do tema em Plenário, conforme consignado na ata de julgamento (STJ, REsp 1.321.276, Rel. Min. Moura Ribeiro, j. 5.8.14).

Não há, portanto, ilegalidade neste tocante.

5. A anulação do julgamento pelo Tribunal do Júri, como se sabe, só ocorre, na hipótese do art. 593, III, “d”, do Código de Processo Penal, se a contrariedade às evidências dos autos for manifesta, ou seja, se a conclusão tomada por seu Conselho de Sentença não encontrar nenhum amparo no conjunto probatório.

Em outras palavras:

O tribunal de justiça, em sede de apelação, somente pode anular o júri se ficar demonstrado que houve julgamento manifestamente contrário à prova dos autos, ou seja, que a conclusão dos jurados é claramente divorciada do que lhe foi apresentado no processo (STJ, HC 445.612, Rel^a. Min^a. Maria Thereza de Assis Moura, j. 12.6.18).

A conclusão dos Senhores Jurados, no sentido de que a Recorrente Sandra Maria Bernardes foi a autora do homicídio praticado contra Amílcar Arnaldo Wehmuth, no dia 28.6.14, não é completamente dissociada do conjunto probatório.

Insurge-se a Apelante quanto à resposta positiva ao primeiro quesito, assim redigido:

Na noite de 28 de junho de 2014, entre as 20:00 e 22:00 horas, no interior do apartamento localizado na Rua Prefeito Adolfo Walendowsky, ap. 1101, Bairro São Luiz, nesta cidade de Brusque/SC, Amílcar Arnaldo Wehmuth teve intoxicação exógena por carbamato que desencadeou coma, insuficiência respiratória e hepatopatia associada, que foram as causas eficientes de sua morte, conforme laudos periciais de fls. 50-163? (fl. 1.617).

Efetivamente, a tese acusatória, no sentido de que a morte da Vítima não foi decorrência de causas naturais, encontra lastro no conjunto probatório.

O laudo cadavérico aponta como *causa mortis* de Amílcar Arnaldo Wehmuth “coma, insuficiência respiratória e hepatopatia associada” (fl. 54), e havia a suspeita, logo que o Ofendido foi internado, de “intoxicação exógena com dosagem de colinesterase baixa” (fl. 51). Realizada

perícia no conteúdo gástrico coletado do corpo da Vítima, foi encontrada “a presença do pesticida da classe dos carbamatos Aldicarbe” (fls. 162-163).

Os Peritos Bioquímicos responsáveis por esse laudo ainda esclareceram, e não de forma “contraditória” como alega a Recorrente na fl. 1.719), que o Aldicarbe, como localizado no conteúdo gástrico de Amílcar Arnaldo Wehmuth, “não é compatível com a ingestão de alimentos contaminados por agrotóxicos, já que ainda que os alimentos tenham sido expostos ao Aldicarbe durante seu cultivo, as possíveis quantidades remanescentes do veneno estariam no nível de traços, não sendo suficientes para causar a morte” (fl. 169). Dito de outro modo, a constatação de aldicarbe no sistema digestivo de Amílcar é evidência de que ele ingeriu a substância propriamente dita, e não que consumiu produtos que foram expostos, durante seu cultivo, ao pesticida.

Zulmar Vieira Coutinho, “médico e professor” que emitiu o parecer das fls. 593-602 sugerindo a retificação da certidão de óbito (para que fosse registrado “intoxicação exógena por carbamato e consequente síndrome colinérgica” como *causa mortis*), também disse, no plenário do Tribunal do Júri, que o falecimento foi decorrente de envenenamento (mídia na fl. 1.647).

O parecer de Zulmar Vieira Coutinho, inclusive, foi determinante para que a Ação de Retificação de Registro 0302641-84.2015.8.24.0011 fosse acolhida para a modificação da certidão de óbito de Amílcar Arnaldo Wehmuth:

Ante o exposto, julgo procedente o pedido, para o fim de determinar ao Sr. Oficial do Cartório de Registro Civil de Brusque/SC que proceda à retificação do assento de óbito do de cujus Amílcar Arnaldo Wehmuth, a fim de:

- a) alterar o endereço do de cujus, devendo constar que residia na Rua Prefeito Adolfo Walendowsky, n. 177, Ed. Residencial Ville de Brusque, Bloco 2, ap. 1.101, Bairro São Luiz, CEP: 88351-260, Brusque/SC;
- b) retificar a causa da morte do de cujus, passando a constar “síndrome colinérgica decorrente de intoxicação por pesticida da classe dos carbamatos Aldicarbe” (fl. 172 dos autos 0302641-84).

De resto, as filhas, o irmão e a própria Apelante Sandra Maria Bernardes mencionaram que a Vítima Amílcar Arnaldo Wehmuth era pessoa ativa, que fazia planos de viagens, de voltar a trabalhar, e que não demonstrava em absoluto que desejava a própria morte.

Há prova bastante, portanto, de que o óbito de Amílcar Arnaldo Wehmuth foi consequência de uma ação externa, e não uma decorrência de causas naturais. A resposta dos Senhores Jurados quanto à materialidade, portanto, não contraria o conjunto probatório.

Para a desconsideração da decisão do Tribunal do Júri, com a submissão da Recorrente a novo julgamento (CPP, art. 593, § 3º), não basta que a opção dos Julgadores de Fato não se coadune com a melhor prova produzida no entender do Tribunal de Justiça, mas, ao contrário, ela deve estar completamente divorciada da realidade fática coletada na instrução processual e plenária. E não é essa a hipótese dos autos, visto que há suporte, conforme delineado, para a conclusão obrada pelo Conselho de Sentença daquele Colegiado.

Júlio Fabbrini Mirabete, comentando a hipótese recursal, explica:

Não é qualquer dissonância entre o veredicto e os elementos de convicção colhidos na instrução que autorizam a cassação do julgamento. Unicamente, a decisão dos jurados que nenhum apoio encontra na prova dos autos é que pode ser invalidada. É lícito ao Júri, portanto, optar por uma das versões verossímeis dos autos, ainda que não seja eventualmente essa a melhor decisão (*Código de processo penal interpretado*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 1.487-1.488).

Heráclito Antônio Mossin disserta:

No texto legal esquadrinhado é utilizada a expressão manifestamente contrária. Logo, a contradição entre a decisão dos jurados e a prova dos autos é patente, evidente, notória, ou seja, comprovada de plano. Está ela completamente divorciada do conjunto probatório constante dos autos. Não há conciliação entre a verdade real que surgiu da instrução probatória com convicção dos juízes de fato (Júri, crimes e processo. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 450).

Guilherme de Souza Nucci adverte:

Decisão manifestamente contrária à prova dos autos: esta é a hipótese mais controversa e complexa de todas, pois, em muitos casos, constitui nítida afronta ao princípio constitucional da soberania dos veredictos. É certo, como afirmado na nota anterior, que o duplo grau de jurisdição merece conviver harmoniosamente com a soberania dos veredictos, mas nem sempre, na situação concreta, os tribunais togados respeitam o que os jurados decidiram e terminam determinando novo julgamento, quando o correto seria manter a decisão. O ideal é anular o julgamento, em juízo rescisório, determinando a realização de outro, quando efetivamente o Conselho de Sentença equivocou-se, adotando tese integralmente incompatível com as provas dos autos. Não cabe a anulação, quando os jurados optam por uma das correntes de interpretação da prova possíveis de surgir. Exemplo disso seria a anulação do julgamento porque o Conselho de Sentença considerou fútil o ciúme, motivo do crime. Ora, se existe prova de que o delito foi, realmente, praticado por tal motivo, escolheram os jurados essa qualificadora, por entenderem adequada ao caso concreto. Não é decisão manifestamente contrária à prova, mas situa-se no campo da interpretação da prova, o que é bem diferente. Consideramos que a cautela, na anulação das decisões do júri, deve ser redobrada, para não transformar o tribunal togado na real instância de julgamento dos crimes dolosos contra a vida (*Código de processo penal comentado*. 11. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 1032).

O Superior Tribunal de Justiça já deliberou:

Existindo elementos de prova que permitam aos jurados a adoção de qualquer das teses sustentadas pelas

partes, descabe a anulação do julgado por decisão manifestamente contrária à prova dos autos (AgRg no AREsp 1.306.327, Rel. Min. Nefi Cordeiro, j. 27.11.18).

No mesmo sentido:

4. A expressão em si (sentença contrária à evidência dos autos) exterioriza um julgamento totalmente divorciado dos elementos de convicção (prova), não albergando a hipótese em que o Tribunal conclui pela fragilidade do conjunto probatório, juízo esse de extrema subjetividade, que, caso admitido em uma ação revisional, acabaria por esvaziar por completo a primazia dos veredictos do Tribunal do Júri, com sede constitucional. 5. Recurso especial provido para cassar o acórdão impugnado, restabelecendo a condenação imposta ao recorrido, determinando, ainda, o retorno dos autos ao Tribunal de origem, a fim de que analise a preliminar suscitada na revisão, que ficou prejudicada com o acolhimento da questão de mérito, ora afastada (REsp 1.686.720, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 23.8.18).

Também:

3. Para que a decisão do Conselho de Sentença seja considerada manifestamente contrária à prova dos autos, é necessário que a versão acolhida não encontre amparo em nenhum dos elementos fático-probatórios amalhados aos autos, o que não é a hipótese dos autos, visto que existem fundamentos concretos que dão arrimo à decisão dos jurados. 4. Habeas corpus não conhecido (HC 215.414, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, j. 20.2.14).

E:

1. Havendo suporte probatório apto a amparar o veredicto dos jurados, inviável a cassação do aresto objurgado e a submissão dos pacientes a novo julgamento pelo Tribunal do júri, como pretendido pela defesa, já que nas apelações interpostas com espeque na alínea “d” do inciso III do artigo 593 do Código de Processo Penal a decisão colegiada deve tão somente concluir se houve ou não contrariedade aos elementos de convicção produzidos no feito, indicando em que se funda e dando os motivos de seu convencimento. 2. Esta Corte Superior de Justiça tem entendimento pacificado no sentido de que o julgador não é obrigado a refutar expressamente todas as teses aventadas pelas partes, desde que pela motivação apresentada seja possível aferir as razões pelas quais acolheu ou rejeitou as pretensões deduzidas, exatamente como ocorreu na espécie. 3. É inviável, por parte desde Sodalício, avaliar se não haveria elementos de convicção suficientes para amparar a conclusão de que os acusados teriam participado do crime de homicídio em apreço, pois seria necessário aprofundado revolvimento de matéria fático-probatória, providência que é vedada na via eleita. Precedentes (HC 331.667, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 10.12.15).

Este Tribunal de Justiça orienta:

Não cabe a este Tribunal verificar qual das explicações para os fatos era a mais convincente - se a da acusação ou a da defesa - pois essa escolha compete exclusivamente ao Júri. Só se cogita da anulação do julgamento se faltar ao veredicto qualquer coerência com a prova dos autos [...] (Ap. Crim. 2004.034117-3, Rel. Des. José Carlos Carstens Köhler, j. 31.5.05).

Ainda:

Havendo suporte probatório, não cabe a esta Corte verificar qual das versões para os fatos seria a mais convincente, haja vista essa escolha competir exclusivamente ao Júri (Ap. Crim. 0010236-31.2014.8.24.0081, Rel. Des. Moacyr de Moraes Lima Filho, j. 14.6.16).

Havendo versões conflitantes sobre o desenrolar dos fatos, podem os Senhores Jurados escolher qualquer delas, sem que a opção marque o julgamento como contrário à prova dos autos. Tal possibilidade decorre do princípio da soberania dos veredictos do Tribunal do Júri, previsto no art. 5º, XXXVIII, “c”, da Constituição da República.

A Recorrente Sandra Maria Bernardes passa a maior parte das razões recursais tratando da parcialidade da “sociedade brusquense”, em vez de apontar por que a prova dos autos não daria suporte à sua condenação.

Mas a questão da parcialidade, que justificaria o desaforamento, já foi analisada por esta Corte:

DESAFORAMENTO DE JULGAMENTO. DÚVIDA SOBRE A IMPARCIALIDADE DO JÚRI (CPP, ART. 427). VÍTIMA QUE OCUPOU CARGO PÚBLICO. COMENTÁRIOS HOSTIS EM REPORTAGENS SOBRE O FATO. O fato de a vítima ter ocupado cargo eletivo há mais de uma década em município com cerca de 130.000 habitantes, e o de doze pessoas terem feito comentários hostis ao acusado em matérias veiculadas na internet que tratavam sobre a morte da vítima, não são evidências de que a imparcialidade do júri encontra-se comprometida e não justificam o desaforamento do julgamento para outra comarca. Desaforamento indeferido (Desaforamento de Julgamento 4020351-53.2018.8.24.0000, deste relator, j. 4.9.18).

Por conveniência, transcreve-se aqui os argumentos lá lançados quanto às alegações de parcialidade do júri (embora não se trate de hipótese de cabimento da apelação, como se vê no art. 593 do Código de Processo Penal):

As informações prestadas pelo Doutor Juiz Presidente do Tribunal do Júri são fundamentos suficientes para justificar a manutenção da realização do julgamento na Comarca de Brusque, sem deslocamento para outra unidade jurisdicional:

a) Sustenta a defesa a necessidade de desaforamento por interesse da ordem pública e dúvida quanto a

imparcialidade do júri, arvorado precipuamente na repercussão do crime nos meios de comunicação, por ter sido a vítima pessoa detentora de alto poder econômico e de grande influência no meio social Brusquense. Para tanto, destaca o fato de ter sido sócio-proprietário da empresa Quimisa S/A, Secretario de Desenvolvimento Econômico entre 1991 e 1994, presidente do Brusque Futebol Clube e da Sociedade Esportiva Bandeirante.

b) O pedido trata-se de verdadeira chicana processual que tem por objetivo procrastinar a entrega da prestação jurisdicional, com a suspensão da sessão do Júri Popular já designado por esta Vara Criminal de Brusque.

c) Em reforço a tal conclusão, anoto que a acusada já teve sua defesa patrocinada nos autos por três escritórios de advocacia diferentes (Dr. Jorge Alberto Castro fl. 45; Dr. Luiz Eduardo Cleto Righetto fl. 350; Dr. Cláudio Dalledone Júnior fl. 1048), e agora pela Defensoria Pública.

d) Durante toda a instrução criminal que se iniciou com o recebimento da denúncia ocorrida em 9-2-2015, logo, há mais de três anos e meio, não se colheu qualquer indicativo, por mínimo que fosse, da existência de clamor ou interesse público que pudesse comprometer a lisura do processamento da ação penal ou de comprometimento da imparcialidade do júri popular, tanto que inclusive foi negada a decretação da custódia preventiva da acusada por este magistrado face a ausência dos requisitos legais para tanto, representada pelo Ministério Público.

e) A notoriedade e destaques que o crime mereceu nos meios de comunicação não divergem de tantos outros que ocorrem diuturnamente nesta comarca e em tantas outras Brasil a fora, como no caso da morte de Tim Lopes, repórter da Rede Globo de Comunicações, barbaramente assassinado no Rio de Janeiro, ou do próprio crime de feminicídio recentemente ocorrido na cidade de Guarapuava, no Estado do Paraná, envolvendo a advogada Tatiana Spitzner, ambos os crimes com repercussões internacionais, e nem por isso justificaram ou justificaria o desaforamento do julgamento pelo Tribunal do Júri. Aliás, nesta ótica, pela repercussão e divulgação dos crimes, nenhuma comarca estaria apta a acolher o desaforamento. Ademais, é assente na jurisprudência que, “a circunstância de ter tido o fato ampla divulgação na imprensa, por si só, não justifica o desaforamento” (RT 774/581).

f) Opiniões ou manifestações isoladas nos meios de comunicação ou redes sociais, ainda que contaminadas de prejulgamento do crime, não tem o condão, por si só, de contaminar a decisão dos jurados que irão compor o Conselho de Sentença, como propaga levianamente a defesa.

g) No que diz pertinência quanto ao fato da vítima ser empresário bem sucedido, com participação na vida política e sua condição social, também não justificam o desaforamento do julgamento popular, uma vez que não era o único representante legal ou diretor da empresa Quimisa S/A, e como se extrai da própria informação trazida pela defesa, os cargos públicos por si ocupados já remontam duas décadas, e não tem mais a mesma repercussão no meio da sociedade Brusquense, que de lá para cá, dobrou sua população (há 20 anos era em torno de 65.000 e hoje conta com aproximadamente 130.000 habitantes), sem olvidar que outros dois municípios compõem a comarca (Guabiruba e Botuverá). Neste sentido, temos que “a notoriedade da vítima e a respectiva família na comarca constitui motivo insuficiente para que haja desaforamento, somente admissível em casos excepcionalíssimos” (TJSP, Desaforamento 409.061-3/0, Mogi das Cruzes, 6ª C., rel. Haroldo Luz, 29.05.2003, v.u., JUBI 84/03).

h) Ainda no que tange a dúvida sobre a imparcialidade do júri, imperativo consignar que “o pedido de desaforamento somente pode ser deferido quando há fundada suspeita de parcialidade dos jurados. Meras suposições de que a repercussão do delito possa influenciar na decisão do Conselho de Sentença não são suficientes para deslocar o julgamento popular” (STJ, HC 225.565-MG, 5ª T., rel. Laurita Vaz, 06.03.2012, v.u.).

i) Ademais, houvesse interesse da ordem pública ou dúvida sobre a parcialidade do júri no processo em comento, por óbvio, este magistrado, que presidiu toda a instrução do processo, prolatou a sentença de pronúncia, o despacho de sustentação e designou sessão para o julgamento popular da requerente/pronunciada, e que está próximo aos fatos, já teria representado pelo desaforamento do julgamento para outra comarca da região, conforme disciplina o art. 427, parte final, do Código de Processo Penal. Consabido, por assente na jurisprudência, a opinião do juiz “é de grande relevância no desaforamento” (RT 498/345, 512/37, 759/653 e 778/656; RTJ 151/531).

j) Se assim não procedi, é porque, ao meu sentir, inexistem motivos para justificar a medida extrema de desaforamento do julgamento, deixando, contudo, a análise e decisão dessa e. Corte de Justiça Catarinense (fls. 1.150-1.152).

Soma-se a isso o fato de que nenhum dos argumentos expostos na inicial desaconselham a realização do julgamento em Plenário na Comarca de Origem.

A vida política da Vítima Arnoldo Wehmuth, segundo a própria exordial (fl. 2), remonta à primeira metade da década de 2000. Depois disso ele foi “presidente do Brusque Futebol Clube e da Sociedade Esportiva Bandeirante”, mas isso não faz com que toda a sociedade brusquense tivesse o Ofendido em alta estima. Quando muito, isso poderia ter influência nas pessoas ligadas ao time de futebol e aos atletas e associados que participavam das agremiações, mas em uma Comarca que, em seu Município sede, conta com cerca de 128.000 habitantes (Disponível em <<https://cidades.ibge.gov.br/brasil/sc/brusque/panorama>>. Acesso em 21.8.18), não se cogita que isso gere tamanho impacto a ponto de comprometer a imparcialidade do julgamento a ser realizado em tal unidade jurisdicional.

A menção à morte da Vítima feita em sessão ordinária da Assembleia Legislativa de Santa Catarina (comprovada pela documentação das fls. 7-9) é evidência apenas de que o Deputado Estadual Serafim Venzon, indivíduo que fez carreira política em Brusque, reconheceu a ocorrência do fato e aproveitou do momento em que lhe foi concedida a palavra para prestar curta homenagem à memória do Ofendido. Serafim e Arnoldo Wehmuth, a propósito, eram filiados ao mesmo partido (PSDB).

Os comentários extraídos de matérias publicadas em hebdomadários virtuais da região (diarinho.com.br, fls. 10-13; e omunicipio.com.br, fls. 14-18), que foram trazidos com a inicial, não reforçam a tese da Requerente. Aliás, ao contrário: a reportagem do Diarinho foi publicada em 17.6.17 e, no dia 9.8.18, ela continha apenas dois comentários, e um deles era de um curioso (“O diarinho está acompanhando este caso? Para quando foi marcado o julgamento?”). Em uma das matérias veiculadas pelo O Município havia apenas um registro hostil à Requerente (fl. 18).

Dois registros que demonstram animosidade em direção à Requerente, com a devida vênia, não são evidência do prejulgamento da causa na Comarca de Brusque.

Além disso, as reportagens do Jornal em Foco (fls. 23-24), da Diplomata FM (fls. 21-22) e da Rádio Cidade (fls. 25-27), são apenas matérias jornalísticas contemporâneas à ocorrência dos fatos (as duas últimas remontam a 22.1.15 e a primeira é da data do óbito do Vítima, 29.6.14). Trata-se de material antigo, cuja existência, por conta da relevância midiática que a morte de um ex-alcaide representa, é natural, mas que certamente não representam o “estardalhaço midiático” mencionado na inicial (fl. 3).

Com relação à documentação juntada aos autos em 24.8.18 (fls. 1.164-1.174), outra reportagem publicada pelo O Município que trata do fato apurado na ação penal, reconhece-se que esta notícia é mais recente (é datada de 22.8.18) e que o número de comentários hostis é maior (são dez).

Mas a conclusão anterior remanesce: doze registros que demonstram animosidade em direção à Requerente, com a devida vênia, não são evidência do prejulgamento da causa na Comarca de Brusque.

Note-se, inclusive, que a matéria foi intitulada “Acusada de assassinato de Chico Wehmuth pede para não ser julgada em Brusque” (fl. 1.166); o “fato jornalístico” noticiado foi o pedido de desaforamento.

De resto, o fato de um periódico constar como “terceiro interessado” na ação penal (o “Jornal Município Dia a Dia”, como se vê na fl. 1.173) é, efetivamente, incomum. E curioso, especialmente porque o tema não é nem sequer tangenciado pelo Doutor Juiz Presidente nas informações. Mas é evidência, quando muito, de que alguém do ramo jornalístico desenvolveu interesse pelo fato apurado na ação penal (o que não é exatamente uma surpresa). Não se imagina por qual razão ele foi inserido no cadastro do feito, tampouco se compreende que benefício deve ter daí advindo, pois o processo não tramita em segredo de justiça e não parece ser necessária a utilização de senha para acesso ao conteúdo dos autos. Mas o que isso não representa é o risco de um julgamento parcial.

Não há, portanto, elementos que indiquem que a realização do julgamento pelo Tribunal do Júri na Comarca de Brusque seja desaconselhável pelo risco de comprometimento da imparcialidade dos Jurados.

Consigna-se, em tempo, que foram contabilizados *dois votos* a favor da tese absolutória no que concerne à materialidade, e ao menos um voto favorável à Defesa no quesito genérico (fl. 1.617). O resultado do julgamento foi desfavorável à Apelante, indubitavelmente; mas o posicionamento dos Senhores Jurados não revelou “imparcialidade da sociedade brusquense”.

De outro ponto, e também apenas para registro, já que, por alguma razão, não há a menor impugnação quanto a isto nas razões recursais, destaca-se que a decisão do Conselho de Sentença do Tribunal do Júri também não é frontalmente antagonizada pelo conjunto probatório no que diz respeito à autoria do delito.

Dinara Diemut Wehmuth Crespi, filha da Vítima Amílcar Arnaldo Wehmuth, declarou que a relação desta com a Recorrente era “conturbada”, e que seu pai, apesar de haver apontado Sandra Maria Bernardes como beneficiária de um seguro de vida, pretendia “lavrar uma ata notarial para impedir que Sandra tivesse direito a qualquer outro bem de seu patrimônio”. A Informante também declarou que, no dia dos fatos, foi ao apartamento do pai quando acionada pela Apelante por conta da “indisposição” que a Vítima sentia (e não em momento anterior a isso), viu seu genitor “debilitado, com vômito e diarreia; ele suava muito, tinha os lábios roxos e a barriga muito inchada”, mas “Sandra não aparentava preocupação alguma” (fls. 11-12 e mídias nas fls. 449 e 1.647).

Doriana Wehmuth, também prole do Ofendido, confirmou a “relação conturbada” do casal; disse ter visto o estado preocupante de Amílcar quando, chamada por Dinara, foi ao apartamento dele, na data dos fatos (fls. 15-16 e mídia na fl. 449).

Marinês Colombo, que trabalhava como diarista para a Vítima, afirmou que “por várias vezes presenciou pequenas discussões entre Amílcar e Sandra” (fls. 20-21 e mídias nas fls. 449 e 1.647).

Dinara, Doriana e Marinês comentaram também que a Recorrente Sandra Maria Bernardes, alguns dias depois da morte de Amílcar Arnaldo Wehmuth, teria levado “móveis, eletrodomésticos, tapetes persas, relógios Rolex, obras de arte (quadros de Juarez Machado)”, do apartamento em que a Vítima residia (fls. 12, 16 e 20, e depoimentos em Juízo na fl. 449). A documentação das fls.

618-634 (ata notarial que trata de bens expostos a leilão em 23.3.15 no *site* www.pontodearteleiloes.com.br, quadros de Juarez Machado entre eles), 642-643 (informações do leiloeiro, André Caruso Guarisse, dizendo que foi contratado por Sandra para alienar as peças em hasta pública) e 644-646 (lista de bens entregues ao leiloeiro e submetidos a leilão, quadros de Juarez Machado entre eles; a comitente, que entregou os objetos ao leiloeiro, é a Apelante) também é evidência neste sentido.

Rogério Gilberto Wehmuth, irmão de Amílcar, declarou que, depois do óbito, foi procurado pela Recorrente, que pediu sua ajuda para providenciar a cremação do falecido, e por um advogado que disse representá-la, tendo este solicitado sua intervenção junto aos demais familiares da Vítima, “a fim de que Sandra recebesse valores e imóveis que, em tese, pertenciam a ela”, e “sugeriu que Sandra fosse nomeada como dependente de Amílcar, para que recebesse a aposentadoria dele” (fls. 22-23, mídia na fl. 470).

Vinícius José Badó, amigo íntimo da Vítima, também disse ter sido procurado pela Apelante para que convencesse os demais a promover a cremação do cadáver (fls. 24-25).

O Delegado de Polícia Civil Alex Bonfim Reis, ouvido em Juízo, declarou que, assistindo às câmeras de vigilância do condomínio onde Amílcar Arnoldo Wehmuth residia, não viu ninguém visitando o local antes do momento em que o Ofendido sentiu-se mal (mídias nas fls. 449 e 1.647).

A Recorrente Sandra Maria Bernardes declarou que era a única pessoa presente no apartamento (exceto, por óbvio, a própria Vítima) nos momentos que antecederam o “mal estar” de Amílcar; confirmou que passaram a residir juntos poucos dias antes da morte do Ofendido e que assim procedeu para auxiliá-lo com as tarefas da casa (como preparar comida, p. ex.); e afirmou que “deseja esclarecer que com o falecimento de Amílcar passou a receber cerca de R\$ 1.200,00 de pensão do INSS; que também figura como participante em duas previdências particulares, sendo uma do Banco Itaú e a outra do Banco Bradesco, ambas feitas por Amílcar meses antes” (fl. 40 e mídias nas fls. 449 e 1.647).

O fato de a Apelante Sandra Maria Bernardes ser beneficiária de seguro de vida feito por Amílcar Arnoldo Wehmuth também é comprovado pela cópia do certificado do seguro do Itaú Seguros, que estava em vigência há *dois dias* quando sobreveio a morte do Ofendido (fl. 237).

A questão da previdência particular, por sua vez, encontra amparo documental no ofício encaminhado pelo Bradesco Vida e Previdência, que indica a Recorrente como beneficiária de 15% da indenização (fl. 247).

A notificação das fls. 249-250 indica, inclusive, que a Apelante incitou o Bradesco a proceder à liberação dos valores, isso em 21.10.14.

Ou seja: há elementos nos autos no sentido de que Sandra Maria Bernardes tinha *motivo* para cometer o homicídio, já que seria financeiramente beneficiada pelo seguro, pelo pensionamento e pelos móveis que guarneciam a residência do casal; e ela, sem muita demora, tentou tomar posse dessa vantagem econômica, colocando objetos em leilão, oficiando o Bradesco exigindo a liberação da previdência privada e pretendendo sua habilitação no inventário da Vítima (fl. 272). Também

há indícios de que ela teve a *oportunidade* de fazê-lo, pois era a única pessoa em companhia do Ofendido nos momentos que antecederam as complicações que culminaram na morte de Amílcar Arnoldo Wehmuth, e também era ela quem preparava e fornecia à Vítima suas refeições.

O reconhecimento, pelos Senhores Jurados, de Sandra Maria Bernardes como a autora do delito de que cuidam os autos, portanto, não contraria o conjunto probatório.

Sob estes argumentos, não se justifica a submissão da Apelante a novo julgamento pelo Tribunal do Júri.

6. Registra-se, ainda (e apesar da curiosa ausência de impugnação a esse respeito nas razões recursais), que a decisão do Conselho de Sentença do Tribunal do Júri também encontra amparo na prova dos autos no que diz respeito às circunstâncias qualificadoras do homicídio.

6.1. Como dito, há elementos (já identificados no tópico anterior) que sustentam a tese acusatória, no sentido de que o motriz do homicídio foi a *ganância* da Recorrente Sandra Maria Bernardes, que fez com que ela causasse a morte de Amílcar Arnoldo Wehmuth por conta da vantagem financeira que poderia auferir.

Isso, como já decidiu esta Corte, é suficiente à caracterização da qualificadora do art. 121, § 2º, I, do Código Penal:

1.2. INSURGÊNCIA DA APELANTE A. DA S. D. QUALIFICADORAS. AFASTAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. MOTIVO TORPE. APÓLICE DE SEGURO DE VIDA CARREADA AOS AUTOS. APELANTE COMO ÚNICA BENEFICIÁRIA. HOMICÍDIO QUALIFICADO PELO MOTIVO TORPE. PLAUSIBILIDADE (Ap. Crim. 0004147-54.2013.8.24.0007, Rel. Des. Jorge Schaefer Martins, j. 4.8.16).

6.2. A qualificadora referente ao uso de veneno também encontra amparo nos autos, como já exposto. Por conveniência, repete-se o arrazoado do item “6”:

O laudo cadavérico aponta como *causa mortis* de Amílcar Arnoldo Wehmuth “coma, insuficiência respiratória e hepatopatia associada” (fl. 54), e havia a suspeita, logo que o Ofendido foi internado, de “intoxicação exógena com dosagem de colinesterase baixa” (fl. 51). Realizada perícia no conteúdo gástrico coletado do corpo da Vítima, foi encontrada “a presença do pesticida da classe dos carbamatos Aldicarbe” (fls. 162-163).

Os Peritos Bioquímicos responsáveis por esse laudo esclareceram, ainda, que o Aldicarbe, como localizado no conteúdo gástrico do Ofendido, “não é compatível com a ingestão de alimentos contaminados por agrotóxicos, já que ainda que os alimentos tenham sido expostos ao Aldicarbe durante seu cultivo, as possíveis quantidades remanescentes do veneno estariam no nível de traços, não sendo suficientes para causar a morte” (fl. 169). Dito de outro modo, a constatação de aldicarbe no sistema digestivo de Amílcar é evidência de que ele ingeriu a substância propriamente dita, e não consumiu produtos que foram expostos, durante seu cultivo, ao pesticida.

Zulmar Vieira Coutinho, “médico e professor” que emitiu o parecer das fls. 593-602 sugerindo a retificação da certidão de óbito (para que fosse registrado “intoxicação exógena por carbamato e consequente síndrome colinérgica” como *causa mortis*), também disse, no plenário do Tribunal do Júri, que o falecimento foi decorrente de envenenamento (mídia na fl. 1.647).

O parecer de Zulmar, inclusive, foi determinante para que a Ação de Retificação de Registro 0302641-84.2015.8.24.0011 fosse acolhida para a modificação da certidão de óbito de Amílcar:

Ante o exposto, julgo procedente o pedido, para o fim de determinar ao Sr. Oficial do Cartório de Registro Civil de Brusque/SC que proceda à retificação do assento de óbito do de cujus Amílcar Arnaldo Wehmuth, a fim de:

- a) alterar o endereço do de cujus, devendo constar que residia na Rua Prefeito Adolfo Walendowsky, n. 177, Ed. Residencial Ville de Brusque, Bloco 2, ap. 1.101, Bairro São Luiz, CEP: 88351-260, Brusque/SC;
- b) retificar a causa da morte do de cujus, passando a constar “síndrome colinérgica decorrente de intoxicação por pesticida da classe dos carbamatos Aldicarbe” (fl. 172 dos autos 0302641-84).

Há, portanto, elementos suficientes neste sentido.

6.3 A dissimulação também é satisfatoriamente amparada pelo conjunto probatório.

Dinara Diemut Wehmuth Crespi, Doriana Wehmuth, Marinês Colombo e a própria Apelante Sandra Maria Bernardes aclararam que esta estava residindo com o Ofendido Amílcar Arnaldo Wehmuth nos últimos dias da vida deste, para auxiliá-lo com os cuidados necessários para convalescença de uma cirurgia.

Isso, inclusive, foi o motivo da dispensa de Jobson Guedes de Oliveira, técnico em enfermagem que, inicialmente, auxiliara Amílcar no pós-operatório. Jobson declarou que foi “imediatamente dispensado” pela Vítima após a última cirurgia, e que o Ofendido ter-lhe-ia dito que “preferia ser cuidado pela companheira Sandra” (fl. 28).

Tivesse a Recorrente revelado, desde logo, seu intento homicida, a Vítima não se sujeitaria a consumir os alimentos a ela entregues por Sandra e, *certamente*, não a teria incluído nas listas de beneficiários de seguro de vida e de previdência privada. Mas não: Sandra Maria Bernardes simulou nutrir *carinho* por Amílcar Arnaldo Wehmuth, e fez com que ele acreditasse nas alegadas boas intenções dela.

É possível, portanto, o reconhecimento da qualificadora pormenorizada no art. 121, § 2º, IV, do Código Penal.

7. O pedido de modificação da fração de incremento da pena, de 1/6 para “patamar inferior” por cada circunstância legal desfavorável, não é digno de acolhimento.

O Doutor Juiz de Direito optou pelo critério de aumento usualmente adotado por esta Corte

quando inexistente peculiaridade que reclame apenamento mais enérgico (*vide* Apelações Criminais 0000690-61.2016.8.24.0119, Rel. Des. Norival Acácio Engel, j. 9.10.18; 0000262-85.2018.8.24.0062, Rel. Des. Norival Acácio Engel, j. 25.9.18; e 0000742-34.2015.8.24.0235, Rel. Des. Júlio César M. Ferreira de Melo, j. 18.9.18).

A Apelante pugna pela redução de tal fração “com base no princípio da razoabilidade e/ou proporcionalidade” (fl. 1.722), mas não indica *por que* o critério usualmente adotado representaria afronta a tais axiomas.

Assim, por ser a razão de 1/6 aquela usualmente empregada, ela não deve ser mitigada sem o menor fundamento.

8. Igualmente indigno de acolhimento é o pedido de incidência da atenuante inominada do art. 66 do Código Penal (“A pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei”), e também pelo mesmo motivo.

O pleito foi assim redigido:

Se não bastasse isso, deixou [o Magistrado *a quo*] de aplicar na dosimetria da pena o previsto no artigo 66 do Código Penal para fins de redução do *quantum* da pena.

A propósito, transcreve-se abaixo referido artigo:

[...]

Giza-se que as testemunhas de defesa trouxeram vários aspectos relevantes sobre a conduta da Apelante (fl. 1.722).

Como se vê, não há exposição de *por que* a pena deveria ser atenuada. E nem se vê motivo para tanto, pois não há “circunstância relevante” na conduta da Recorrente que recomende menor rigor estatal na punição.

Ao contrário: as circunstâncias marginais (que não constituem ou qualificam o delito) são consideravelmente *desfavoráveis* à Apelante. Sandra Maria Bernardes, depois da morte de Amílcar Arnaldo Wehmuth, apropriou-se dos bens móveis que guarneciam o apartamento em que coabitavam e converteu-os em pecúnia. Ela demonstrou, segundo a prole da Vítima e também de acordo com o médico Rogério Erzinger, uma espantosa *frieza*, que levou o médico a firmar declaração com o seguinte teor:

A pedido da parte interessada declaro que na noite do dia 28/06/2014 atendi em regime de plantão do SÓS Unimed/Brusque o senhor Amílcar Arnaldo Wehmuth, conhecido por Chico Wehmuth, tendo sido chamado em domicílio à Rua Prefeito Adolfo Walendowsky, n. 177, ap. 1101, Brusque, por volta das 23 horas.

[...]

Por fim, declaro que após o encerramento da ocorrência, com a entrega do paciente ao Hospital, dei falta dos meus óculos de grau, e me recordei de tê-los esquecido no apartamento do Sr. Amílcar, sendo que então para lá retornei com a minha equipe.

Chegando ao prédio chamei pelo interfone, identifiquei-me e a minha entrada foi autorizada, sendo que uma senhora aguardava por mim no corredor, do lado de fora do apartamento do Sr. Amílcar, com os óculos em sua mão, e ao ver-me exclamou “ele vai sobreviver?”. Respondi que sim, que o Sr. Chico era um homem forte, que estava recebendo cuidados médicos e que certamente restabeleceria a saúde, e deixei o local.

Declaro que fiquei muito impressionado com a forma e a frieza da pergunta e cheguei a comentar isso com meus colegas de trabalho (Enfermeiro Edi e Condutor Jean), pois em 28 anos de profissão nunca havia ouvida uma coisa assim impactante de uma pessoa próxima de um paciente recém internado (fl. 578).

Também há indícios de que a Recorrente tenha *falsificado* a assinatura da Vítima em uma ordem de serviços de “instalação de TV a cabo” (laudo das fls. 1.453-1.461).

Isso não recomenda, absolutamente, maior leniência na reprimenda. A pena, portanto, deve ser mantida como fixada na sentença resistida, inclusive por conta da causa de aumento do art. 121, § 7º, II, do Código Penal, considerando que a Vítima tinha 69 anos de idade à época do fato.

Ante o exposto, vota-se pelo conhecimento parcial do recurso e por seu desprovimento.

Determina-se ao Juízo da Condenação, exaurida a possibilidade de interposição de recurso nesta Corte, que expeça os documentos necessários à execução imediata da pena imposta à Acusada, caso isso ainda não tenha sido implementado, nos termos da orientação do Supremo Tribunal Federal (ARExtra 964.246, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 11.11.16).

Para os fins do disposto no § 5º do art. 87 do Regimento Interno desta Corte, nas Resoluções 44, 50 e 172 do Conselho Nacional de Justiça e no Provimento 29 da Corregedoria Nacional de Justiça, o nome da Acusada Sandra Maria Bernardes deve ser incluído, com fulcro no art. 1º, I, “e”, 9, da Lei Complementar 64/90, no Cadastro Nacional de Condenados por Ato de Improbidade Administrativa e por Ato que Implique Inelegibilidade (CNCLAI).

TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL

Apelação Criminal n. 0001724-38.2017.8.24.0054, de Rio do Sul

Relator: Desembargador Ernani Guetten de Almeida

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIMES DE TRÂNSITO. HOMICÍDIO E LESÃO CORPORAL CULPOSOS NA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR (ART. 302 E 303 DA LEI 9.503/97). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DEFENSIVO.

PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. INVIABILIDADE. CONDUTORA DE VEÍCULO QUE ULTRAPASSA CAMINHÃO EM CURVA COLIDINDO FRONTALMENTE COM O AUTOMÓVEL CONDUZIDO PELA VÍTIMA FATAL, LESIONANDO A CARONEIRA GRAVEMENTE. AGENTE QUE AGIU SEM AS CAUTELAS DEVIDAS E ULTRAPASSOU EM LOCAL PROIBIDO. RISCO CRIADO PELA PRÓPRIA APELANTE. DEPOIMENTOS DA VÍTIMA SOBREVIVENTE E DO POLICIAL MILITAR RODOVIÁRIO, ALIADOS ÀS CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO, QUE EVIDENCIAM A CONDUTA CULPOSA DA APELANTE. ALEGAÇÃO DE QUE A CONDUTORA TEVE UM MAL SÚBITO PROVOCADO POR DOENÇAS PREEXISTENTES NÃO COMPROVADO NOS AUTOS, ÔNUS QUE LHE INCUMBIA (ART. 156 DO CPP). CONDENAÇÃO MANTIDA.

PLEITEADA A REDUÇÃO DO VALOR ESTIPULADO A TÍTULO DE PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO PARA A FIXAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO PREVISTO NO §1º DO ART. 45 DO CÓDIGO PENAL. ELEMENTOS NOS AUTOS QUE APONTAM A IMPOSSIBILIDADE DE ADIMPLEMENTO NOS TERMOS FIXADOS. ALTERAÇÃO DO VALOR DA PENA SUBSTITUTIVA PARA 1 SALÁRIO MÍNIMO QUE SE IMPÕE. PRECEDENTES DESTA CÂMARA.

“Consoante determinação contida no § 1º do art. 45 do Código Penal, a prestação alternativa deve ser infligida entre 1 (um) a 360 (trezentos e sessenta) salários mínimos. Não apresentada a motivação ao ser fixado o valor de montante acima do mínimo legal, e inexistindo qualquer informação acerca da situação econômica do réu, deve-se diminuir o montante para 1 (um) salário mínimo” (TJSC, Apelação Criminal n. 2014.046220-3, de São Carlos, rel. Des. Moacyr de Moraes Lima Filho, j. 11-11-2014).

ALMEJADA A CONCESSÃO DO BENEFÍCIO DA JUSTIÇA GRATUITA. POSSIBILIDADE. APELANTE REPRESENTADA PELA DEFENSORIA PÚBLICA. HIPOSSUFICIÊNCIA PRESUMIDA. CONCESSÃO DA BENESSE QUE SE IMPÕE.

EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. POSSIBILIDADE. SENTENÇA CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR ESTA CORTE DE JUSTIÇA. PRECLUSÃO DA MATÉRIA FÁTICA. NOVA ORIENTAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (HC N. 126.292/SP) ADOTADA POR ESTA CÂMARA CRIMINAL (AUTOS N. 0000516-81.2010.8.24.0048). INTIMAÇÃO A FIM DE QUE SE INICIE O CUMPRIMENTO DAS PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS QUE SE IMPÕE. PROVIDÊNCIA DO JUÍZO A QUO.

RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 0001724-38.2017.8.24.0054, da comarca de Rio do Sul Vara Criminal em que é apelante lolita Berto Cardoso Rocha, e apelado Ministério Público do Estado de Santa Catarina.

A Terceira Câmara Criminal decidiu, por votação unânime, conhecer do recurso e dar-lhe parcial provimento para reduzir a pena restritiva de direitos da prestação pecuniária para o mínimo legal, bem como para conceder a justiça gratuita, determinando-se que o juízo de origem intime a apelante para iniciar o cumprimento das penas restritivas de direitos, assim que esgotada a jurisdição nesta instância. Custas legais.

Presidiu o julgamento, realizado na presente data, o Exmo. Sr. Des. Leopoldo Augusto Brüggemann, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. Júlio César M. Ferreira de Melo. Funcionou como Representante do Ministério Público o Dr. Pedro Sérgio Steil.

Florianópolis, 30 de julho de 2019.

Desembargador Ernani Guetten de Almeida

Relator

RELATÓRIO

O representante do Ministério Público com atribuição para atuar perante a Vara Criminal da comarca de Rio do Sul ofereceu denúncia (fls. 71/72) contra Iolita Berto Cardoso Rocha pela prática dos delitos definidos nos arts. 302, caput e 303, caput, ambos da Lei 9.503/96 (Código de Trânsito Brasileiro), narrados nos termos a seguir:

[...] no dia 9 de março de 2017, por volta das 15h15min, na Rodovia SC/350, km 373, no município de Aurora/SC, a denunciada Iolita Berto Cardoso Rocha, que conduzia o veículo I/Renault Kgoon Express, placas MJZ 7596, agindo com manifesta imprudência e desrespeito às regras de trânsito, colidiu frontalmente com o veículo Ford/Escort, de placa JNI 8205, conduzido pela vítima Ademar Hoffmann, que veio a óbito no local devido “Choque neurogênico - Trauma Cranio Encefálico (fratura de crânio/Contusão cerebral) - Politraumatismo - Hemoperitônio/Ruptura de baço - Acidente de trânsito” consoante exame cadavérico da p. 25, e tendo como passageira Marlene Justen Hoffmann, que restou em lesões corporais gravíssimas consistentes em “artrose pós-traumática em interfalângiana de háluz D, condição irreversível”, consoante laudo pericial das p. 69/70.

Segundo consta, a denunciada trafegava pela via pública citada quando, imprudentemente e em desrespeito às regras de trânsito, deixando de observar as cautelas exigidas, realizou a manobra de ultrapassagem em local proibido, invadindo a pista contrária e cortando a trajetória do veículo Ford/Escort em que estavam as vítimas Ademar Hoffmann e Marlene Justen Hoffmann, colidindo com estes, os quais trafegavam normalmente em sua mão de direção, provocando o sinistro de que resultou no falecimento do condutor e nas lesões da passageira [...]

Após o regular trâmite do feito, foi julgada procedente a denúncia para condenar Iolita Berto Cardoso Rocha ao cumprimento da pena de 02 (dois) anos e 04 (quatro) meses de detenção, em regime inicial aberto, e 02 (dois) meses de suspensão da habilitação para dirigir veículo automotor pelo cometimento dos crimes definidos no art. 302 e 303 da Lei 9.503/96, na forma do art. 70

do Código Penal. A pena privativa de liberdade foi substituída por duas restritivas de direitos, consistentes em prestação pecuniária e prestação de serviços à comunidade (fls. 113/114).

Irresignada com o decisum, a defesa de Iolita Berto Cardoso Rocha interpôs a presente apelação (fl. 119), em cujas razões, com fulcro no art. 386, VII, do Código de Processo Penal, pleiteia a absolvição de ambos os crimes por insuficiência de provas, especialmente porque não teria sido comprovado que a apelante agiu culposamente. Subsidiariamente, almeja a redução da pena restritiva de direitos de prestação pecuniária. Por fim, pugna pela concessão do benefício da gratuidade da justiça (fls. 140/148).

Apresentadas as contrarrazões (fls. 152/159), os autos ascenderam a este Tribunal, oportunidade em que a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Procurador de Justiça Paulo Roberto Speck, manifestou-se pelo parcial conhecimento e desprovimento do recurso (fls. 167/174).

Este é o relatório.

VOTO

O recurso é próprio e tempestivo, motivo pelo qual deve ser conhecido. E, quanto ao mérito, parcialmente provido.

Inexistem preliminares a serem examinadas, motivo pelo qual se passa à análise de mérito.

Relativamente às questões fáticas, a defesa alega que as provas colhidas não demonstraram ter a apelante agido culposamente. Acrescenta, nesse sentido, que nada nos autos revela sua conduta imprudente e que a manobra do veículo causadora do acidente foi realizada possivelmente em virtude de seus problemas de saúde, já que sofre de pressão alta e diabetes e já apresentou quadros de “apagão” em outras oportunidades. Ainda, aduz que a condenação estaria subsidiada na versão vítima sobrevivente. Por essas razões, postula a absolvição da apelante nos termos do art. 386, VII, do Código de Processo Penal.

O pleito, contudo, não merece acolhida.

A materialidade e a autoria delitivas encontram-se comprovadas pelo Croqui (fl. 14), pelo Laudo Pericial Cadavérico n. 9414.17.00495 (fls. 23/25), pelo Laudo Pericial de Exame de Corpo de Delito n. 9414.17.00526 (fls. 26/27), Laudo Pericial de Corpo de Delito Complementar n. 9414.17.01597 (fls. 69/70) e pela prova oral colhida ao longo da instrução.

Inferre-se dos autos que, no dia 9 de março de 2017, por volta das 15h15min, na Rodovia SC/350, km 373, no município de Aurora, comarca de Rio do Sul, Iolita Berto Cardoso Rocha, conduzia o veículo I/Renault Kgoon Express, placas MJZ 7596, e desrespeitando às regras de trânsito, colidiu frontalmente com o veículo Ford/Escort, de placas JNI 8205, conduzido pela vítima Ademar Hoffmann, que veio a óbito no local e tendo como passageira Marlene Justen Hoffmann, que restou com lesões corporais gravíssimas.

A apelante trafegava pela via pública citada quando, imprudentemente e em desrespeito às regras de trânsito, deixando de observar as cautelas exigidas, realizou a manobra de ultrapassagem em local proibido, invadindo a pista contrária e cortando a trajetória do veículo Ford/Escort em que estavam as vítimas Ademar Hoffmann e Marlene Justen Hoffmann, colidindo com estes, os quais trafegavam normalmente em sua mão de direção, provocando o sinistro de que resultou no falecimento do condutor e nas lesões da passageira.

E a esse respeito, não há qualquer dúvida de que a apelante era quem estava conduzindo o veículo I/Renault Kgoo Express, placas MJZ 7596, causador do acidente, bem como de que efetivamente ocorreu o resultado ilícito (morte da vítima Ademar Hoffmann e lesões de Marlene).

Na Delegacia de Polícia a apelante Iolita Berto Cardoso Rocha declarou: “que não se recordar do momento da colisão entre os veículos, alegando que naquela ocasião estava sozinha no veículo; QUE, em dado momento a depoente ‘não viu nada’ e ocorreu o impacto contra o outro veículo; QUE, com o impacto a depoente ficou desorientada no local e tem lembrança somente que foi colocada no interior de uma ambulância e levada para o hospital de Ituporanga; QUE, a depoente teve lesões graves na mão, no braço e tornozelo; QUE, no hospital a depoente tomou conhecimento que o motorista do outro veículo com o qual colidiu veio a óbito no local do acidente e a esposa deste a depoente encontrou no hospital; QUE, a esposa do motorista que morou sofreu lesões leves e foi liberada após medicada; QUE, a depoente não se submeteu ao exame de corpo de delito e não irá se submeter; QUE, a depoente não sabe como ocorreu o acidente [...]” (sic., fl. 30).

Sob o crivo do contraditório, manteve a mesma versão dos fatos, declarando: “que não se recorda de nada no momento dos fatos; que lembra de estar dirigindo seu carro, um cango branco; que se deslocava sentido Rio do Sul/Ituporanga; que não viu nada do acidente, não sabendo nem o que aconteceu na hora; que só lembra quando os bombeiros chegaram e foram mexer na declarante, vendo sua mão degolada; que estava sozinha no carro; que está com 62 anos de idade e sofre de pressão alta e diabetes; que já aconteceram outros episódios de apagões, não sabendo explicar o porque; [...] que desde aquela época não dirigiu mais [...]” (sic., fls. 116/118).

Ocorre que a versão da apelante não encontra amparo na prova amealhada nos autos.

Isso porque, durante a fase policial, a vítima sobrevivente, Marlene Justen Hoffmann, informou que o veículo conduzido pela apelante tentava ultrapassar em local proibido e colidiu frontalmente com o automóvel em que estava juntamente com seu esposo:

“[...] que se dirigiam para a cidade de Rio do Sul/SC, sendo que o seu marido dirigia o veículo da família, IMP/FORD ESCORT 1.8 GL de placas JNI-8205; Que, quando passavam pela Localidade de Santa Tereza - Interior Aurora/SC, próximo a uma curva, a depoente lembra que um caminhão passou e, seguida, um carro atravessou a pista e bateu contra seu veículo; Que, a declarante não chegou a desmaiar mas restou lesionada; Que, seu marido veio a óbito no local; Que, posteriormente ficou sabendo que o motorista do outro veículo, Sra. Iolita Berto Cardoso Rocha, ficou presa nas ferragens e foi atendida e levada para o Hospital Bom Jesus, juntamente com a declarante [...]” (sic., fl. 28).

Em juízo, ratificou as declarações apresentadas na fase extrajudicial e ainda esclareceu:

“[...] que lembra claramente do ocorrido; que no dia dos fatos, saíram de casa para ir a Rio do Sul comprar pisos na Casas da Água; que estava tudo tranquilo e quando estavam passando pela Igreja Santa Tereza, há uma curva, e vinham vários carros na pista contrária, inclusive um caminhão; que Ademar seguia corretamente na pista dele, quando do nada surgiu um carro e ouviu aquele barulho de ferragens; que a declarante saiu do carro e pediu ajuda, oportunidade em que uma pessoa afirmou que a declarante logo seria atendida, pois o SAMU já havia sido acionado; que uma pessoa trouxe uma cadeira e a declarante sentou; que ficou perguntando do Ademar e as pessoas afirmavam que ele estava bem [...]; que o caminhão e a sequência de carros vinham na pista contrária; que do nada viram um carro branco saindo de trás do caminhão, e então seu marido segurou a declarante com o braço e jogou o carro para o lado (lado do acostamento) para evitar a batida, contudo, não deu tempo e o carro deles foi parar em cima do barranco; que a colisão ocorreu no acostamento da pista em que seguiam; que o seu marido veio a óbito; que dias após o acidente ficou toda preta, no rosto, peito; que ficou bem mais de 30 (trinta) dias sem poder fazer suas coisas; que seu dedão do pé quebrou e não voltou mais ao normal, foi uma lesão definitiva; que a declarante ficou com muito trauma do acidente, não consegue mais andar de carro; que a declarante ficou com depressão; que a pessoa que bateu no seu carro ficou machucada e presa no carro [...]; que no ponto do acidente era faixa contínua, pois era uma curva e não poderia realizar ultrapassagens [...]” (sic., fl. 136).

As declarações da vítima foram reforçadas pelo depoimento do policial militar rodoviário Tiago Christen, o qual, na etapa extrajudicial declarou: “[...] que estava de serviço, quando aproximadamente às 15:20 horas, recebeu um chamado por telefone, comunicando um acidente na Rodovia SC 350, na cidade de Autora/SC, próximo Motel Mississippi, na Localidade de Santa Tereza; Que, o depoente foi ao local sozinho, tendo constatado que tratou-se de um abalroamento longitudinal sentido oposto, onde o veículo I/FORD ESCORT de placas JNI-8205 de Ituporanga/SC seguia no sentido Ituporanga/ Rio do Sul, foi atingido na sua via de direção pelo veículo IMP/RENAULT KANGOO de placas NJZ-7596 de Rio do Sul, que transitava no sentido Rio do Sul/Ituporanga; Que, o condutor do veículo I/FORD ESCORT, Sr. ADEMÁS HOFFMANN veio óbito no local, fato este constatado pela guarnição do SAMU de Ituporanga/ SC que se encontrava no local; Que, do acidente ainda restaram lesionadas, a passageira do I/FORD ESCORT, Sra. MARLENE JUSTEN HOFFMANN e a condutora do IMP/RENAULT KANGOO, Sra. ILOITA BERTO CARDOSO ROCHAS [...]” (sic., fl. 29).

Em juízo, agente público confirmou o seu testemunho extrajudicial, bem como esclareceu “[...] que a apelante invadiu a pista contrária e colidiu praticamente frontalmente com o outro carro; que isso ocorreu no final de uma curva, a qual ela não fez e continuou em linha reta; que o motorista do outro carro faleceu no local e não se recorda se a caroneira do outro carro sofreu lesões graves, pois ela foi encaminhada ao hospital pelo SAMU; que o ponto de impacto foi na pista contrária da apelante, tendo marcas no local até hoje; que provavelmente ela não estava em alta velocidade, ocasionando o óbito em razão da colisão ter se dado do pneu frontal para trás, pegando mais a porta do motorista do outro veículo; que não lembra se pegou as declarações de Iolita no local, pois ela

também estava sendo atendida pelos socorristas, uma vez que teve fratura de braço ou perna [...]” (sic. fls. 116/118).

Conquanto a apelante tente justificar a manobra realizada e a defesa também explore isso em suas razões, alegando tratar-se de problemas de saúde, almejando demonstrar a ausência de culpa, os elementos colhidos ao longo dos autos e, especialmente, as circunstâncias do caso conduzem à conclusão oposta.

Dada essa conjuntura, como se sabe, para a configuração do crime culposo “É indispensável que o resultado seja consequência da inobservância do cuidado devido, ou, em outros termos, que este seja a causa daquele” (BITENCOURT, Cezar Roberto. Código Penal comentado, 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 139).

A respeito disso, “[...], de acordo com as normas gerais de circulação e conduta previstas no Código de Trânsito Brasileiro, mais especificamente do que dispõem seus arts. 28 e 34, o condutor deverá, a todo momento, ter domínio de seu veículo, dirigindo-o com atenção e cuidados indispensáveis à segurança do trânsito. [...]” (TJSC, Apelação Criminal n. 2014.080643-6, de Tijucas, rel. Des. Moacyr de Moraes Lima Filho, j. 24-02-2015).

Antes de mais nada, deve-se atentar que a imprudência da apelante está atrelada à manobra por ela realizada, pois tentou uma ultrapassagem em uma curva, ou seja, com a visibilidade reduzida, em local cuja faixa é contínua e indica a proibição de realizar tal manobra. Foram por estes motivos (violação de deveres objetivos de cuidado) e não por qualquer outro que a apelante invadiu a pista contrária, causando o acidente fatal (croqui de fl. 14).

Conforme consta nos autos, em especial nas declarações acima transcritas, quando a apelante transitava pela BR-SC 350, ao adentrar em uma curva, na tentativa de ultrapassar um caminhão, invadiu a pista contrária e colidiu contra o veículo conduzido por Ademar Hoffmann, o qual acabou falecendo no local, bem como lesionou gravemente a caroneira Marlene Justen Hoffmann.

Ademais, a glosa apresentada pela defesa da apelante de que possivelmente teve um mal súbito, provocado por problemas de saúde, tais como pressão alta e diabetes, reforça a sua imprudência, pois em seu interrogatório, Iolita afirmou que este “apagão” já tinha ocorrido antes dos fatos, motivo pelo qual sequer deveria estar conduzindo um veículo, pois poderia ocasionar um acidente, situação que de fato ocorreu.

Aliado a isso, a apelante não está amparada por qualquer meio de prova, pois não juntou exames médicos que atestem sua condição de saúde, ônus que lhe incumbia, nos termos do art. 156 do Código de Processo Penal.

Sobre o tema, MASSON, Cleber, Código Penal comentado, 4ª ed., Rio de Janeiro: Forense; São Paulo : Método, 2016; pgs. 219/220, leciona:

[...] além de a culpa também ser voluntária em sua origem (involuntário é somente o resultado naturalístico),

o Direito não pode ser piedoso com os incautos e imprudentes, autorizando o sacrifício de bens jurídicos alheios, em regra de terceiros inocentes, para acobertar com o manto da impunidade fatos típicos praticados por quem deu causa a uma situação de perigo. Se não bastasse, o CP deve ser interpretado sistematicamente e, analisando o art. 13, §2º, “c”, podemos concluir que, se quem cria a situação de perigo, dolosa ou culposamente, tem o dever jurídico de impedir o resultado, igual raciocínio deve ser utilizado no tocante ao estado de necessidade, é dizer, quem cria o perigo, dolosa ou culposamente, não pode invocar a causa de justificação [...]

Com efeito, as declarações da vítima sobrevivente em conjunto com o depoimento do policial militar rodoviário e o croqui acostado à fl. 14, bem como as circunstâncias do caso concreto permitem concluir que a apelante agiu imprudentemente, devendo, portanto, ser mantida sua condenação pelos arts. 302 e 303, ambos do Código de Trânsito Brasileiro, nos termos da sentença.

A defesa ainda postula, subsidiariamente, a redução da prestação pecuniária diante do excessivo valor arbitrado.

E o pedido deve acolhido.

Em sentença, o Magistrado singular estabeleceu como pena restritivas de direito as prestações de serviço à comunidade e pecuniária. Além disso, calcado na gravidade do crime e nos princípios da proporcionalidade e da individualização da pena, fundamentou a aplicação acima do patamar mínimo desta última, nos seguintes termos (fls. 113/114):

[...] preenchidos os requisitos do artigo 44 do CP, substituo a pena privativa de liberdade por uma de prestação de serviços à comunidade, à razão de uma hora de trabalho por dia de pena substituída, outra de prestação pecuniária em favor da vítima sobrevivente, no valor de R\$ 6.986,00 (seis mil, novecentos e oitenta e seis reais), tomando-se por base o valor de um quarto do salário mínimo para cada mês de pena privativa de liberdade substituída, compatível assim com a outra pena substitutiva. Respeitando sólidas e notórias posições em sentido oposto, verifica-se que há proporcionalidade quando da fixação da pena de prestação de serviços à comunidade (180 horas a substituir 6 meses de pena privativa de liberdade e 360 horas a substituir 12 meses de pena) e, no mesmo norte, deve haver proporcionalidade quanto à pena substitutiva de prestação pecuniária, sob pena de serem delitos mais graves e penas maiores receberem ferindo o Princípio da Proporcionalidade e da Individualização da Pena substituição idêntica às penas menores, assim como a renda declarada pelo acusado e a capacidade de possuir automóvel [...]

Sobre a prestação pecuniária, o Código Penal dispõe:

“Art. 45. Na aplicação da substituição prevista no artigo anterior, proceder-se-á na forma deste e dos arts. 46, 47 e 48.

§ 1º A prestação pecuniária consiste no pagamento em dinheiro à vítima, a seus dependentes ou a entidade pública ou privada com destinação social, de importância fixada pelo juiz, não inferior a 1 (um) salário mínimo nem superior a 360 (trezentos e sessenta) salários mínimos. O valor pago será deduzido do montante de eventual condenação em ação de reparação civil, se coincidentes os beneficiários”

É cediço que para a fixação de prestação pecuniária além do parâmetro mínimo previsto no §1º do art. 45 do Código Penal, é indispensável fundamentação concreta, levando-se em consideração a situação econômica da apelante e os critérios do art. 59 do Código Penal.

De fato, a fundamentação se deu de forma justificada e levou em consideração os argumentos concretos vislumbrados nos autos, inclusive guardando proporção com a pena privativa de liberdade substituída. Porém, estes não são os únicos parâmetros a serem analisados, pois a quantia fixada (R\$ 6.986,00 - seis mil, novecentos e oitenta e seis reais) não condiz com a condição financeira da apelante.

Aliado a isso, a apelante, que está sendo assistida pela Defensoria Pública, juntou aos autos documentos que comprovam sua hipossuficiência, tais como: declaração de pobreza (fl. 85), cópia da carteira de identidade, pois não possui CTPS (fls. 83/84), e formulário de triagem, em que consta que Iolita é “Do lar”, pensionista do INSS, percebendo mensalmente R\$ 937,00 (novecentos e trinta e sete reais), bem como possui gasto fixo mensal com medicamentos e pagamento de prestações de um automóvel que perfazem o total de R\$ 480,00 (quatrocentos e oitenta reais) (fls. 85/86).

Nesse sentido, colhe-se de julgado desta relatoria e de precedentes desta Corte, respectivamente:

1) Apelação Criminal n. 0002111-51.2015.8.24.0045, de Palhoça, rel. desta Relatoria, Terceira Câmara Criminal, j. 24.07.2018:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIMES CONTRA O TRÂNSITO E A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE (ART. 306, LEI 9.503/1997) E CORRUPÇÃO ATIVA (ART. 333, DO CÓDIGO PENAL). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA. PEDIDO DE FIXAÇÃO DA PENA NO MÍNIMO LEGAL. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. SANÇÃO JÁ FIXADA NESSE PATAMAR NA SENTENÇA. NÃO CONHECIMENTO. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO DE AMBOS OS DELITOS. EMBRIAGUEZ NA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR. ALEGADA AUSÊNCIA DE PROVAS E DIVERGÊNCIA NAS PALAVRAS DOS POLICIAIS. IMPOSSIBILIDADE. EMBRIAGUEZ COMPROVADA POR EXAME CLÍNICO. PRESUNÇÃO LEGAL DE ALTERAÇÃO DA CAPACIDADE PSICOMOTORA. CRIME FORMAL E DE PERIGO ABSTRATO. PROVA DO RISCO EFETIVO OU POTENCIAL PRESCINDÍVEL. CORRUPÇÃO ATIVA. MATERIALIDADE E AUTORIA DEVIDAMENTE DEMONSTRADAS. DEPOIMENTO DOS POLICIAIS MILITARES QUE RELATARAM QUE, AO ABORDAREM O APELANTE, RECEBEM OFERTA DE VANTAGEM INDEVIDA PARA OMITIR ATO DE OFÍCIO. CONDENAÇÃO MANTIDA. **PRETENZA REDUÇÃO DO VALOR ESTIPULADO A TÍTULO DE PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO PARA A FIXAÇÃO DE VALOR ACIMA DO MÍNIMO PREVISTO NO §1º DO ART. 45 DO CÓDIGO PENAL. ALTERAÇÃO DO VALOR DA PENA SUBSTITUTIVA PARA 1 SALÁRIO MÍNIMO QUE SE IMPÕE. PRECEDENTES DESTA CÂMARA. “Consoante determinação contida no § 1º do art. 45 do Código Penal, a prestação alternativa deve ser infligida entre 1 (um) a 360 (trezentos e sessenta) salários mínimos. Não apresentada a motivação ao ser fixado o valor de montante acima do mínimo legal, e inexistindo qualquer informação acerca da situação econômica do réu, deve-se diminuir o montante para 1 (um) salário mínimo”** (TJSC, Apelação Criminal n. 2014.046220-3, de São Carlos, rel. Des. Moacyr de Moraes Lima Filho, j. 11-11-2014). [...] (grifou-se)

2) Apelação Criminal n. 0000362-50.2015.8.24.0125, de Itapema, rel. Des. Paulo Roberto Sartorato, Primeira Câmara Criminal, j em 31.01.2019:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO. RECEPÇÃO QUALIFICADA (ART. 180, §§ 1º E 2º DO CÓDIGO PENAL). [...] **INSURGÊNCIA CONTRA A PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA. ALMEJADA REDUÇÃO DO QUANTUM ESTABELECIDO PELO JUÍZO A QUO. PENA CORPORAL SUBSTITUÍDA FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. EXASPERAÇÃO DO VALOR DO QUANTUM PECUNIÁRIO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL SEM A DEVIDA FUNDAMENTAÇÃO. MINORAÇÃO QUE SE IMPÕE. EFEITO EXTENSÍVEL AOS DEMAIS CORRÉUS. PRETENDIDA REDUÇÃO DO TEMPO DE CUMPRIMENTO DA REPRIMENDA RESTRITIVA DE DIREITO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUBSTITUTIVA QUE DEVE SER CUMPRIDA NA INTEGRALIDADE DAQUELA QUE FOI IMPOSTA A TÍTULO DE PENA CORPORAL. INTERPRETAÇÃO DO ART. 55 DO CÓDIGO PENAL. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. [...] 3. “[...] **diante do caráter de pena, ainda que restritiva de direitos, é indispensável que a fixação da prestação** pecuniária acima do mínimo legal tenha fundamentação idônea”. (TJSC - Apelação n. 0001645-06.2010.8.24.0054, de Rio do Sul, Primeira Câmara Criminal, Rel. Des. Carlos Alberto Civinski, j. em 01/03/2016). 4. “[...] A pena restritiva de direitos de prestação de serviços à comunidade deve ser resgatada, em regra, à razão de uma hora por dia, com prazo de duração igual ao da pena privativa de liberdade que substituiu. É permitido ao apenado o resgate em menor tempo, nunca inferior à metade da sanção corporal, por meio de realização de carga horária maior, sem que isso importe na redução do montante fixado na sentença condenatória”. (Agravado de Execução Penal n. 0015802-56.2015.8.24.0038, de Joinville, Segunda Câmara Criminal, Rel. Des. Sérgio Rizelo, j. em 05/07/2016). (grifou-se)**

3) Apelação Criminal n. 0002661-51.2015.8.24.0011, Segunda Câmara Criminal, rel. Des. Norival Acácio Engel, j. em 15.03.2018:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME DE TRÂNSITO. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE (ART. 306, § 1º, INCISO II, DA LEI N. 9.503/97). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO. ALEGAÇÃO DE INSUFICIÊNCIA DE PROVAS DA MATERIALIDADE DO DELITO. INVIABILIDADE. DEPOIMENTOS DOS POLICIAIS MILITARES QUE PARTICIPARAM DA OCORRÊNCIA, ALIADO ÀS DECLARAÇÕES DE TESTEMUNHA ENVOLVIDA NO ACIDENTE DE TRÂNSITO CAUSADO PELO APELANTE E AUTO DE CONSTATAÇÃO DE SINAIS DE ALTERAÇÃO DA CAPACIDADE PSICOMOTORA, QUE DEMONSTRAM DE MANEIRA INCONTROVERSA A MATERIALIDADE DO CRIME PRATICADO. DELITO COMETIDO APÓS A ENTRADA EM VIGOR DA LEI 12.760/12 CONDENAÇÃO MANTIDA. PLEITO DE MODIFICAÇÃO DA PENA RESTRITIVA DE DIREITO IMPOSTA EM SUBSTITUIÇÃO À REPRIMENDA PRIVATIVA DE LIBERDADE. INACOLHIMENTO. ESCOLHA FACULTADA AO MAGISTRADO, DE ACORDO COM A NECESSIDADE DE REPROVAÇÃO E PREVENÇÃO DA PRÁTICA DELITUOSA. **PEDIDO DE REDUÇÃO DO VALOR ESTIPULADO À TÍTULO DE PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA. VIABILIDADE. PENA SUBSTITUTIVA FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. INCIDÊNCIA DO ART. 45, § 1º, DO CÓDIGO PENAL. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PROPORCIONALIDADE COM A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE E SITUAÇÃO ECONÔMICA DO APENADO. ADEQUAÇÃO OPERADA. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. (grifou-se)**

Logo, a prestação pecuniária deve ser reduzida ao patamar mínimo legal, qual seja, 01 (um) salário-mínimo, vigente a época da prolação da sentença condenatória.

Por último, a defesa da apelante requer a concessão do benefício da justiça gratuita, o que deve ser acolhido.

Não há elementos a afastar a insuficiência de recursos sustentada pela apelante, principalmente quando é assistida por defensor público, o que torna a sua hipossuficiência presumida, especialmente diante da juntada da declaração (fl. 85).

Assim, “[...] é devida a concessão da justiça gratuita quando não derruída a presunção de hipossuficiência econômica que recai em favor do apelante, mormente quando assistido por defensor dativo [...]” (Apelação Criminal 0000246-34.2017.8.24.0235, Primeira Câmara Criminal, rel. Des. Carlos Alberto Civinski, Primeira Câmara Criminal, j. em 16.11.2017).

Ademais, extrai-se dos autos, conforme já citado, que a apelante declarou-se “Do lar”, possuindo como renda formal apenas a pensão do INSS, o que corrobora para o reconhecimento da sua hipossuficiência econômica.

Esta Câmara não destoa, vide Apelação Criminal n. 0011573-97.2017.8.24.0033, de Itajaí, rel. Des. Leopoldo Augusto Brüggemann, Terceira Câmara Criminal, j. 06.11.2018:

[...] JUSTIÇA GRATUITA. PLEITEADA DISPENSA DAS CUSTAS E DESPESAS PROCESSUAIS. APELANTE ATENDIDO PELA DEFENSORIA PÚBLICA. HIPOSSUFICIÊNCIA PRESUMIDA. PROVIMENTO NO PONTO [...]

Concede-se, assim, o benefício da justiça gratuita.

Por fim, nos termos do novo posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal no HC n. 126.292/SP e das razões contidas no voto vencedor deste Relator nos autos n. 0000516-81.2010.8.24.0048, especialmente pela impossibilidade de rediscussão da matéria fática nas Instâncias Superiores, determina-se o imediato cumprimento das penas restritivas de direitos impostas à apelante, em face da confirmação por este acórdão da sentença condenatória, dando início à execução provisória, assim que esgotada a jurisdição nesta instância.

Ante o exposto, o voto é no sentido de conhecer do recurso e dar-lhe parcial provimento para reduzir a pena restritiva de direitos da prestação pecuniária para o mínimo legal, bem como para conceder a justiça gratuita, determinando-se que o juízo de origem intime a apelante para iniciar o cumprimento das penas restritivas de direitos, assim que esgotada a jurisdição nesta instância.

Este é o voto.

Apelação Criminal n. 0000312-23.2016.8.24.0017, de Dionísio Cerqueira

Relator: Desembargador Leopoldo Augusto Brüggemann

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A CRIANÇA E O ADOLESCENTE. SUBMISSÃO DE CRIANÇA OU ADOLESCENTE SOB SUA GUARDA, AUTORIDADE OU VIGILÂNCIA A VEXAME OU CONSTRANGIMENTO (ART. 232 DO ECA). SENTENÇA DE ABSOLVIÇÃO. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO.

PEDIDO DE CONDENAÇÃO, NOS MOLDES DA DENÚNCIA. NÃO ACOLHIMENTO. RELATO DE UMA DAS VÍTIMAS, FILHA DO ACUSADO, NA DELEGACIA, DESCREVENDO QUE O PAI A EXPULSOU DE CASA JUNTO COM OS IRMÃOS. OITIVA NÃO REALIZADA EM JUÍZO. NARRATIVA DA IRMÃ MAIS VELHA, DIZENDO NÃO SABER DE NADA PORQUE ESTAVA NA VIZINHA E INFORMANDO QUE SUA IRMÃ MAIS NOVA NÃO OBEDECE NINGUÉM. FALA DO OUTRO IRMÃO, TAMBÉM VÍTIMA, NO SENTIDO DE QUE ESTAVA TRABALHANDO. RELATO DELE DANDO CONTA DE QUE A MÃE CRIA CONFUSÃO COM O PAI. DEPOIMENTOS CONFLITANTES. AUSÊNCIA DE CERTEZA. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO *IN DUBIO PRO REO*. ABSOLVIÇÃO MANTIDA. PARECER DA DOUTA PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA NESSE SENTIDO.

RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 0000312-23.2016.8.24.0017, da comarca de Dionísio Cerqueira Vara Única em que é Apelante Ministério Público do Estado de Santa Catarina e Apelado L. A. T.

A Terceira Câmara Criminal decidiu, por votação unânime, conhecer do recurso e negar-lhe provimento, corrigindo-se erro material no dispositivo da sentença. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado em 23 de julho de 2019, os Exmos. Srs. Des. Júlio César M. Ferreira de Melo e Getúlio Corrêa. Funcionou pela douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Ernani Dutra.

Florianópolis, 8 de agosto de 2019.

Desembargador Leopoldo Augusto Brüggemann
Presidente e Relator

RELATÓRIO

Na comarca de Dionísio Cerqueira, o Ministério Público do Estado de Santa Catarina ofereceu denúncia contra L.A.T., dando-o como incurso nas sanções do art. 232 da Lei n. 8.069/1990 e art. 12 da Lei n. 10.826/2003, em concurso material, pela prática das condutas assim descritas na inicial acusatória:

Ato 1 - artigo 232 da Lei n. 8.069/90

No dia 28 de fevereiro de 2016, por volta das 22h30min, na Rua Principal, s/n, próximo ao Mercado Neli, Bairro Floresta, neste Município de Dionísio Cerqueira/SC, o denunciado L.A.T., de forma livre e consciente da reprovabilidade de sua conduta, submeteu a constrangimento os adolescentes F.L.T. e L.C.T., com 12 (doze) e 14 (quatorze) anos de idade à época do fato, respectivamente, ambos seus filhos, que estavam sob sua guarda, em evidente ofensa à integridade física e psicológica dos adolescentes.

Mencionado constrangimento deu-se em razão de o imputado ter ameaçado e, posteriormente, expulsado seus filhos de casa, após estes terem retornado da casa de sua mãe, onde foram jantar. Em razão do ocorrido, a adolescente F., acompanhada de sua irmã B., de 18 anos, refugiou-se em uma padaria, de onde telefonou para sua genitora e aguardou a chegada da Polícia Militar. Já o adolescente L.C., após ter sido expulso de casa, foi para local desconhecido por suas irmãs.

Cumpre ressaltar que devido a episódios como esse, ocorridos também em outras ocasiões, os adolescentes são obrigados a buscarem abrigo na casa de pessoas conhecidas para pernoitarem.

Ato 2 - Posse irregular de arma de fogo de uso permitido - artigo 12 da Lei n. 10.826/03

Nas mesmas condições de local, data e horário, o imputado L.A.T., de forma livre e consciente da reprovabilidade de sua conduta, possuía arma de fogo consistente em uma espingarda calibre 36 de fabricação caseira, acessórios e munição (um cartucho intacto calibre 32 de metal) de uso permitido, todos descritos no Termo de Exibição e Apreensão à fl. 22, em desacordo com determinação legal ou regulamentar, no interior de sua residência, dentro de um refrigerador desligado.

Segundo consta, policiais militares deslocaram-se até a residência de L.A.T. após terem encontrado em uma padaria da cidade a filha adolescente deste, que, juntamente com seus irmãos, havia sido expulsa de casa e estava com temor em retornar. Na oportunidade, a adolescente F.L.T., questionada, confirmou aos agentes públicos que seu genitor possuía arma de fogo e a guardava em casa, motivo pelo qual os policiais dirigiram-se até a residência do imputado e lá encontraram as armas de fogo, munições e acessórios (fl. 22) (p. 48-50).

Concluída a instrução do feito, a denúncia foi julgada parcialmente procedente para condenar o acusado à pena de 1 (um) ano de detenção, em regime aberto, e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa, em seu mínimo legal, por infração ao art. 12 da Lei n. 10.826/2003, bem como, para absolvê-lo do crime previsto no art. 323 do Estatuto da Criança e do Adolescente, com base no art. 386, VII, do CPP. A pena privativa de liberdade foi substituída por uma restritiva de direitos, a saber, prestação de serviços à comunidade. Foi-lhe concedido o direito de apelar em liberdade (p. 123-128).

Irresignado, o Ministério Público interpôs recurso de apelação, no qual pleiteou a condenação do acusado, nos termos do art. 232 do Estatuto da Criança e do Adolescente, por entender suficientes as provas referentes à autoria e à materialidade acostadas aos autos (p. 135-151).

Juntadas as contrarrazões (p. 160-163), ascenderam os autos a esta instância, e a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Exmo. Sr. Dr. Paulo Roberto Speck, opinou pelo conhecimento e desprovimento da apelação interposta (p. 169-173).

Este é o relatório.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação interposto pelo Ministério Público contra sentença que julgou parcialmente procedente a denúncia e condenou L.A.T. às sanções previstas no art. 12, da Lei n. 10.826/2003, bem como o absolveu pelo cometimento da infração prevista no art. 232 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

O apelo deve ser conhecido, porquanto presentes os requisitos objetivos e subjetivos de admissibilidade.

De pronto, corrige-se erro material no dispositivo da respeitável sentença, tendo em vista que o seu subscritor erroneamente grafou “art. 323 do ECA”, quando o correto é art. 232 do mesmo diploma legal.

Consta da denúncia, na parte que interessa ao deslinde da *quaestio*, que o acusado expulsou seus filhos F.L.T. e L.C.T., de casa, à época com 12 anos e 14 anos, respectivamente.

Ainda, descreve a inicial que, por conta da expulsão, a adolescente F. refugiou-se em uma padaria na companhia da irmã maior de idade, de onde acionou sua mãe e a polícia. Já o adolescente L.C. foi para local desconhecido de suas irmãs.

O Ministério Público alega que a análise de provas “conjunta e vinculativa com os demais elementos produzidos” autoriza a condenação.

Data venia, sem razão.

Descreve o tipo penal:

Art. 232. Submeter criança ou adolescente sob sua autoridade, guarda ou vigilância a vexame ou constrangimento.

Pena – detenção de seis meses a dois anos.

Sobre o mencionado artigo de lei, a doutrina explica:

Submeter (sujeitar, subjugar) é o núcleo do tipo, que se conjuga a vexame (vergonha, ultraje) ou constrangimento (situação de violência ou coação psicológica). [...] Deve estar o menor, no caso do tipo do art. 232, legalmente sob custódia, guarda ou vigilância; do contrário, outras figuras típicas de privação de liberdade incidirão (NUCCI, Guilherme de Souza. *Estatuto da criança e do adolescente comentado*. 2ª ed. rev. atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 716).

Pois bem.

O acusado, em seu interrogatório judicial, falou que os fatos “são tudo mentira”. Explicou que domingo à tarde estava tomando mate com a vizinha e a família, “e as meninas trataram de sair de casa, e eu falei assim: vocês são de menor, não quero que vocês saiam na rua [...] e elas me responderam que eu não mandava”. Acrescentou que quando entrou em casa “as pi lazada já tinham saído”, “não destratou ninguém, quando meu vizinho avisou que ‘tem gente lá fora’, o policial já lhe apontou a arma de fogo, dizendo que eu tinha atropelado meus três filhos de dentro de casa e isso é uma mentira”. Sobre o motivo dos filhos terem saído de casa, respondeu não saber. Acerca do porquê os filhos teriam dito na delegacia que foram expulsos de casa, disse que “combinados pela armação da própria mãe”. Narrou ainda que “eles saíram de boa vontade, inclusive a B. já é de maior, a B. já é de maior, e a F. tinha 13 anos de idade, ninguém tava chorando, porque quando eles me conduziram com a viatura o namorado dessa mais velha tava junto lá, me ameaçou que eu tinha que apodrecer na cadeia” (audiência de p. 114-115).

A menina F., vítima, disse, na delegacia, que “seus irmãos foram jantar com a mãe e, ao retornar, por volta das 22h30min, seu pai começou a ameaçar a todos, e expulsá-los de dentro de casa” e “que não sabe informar qual direção que seu irmão L.C. de 14 anos tomou depois que seu pai deu o corredão em todos” (p. 5).

F. não foi ouvida em juízo.

O relato da menina, na delegacia, acusando o pai de tê-la expulsado de casa, é respaldado pelo de sua mãe. Contudo, é refutado pelo de L.C. e pelo de sua irmã mais velha. Veja-se:

O menino L.C., também vítima e filho do acusado, afirmou que “naquele dia eu não estava em casa, eu tava trabalhando, daí começaram a falar e eu nem sabia de nada”. Questionado se tinha ido visitar a mãe, respondeu que não; se soube o que aconteceu com suas irmãs, falou que “sim, não sei se é verdade”; se sua mãe teria motivo para inventar os fatos, disse que “ela sempre foi de inventar coisa” e arrumava encrenca com seu pai, se seu pai costumava expulsar os filhos de casa, destacou que “não” (audiência de p. 120-122).

A irmã maior de idade de F., B., relatou que naquele dia estava na casa da vizinha e a irmã “chegou lá dizendo que tinha chamado a polícia”. Destacou que ia sair e, por isso, foi até sua casa, pegou uma roupa, “o pai estava acendendo o fogo”, e saiu, voltando apenas no outro dia. Questionada sobre como os policiais a encontraram com os irmãos mais novos, respondeu que não estava junto. Se tinham ido visitar a mãe naquele dia, falou “acho que não”. Destacou que sua irmã F. não gosta que lhe chamem atenção e não obedece ninguém, “daí é confusão” e “naquele dia chamou a polícia pro pai não sei porquê” (audiência de p. 114-115).

Por outro lado, a mãe das vítimas, P.N., esclareceu que encontrou os filhos que ligaram às 23h “que estavam na rua, com sacola de roupa, que o pai tinha atropelado eles de casa”. Esclareceu que os filhos foram visitá-la e o pai não gostou, botando-os para fora de casa. Acrescentou “que eles me ligaram porque ele tinha bebido e não queria eles dentro de casa, foi o que eles me falaram” (audiência de p. 114-115).

Os policiais Cleone e Flávio Jair informaram terem sido acionados para atender a ocorrência. Destacaram que a denúncia era de que um pai teria expulsado os seus filhos de casa e os ameaçado de morte. Narraram que, chegando no local, uma adolescente e a mãe dela confirmaram os fatos (audiência de p. 114-115).

Extraí-se, desse contexto, que o relato da menina F., prestado na delegacia, encontra amparo na fala de sua mãe, em juízo. Contudo, o menino L.C. afirmou que estava trabalhando quando os fatos aconteceram e que a mãe costuma inventar coisas para criar confusão com o pai. Por outro lado, a filha maior do acusado, B., disse não ter visto nada, embora tenha sido mencionado que ela estava no local, porque foi para a casa da vizinha e passou a noite lá.

Diante da divergência dos depoimentos, inclusive entre as vítimas, impossível garantir um édito condenatório seguro, devendo prevalecer o título atacado.

A propósito:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL ART. 217-A, CAPUT, C/C ART. 226, INC. II, AMBOS DO CÓDIGO PENAL, C/C ART. 7º, INC. III, DA LEI Nº 11.340/06. RECURSO DEFENSIVO. ABSOLVIÇÃO POR AUSÊNCIA DE PROVAS. DEPOIMENTOS INARMÔNICOS, CONFLITANTES. LATENTE DÚVIDA QUE ALMEJA ABSOLVIÇÃO. IN DUBIO PRO REO. ART. 386, INC. VII DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. DECISÃO CASSADA. ABSOLVIÇÃO IMPOSTA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. (Apelação Criminal n. 0001661-79.2012.8.24.0218, de Catanduvas, rel. Des. Ariovaldo Rogério Ribeiro da Silva, Primeira Câmara Criminal, j. 21-03-2019) (grifou-se).

Assim, não se vislumbra indicativo seguro de prova a permitir a condenação do acusado.

Sabe-se que a condenação só pode assentar-se em prova inequívoca, tanto da autoria quanto da materialidade do delito, exigindo muito mais que mero juízo de probabilidade. Faz-se mister certeza, fundada em dados que as evidenciem, o que efetivamente não ocorre no caso concreto.

Portanto, a presunção de inocência, máxima reitora do processo penal, não foi derruída pela acusação.

Anota-se que “no processo criminal, máxima para a condenação, tudo deve ser claro como a luz, certo como a evidência, positivo como qualquer expressão algébrica. Condenação exige certeza absoluta, fundada em dados objetivos indiscutíveis, de caráter geral, que evidenciem o delito e a autoria, não bastando a alta probabilidade na consciência do julgador, sob pena de transformar-se o princípio do livre convencimento em arbítrio” (Apelação Criminal n. 29.991, da Capital, rel. Juiz Nilton Macedo Machado).

Aplicável, no caso, o princípio *in dubio pro reo*, assim explicitado pelo mestre Nelson Hungria:

[...] A dúvida é sinônimo de ausência de prova. [...] a condenação criminal somente poderá surgir diante de uma certeza quanto à existência do fato punível, da autoria e da culpabilidade do acusado. Uma prova deficiente, incompleta ou contraditória, gera a dúvida e com ela a obrigatoriedade da absolvição, pois milita em favor do acionado criminalmente uma presunção relativa de inocência” (Da Prova no Processo Penal, São Paulo: Saraiva, 1983, p. 46).

Dúvida equivale à falta de provas.

Mutatis mutandis, colaciona-se de julgado desta Corte:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIMES DE ROUBO CIRCUNSTANCIADO, NA FORMA TENTADA [POR DUAS VEZES], E CORRUPÇÃO DE MENORES [ART. 157, § 2º, I, II, ART. 157, § 2º, II, AMBOS DO CÓDIGO PENAL E ART. 244-B, DA LEI N. 8.069/90]. CONDENAÇÃO EM RELAÇÃO AO PRIMEIRO FATO E ABSOLVIÇÃO EM RELAÇÃO AO SEGUNDO FATO NARRADO NA DENÚNCIA RECURSO DA DEFESA E DO MINISTÉRIO PÚBLICO. RECURSO DA DEFESA: FATO OCORRIDO COM A VÍTIMA L. B. C. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO PELA AUSÊNCIA DE PROVA DA AUTORIA OU PELO PRINCÍPIO DO IN DUBIO PRO REO. AUTORIA DUVIDOSA E BASEADA EM PROVAS PRODUZIDAS NO INQUÉRITO POLICIAL. PROVA INDICIÁRIA NÃO CORROBORADA PELA PROVA PRODUZIDA SOB O CRIVO DO CONTRADITÓRIO JUDICIAL. ART. 155 DO CPP. AUTORIA QUE, EMBORA PROVÁVEL, NÃO SE VISLUMBRA CERTA E DETERMINADA PELA PROVA JUDICIALIZADA. DÚVIDA QUE SE RESOLVE EM FAVOR DO RÉU. APLICAÇÃO NECESSÁRIA DO PRINCÍPIO DO IN DUBIO PRO REO. “[...] **no processo penal, para que se possa concluir pela condenação do acusado, necessário que as provas juntadas ao longo da instrução revelem, de forma absolutamente indubitável, sua responsabilidade por fato definido em lei como crime.** (TJSC, Apelação Criminal n. 0004900-93.2014.8.24.0033, de Itajaí, rel. Des. Paulo Roberto Sartorato, j. 07-02-2017)”. [...] RECURSO DA DEFESA CONHECIDO E PROVIDO E RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO CONHECIDO E DESPROVIDO. (Apelação Criminal n. 0004096-57.2016.8.24.0033, de Itajaí, rel. Des. Cinthia Beatriz da Silva Bittencourt Schaefer, Quinta Câmara Criminal, j. 26/07/2018 – grifou-se).

Destarte, diante das versões contraditórias apresentadas pelas vítimas, não vindo à baila a certeza necessária, a absolvição, à luz do princípio *in dubio pro reo*, é medida inexorável, com fulcro no art. 386, VII, do Código de Processo Penal.

Aliás, nesse sentido foi o parecer da douta Procuradoria-Geral

Nesse contexto, infere-se que apesar de haver a suspeita de que o réu possa ter expulsado os seus filhos menores de idade de casa, praticando o delito previsto no art. 232 do ECA, não há provas suficientes de que, de fato assim procedera, ainda mais levando-se em conta que uma das vítimas negou que estivesse na residência do seu genitor no momento dos supostos fatos, além da outra ofendida nem sequer ter sido ouvida em juízo.

Ademais, como bem assinalado pela ilustre Juíza sentenciante, “[...]; a prova é contraditória, uma vez que a suposta vítima L.C. negou absolutamente a ocorrência dos fatos e, no mesmo sentido, B. disse nada

ter presenciado. De outro lado, a genitora das vítimas afirmou tê-las buscado ao relento, o que indicaria verossímil a alegação sobre a expulsão de casa. Ainda, os policiais, embora não tenham presenciado os fatos, atenderem a ocorrência, momento em que estariam B, F. e a genitora, as quais teriam confirmado os fatos.

Com relação a L.C., extrai-se dos autos que, efetivamente, não se encontrava com as irmãs quando estas foram localizadas pela genitora (tanto que nem constou nas presenças do boletim de ocorrência (fls. 12-14). Ainda, não confirmou os fatos em juízo e não foi ouvido perante a autoridade policial.

Nesse contexto, ganharia relevo o depoimento de F., mas esta não foi ouvida em juízo, tendo o Ministério Público desistido de sua oitiva e não é possível fundamentar a condenação em elementos colhidos exclusivamente na fase policial, uma vez que não submetidos ao contraditório, na esteira do art. 155 CPP.

Chama a atenção, realmente, o relato de B., já que em juízo negou ter presenciado os fatos, mas o depoimento dos policiais e da sua genitora indica que estava presente quando da abordagem pela polícia. No entanto, além de não ter sido bem esclarecido na instrução o que esta testemunha efetivamente contou na ocasião o relato dos policiais é genérico neste aspecto, não consta dos autos suas declarações na fase policial, de modo que não é possível confrontar a sua versão.

Logo, há dúvida sobre a efetiva dinâmica dos fatos, diante do relato conflitante das vítimas e testemunhas, o que impõe a absolvição do acusado, fulcro no art. 386, VII, do Código de Processo Penal (fls. 125/6).

Em decorrência, vota-se pelo conhecimento e desprovimento do recurso, corrigindo-se erro material no dispositivo da sentença. É o voto.

Apelação Criminal n. 0905776-03.2017.8.24.0038, de Joinville

Relator: Desembargador Getúlio Corrêa

APELAÇÃO CRIMINAL – DELITO CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA (LEI N. 8.137/90, ART. 2º, II), POR DUAS VEZES – SENTENÇA CONDENATÓRIA.

INSURGÊNCIA DA DEFESA.

INÉPCIA DA DENÚNCIA - TESE NÃO ANALISADA PELO JUÍZO DE ORIGEM - AFERIÇÃO INVIÁVEL EM SEDE RECURSAL, SOB PENA DE SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA - RECLAMO NÃO CONHECIDO NO PONTO.

ATIPICIDADE DA CONDUTA – SOCIEDADE EMPRESÁRIA QUE TEM APENAS O DEVER DE ARRECADAR DO CONTRIBUINTE DE FATO A QUANTIA MONETÁRIA EQUIVALENTE AO IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS (ICMS) E, APÓS, REPASSÁ-LA AO FISCO – CONDUTA TÍPICA QUE SE CONSUMA COM A SIMPLES OMISSÃO DE RECOLHER A VERBA DEVIDA - TESE REAFIRMADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DECLARANDO A CONSTITUCIONALIDADE DO TIPO - FATO TÍPICO CARACTERIZADO – SENTENÇA MANTIDA.

“I - O crime de sonegação fiscal, tipificado no art. 2º, II, da Lei n. 8.137/90, ocorre quando o agente que, como contribuinte de direito, declara o valor do ICMS, mas não o recolhe aos cofres públicos, aquilo que lhe é devido por força de lei.

II - Em sede de Repercussão Geral, o Supremo Tribunal Federal firmou o Tema n. 937, declarando a constitucionalidade do “tipo previsto no art. 2º, inc. II, da Lei n. 8.137/90, por não se figurar a conduta nele descrita como mero ilícito civil” (ARE n. 999.425, Min. Ricardo Lewandowski).

AUSÊNCIA DE DOLO ESPECÍFICO – PRESCINDIBILIDADE – DOLO GENÉRICO DEMONSTRADO – INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA – NÃO ACOLHIMENTO.

“O crime contra a ordem tributária previsto no art. 2º, inciso II, da Lei n.º 8.137/90 prescinde de dolo específico, sendo suficiente, para a sua caracterização, a presença do dolo genérico, consistente na omissão voluntária do recolhimento, no prazo legal, do valor devido aos cofres públicos. Precedentes desta Corte e do Supremo Tribunal Federal” (STJ), Min. Laurita Vaz).

DOSIMETRIA – PRIMEIRA FASE – CONSEQUÊNCIAS DO CRIME SOPESADAS NEGATIVAMENTE COM BASE NA EXPRESSIVIDADE DOS VALORES APROPRIADOS – QUANTIAS SONEGADAS QUE NÃO ULTRAPASSAM A NORMALIDADE – AFASTAMENTO, DE OFÍCIO, QUE SE IMPÕE – SENTENÇA REFORMADA NO PONTO.

RECURSO CONHECIDO EM PARTE E DESPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 0905776-03.2017.8.24.0038, da comarca de Joinville (2ª Vara Criminal) em que são Apelantes: Jucélio Pickler e Antônio César Pickler e Apelado: Ministério Público do Estado de Santa Catarina.

A Terceira Câmara Criminal decidiu, por votação unânime, conhecer do recurso em parte e negar-lhe provimento e, de ofício, afastar da primeira fase da dosimetria a circunstância judicial das

consequências do crime, mantendo-se, contudo, inalterado o montante final da reprimenda. Ainda, de ofício, determinar ao juízo da condenação, após comunicado da presente decisão e esgotada a jurisdição dessa instância, que adote as providências necessárias para o imediato cumprimento da pena alternativa, nos termos da decisão proferida pelo STF em Repercussão geral quando do julgamento do Agravo no Recurso Extraordinário n. 964246. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, os Excelentíssimos Senhores Desembargadores Leopoldo Augusto Brüggemann (Presidente) e Ernani Guetten de Almeida.

Funcionou como representante do Ministério Público o Excelentíssimo Senhor Procurador de Justiça Pedro Sérgio Steil.

Florianópolis, 30 de julho de 2019.

Desembargador Getúlio Corrêa
Relator

RELATÓRIO

O Ministério Público ofereceu denúncia contra Antônio Cesar Pickler e Jucelio Pickler pela prática, em tese, do delito contra a ordem tributária (Lei n. 8.137/90, art. 2º, II), por duas vezes, em razão dos fatos assim narrados:

“Os denunciados, na condição de sócios-administradores de ‘PICKLER MÁQUINAS E EQUIPAMENTOS LTDA.’, CNPJ n. 05.093.908/0001-00 e Inscrição Estadual n. 25.439.786-7, estabelecida na Rua Dorothovio do Nascimento, n. 1840, Bairro Jardim Sofia, em Joinville, deixaram de efetuar, no prazo legal, o recolhimento de R\$ 58.539,31 (cinquenta e oito mil quinhentos e trinta e nove reais e trinta e um centavos) a título de Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços ICMS cobrado de consumidores, locupletando-se ilicitamente mediante este tipo de apropriação de valores e em prejuízo do Estado de Santa Catarina, conforme declarado pelo sujeito passivo da obrigação nas DIMEs (Declarações do ICMS e do Movimento Econômico) nos meses de janeiro, fevereiro e dezembro de 2014, documentos geradores da Dívida Ativa n. 15004716041, de 13/08/2015 “ (fls. 1-3).

Recebida a peça acusatória em 14.9.2017 (fl. 39), os denunciados foram citados (fl. 43) e ofertaram resposta escrita por intermédio da Defensoria Pública do Estado de Santa Catarina (fls. 51-52).

Após a instrução do feito, as partes apresentaram alegações finais (fls. 94-100 e fls. 120-138).

Em seguida, sobreveio sentença (fls. 139-150), proferida pelo Magistrado Gustavo Henrique Aracheski, donde se extrai da parte dispositiva:

“Julgo, pois, procedente a denúncia para dar os acusados JUCELIO PICKLER e ANTONIO CÉSAR

PICKLER como incurso no art. 2.º, II, da Lei n.º 8.137/90, c/c art. 59, caput, art. 65, III, d e art. 71, caput, do Código Penal, condenando-os ao cumprimento da pena privativa de liberdade de 07 (sete) meses e 06 (seis) dias de detenção, no regime aberto, substituída pela restritiva de limitação de final de semana, e ao pagamento de 13 (treze) dias-multa, cada qual no mínimo legal, além das custas processuais”

Irresignados, Jucélio Pickler, Antônio Cesar Pickler apelaram (fls. 157-171). Sustentaram: **a)** inépcia da denúncia, sob a alegação de inexistência da descrição, com exatidão, da conduta supostamente perpetrada pelos denunciados; **b)** a inexigibilidade de conduta diversa, pois a empresa passou por séria crise econômica; **c)** a ausência de dolo; **d)** suspensão da execução da pena até decisão da matéria no âmbito do Superior Tribunal de Justiça.

Houve contrarrazões (fls. 216-223) pela manutenção da sentença.

Em 29.1.2019 os autos foram encaminhados à d. Procuradoria-Geral de Justiça (fl. 251), que, por parecer do Procurador de Justiça Sandro Ricardo Souza, manifestou-se pelo conhecimento, em parte, do recurso e por seu desprovimento. (fls. 214-226).

Os autos retornaram conclusos em 3.6.2019 (fl. 259).

VOTO

1. Presentes os pressupostos legais, adianta-se que o recurso é conhecido em parte e desprovido.
2. A tese de inépcia da denúncia não pode ser analisada por esta Corte de Justiça, sob pena de supressão de instância, já que não foi objeto de apreciação no Juízo de primeiro grau.

Nesse sentido:

“HABEAS CORPUS. PACIENTE DENUNCIADO PELA PRÁTICA, EM TESE, DOS DELITOS DESCRITOS NOS ARTIGOS 171, 210 E 211 DO CÓDIGO PENAL. PLEITO DE TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. ALEGADA PRESCRIÇÃO DO DELITO DE ESTELIONATO, INÉPCIA DA DENÚNCIA E AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. TESES NÃO APRECIADAS PELO JUÍZO A QUO QUE NÃO MERECEM SER CONHECIDAS SOB PENA DE SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA [...]” (TJSC, HC n. 4014210-81.2019.8.24.0000, Des. Júlio César M. Ferreira de Melo, j. 28.5.2019).

Assim, nesse específico ponto, portanto, não há como se conhecer do recurso.

3. Antes de adentrar ao mérito do recurso propriamente dito, anota-se que a materialidade ficou evidenciada no termo de inscrição em dívida ativa n. 15004716041 (fls. 6-7), no contrato social (fls. 31-34) e nos demais documentos constantes na notícia de fato anexada à denúncia.

4. Extraí-se dos autos que os apelantes foram condenados pela prática de crime contra ordem tributária (Lei n. 8.137/1990, art. 2º, II), mais especificamente por deixar de recolher o ICMS

declarado, conduta, a qual, segundo eles, ocorreu em razão de dificuldades financeiras, gerada pela atual conjuntura econômica vivida no Brasil.

Colhem-se comentários da doutrina sobre o dispositivo legal:

“Nos tributos indiretos (aqueles nos quais o contribuinte transfere sua repercussão financeira para terceiro), o sujeito passivo da obrigação tributária pode cobrar (ou, eventualmente, receber) de terceiro, a carga econômica correspondente ao valor do tributo, motivo pelo qual não suporta (em tese) seu custo (mediante o mecanismo da repercussão).

Exemplo dessa situação ocorre no ICMS, eis que o contribuinte, ao vender uma mercadoria, destaca na nota fiscal o valor correspondente ao imposto que integrará o preço que será pago pelo adquirente. Nessa relação, o comprador é denominado (de forma alegórica) como ‘contribuinte de fato’, porque pagará ao vendedor o valor representativo do ICMS contabilmente incluído no preço, embora não seja, efetivamente, contribuinte do tributo, pois o único sujeito passivo da obrigação tributária é o vendedor, denominado (também de forma ilustrativa) como ‘contribuinte de direito’” (EISELE, Andreas. Crimes Contra a Ordem Tributária. Dialética. 2. ed. São Paulo, 2002. p. 175).

Como se observa, embora a figura do contribuinte de fato tenha, na verdade, fundamento financeiro, a legislação em questão atribuiu-lhe relevância jurídica. Isso porque, destacado pela empresa (sujeito passivo da obrigação tributária), na DIME, o valor devido a título de ICMS, tem-se que ele foi cobrado – ainda que não recebido – do contribuinte de fato.

Em momento algum a legislação considera o consumidor como sujeito passivo, mas apenas utiliza a figura do contribuinte de fato para evidenciar o dever acessório do sujeito passivo de cobrar, ou seja, de destacar na nota fiscal o valor do tributo, e, em seguida, repassá-lo ao erário. Nesse sentido:

“APELAÇÃO CRIMINAL. CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. CONDENAÇÃO PELO DELITO DISPOSTO NO ART. 2º, II, DA LEI 8.137/90, POR SEIS VEZES, EM CONTINUIDADE DELITIVA. NÃO RECOLHIMENTO DE ICMS. RECURSO DEFENSIVO. PRELIMINAR. PLEITEADO RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA ESTATAL. INACOLHIMENTO. CONSUMAÇÃO DOS CRIMES SOB A ÉGIDE DA LEI 12.234/2010. PENA DE 6 (SEIS) MESES APLICADA ISOLADAMENTE A CADA DELITO. APELANTE MAIOR DE 70 (SETENTA) ANOS À DATA DA PUBLICAÇÃO DA SENTENÇA. LAPSO ENTRE O RECEBIMENTO DA DENÚNCIA E A PUBLICAÇÃO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA QUE NÃO ULTRAPASSA 1 (UM) ANO E 06 (SEIS) MESES. INTELIGÊNCIA DOS ARTIGOS 109, VI, 110, §1º, 115 E 119, TODOS DO CÓDIGO PENAL. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE INVIÁVEL. SUSTENTADA A ATIPICIDADE DA CONDUTA, SOB O FUNDAMENTO DE QUE A OMISSÃO NO RECOLHIMENTO DO TRIBUTOS CONSTITUI MERO INADIMPLEMENTO TRIBUTÁRIO. INVIABILIDADE. APELANTE QUE, NA CONDIÇÃO DE RESPONSÁVEL TRIBUTÁRIO, ASSUME A OBRIGAÇÃO DE REPASSAR OS VALORES RECOLHIDOS A TÍTULO DE ICMS AO FISCO, OS QUAIS SÃO ARCADOS PELO CONTRIBUINTE DE FATO. ALEGADA AUSÊNCIA DE DOLO ESPECÍFICO. INVIABILIDADE. DELITO COM DOLO GENÉRICO, QUE DISPENSA A INTENÇÃO DE FRAUDAR O FISCO. ADEMAIS, CRIME QUE SE CONSUMA COM A SIMPLES OMISSÃO NO RECOLHIMENTO DO TRIBUTOS. PLEITO DE RECONHECIMENTO DA EXCLUDENTE

DE CULPABILIDADE DA INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA OU DA EXCLUDENTE DE ILICITUDE DO ESTADO DE NECESSIDADE EM RAZÃO DE SUPOSTAS DIFICULDADES FINANCEIRAS SUPORTADAS PELA PESSOA JURÍDICA. IMPOSTO INDIRETO, CUJA CARGA ECONÔMICA RECAI SOBRE O CONSUMIDOR FINAL. EMPRESA ADMINISTRADA PELO APELANTE QUE DETINHA APENAS A OBRIGAÇÃO DE RECOLHIMENTO E REPASSE DAS VERBAS AOS COFRES PÚBLICOS. CONDENAÇÃO MANTIDA. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. SENTENÇA CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR ESTA CORTE DE JUSTIÇA. PRECLUSÃO DA MATÉRIA FÁTICA. NOVA ORIENTAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (HC N. 126.292/SP) ADOTADA POR ESTA CÂMARA CRIMINAL (AUTOS N. 0000516-81.2010.8.24.0048). RECURSO CONHECIDO, PRELIMINAR AFASTADA E DESPROVIDO” (TJSC, ACrim n. 0900133-07.2016.8.24.0036, Des. Ernani Guetten de Almeida, j. 03.04.2018 – grifou-se).

Como o próprio dispositivo usa a expressão “*na qualidade de sujeito passivo*”, não há falar em que a figura só seria típica caso o consumidor fosse o contribuinte de direito e o empresário, um mero intermediador responsável pelo repasse dos valores.

Ademais, a ausência de recolhimento de tributo configura o ilícito penal, tal como tipificado no art. 2º, II, da Lei n. 8.137/90, que repreende a recusa do agente passivo em cumprir obrigação tributária definida em lei, qual seja, o recolhimento de tributo ou contribuição social.

Especificamente sobre o ICMS, leciona Pedro Roberto Decomain:

“[...] aqui, não se está a punir, no inciso da lei de que se cuida, pura e simplesmente a inadimplência tributária, mas sim a prática de não ser recolhido ao verdadeiro destinatário o valor que o contribuinte cobrou, precisamente para esse fim, de um terceiro.

A situação focada no inciso guarda semelhança com a do cobrador que recebe valores de devedores de sua empregadora e, em lugar de repassá-los a ela, os despende em benefício próprio” (Crimes contra a ordem tributária. Ed. Fórum. 5. ed. Belo Horizonte, 2010, p. 381-382).

Andreas Eisele esclarece que o tipo penal em exame:

“[...] trata das modalidades de tributos denominados indiretos, ou seja, aqueles em que o ônus financeiro da operação não é suportado pelo sujeito passivo da obrigação tributária, denominado contribuinte de direito (que na realidade é o único contribuinte legalmente estabelecido), mas, sim, repassado a terceiro, denominado ‘contribuinte de fato’.

[...] Exemplo de tal situação se verifica com o ICMS, onde o contribuinte é o comerciante que realiza a operação de saída da mercadoria, e tem o dever de repassar ao fisco parcela do valor da mesma, destacado da nota fiscal.

Ocorre que quem efetivamente paga tal valor é o adquirente da mercadoria (contribuinte de fato) a quem é repassado o feito econômico do fato imponible no preço do produto, globalmente considerado.

Na hipótese, o contribuinte arrecada, em nome do Estado, o tributo de quem compra o produto, o retém por prazo determinado, a título de depósito legal e, posteriormente, repassa-se ao fisco” (Crimes contra a ordem tributária. Dialética. São Paulo, 1998, p. 165).

A propósito, colhe-se da jurisprudência do STJ:

“[...] Não há que se falar em atipicidade da conduta de deixar de pagar impostos, pois é o próprio ordenamento jurídico pátrio, no caso a Lei 8.137/1990, que incrimina a conduta daquele que deixa de recolher, no prazo legal, tributo descontado ou cobrado, na qualidade de sujeito passivo de obrigação, e que deveria recolher aos cofres públicos, nos termos do artigo 2º, inciso II, do referido diploma legal. Precedente. [...]” (RHC n. 44.465, Min. Leopoldo de Arruda Raposo, j. 18.06.2015).

No ponto, urge ressaltar que o ICMS integra o valor da mercadoria ou serviço, assim como os demais custos e encargos suportados pelo comerciante. Isto é, na prática, dito tributo é cobrado indiretamente do adquirente pelo fornecedor.

Também, o STF recentemente firmou a tese, em sede de repercussão geral, de que os crimes previstos na Lei n. 8.137/90 não violam o disposto no art. 5º, LXVII, da CF:

“PENAL E CONSTITUCIONAL. CRIMES PREVISTOS NA LEI 8.137/1990. PRISÃO CIVIL POR DÍVIDA. OFENSA AO ART. 5º, LXVII, DA CONSTITUIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. CONFIRMAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DESPROVIDO.

I - O Tribunal reconheceu a existência de repercussão geral da matéria debatida nos presentes autos, para reafirmar a jurisprudência desta Corte, no sentido de que a os crimes previstos na Lei 8.137/1990 não violam o disposto no art. 5º, LXVII, da Constituição.

II - Julgamento de mérito conforme precedentes.

III - Recurso extraordinário desprovido” (ARE n. 999425 RG, Min. Ricardo Lewandowski, j. 02.03.2017).

Extrai-se trecho do corpo do acórdão:

“[...]

Dessa forma, as condutas tipificadas na Lei 8.137/1990 não se referem simplesmente ao não pagamento de tributos, mas aos atos praticados pelo contribuinte com o fim de sonegar o tributo devido, consubstanciados em fraude, omissão, prestação de informações falsas às autoridades fazendárias e outros ardis. Não se trata de punir a inadimplência do contribuinte, ou seja, apenas a dívida com o Fisco. Por isso, os delitos previstos na Lei 8.137/1990 não violam o art. 5º, LXVII, da Carta Magna bem como não ferem a característica do Direito Penal de configurar a ultima ratio para tutelar a ordem tributária e impedir a sonegação fiscal. [...]” (ARE n. 999.425, j. 02.03.2017).

Assim, não há falar em atipicidade da conduta, ainda mais que, como visto, foi reafirmada a constitucionalidade do dispositivo em análise.

4. Os apelantes também aventaram a inexistência de dolo específico de lesar o erário, pois, segundo sustentou, o inadimplemento foi motivado pela falta de recursos financeiros e dificuldade econômica enfrentada pela empresa.

Todavia, o delito previsto no art. 2º, II, da Lei n. 8.137/90 não exige a intenção do agente de enriquecer ilícitamente ou de causar dano ao Estado, mas apenas o dolo genérico de deixar de repassar o imposto recolhido, o que, de certa forma, o próprio acusado confessou, ao alegar a impossibilidade de pagamento por problemas de ordem financeira.

Sobre o tema, colhe-se da jurisprudência do STJ:

“O crime contra a ordem tributária previsto no art. 2.º, inciso II, da Lei n.º 8.137/90 prescinde de dolo específico, sendo suficiente, para a sua caracterização, a presença do dolo genérico, consistente na omissão voluntária do recolhimento, no prazo legal, do valor devido aos cofres públicos. Precedentes desta Corte e do Supremo Tribunal Federal” (RHC n. 29.662, Min. Laurita Vaz, j. 18.06.2013).

A propósito, é o entendimento desta Câmara Criminal:

“APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. NÃO RECOLHIMENTO DO TRIBUTO (ICMS) NO PRAZO LEGAL. ART. 2º, INCISO II, DA LEI N. 8.137/1990, C/C O ART. 71 DO CP (POR SEIS VEZES). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA. PLEITO ABSOLUTÓRIO. [...] SUSCITADA AUSÊNCIA DE DOLO POR PARTE DO RÉU. NÃO ACOLHIMENTO. DELITO COM DOLO GENÉRICO, QUE DISPENSA A INTENÇÃO DE FRAUDAR O FISCO. CRIME QUE SE CONSUMA COM A SIMPLES OMISSÃO NO RECOLHIMENTO DO TRIBUTO. [...]” (ACrim n. 0908327-24.2015.8.24.0038, Des. Rui Fortes, j. 03.04.2018, destacou-se).

O dolo genérico ficou devidamente demonstrado nos autos, pois os réus, mediante vontade livre e consciente, deixaram de repassar os valores recolhidos a título de ICMS.

5. Também não prospera a tese de que a conduta teve como causa a incapacidade financeira da empresa.

Ainda que o fato seja típico, doutrina e jurisprudência vêm admitindo a aplicação da excludente supralegal de culpabilidade, inexigibilidade de conduta diversa, nos crimes contra a ordem tributária, inclusive nos impostos indiretos, como é o caso do ICMS. Contudo, a alegação de crise financeira depende de uma série de fatores a serem analisados à luz do caso concreto, conforme se extrai da doutrina de Andreas Eisele:

“Nos crimes contra a ordem tributária, a questão tem relevância no âmbito do crime previsto no art. 2º, II, Lei nº 8.137/90, não se aplicando às demais hipóteses devido ao conteúdo fraudulento dessas condutas, evidenciando ardil, o que não se coaduna à análise normativa de conteúdo ético e moral do instituto da inexigibilidade de conduta diversa, onde a boa-fé do agente é requisito.

Na hipótese de não recolhimento de valor de tributo ou contribuição social, descontado ou cobrado, na qualidade de sujeito passivo da obrigação, quando o agente justifica a conduta em face da situação conjuntural econômica, três situações podem ocorrer, quanto à destinação dos recursos:

a) a primeira ocorre quando o não recolhimento da receita tributária se verifica por absoluta impossibilidade econômica, devido à precária situação da gestão empresarial, que possui passivo superior ao ativo, ou falta de liquidez por longo período, evidenciando estágio preliminar de concordata ou falência, hipótese em que, se a situação não for decorrente de gestão fraudulenta, a omissão nos recolhimentos configura estado de necessidade, pois é o meio utilizado para se evitar o encerramento da atividade, optando, conscientemente, o agente pela lesão a um interesse juridicamente protegido para a proteção de outro;

b) a segunda se observa quando o contribuinte vende mercadoria com pagamento a prazo e, vencido o lapso temporal para o pagamento do tributo (ICMS) destacado na operação, não tenha ainda recebido o pagamento da receita. Nessa situação é admissível a excludente de culpabilidade, desde que o contribuinte demonstre boa-fé, evidenciada, por exemplo, no não aproveitamento do crédito decorrente das operações de entrada com pagamento diferido no tempo, nas quais os mesmo ainda não tenha efetuado o pagamento.

É difícil essa configuração na prática, pois, em face da permissão da legislação tributária, do creditamento das entradas em tal situação, o contribuinte tende a realizar o aproveitamento do crédito decorrente das entradas, inviabilizando a alegação a justificativa do não recolhimento dos tributos na forma em estudo, pois, caso assim aceitasse, estar-se-ia utilizando dois pesos e duas medidas ao mesmo objeto.

c) a terceira e mais comum hipótese se refere à necessidade de cobertura de folha de pagamento de salários de empregados ou fornecedores, sem disponibilidade financeira para suprir igualmente a obrigação tributária.

No caso, a presença de boa fé na conduta do agente se faz indispensável pela natureza do instituto, pois o que normativamente constitui o motivo justificador da conduta, de modo a excluir a culpabilidade, é a sua apreciação valorativa perante padrões ético-sociais e morais vigentes no meio em que exerce suas atividades o autor, o que é incompatível com a fraude.

Dessa forma, ainda que se encontrasse o agente em situação de dificuldades financeiras e tivesse praticado o crime contra a ordem tributária para o pagamento de empregados, tal não se justifica moralmente a prática de ardil conduta ou outra modalidade criminosa fraudulenta contra o erário.

Em todas as situações anteriores, por derivarem de fatos que, via de regra, são alegados em matéria de defesa (como modificadores da situação fática com reflexos de direito), o ônus da prova da veracidade do conteúdo das alegações compete ao contribuinte, nos termos do art. 156 do CPP, o que é incompatível, por exemplo, com eventual aumento de faturamento ou número comercial, com a abertura de filiais ou expansão das instalações” (Crimes Contra a Ordem Tributária. Dialética. São Paulo, 1998. p. 73-74).

Nesse norte, além de precedente do STF (Ação Penal n. 516, Min. Ayres Britto, j. 27.9.2010), ressalta-se julgado do STJ que, embora não tenha reconhecido no caso concreto a incidência da causa supralegal de culpabilidade, pois o processo não havia ainda sido instruído, admitiu a possibilidade de seu reconhecimento nos crimes tributários envolvendo ICMS. Veja-se:

“Por fim, alega em seu recurso o paciente que a empresa da qual era presidente enfrentava sérias dificuldades econômico-financeiras que impossibilitaram o pagamento da exação. Tal alegação não foi demonstrada de plano no writ o que por sua vez impede a verificação da inexigibilidade de conduta diversa apta a caracterizar a excludente. Nesse sentido: Não se revela possível reconhecer a inexigibilidade de conduta se não ficou evidenciada a alegada crise financeira da empresa, cabendo ao magistrado de primeiro grau melhor examinar a matéria após a instrução processual” (RHC n. 34883, Min. Felix Fischer, j. 02.10.2014).

Portanto, admite-se a precária condição financeira da empresa como causa supralegal de exclusão de culpabilidade. Todavia, a dificuldade deve ser extrema ao ponto de não restar alternativa socialmente menos danosa que não a falta do recolhimento do tributo devido, o que deve ser aferido pelo julgador, assim como o elemento subjetivo do comportamento, ou seja, a boa-fé do denunciado, tudo diante de um critério valorativo de razoabilidade.

Dessa forma, a causa supralegal de excludente de culpabilidade só tem espaço quando devidamente comprovado o caráter excepcional da conduta, o que não é o caso.

Os apelantes suscitaram de maneira genérica a ocorrência de crise no setor de transportes, entretanto não trouxe prova concreta de sua existência, tampouco de sua extensão. Ressalta-se que caberia à defesa, até mesmo por ser quem teria mais condições de produzir essa prova, a juntada de documentos sobre o histórico da empresa em sua atividade econômica, o que não aconteceu (CPP, art. 156, *caput*).

Logo, inexistindo material probatório acerca da exigida excepcionalidade, inviável a aplicação da excludente de culpabilidade

6. Naquilo que diz a dosimetria, mister realizar um reparo tão somente na primeira fase. Nota-se:

A pena-base foi elevada acima do mínimo legal em razão de serem negativas as consequências do crime. Extraí-se:

Os acusados não registram antecedentes (o fato de responderem a outras ações penais não pode ser levado em consideração). Nada se apurou de concreto quanto sua personalidade ou conduta social. A culpabilidade não é mais acentuada pelo fato de os acusados ostentarem a condição de empresários (é circunstância inerente ao próprio tipo penal), não se justificando a exasperação (TJSC, ACr n.º 2011.092920-9). O motivo e as circunstâncias não extrapolaram a normalidade do tipo. As consequências, de outro lado, são graves na medida em que os valores apropriados são expressivos. Em resumo, frente às consequências, as penas bases

são arbitradas um sexto (critério dominante na jurisprudência catarinense) acima do mínimo: 07 meses de detenção e 11 dias-multa para cada infração (fls. 148-149, grifou-se).

Todavia, observa-se que o prejuízo causado ao erário, apontados na peça acusatória no montante de R\$ 58.539,31 (cinquenta e oito mil quinhentos e trinta e nove reais e trinta e um centavos), após atualização, não é considerado exorbitante ao tipo penal ou às atividades da empresa, ou seja, normal à espécie.

Assim, retorna a pena-base ao mínimo legal, qual seja, 6 meses de detenção e 11 dias-multa.

A segunda etapa não se altera, apesar do reconhecimento da atenuante da confissão espontânea, observando-se o disposto no enunciado n. 231 do súmula do STJ.

À míngua de agravantes, causas de diminuição e de aumento, a reprimenda final foi de 6 meses de detenção e 11 dias-multa.

Reconhecida a prática de três crimes, a reprimenda foi exasperada em 1/5 (um quinto) em razão da continuidade delitiva, conforme orientação jurisprudencial:

“A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça pacificou a tese de que a fração de aumento deve ser estabelecida de acordo com o número de delitos cometidos, aplicando-se 1/6 pela prática de 2 infrações; 1/5, para 3 infrações; 1/4, para 4 infrações; 1/3, para 5 infrações; 1/2, para 6 infrações; e 2/3, para 7 ou mais infrações” (STJ, 432875, Min. Jorge Mussi, j. 12.06.2018 – grifou-se).

Assim, a pena final é de 07 meses e 06 dias de detenção, além de 13 dias-multa, para cada um dos acusados.

7. O regime inicial de cumprimento de pena deve ser mantido no **aberto** (CP, art. 33, § 2º, “c”), em razão da quantidade e natureza da reprimenda.

Mantém-se a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, consistente na limitação de fim de semana (CP, art. 48) pelo tempo da condenação (CP, art. 55), nos termos do disposto no CP, art. 44.

A respeito, para finalizar, cita-se que “cabe ao magistrado a escolha da pena que melhor se amolda à situação do réu, podendo recair sobre qualquer uma das penas restritivas de direitos, inexistindo uma ordem de preferência a ser seguida ou opção de escolha do apenado” (TJSC - ACrim n. 2005.016816-3, Des. Roberto Lucas Pacheco, j. 8.9.2008).

8. Além do mais, condenados os réus em decisão colegiada, determina-se o início imediato do cumprimento da pena imposta depois de esgotada a jurisdição desta instância, nos termos das decisões reiteradas desta Corte (1ª Câmara Criminal, ACrim n. 0001722-50.2015.8.24.0018, Des. Carlos Alberto Civinski, j. 16.05.2019; 2ª Câmara Criminal, ACrim n. 0035449-82.2015.8.24.0023,

Des. Sérgio Rizelo, j. 07.05.2019; 3ª Câmara Criminal, ACrim n. 0001054-32.2015.8.24.0066, Des. Leopoldo Augusto Brüggemann, j. 21.05.2019; 4ª Câmara Criminal, ACrim n. 0000434-90.2018.8.24.0235, Des Sidney Eloy Dalabrida, j. 23.05.2019; 5ª Câmara Criminal, ACrim n. 000908-83.2016.8.24.028, j. 02.05.2019) seguindo orientação jurisprudencial do STF (HC n. 126.292, Min. Teori Zavascki, j. 17.02.2016), inclusive em repercussão geral sobre a matéria (RG no ARE n. 964246, Min. Teori Zavascki, j. 10.11.2016).

Tratando-se de pena restritiva de direitos, a determinação igualmente encontra amparo na orientação do STF: AgRg no RE n. 1.161.581, Min. Alexandre de Moraes j. 04.02.2019; AgRg no RE n. 1130263, Min. Roberto Barroso, j. 07.08.2018; AgRg no HC n. 141978, Min. Luiz Fux, j. 23.06.2017.

9. À vista do exposto, vota-se para conhecer do recurso em parte e negar-lhe provimento e, de ofício, afastar da primeira fase da dosimetria a circunstância judicial das consequências do crime, mantendo-se, contudo, inalterado o montante final da reprimenda. Ainda, de ofício, determinar ao juízo da condenação, após comunicado da presente decisão e esgotada a jurisdição dessa instância, que adote as providências necessárias para o imediato cumprimento da pena alternativa, nos termos da decisão proferida pelo STF em Repercussão geral quando do julgamento do Agravo no Recurso Extraordinário n. 964246.

QUARTA CÂMARA CRIMINAL

Agravo de Execução Penal n. 0003412-75.2019.8.24.0018

Relator: Desembargador Alexandre d'Ivanenko

AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL. INCONFORMISMO DO APENADO. LIVRAMENTO CONDICIONAL. INDEFERIMENTO. CONDENAÇÕES POR CRIMES EQUIPARADOS A HEDIONDO E COMUM. LAPSO TEMPORAL EXIGIDO DEVIDAMENTE PREENCHIDO. DATA-BASE. INÍCIO DO CUMPRIMENTO DA PENA. INTELIGÊNCIA DO ENUNCIADO N. 441 DAS SÚMULAS DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REQUISITO OBJETIVO SATISFEITO. DECISÃO REFORMADA. DEFERIMENTO DO BENEFÍCIO PELO TRIBUNAL INVIÁVEL, SOB PENA DE SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. REQUISITO SUBJETIVO NÃO EXAMINADO PELO JUÍZO A QUO. RETORNO DOS AUTOS À ORIGEM PARA TAL DESIDERATO QUE SE IMPÕE.

“O cálculo do requisito objetivo deve ser realizado levando-se em consideração o tempo total de pena, tendo como termo inicial o dia de início do cumprimento da sanção, independentemente de eventuais alterações da data-base ocorridas durante a execução da pena” (Agravo de Execução Penal n. 0005161-53.2018.8.24.0054, de Rio do Sul, rel. Des. Carlos Alberto Civinski, Primeira Câmara Criminal, j. 21-3-2019).

RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Execução Penal n. 0003412-75.2019.8.24.0018 da comarca de Chapecó 3ª Vara Criminal em que é Agravante Eric Vinicius da Silva e Agravado Ministério Público do Estado de Santa Catarina:

A Quarta Câmara Criminal decidiu, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe parcial provimento, para reformar a decisão impugnada com relação ao requisito objetivo, determinando-se ao Juízo de origem o exame do requisito subjetivo do livramento condicional, com prioridade. Custas legais.

O julgamento, realizado no dia 25 de julho de 2019, teve a participação dos Exmos. Srs. Des. José Everaldo Silva e Des. Sidney Eloy Dalabrida. Funcionou, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Odil José Cota.

Florianópolis, 26 de julho de 2019.

Alexandre d'Ivanenko
PRESIDENTE E RELATOR

RELATÓRIO

Trata-se de agravo em execução penal interposto por **Eric Vinicius da Silva**, inconformado

com a decisão proferida pelo Juízo da 3ª Vara Criminal da comarca de Chapecó, que, nos autos n. 0026871-53.2012.8.24.0018, indeferiu o pedido de livramento condicional (pp. 758-760 dos autos de origem).

Para sustentar a reforma, defendeu que, ao contrário do decidido pelo Juízo *a quo*, já teria implementado o lapso temporal exigido, além de desfrutar de bom comportamento, de maneira tal que, satisfeitos os requisitos objetivo e subjetivo, deve o recurso ser provido com vista ao deferimento do livramento condicional (pp. 1-3).

Com as contrarrazões (pp. 44-47), e mantida a decisão impugnada por seus fundamentos em juízo de retratação (p. 49), os autos formados por instrumento ascenderam a este Tribunal.

Lavrou parecer pela douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Genivaldo da Silva, manifestando-se pelo conhecimento e não provimento do recurso (pp. 61-64).

Este é o relatório.

VOTO

Presentes os pressupostos de admissibilidade, o recurso há de ser conhecido.

A controvérsia instaurada neste agravo em execução penal gira em torno do preenchimento do requisito objetivo para fim do livramento condicional, indeferido pelo Juízo de origem, por entender a defesa do agravante Eric Vinicius da Silva que tal pressuposto encontra-se preenchido no caso concreto.

Razão lhe assiste, em parte, adiante-se.

Colhe-se dos autos da execução penal que o reeducando foi condenado ao cumprimento de 11 anos e 3 meses de reclusão, em regime fechado, sendo 10 anos de reclusão alusivos a crimes equiparados a hediondos após o advento da Lei n. 11.464/2007 (art. 33, “caput”, da Lei n. 11.343/2006), e 1 ano e 3 meses de reclusão relativo a crime comum (art. 129, § 1º, incs. I, II e III, do Código Penal).

Bem se sabe, para o deferimento do livramento condicional, exige-se do apenado, que foi condenado a pena privativa de liberdade igual ou superior a 2 anos, o cumprimento de 1/3 da reprimenda se não for reincidente em crime doloso, ou metade se ostentar essa condição, observado, além disso, o comportamento satisfatório durante a execução da pena (*ex vi* do art. 83 do Código Penal e art. 131 da Lei de Execução Penal).

Para além disso, o entendimento consolidado no Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que **“a prática de falta grave ou crime no curso da execução penal, somente pode ensejar a alteração da data-base para a progressão de regime, não surtindo qualquer efeito no que tange ao requisito objetivo para o livramento condicional, comutação e indulto, nos termos dos enunciados n. 441, 534 e 535 deste STJ”** (HC 494.172/RS, Rel. Min. Felix Fischer, Quinta Turma, j. em 26-3-2019 – sem destaque no original).

É nesse diapasão, aliás, o teor do enunciado contido no verbete n. 441 das súmulas do Superior Tribunal de Justiça: “*A falta grave não interrompe o prazo para obtenção de livramento condicional*”.

Desse modo, não obstante a falta grave homologada pelo Juízo e, por consequência, a alteração da data-base para benefícios futuros, tal resultado é inaplicável quando se trata de livramento condicional, cujo marco temporal será sempre o início do resgate da pena.

Com efeito, no livramento condicional, o cômputo da fração necessária em cada faixa deve considerar o total da pena fixada e o total da pena cumprida, desconsiderando-se as progressões como períodos de interrupção.

A propósito:

[...] O cálculo do requisito objetivo deve ser realizado levando-se em consideração o tempo total de pena, tendo como termo inicial o dia de início do cumprimento da sanção, independentemente de eventuais alterações da data-base ocorridas durante a execução da pena (Agravado de Execução Penal n. 0005161-53.2018.8.24.0054, de Rio do Sul, rel. Des. Carlos Alberto Civinski, Primeira Câmara Criminal, j. 21-3-2019).

Nesse contexto, partindo-se dessas premissas, tem-se o seguinte cálculo no caso concreto: aplicando-se a fração de 2/3 prevista no art. 44, parágrafo único, da Lei n. 11.343/2006 às penas dos crimes de tráfico de drogas, vale dizer, 6 anos e 8 meses, e 1/3 da pena relativo ao crime comum, o que equivale 5 meses, de maneira tal que há necessidade de ter o reeducando cumprido, nesse caso, 7 anos e 1 mês de prisão.

Sendo assim, considerando o início do resgate da reprimenda imposta ao agravante em 1º-8-2012, conforme guia de recolhimento, histórico de partes e atestado de pena a cumprir (pp. 2-3, 40 e 59-60), sem interrupção, verifica-se que o período exigido para o livramento condicional (7 anos e 1 mês de cumprimento da pena) será preenchido em 1º-9-2019, prazo que se antecipa para 9 de março de 2019 quando considerada a remição de 172 (cento e setenta e dois) dias.

Portanto, sem maior dificuldade, percebe-se que não há óbice ao benefício pretendido pelo reeducando com relação ao requisito objetivo, uma vez que a data-base a ser observada coincide com o início do resgate da pena.

Lado outro, observa-se que o Juízo de primeiro grau se limitou ao exame do requisito objetivo para indeferir o pedido deduzido na decisão impugnada, não se pronunciando, na ocasião, sobre o componente subjetivo. Por isso, sob pena de supressão de instância e violação do duplo grau de jurisdição, mostra-se inviável o deferimento, desde logo, do livramento condicional.

Nessa perspectiva, a decisão deve ser reformada, para, então, o Juízo de primeiro grau proceder ao exame do requisito subjetivo atinente ao livramento condicional postulado pelo agravante.

Conclusão

Pelo exposto, vota-se no sentido de conhecer do recurso e dar-lhe parcial provimento, para reformar a decisão impugnada com relação ao requisito objetivo, determinando-se ao Juízo de origem o exame do requisito subjetivo do livramento condicional, com prioridade.

Este é o voto.

Recurso Em Sentido Estrito n. 0007173-36.2018.8.24.0023, da Capital

Relator: Desembargador Zanini Fornerolli

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – FURTO QUALIFICADO NA MODALIDADE TENTADA (CP, ART. 155, § 4º, I E II, C/C ART. 14, II) – PRISÃO PREVENTIVA INDEFERIDA – RECURSO DA ACUSAÇÃO.

DESCUMPRIMENTO DAS MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO ASSUMIDAS NA AUDIÊNCIA CUSTÓDIA – PARADEIRO INCERTO DO DENUNCIADO – NÃO COMPARECIMENTO EM JUÍZO PARA INFORMAR E JUSTIFICAR SUAS ATIVIDADES – CITAÇÃO INVIABILIZADA – SEGREGAÇÃO CAUTELAR IMPOSITIVA.

A decretação da prisão do indivíduo que descumpra medidas cautelares assumidas em substituição ao cárcere, além de encontrar justificativa em indicativo concreto da imprescindibilidade para assegurar a regular marcha do processo e aplicar a lei penal, conta também com uma dupla função: (a) sinalizar para indivíduos em situação semelhante que o descumprimento injustificado das medidas importa, sim, na segregação cautelar, sobretudo quando há advertência expressa disso como consequência do descumprimento; e (b) estimular a adoção das medidas cautelares diversas do cárcere pelos juízes, inclusive encorajando a acusação a requerê-las, o que só será possível quando houver uma certeza de que as medidas apresentam resultados práticos, com efetivo poder de coerção, exigindo realmente sejam cumpridas.

RECURSO PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso Em Sentido Estrito n. 0007173-36.2018.8.24.0023, da comarca da Capital 3ª Vara Criminal em que é/são Recorrente(s) Ministério Público do Estado de Santa Catarina e Recorrido(s) Alex da Silva Passos.

A Quarta Câmara Criminal decidiu, por votação unânime, dar provimento ao recurso, a fim de decretar a prisão preventiva do acusado. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, o Exmo. Des. Alexandre D'Ivanenko, presidente com voto, e o Exmo. Des. José Everaldo Silva.

Florianópolis, 11 de julho de 2019.

Desembargador ZANINI FORNEROLLI

Relator

RELATÓRIO

Trata-se de recurso em sentido estrito interposto pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina contra decisão proferida pelo Juiz de Direito Rudson Marcos, em atuação na 3ª Vara Criminal da Comarca da Capital, que indeferiu pedido para decretar a prisão preventiva do recorrido.

Em suas razões recursais, o Ministério Público aponta para a presença dos pressupostos à segregação cautelar, afirmando que o recorrido rumou para lugar incerto e que estaria descumprindo os compromissos assumidos quando da sua colocação em liberdade provisória. Assim, pede a reforma da decisão, com a decretação da sua prisão.

Em contrarrazões, o denunciado, assistido pela Defensoria Pública, pugnou pela manutenção da decisão (fls. 97-101).

Lavrou parecer pela Douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Rogério Antônio da Luz Bertoncini, que se manifestou pelo provimento do recurso, a fim de decretar a segregação cautelar do recorrido.

Este é o relatório.

VOTO

Trata-se de recurso em sentido estrito interposto pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina contra decisão proferida pelo Juiz de Direito Rudson Marcos, em atuação na 3ª Vara Criminal da Comarca da Capital, que indeferiu pedido para decretar a prisão preventiva do recorrido.

No caso, tem-se que o recorrido restou preso em flagrante pela prática, em tese, do crime de furto qualificado, em sua modalidade tentada. Durante a audiência de custódia, foi agraciado com a liberdade provisória, condicionada a compromissos mínimos por ele assumidos: (i) comparecimento bimestral em juízo para informar e justificar suas atividades, bem como eventual atualização de endereço; e (ii) proibição de ausentar-se da comarca da Capital, por mais de 8 dias, ou mudar seu domicílio sem prévia comunicação ao juízo, tudo necessário para o bem da instrução criminal e da aplicação da lei penal. Restou-lhe expressamente informado que, na hipótese de descumprimento dessas condições, seria decretada a sua prisão (fl. 33).

A insurgência, assim, é relativamente simples, com o Ministério Público afirmando a presença dos pressupostos à segregação cautelar do recorrido, forte no descumprimento dos compromissos impostos, e aceitos, quando da sua colocação em liberdade. Assevera estar o recorrido em lugar incerto, tanto que restou inviabilizada sua citação (fl. 53), e que ele não compareceu em juízo a tempo e modo para informar e justificar suas atividades (fl. 77), na contramão do que havia se comprometido.

Diante desse panorama, a decretação da prisão preventiva do recorrido afigura-se medida imprescindível para garantir a regular marcha do processo e aplicar a lei penal, claramente prejudicadas com homizio verificado. Traída a confiança que lhe foi depositada pelo juízo, a prisão é consequência inevitável do descumprimento das condições mínimas impostas como alternativa à segregação cautelar, o que traduz indicativo concreto de que o recorrido pretende se furtar a uma eventual responsabilização penal.

Afora isso, a segregação do recorrido conta com uma dúplici função: **(a)** sinalizar para indivíduos em situação semelhante que o descumprimento das medidas diversas da prisão importa, sim, na segregação cautelar, sobretudo quando há advertência dela como consequência; e **(b)** estimular a adoção de medidas cautelares diversas do cárcere pelos juízes, inclusive encorajando a acusação a requerê-las, o que só será possível quando houver uma certeza de que as medidas apresentam resultados práticos, com efetivo poder de coerção, exigindo realmente sejam cumpridas.

Sendo assim, não deixando o recorrido outra alternativa, tendo desprezado a possibilidade de responder ao processo em liberdade, a decretação da sua prisão é medida de rigor.

Ante o exposto, o voto é pelo provimento do recurso, a fim de decretar a prisão preventiva do recorrido.

Este é o voto.

Apelação Criminal n. 0002817-12.8.24.0020, de Criciúma

Relator: Desembargador Zanini Fornerolli

APELAÇÃO CRIMINAL – CRIME DE TRÂNSITO – HOMICÍDIO CULPOSO NA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR (ART. 302, *CAPUT*, DO CTB) – SENTENÇA CONDENATÓRIA – RECURSO DEFENSIVO.

PLEITO DE ACOLHIMENTO DO PERDÃO JUDICIAL – INVIABILIDADE – AUSÊNCIA DE CONJUNTO PROBATÓRIO APTO A AFERIR RELAÇÃO DE AMIZADE EXCEPCIONAL – GRAVE ABALO NÃO DEMONSTRADO – INEXISTÊNCIA DE MÍNIMOS ELEMENTOS A ESSE RESPEITO.

I – Perdão judicial em caso de homicídio culposo é faculdade atribuída ao juiz do processo que tem por fito a isenção de pena por opção humanitária à figura do agente. Seu fim tem por objeto evitar a dupla penalização: perda sentimental e castigo penal.

II – Essa faculdade judicial, de porte discricionária, vinculada e motivada, tem como pedra de toque o resultado da infração penal perpetrada pelo réu, na qual leva em consideração como determinante a danosa consequência fatídica que a sanção corporal pré-estabelecida em lei se torna inessária.

III – A desnecessidade de sanção está de sorte vinculada à existência certa e inconcussa da dor sentimental experimentada pelo agente. A dor é *conditio sine qua non* da isenção de castigo corporal.

IV – A tarefa para extrair a potencial isenção é de armadura complexa, dado que leva em consideração, contextualmente, a relação de vida entre o agente e a vítima, num plexo de relações antecedentes e a perda subsequente ao fatídico.

V – A existência de amizade, ainda que íntima, por si só, não se mostra como elemento condicionador da dor. Há que ficar patente com boa prova o relacionamento anterior e a dor, pela perda. É indispensável que dentro do quadro harmonioso possa se extrair que a falta, para o agente, é de fato um pena. Não há espaço para cogitação.

RECURSO DESPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 0002817-12.8.24.0020, da comarca de Criciúma 2ª Vara Criminal em que é Apelante Edemilson Guilherme Tomas e Apelado Ministério Público do Estado de Santa Catarina.

A Quarta Câmara Criminal decidiu, por votação unânime, conhecer do recurso e negar-lhe provimento. Exaurida a possibilidade de interposição de recursos nesta instância, nos termos da decisão proferida no julgamento do ARE n. 964.246, encaminhe-se cópia do acórdão à comarca de origem, para que se expeça a documentação necessária à execução da pena. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, o Exmo. Des. Alexandre D'Ivanenko, presidente com voto, e o Exmo. Des. José Everaldo Silva.

Florianópolis, 18 de julho de 2018 .

Desembargador ZANINI FORNEROLLI

Relator

RELATÓRIO

Trata-se de apelação criminal interposta por Edmilson Guilherme Tomas, por meio da Defensoria Pública do Estado de Santa Catarina, contra sentença que o condenou ao cumprimento da pena de 02 (dois) anos de detenção, em regime aberto, pena esta substituída por duas restritivas de direitos consistentes em prestação pecuniária e prestação de serviços à comunidade, além de suspensão da habilitação e do direito de dirigir veículo automotor pelo prazo de 2 (dois) meses, por infração ao dispositivo do art. 302, *caput*, do Código de Trânsito Brasileiro.

Em suas razões recursais, o apelante pugna pelo reconhecimento e aplicação do perdão judicial (art. 121, § 5º do Código Penal), argumentando que as dores sofridas com a perda de seu amigo, vítima do delito ora versado, representam uma sofrimento tão severo à sua pessoa que a sanção criminal revelaria-se inócua.

Nas contrarrazões, o Ministério Público pugna pela manutenção da sentença condenatória (fls. 236-239).

Lavrou parecer pela douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Carlos Henrique Fernandes, que opinou pelo desprovimento do recurso (fls. 264-270).

Este é o relatório.

VOTO

Trata-se de apelação criminal interposta por Edmilson Guilherme Tomas, por meio da Defensoria Pública do Estado de Santa Catarina, contra sentença que o condenou ao cumprimento da pena de 02 (dois) anos de detenção, em regime aberto, pena esta substituída por duas restritivas de direitos, consistentes em prestação pecuniária e prestação de serviços à comunidade, além de suspensão da habilitação e do direito de dirigir veículo automotor pelo prazo de 2 (dois) meses, por infração ao dispositivo do art. 302, *caput*, do Código de Trânsito Brasileiro.

Segundo narra a peça acusatória, no dia 22 de março de 2015, por volta da 1h30min, na rodovia SC 446, o denunciado Edmilson Guilherme Tomas conduzia o veículo GM/Corsa, placas DDX-4206, no sentido Nova Veneza/Criciúma, trazendo como caroneiro Edson Fernandes Carvalho, oportunidade em que, no Km 44,800, nas proximidades do “pesque-pague”, em Caravaggio, deu causa à saída de pista, com violenta colisão contra um poste de energia elétrica situado no acostamento, em seguida invadindo as margens da via, acidente do qual o carona Edson Fernandes Carvalho restou com lesões corporais que foram a causa efetiva de sua morte, conforme revela o exame cadavérico. Por conta disto, o acusado foi denunciado pelo crime de homicídio culposo na direção de veículo automotor (art. 302, *caput*, do Código de Trânsito Brasileiro), por agir negligente e imprudentemente enquanto dirigia o referido veículo.

Recebida a denúncia, o réu foi devidamente citado, transcorrendo o feito com o seu regular processamento, vindo a ser prolatada sentença ora objurgada. Em combate, o acusado pugna pela concessão do perdão judicial (art. 121, § 5º, do Código Penal), declarando-se extinta sua punibilidade.

Entretanto, a insurgência, adianta-se, não comporta acolhida.

Com efeito, sabe-se que o perdão judicial é medida excepcional e está previsto no art. 121, § 5º, do Código Penal. Trata-se de causa de extinção da punibilidade aplicável à modalidade culposa do delito de homicídio; ocorre nas hipóteses de homicídio culposo em que as consequências da infração atingem o agente de forma tão grave que acaba por se torna desnecessária a aplicação da pena (CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal, parte especial 2. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014).

Volvendo a atenção para o caso em tela, percebe-se que o réu limitou-se a fundamentar o requerimento de concessão do perdão judicial em depoimentos efetuados nos autos, com alegações genéricas de que “as consequências da tragédia foram um trauma bem grande”, não logrando êxito em provar o grave abalo moral e/ou psíquico que sofreu decorrente da fatalidade a qual ele deu causa, já que inexistem esclarecimentos nos autos sobre a relação de amizade excepcional entre o apelante e a vítima que tivesse o condão de comprovar uma intensa perturbação psicológica no agente capaz de tornar inócua a sanção criminal cominada pelas autoridades.

Como é cediço, é encargo da defesa fazer prova de que o sofrimento que acometeu e/ou acomete o réu, decorrente da morte da vítima, é superior a imposição de qualquer pena corporal.

A propósito, a jurisprudência é firme no sentido de que, em se tratando de perdão judicial, para sua concessão é necessário comprovar o grave abalo moral ou psíquico sofrido pelo réu com o óbito da vítima, em decorrência da própria ação imprudente (nesse sentido: TJSC, ACr n. 0003176-31.2012.8.24.0031, rel. Des. Jorge Schaefer Martins, j. em 04.05.2018; ACr n. 0048580-84.2012.8.24.0038, rel. Des. Carlos Alberto Civinski, j. em 08.03.2016; ACr n. 0001589-89.2012.8.24.0025, rel. Des. Newton Varella Júnior, j. em 04.02.2016).

Consoante há muito assentado, “o benefício do perdão judicial não pode ser indiscriminadamente concedido pelo simples fato de a vítima ser amigo íntimo do agente, senão cumpridas as exigências do dispositivo legal que prevê sua aplicação. Ou seja, se comprovado que do evento danoso não resultou abalo psicológico relevante, não há falar na concessão do benefício” (TJSC, ACr n. 2008.007858-8, rel. Des. Solon d’Eça Neves, j. em 16.10.2008). Na mesma linha: ACr n. 0000351-44.2012.8.24.0216, rel. Des. Moacyr de Moraes Lima Filho, j. 05-12-2017; ACr n. 2015.014495-1, rel. Des. Sérgio Rizelo, j. 30-06-2015; ACr n. 2013.038705-0, rel. Des. José Everaldo Silva, j. 20-05-2014).

Assim, por não estar devidamente provado o grave abalo sofrido pelo acusado, é inviável a concessão do perdão judicial.

Ante o exposto, o voto é pelo desprovimento do recurso.

Este é o voto.

QUINTA CÂMARA CRIMINAL

Agravo de Execução Penal n. 0007725-16.2019.8.24.0038, de Joinville

Relatora: Desembargadora Cinthia Beatriz da S. Bittencourt Schaefer

AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL. INFRAÇÃO DISCIPLINAR DE NATUREZA GRAVE. DESRESPEITO AO AGENTE PENITENCIÁRIO COM DIZERES QUE CONFIGURAM INJÚRIA RACIAL [ART. 50, VI C/C 39, II, AMBOS DA LEP]. DECISÃO QUE NÃO APLICA AS SANÇÕES QUE CONTAM COM CLÁUSULA DE RESERVA LEGAL. INSURGÊNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. CONDUTA FALTOSA DEVIDAMENTE APURADA ATRAVÉS DE PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO PRÓPRIO. AUTORIDADE ADMINISTRATIVA QUE RECONHECE A PRÁTICA DA FALTA GRAVE. IMPOSSIBILIDADE DO MAGISTRADO INGRESSAR NO MÉRITO DA CONDUTA. SUBSUNÇÃO À NORMA LEGAL QUE COMPETE AO DIRETOR DA UNIDADE PRISIONAL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA N. 1.378.557/RS. AUSÊNCIA DE NULIDADES OU ILEGALIDADES NO PAD. REFORMA DA DECISÃO NECESSÁRIA. PAD HOMOLOGADO EM RAZÃO DE NÃO HAVER ILEGALIDADES. APLICAÇÃO DOS CONECTIVOS LEGAIS QUE SE IMPÕE. PRECEDENTES. ALTERAÇÃO DA DATA-BASE E DETERMINAÇÃO PARA O REFAZIMENTO DOS CÁLCULOS DA DECISÃO POSTERIOR DE PROGRESSÃO DE REGIME. REGIME PRISIONAL QUE DEVERÁ SER FIXADO DE ACORDO COM OS NOVOS CÁLCULOS, OBSERVADA A PERDA DE 1/5 (UM QUINTO) DOS DIAS REMIDOS ANTERIORES À FALTA GRAVE. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Execução Penal n. 0007725-16.2019.8.24.0038, da comarca de Joinville 3ª Vara Criminal em que é Agravante Ministério Público do Estado de Santa Catarina e Agravado W. M..

A Quinta Câmara Criminal decidiu, por votação unânime, conhecer do recurso e dar-lhe provimento. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, o Exmo. Sr. Desembargador Luiz Cesar Schweitzer e o Exmo. Sr. Desembargador Luiz Neri Oliveira de Souza.

Florianópolis, 25 de julho de 2019.

Cinthia Beatriz da S. Bittencourt Schaefer
Presidente e Relatora

RELATÓRIO

Cuida-se de um agravo em execução penal interposto pelo Ministério Público, contra a decisão proferida pelo juízo da 3ª Vara Criminal da Comarca de Joinville, que não homologou o procedimento administrativo de n. 195/2018, instaurado para apurar falta grave cometida pelo reeducando (fls. 45/46).

Busca o *Parquet*, em suma, a reforma da decisão de primeiro grau para ver reconhecida a prática de falta grave, regredindo-se o regime prisional do apenado, alterando-se a data-base para o cálculo de futuros benefícios e, ao final revogando-se 1/3 (um terço) dos dias remidos anteriores à infração.

A Defensoria Pública do Estado de Santa Catarina apresentou contrarrazões pelo não provimento do recurso (fls. 53/62) e, na sequência, o togado singular manteve a decisão impugnada por seus próprios e jurídicos fundamentos (fl. 64).

Lavrou parecer pela Douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Pedro Sérgio Steil, manifestando-se pelo conhecimento e parcial provimento do agravo (fls.70/75).

Este é o relatório.

VOTO

O recurso merece ser conhecido, porquanto presentes os pressupostos de admissibilidade.

I – DA FALTA GRAVE

Como sumariado, busca o representante do Ministério Público a reforma da decisão de primeiro grau que deixou de reconhecer a prática de infração disciplinar grave cometida pelo apenado/agravado, apurada pelo devido Procedimento Disciplinar Administrativo.

E razão lhe assiste.

Segundo consta do presente instrumento (fl. 26), o apenado praticou a infração disciplinar descrita no artigo 50, inciso VI, c/c art. 39, II, ambos da Lei 7.210/1984, consistente em *“proferir injúria racial a Agente de Controle”*

Isso porque, de acordo com o PAD n. 195/2018 (fls. 45/46) *“o apenado Waldemiro Martins – prontuário: 479182, saiu de sua cela ‘B-11’ solicitando uma troca de galeria. Então o interno foi conduzido para a cela ‘20 supervisão’ para aguardar a autorização e verificação de uma cela apropriada para o interno. Nesse momento o apenado começou a chutar a porta e ficou descontrolado começando a xingar todos os escoltas, então o escolta Luiz Rodrigo Borba pediu para que o interno se acalmasse, onde o mesmo ficou muito alterado e começou a ofender com as seguintes palavras: ‘...SEU MACACO, SEU MACACO..’”* (fl. 27).

Durante a apuração do procedimento administrativo, o apenado declarou que *“irá se pronunciar apenas em juízo”* (fl. 31).

Frisa-se que durante a oitiva o reeducando foi assistido pela Defensoria Pública do Estado de Santa Catarina, que, após colhidas as provas na esfera administrativa, apresentou defesa pugnando pelo não reconhecimento da falta grave. Todavia, a autoridade prisional decidiu por acolher o parecer dado pelo Conselho Disciplinar para reconhecer a prática de infração grave.

Com a conclusão do procedimento administrativo disciplinar, o magistrado *a quo* foi comunicado e decidiu pela designação de audiência de justificação (art. 118, §2º, da LEP), oportunidade em que o agravado trouxe sua versão dos fatos.

Em seguida, foram apresentadas manifestações orais pelo Ministério Público e pela Defensoria Pública, o primeiro requerendo o reconhecimento da prática da infração disciplinar com a aplicação dos efeitos legais e o segundo pugnando pelo seu não reconhecimento.

Ato contínuo, sobreveio a decisão ora impugnada, na qual o magistrado de primeiro grau deixou de reconhecer a prática de falta grave (fls. 45/46):

[...] Na data de 10.10.2018 o apenado teria se alterado, enquanto esperava na cela 20 da coordenação sua realocação, chutando portas e ofendendo os agentes presentes. Ouvido neste ato, o apenado disse que o agente em questão o ofendeu o acusando de ser estuprador, sendo que isso jamais depoente teria feito, sendo sua condenação em tráfico e que em razão disso, nervoso, chamou o agente de “caco”. A justificativa apresentada é apta a afastar a falta grave. É verificável no incidente que houve depoimento de dois agentes e ambos afirmaram a ofensa racial do apenado contra o agente Luiz. Ocorre que em nenhum momento se detalha os motivos pelo qual o apenado estaria chutando a porta e teria ficado descontrolado. Não se sabe assim o que teria levado a esse descontrole, podendo ser exatamente a demora na retirada da cela, cela esta sem condições de permanência. É possível também que diante do descontrole do apenado e reação dos agentes na retomada da disciplina que os agentes tenham direcionado alguma palavra mal compreendida por parte do apenado, o que teria acarretado na suposta ofensa. Como se vê muitas são as condicionantes e muitas são as questões não esclarecidas, resultando tudo em alguma dúvida sobre como os fatos aconteceram. Diante desta dúvida, o princípio e de que absolvição se impõem. Ante o exposto: I- Não reconheço a falta grave referente ao incidente disciplinar n. 195/2018, ficando o apenado na situação em que se encontra (regime fechado).

Pois bem, razão assiste ao Ministério Público como dito anteriormente, uma vez que com o julgamento do Recurso Especial Representativo de Controvérsia n. 1.378.557/RS pelo Superior Tribunal de Justiça, pacificou-se o entendimento de não ser mais possível ao juiz ingressar no mérito da conduta considerada faltosa

Em outros termos, cabe ao magistrado tão somente o controle de legalidade do procedimento administrativo, enquanto a subsunção da conduta à norma legal [Lei 7.210/84], é de atribuição da autoridade administrativa.

Neste aspecto, ainda que Sua Excelência, o juiz de primeiro grau, tenha alguma dúvida sobre a ocorrência da falta grave, não compete a ele a decisão sobre o tema, ou seja, uma vez que a autoridade administrativa considerou praticada a falta grave, a não aplicação dos efeitos legais demanda o reconhecimento de alguma nulidade ou ilegalidade no procedimento, o que não é o caso dos autos em análise.

A respeito:

RECURSO DE AGRAVO DE EXECUÇÃO PENAL. DECISÃO QUE HOMOLOGA PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR (PAD) EM QUE FOI RECONHECIDA FALTA GRAVE, DECRETA A REGRESSÃO DE REGIME, ALTERA A DATA-BASE, INDEFERE SAÍDA TEMPORÁRIA E DETERMINA PROVIDÊNCIAS PARA TRANSFERÊNCIA. RECURSO DO APENADO. 1. TRANSFERÊNCIA. MEDIDA ADMINISTRATIVA DETERMINADA NA ORIGEM. NÃO CONHECIMENTO. 2. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR (PAD). AMPLA DEFESA E CONTRADITÓRIO. DECISÃO DO DIRETOR DA UNIDADE PRISIONAL. JUÍZO DA EXECUÇÃO PENAL. CONTROLE DE LEGALIDADE. 3. SAÍDAS TEMPORÁRIAS. REGIME FECHADO. VEDAÇÃO LEGAL (LEP. ART. 122, CAPUT). 1. Não se conhece de pedido de transferência do apenado para outro estabelecimento penal quando a medida administrativa já foi autorizada pelo Juízo da Execução Penal. 2. A competência para apuração e reconhecimento de falta grave no âmbito da execução penal é do diretor da unidade prisional, cabendo ao magistrado somente o controle de legalidade do indispensável procedimento administrativo disciplinar e a imposição das sanções que contam com cláusula de reserva de jurisdição, sendo vedada incursão judicial no mérito administrativo. 3. É inviável a autorização de saída temporária em favor de apenado que cumpre pena definitiva ou provisória no regime fechado. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E DESPROVIDO. (TJSC, Agravo de Execução Penal n. 0013061-87.2017.8.24.0033, de Itajaí, rel. Des. Sérgio Rizelo, Segunda Câmara Criminal, j. 27-02-2018) – sublinhei.

Desta forma, forçoso concluir que a decisão impugnada merece ser reformada, notadamente no sentido de ser reconhecida a prática da infração disciplinar grave apurada no PAD n. 195/2018 (fls. 45/46), com a anotação do prontuário do apenado para a necessária alteração da data-base para o cálculo de futuros benefícios [súmula 534 do STJ].

II – DO REGIME PRISIONAL

Tocante ao regime prisional, como esclarecido pelo próprio magistrado ao final da decisão proferida, o agravado já se encontra em regime fechado, ou seja, é impossível a regressão.

Por outro lado, como dito no tópico anterior, é necessário o registro da falta grave no boletim penal do reeducando, para que, nos termos da Súmula 534 do Superior Tribunal de Justiça, seja fixada a data-base para o cálculo da progressão ao regime semiaberto, como sendo a data da infração disciplinar, no caso, 10.10.2018.

III – DA PERDA DA REMIÇÃO

Sobre a perda da remição, menciona-se que com o advento da Lei n. 12.433/2011, o artigo 127 da Lei de Execução Penal passou a prever a possibilidade da perda da remição pela prática de falta grave de até 1/3 (um terço) do tempo remido.

Em outras palavras, a perda de 1/3 (um terço) dos dias remidos deixou de ser automática e passou a ser mais uma das consequências possíveis quando da regressão do regime prisional pela prática de falta grave.

Vejamos o que diz o referido dispositivo:

Art. 127. Em caso de falta grave, o juiz poderá revogar até 1/3 (um terço) do tempo remido, observado o disposto no art. 57, recomeçando a contagem a partir da data da infração disciplinar.

E o aludido artigo 57:

Art. 57. Na aplicação das sanções disciplinares, levar-se-ão em conta a natureza, os motivos, as circunstâncias e as consequências do fato, bem como a pessoa do faltoso e seu tempo de prisão.

Nota-se pela leitura do supracitado dispositivo, que o legislador ao mencionar que o “juiz poderá revogar”, torna a perda da remição nos casos de prática de falta grave um ato discricionário do juiz, ou seja, não é mais uma consequência automática.

Neste ponto o douto Procurador de Justiça Pedro Sérgio Steil argumenta que:

[...] não se pode olvidar a justificativa apresentada pelo reeducando, no sentido de que não cometeu a injúria racial relatada, pois narra que após ter sido chamado de estuprador pelo agente penitenciário, em razão do nervosismo, chamou o agente de ‘caco’ e não de ‘macaco’ conforme consta nos depoimentos prestados pelos agentes penitenciários na seara administrativa (mídia audiovisual fls. 272-273 do PEC n. 0006670-44.2016.8.24.0036).

Logo, de acordo com a preleção da moderna jurisprudência catarinense, em atenção às peculiaridades do caso concreto, imperativo reconhecer que “embora reprovável a conduta, mostram-se desproporcionais os gravames eventualmente impostos em caso de reconhecimento de falta grave (regressão de regime e perda de dias remidos)” quando “não se verifica verdadeiro intuito de obstar ou frustrar o cumprimento da pena aplicada”, caso em que, “uma vez homologado o reconhecimento da falta grave por parte do apenado, tem-se como possível a não regressão de regime e perda dos dias remidos, alterando-se tão somente a data-base para futuros benefícios” (Ag. 0000817-43.2019.8.24.0038, rel. Des. Zanini Fornerolli, Quarta Câmara Criminal, j. 11-4-19)” (fls. 73-74).

No entanto, penso em sentido contrário.

De acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça a prática de falta grave pelo reeducando impõe a decretação da perda de até 1/3 (um terço) dos dias remidos, devendo a expressão “poderá” contida no art. 127 da Lei n.º 7.210/84, com a redação que lhe foi conferida pela Lei n.º 12.433/11, ser interpretada como verdadeiro poder-dever do Magistrado, ficando no juízo de discricionariedade do Julgador apenas a fração da perda, que terá como limite máximo 1/3 (um terço) dos dias remidos, como se observa:

RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO PENAL. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 52, CAPUT; 112, CAPUT; 118, CAPUT, I E § 2º; E 127, TODOS DA LEP. FALTA GRAVE COMETIDA EM REGIME FECHADO. AUSÊNCIA DE REGRESSÃO. AUDIÊNCIA DE JUSTIFICAÇÃO JUDICIAL. PRESCINDIBILIDADE. JURISPRUDÊNCIA DO STJ. RECONHECIMENTO DA FALTA GRAVE PELO JUÍZO DA EXECUÇÃO E PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. SUFICIÊNCIA DAS MEDIDAS ADMINISTRATIVAS. INVIABILIDADE.

ALTERAÇÃO DA DATA-BASE PARA BENEFÍCIOS DA EXECUÇÃO E PERDA DE ATÉ 1/3 DOS DIAS REMIDOS. DISCRICIONARIEDADE DO ÓRGÃO JULGADOR SOMENTE QUANTO À FRAÇÃO DA PERDA. PRECEDENTES DE AMBAS AS TURMAS DA TERCEIRA SEÇÃO. DETERMINADO O RETORNO DOS AUTOS. [...] 3. Reconhecida a falta grave, merece reparos a decisão proferida nos embargos infringentes, que atestou a regularidade procedimental, no que diz respeito ao entendimento do Juízo da Execução Criminal quanto à suficiência das medidas administrativas aplicadas, de competência exclusiva do diretor do estabelecimento prisional. 4. Na presente hipótese, tanto o Juízo da execução como o Tribunal a quo reconheceram a configuração da falta grave, dessa forma, imperioso o retorno dos autos para aplicação das sanções cabíveis, notadamente no que se refere à fixação de nova data-base para concessão de novos benefícios, exceto livramento condicional, indulto e comutação da pena; bem como na escolha da fração de perda dos dias remidos. 5. Recurso especial provido para determinar o retorno dos autos ao Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, a fim de que seja estabelecida, de maneira fundamentada, a fração da perda dos dias remidos aplicável ao caso, observado o limite de 1/3, bem como definida a nova data-base para concessão de novos benefícios, exceto livramento condicional, indulto e comutação da pena. (REsp 1765936/RS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 21/03/2019, DJe 02/04/2019) – grifei.

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. FALTA GRAVE. PERDA DOS DIAS REMIDOS. OBRIGATORIEDADE. MATÉRIA QUE NÃO DEMANDA O REEXAME DE PROVAS VEDADO PELA SÚMULA n. 7/STJ. 1. “A prática de falta grave pelo reeducando impõe a decretação da perda de até 1/3 (um terço) dos dias remidos, devendo a expressão ‘poderá’ contida no art. 127 da Lei n.º 7.210/84, com a redação que lhe foi conferida pela Lei n.º 12.433/11, ser interpretada como verdadeiro poder-dever do Magistrado, ficando no juízo de discricionariedade do Julgador apenas a fração da perda, que terá como limite máximo 1/3 (um terço) dos dias remidos” (AgRg no REsp n. 1.424.583/PR, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 3/6/2014, DJe 18/6/2014). 2. A matéria em exame não demanda o reexame de provas, não atraindo, por isso mesmo, a aplicação da Súmula n. 7/STJ. 3. Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp 1431121/PR, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 20/03/2018, DJe 05/04/2018) – grifei.

Considerando, pois, que o dispositivo também menciona que a revogação poderá ser de “até 1/3 (um terço) do tempo remido”, claro está que o legislador impõe um limite máximo, dando margem para que o juiz fixe outro valor que julgue suficiente de acordo com cada caso concreto.

Além disso, o artigo 127 faz menção ao artigo 57, e com isso direciona os critérios que devem ser considerados no momento da decretação da perda da remição, quase como uma espécie de dosimetria da pena.

No caso dos autos, fazendo uma escala de gravidade entre as possíveis condutas consideradas infrações disciplinares graves (art. 50 da LEP), percebe-se que aquela praticada pelo reeducando é de menor grau de reprovabilidade, pois foi uma questão bastante pontual e que não gerou maiores consequências a terceiros ou à sociedade.

Portanto, considerando o princípio da individualização da pena, tem-se que a perda de 1/5 (um quinto) dos dias remidos anteriores à falta praticada em 10.10.2018, se mostram suficientes para a reprovação e prevenção da conduta faltosa.

Ante o exposto, voto no sentido de conhecer o recurso e dar-lhe provimento para: a) reformar a decisão de primeiro grau para reconhecer a prática de falta grave por parte do apenado, em razão dos fatos noticiados no PAD n. 195/2018; b) declarar a perda de 1/5 (um quinto) dos dias remidos; e, c) fixar a data-base para futuros benefícios como sendo a data da infração disciplinar [10.10.2018].

Outrossim, sobre o regime prisional, como antes anunciado, deverá o magistrado da execução realizar novos cálculos de liquidação da pena levando em conta a nova data-base e a perda de parte da remição, para verificar se a progressão para o regime semiaberto deferida por decisão posterior ao PAD ainda é possível, caso contrário o apenado deverá retornar ao regime fechado.

Este é o voto.

Apelação Criminal n. 0005075-98.2016.8.24.0039, de Lages

Relator: Des. Luiz Cesar Schweitzer

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A PESSOA E CONTRAVENÇÃO PENAL. DANO QUALIFICADO PELA PRÁTICA CONTRA BEM PÚBLICO, AMEAÇA E VIAS DE FATO, ESTES EM CONTEXTO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR (CÓDIGO PENAL, ARTS. 163, PARÁGRAFO ÚNICO, III, E 147, *CAPUT*, E DECRETO-LEI 3.688/1941, ART. 21, *CAPUT*, OS ÚLTIMOS COM INCIDÊNCIA DA LEI 11.340/2006). SENTENÇA CONDENATÓRIA. INSURGIMENTO DA DEFESA.

PRETENSÃO ABSOLVIÇÃO ANTE A AUSÊNCIA DE SUBSTRATOS DE CONVICÇÃO APTOS PARA EMBASAR O DECRETO CONDENATÓRIO. INVIABILIDADE. MATERIALIDADE E AUTORIA DOS ILÍCITOS EVIDENCIADAS. PALAVRAS FIRMES E COERENTES DA VÍTIMA E DOS POLICIAIS MILITARES RESPONSÁVEIS PELA DILIGÊNCIA QUE CULMINOU COM A PRISÃO DO ACUSADO A INDICAR, COM A SEGURANÇA NECESSÁRIA, A PRÁTICA DAS INFRAÇÕES. JUÍZO DE MÉRITO IRRETOCÁVEL.

INVOCADA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DO *IN DUBIO PRO REO* EM RELAÇÃO À AMEAÇA. IMPERTINÊNCIA. RÉU QUE PROFERE INTIMIDAÇÕES INCLUSIVE NA PRESENÇA DOS SERVIDORES ESTATAIS. CONJUNTO PROBATÓRIO QUE NÃO DEIXA DÚVIDAS ACERCA DA PERPETRAÇÃO DA CONDUTA.

SUSTENTADA NECESSIDADE DE LAUDO PERICIAL ATESTANDO AS LESÕES SOFRIDAS QUANTO À CONTRAVENÇÃO PENAL. INSUBSISTÊNCIA. AGRESSÕES QUE, EM SUA MAIORIA, NÃO DEIXAM VESTÍGIOS. PROVA TÉCNICA DISPENSÁVEL. ADEMAIS, AGENTE PÚBLICO QUE RELATA HAVER CONSTATADO SINAIS DA AGRESSÃO NO PESCOÇO DA OFENDIDA. CONDENAÇÃO INARREDÁVEL.

ALEGADA INEXISTÊNCIA DE *ANIMUS NOCENDI* CONCERNENTE AO DANO QUALIFICADO PELA PRÁTICA CONTRA O PATRIMÔNIO PÚBLICO. IMPROCEDÊNCIA. APELANTE QUE DESFERE CABEÇADAS CONTRA A VIATURA POLICIAL COM A NÍTIDA INTENÇÃO DE DEPREDÁ-LA. DOLO DEVIDAMENTE DEMONSTRADO. ADEMAIS, ELEMENTO SUBJETIVO ESPECÍFICO DESNECESSÁRIO À CONFIGURAÇÃO DO INJUSTO. PRECEDENTES.

DOSIMETRIA DA PENA. SEGUNDA ETAPA DO CÔMPUTO. PLEITO GENÉRICO DE EXCLUSÃO DA CIRCUNSTÂNCIA AGRAVANTE PREVISTA NO ART. 61, II, "F", DO ESTATUTO REPRESSIVO. DESCABIMENTO. APLICAÇÃO ESCORREITA. IMPROPRIEDADE NÃO CONSTATADA.

REQUERIDA SUA APLICAÇÃO NO PATAMAR DE UM SEXTO. POSSIBILIDADE. ENTENDIMENTO MAJORITÁRIO ADOTADO PELA CORTE. AUSÊNCIA DE ARGUMENTOS PLAUSÍVEIS PARA ADOÇÃO DE MAIOR RIGOR NA EXACERBAÇÃO DA REPRIMENDA.

PARCELA DO PRONUNCIAMENTO ALTERADA. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 0005075-98.2016.8.24.0039, da comarca de Lages (Vara da Infância e Juventude), em que é apelante Ademilson Alves e apelado o Ministério Público do Estado de Santa Catarina:

A Quinta Câmara Criminal decidiu, por votação unânime, conhecer do recurso e dar-lhe parcial provimento, de modo a estabelecer a fração de um sexto para o incremento decorrente da circunstância agravante prevista no art. 61, II, “f”, do Código Penal, e, conseqüentemente, operar-se novo cálculo das reprimendas, fixando-as em sete meses e cinco dias de detenção, dezessete dias de prisão simples e pagamento de dez dias-multa, mantidas as demais cominações da sentença vergastada. Custas legais.

O julgamento, realizado no dia 18 de julho de 2019, foi presidido pela Exma. Sra. Des. Cinthia Beatriz da Silva Bittencourt Schaefer, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Des. Luiz Neri Oliveira de Souza.

Representou o Ministério Público o Exmo. Sr. Procurador de Justiça Aurino Alves de Souza.

Florianópolis, 30 de julho de 2019.

RELATÓRIO

A representante do Ministério Público do Estado de Santa Catarina com atuação perante o Juízo de Direito da Vara da Infância e Juventude da comarca de Lages ofereceu denúncia em face de Ademilson Alves, dando-o como incurso nas sanções dos arts. 163, parágrafo único, III, e 147, *caput*, ambos do Código Penal, e art. 21 do Decreto-Lei 3.688/1941, estes últimos na forma da Lei 11.340/2006, pela prática dos fatos delituosos assim narrados:

De acordo com as provas amealhadas no caderno investigativo, o denunciado **ADEMILSON ALVES** e a ofendida Fabiana da Rosa conviviam em união estável há 3 (três) anos, na época dos fatos.

Fato típico 1:

No dia 17 de junho de 2016, por volta das 20h20min., em residência particular localizada na Rua Tito Ramos, f-12, Bairro Universitário, neste município e Comarca de Lages/SC, o denunciado **ADEMILSON ALVES**, de forma consciente e voluntária (dolosamente), aproveitando-se das relações domésticas e familiares, praticou vias de fato contra a ofendida Fabiana da Rosa, sua companheira, notadamente ao desferir-lhe um soco no pescoço, fazendo com que a vítima caísse ao chão, machucando seu cotovelo, sem, no entanto, causar-lhe lesões aparentes.

Fato típico 2:

Ato contínuo, nas mesmas condições de tempo e espaço, o denunciado **ADEMILSON ALVES**, de forma consciente e voluntária (dolosamente), aproveitando-se das relações domésticas e familiares, ameaçou a vítima Fabiana da Rosa, de causar-lhe mal injusto e grave, notadamente ao dizer que iria matá-la e atear fogo na sua casa.

Fato típico 3:

Logo após, quando a Polícia Militar foi acionada pela vítima, no mesmo local antes mencionado, o denunciado **ADEMILSON ALVES**, de forma consciente e voluntária (dolosamente), deteriorou a viatura da Polícia Militar, FIAT/PALIO WK TREKK 1.6, cor branca, placas MLL-4577, batendo com a cabeça contra o vidro lateral traseiro da viatura, causando danos ao patrimônio do Estado de Santa Catarina (*sic*, fls. 36-37).

Encerrada a instrução, o Magistrado *a quo* julgou procedente o pedido formulado na inicial acusatória para condená-lo às penas de oito meses de detenção e trinta dias de prisão simples, a serem resgatadas em regime inicialmente aberto, cuja execução não obstante suspendeu pelo prazo de dois anos, com base no art. 77 da Norma Substantiva Penal, e pagamento de dez dias-multa, individualmente arbitrados à razão de um trigésimo do salário mínimo vigente à época dos fatos, por infração ao preceito dos respectivos arts. 163, parágrafo único, III, e 147, *caput*, e art. 21 da Lei de Contravenções Penais, estes últimos na forma da Lei n. 11.340/2006.

Inconformado, interpôs o réu recurso de apelação, almejando sua absolvição de todas as imputações, ao argumento de que inexistem nos autos substratos de convicção aptos para embasar um decreto condenatório. No que se refere ao crime de ameaça, aduz que deve incidir o princípio do *in dubio pro reo* na espécie. Sustenta, ainda, no que concerne ao injusto de dano qualificado pela prática contra o patrimônio público, a atipicidade da conduta ante a ausência de *animus nocendi*. Subsidiariamente, pleiteia o afastamento da circunstância agravante atinente ao cometimento das infrações com violência contra a mulher quanto aos ilícitos de ameaça e vias de fato, ou, não sendo este o entendimento, requer sua aplicação no patamar de um sexto.

Em suas contrarrazões, o Promotor de Justiça oficiante pugna pelo parcial provimento do inconformismo, para reduzir a fração de exasperação das reprimendas na segunda etapa do dimensionamento.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, por intermédio de parecer da lavra da eminente Procuradora de Justiça Heloísa Crescenti Abdalla Freire, opinou pelo conhecimento e provimento em parte do reclamo, tão somente para aplicar a agravante do art. 61. II, “f”, do Decreto-Lei 2.848/1940, no patamar de um sexto.

É o relatório.

VOTO

Presentes os respectivos pressupostos de admissibilidade, conhece-se da irresignação e passa-se à análise do seu objeto.

Consoante relatado, requer o acusado a sua absolvição ante a alegada ausência de provas suficientes para a condenação.

Razão, todavia, não lhe assiste.

A materialidade e autoria dos ilícitos restaram devidamente demonstradas por meio do auto de prisão em flagrante nº 472.16.00388 (fls. 2), boletim de ocorrência nº 00472.2016.06772 (fls. 9-10) e laudo pericial n. 9123.16.00669 (fls. 40-41), bem assim pelos depoimentos constantes nos autos.

Com efeito, em ambas as etapas procedimentais, a vítima Fabiana da Rosa relatou que o denunciado desferiu-lhe um soco na região do pescoço, o que a fez inclusive cair ao chão, machucando o cotovelo, razão pela qual sua mãe acionou a polícia militar. Adicionou, ainda,

que aquele a ameaçou de morte, afirmando que atearia fogo em sua casa, sendo certo que, em determinado momento, após a chegada dos servidores estatais, ficou mais agressivo e passou a bater na viatura com a cabeça, danificando-a (fls. 5 e 88).

Destaca-se que, conquanto o recorrente questione a possibilidade de se utilizar das declarações da ofendida como fundamentação para sustentar o édito condenatório, a jurisprudência pacificou o entendimento de que “[...] em casos de violência contra a mulher - seja ela física ou psíquica -, a palavra da vítima é de extremo relevo para a devida elucidação dos fatos, constituindo elemento hábil a fundamentar um veredicto condenatório, máxime quando corroborada pelos demais elementos de prova encontrados nos autos” (TJSC, Apelação Criminal n. 0301611-48.2014.8.24.0011, de Brusque, rel. Des. Júlio César Machado Ferreira de Melo, j. 2-7-2019).

Ademais, tem-se que este não foi o único elemento analisado para embasar o *decisum* no que atine ao delito de ameaça, como quer fazer crer a defesa, tendo em vista que as palavras de Fabiana da Rosa foram corroboradas pelas do agente público Diego Jesus de Liz, o qual assegurou, nas duas fases da persecução penal, que, na oportunidade em que se aproximou do local do fato, aquela apresentava sinais da agressão em seu pescoço. Expôs que testemunhou o increpado ameaçá-la, uma vez que assim agiu inclusive na presença dos servidores estatais. Por fim, asseverou que este se encontrava bastante alterado e, mesmo algemado, golpeou a viatura com a cabeça por diversas vezes, o que ocasionou os danos constatados a fls. 40-41 (fls. 3 e 98).

Em complemento, ouvido apenas na fase extrajudicial, Marcos Eder Camargo Pereira acrescentou que o agente nada explicou quando questionado acerca da dinâmica do episódio (fls. 4).

Ressalta-se que, no exercício das funções de polícia ostensiva e de preservação da ordem pública, outorgadas à Polícia Militar pelo art. 144, § 5º, da Constituição da República, os membros da instituição prestam depoimentos dotados de presunção *juris tantum* de veracidade, de modo que suas palavras devem ser tomadas como reflexos da realidade quando inexistentes elementos concretos que revelem seu intuito de incriminar falsamente a outrem.

Afinal, “não faria sentido o Estado credenciar agentes para exercer o serviço público de repressão ao crime e garantir a segurança da sociedade e depois lhe negar crédito quando fossem prestar contas acerca de suas tarefas no exercício da função” (TJSC, Apelação Criminal n. 2009.006293-5, *apud* Apelação Criminal n. 0007954-78.2016.8.24.0039, de Lages, rel. Des. Moacyr de Moraes Lima Filho, j. 5-12-2017).

E, como se vê, os relatos não apresentam distorção de conteúdo capaz de maculá-los. Ao contrário, foram reproduzidos de forma harmônica, de modo a representar componentes significativos no contexto processual.

Por sua vez, ouvido apenas em delegacia de polícia, dado que teve sua revelia decretada sob o crivo do contraditório (fls. 88), o apelante negou a prática das infrações, alegando que não proferiu qualquer ameaça, tal como foi sua ex-companheira quem investiu contra si, e apenas a empurrou para se defender. Justificou, além disso, que não teve a intenção de danificar o automóvel da polícia

militar, garantindo que o estrago sucedeu tão somente porque se desequilibrou, vindo a bater no veículo acidentalmente (fls. 6).

Posto isso, o arrazoado não encontra amparo nos autos, sobretudo porque o conjunto probatório é forte e robusto em apontar que o insurgente perpetrou as condutas narradas na exordial acusatória.

Sendo assim, a almejada absolvição do injusto contra a pessoa pela aplicação do primado do *in dubio pro reo* não se sustenta, mormente em virtude de haver intimidado a vítima por meio de palavras até mesmo na presença dos agentes públicos.

Outro não é o entendimento deste Sodalício:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME DE AMEAÇA, PRATICADO SOB CONTEXTO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E/OU FAMILIAR CONTRA A MULHER (ART. 147, *CAPUT*, CÓDIGO PENAL, C/C O ART. 7º, I E II, DA LEI N. 11.340/06). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA. PLEITO ABSOLUTÓRIO COM BASE NA AUSÊNCIA DE PROVAS OU PELO PRINCÍPIO DO *INDUBIO PRO REO*. IMPOSSIBILIDADE. MATERIALIDADE E AUTORIA DEMONSTRADAS. PALAVRAS COERENTES E FIRMES DA VÍTIMA EM AMBAS AS FASES PROCESSUAIS QUE POSSUEM RELEVANTE VALOR PROBATÓRIO E SÃO SUFICIENTES PARA DAR A CERTEZA NECESSÁRIA DA OCORRÊNCIA DO CRIME. PRECEDENTES DESTA EGRÉGIA CORTE. ADEMAIS, DEPOIMENTO TESTEMUNHAL QUE CORROBORA OS DIZERES DA OFENDIDA. “A violência doméstica, como o próprio tipo já diz, ocorre no ambiente familiar, impossibilitando, muitas vezes, a presença de qualquer testemunha. Assim, a palavra da própria vítima acaba sendo o único meio probatório e o que mais se aproxima da realidade fática do ocorrido, devendo-se tê-la como válida para amparar a condenação, tanto mais se considerada a inexistência de motivos que justifiquem seu interesse em incriminar o acusado gratuitamente (Apelação Criminal n. 2010.064450-4, de Sombrio, rel. Des. Newton Varella Júnior. Data: 01.08.2012). CONDENAÇÃO MANTIDA. [...] (Apelação Criminal n. 0000657-58.2012.8.24.0104, de Ascurra, rel. Des. Cinthia Beatriz da Silva Bittencourt Schaefer, j. 11-4-2019).

Inviável, por conseguinte, a aplicação do aludido postulado, que tem como escopo resolver a dúvida em favor dos acusados com a finalidade de prevenir condenação injusta de pessoa inocente, porquanto os elementos de convicção angariados conduzem à conclusão cristalina acerca da materialidade e autoria delitivas.

De outro norte, quanto à contravenção penal sob exame, conveniente registrar que sua configuração dispensa a existência de laudo pericial, notadamente porque, em sua maioria, tais ilícitos não deixam resultado naturalístico passível de averiguação pela prova técnica.

A propósito, o art. 167 do Código de Processo Penal dispõe que “Não sendo possível o exame de corpo de delito, por haverem desaparecido os vestígios, a prova testemunhal poderá suprir-lhe a falta”.

Nesse sentido leciona Pedro Lenza, elucidando que “[...] mostra-se desnecessária a realização de exame de corpo de delito, porque a vítima não sofre lesões corporais” (*Legislação penal especial: esquematizado*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 255).

Dessa forma, não restam dúvidas acerca do proceder transgressor, especialmente porque, conforme já explanado, a narrativa da vítima foi corroborada pelo depoimento de Diego Jesus de Liz, que relatou haver constatado que esta apresentava marcas de agressão no pescoço (fls. 88).

Nesse diapasão, colhe-se do acervo de julgados deste Areópago:

APELAÇÃO CRIMINAL. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. CONTRAVENÇÃO PENAL E CRIME CONTRA A LIBERDADE INDIVIDUAL. VIAS DE FATO (ART. 21 DO DECRETO-LEI N. 3.688/47) E AMEAÇA (ART. 147 DO CP). INCIDÊNCIA DA LEI N. 11.340/06. SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA.

ALMEJADA ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. PRETENDIDA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DO *IN DUBIO PRO REO*. IMPOSSIBILIDADE. 1. VIAS DE FATO. LAUDO PERICIAL DISPENSÁVEL. CONDUTA QUE NÃO DEIXA VESTÍGIOS. DECLARAÇÃO DA OFENDIDA FIRME E COERENTE EM AMBAS AS FASES PROCESSUAIS. PALAVRA DA VÍTIMA QUE POSSUI ESPECIAL RELEVÂNCIA EM CASOS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA, POR CONTA DA CLANDESTINIDADE.

[...]

RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E DESPROVIDO (Apelação Criminal n. 0015310-30.2016.8.24.0038, de Joinville, rel. Des. Leopoldo Augusto Brüggemann, j. 18-6-2019).

De outra banda, quanto à tese de atipicidade da conduta ante a ausência de dolo em relação ao crime contra a administração pública, igualmente razão não lhe assiste.

O dano à viatura policial foi comprovado pelo laudo pericial n. 9123.16.006669, cuja conclusão foi pela verificação da “existência de um vidro traseiro esquerdo totalmente danificado”. E que “o dano foi causado por choque mecânico” (fls. 40).

Como visto, as testemunhas e a vítima foram uníssonas ao indicar a intenção do demandado, que estava agressivo e voluntariamente passou a desferir cabeçadas no aludido automóvel.

Vê-se, pois, que a propalada ausência de *animus nocendi* no proceder encontra-se isolada nos autos, de modo que não comporta provimento.

A propósito:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO E CONTRA A ADMINISTRAÇÃO EM GERAL. DANO QUALIFICADO E RESISTÊNCIA (ARTS. 163, PARÁGRAFO ÚNICO, III, E 329, AMBOS DO CÓDIGO PENAL). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA.

PLEITO ABSOLUTÓRIO POR AUSÊNCIA DE PROVAS. NÃO CABIMENTO. ACUSADO QUE EMPREGOU FORÇA FÍSICA PARA RESISTIR À PRISÃO E, NA SEQUÊNCIA, DANIFICOU O INTERIOR DA VIATURA POLICIAL. PALAVRAS DOS POLICIAIS UNÍSSONAS NESSE SENTIDO. LAUDO PERICIAL COMPROVANDO OS DANOS NO COMPARTIMENTO INTERNO DO PORTA MALAS. *ANIMUS NOCENDI* DEVIDAMENTE CARACATERIZADO. [...]

RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO (TJSC, Apelação Criminal n. 0000121-57.2014.8.24.0078, de Urussanga, rel. Des. Leopoldo Augusto Brüggemann, j. 29-1-2019).

Além do mais, não se olvida que “[...] entende-se dispensável, para a configuração do delito descrito no art. 163, parágrafo único, inciso III, do Código Penal, que o agente atue com o chamado *animus nocendi* (intenção de prejudicar), bastando apenas que destrua, inutilize ou deteriore o patrimônio público, sem qualquer finalidade específica” (TJSC, Apelação Criminal n. 0008363-39.2015.8.24.0023, da Capital, rel. Des. Paulo Roberto Sartorato, j. 5-4-2018).

Dessarte, inviável o acolhimento dos pleitos absolutórios, devendo se manter hígida a solução condenatória alvitada na origem.

Outrossim, requer o insurgente, genericamente, a exclusão da circunstância agravante descrita no art. 61, II, “f”, do Código Penal.

Novamente sem razão.

Não se desconhece a impossibilidade de exasperação da reprimenda alicerçada na referida circunstância quando a conjuntura de violência doméstica contra a mulher se enquadra em lesão corporal (Decreto-lei 2.848/1940, art. 129, § 9º), pois elementar desta espécie incriminadora, sendo certo que “ocorre o *bis in idem* a aplicação de agravante, a qual é elementar ou qualificadora do próprio crime pelo qual se está sendo punido. [...]” (TJSC, Apelação Criminal n. 0009609-36.2012.8.24.0036, de Jaraguá do Sul, rel. Des. Getúlio Corrêa, j. 31-5-2016).

A agravante em questão, entretanto, foi aplicada a infrações que não preveem a particularidade de serem praticadas contra a mulher, de modo que o almejado afastamento não se mostra pertinente.

Por outro lado, merece guarida o pleito de adequação da fração empregada para exasperar a sanção no passo intermediário do cômputo.

Isso porque, após analisar os vetores atinentes à fase inaugural da dosimetria, assim consignou o douto sentenciante:

Assim, quanto à ameaça fixo a pena base (art. 147 do CP) em 01 mês de detenção. Presente a circunstância agravante (CP- art. 61, II, “f”), elevo a pena de 30 dias, fixando-a em 02 meses de detenção, tornando-a definitiva em razão da inexistência de outras agravantes, atenuantes e/ou causas de aumento ou diminuição.

No tocante à contravenção de vias de fato, fixo a pena base em 15 dias de prisão simples. Presente a agravante de crime praticado no âmbito doméstico, aumento a reprimenda de 15 dias, tornando-a definitiva em 30 dias de prisão simples (*sic*, fls. 101).

Feito o registro, cediço que a legislação não estabelece parâmetros para a elevação ou redução do *quantum* na primeira e segunda etapas da dosimetria, sobretudo porque tal procedimento não

deve se fundar em mera operação matemática, já que se revela discricionário do julgador, o qual estabelecerá a prevenção e censura do ilícito penal mediante o arbitramento da sanção cabível ao contexto fático.

É o que se extrai dos ensinamentos de Guilherme de Souza Nucci:

1. Conceito de fixação da pena: trata-se de um processo judicial de discricionariedade juridicamente vinculada visando à suficiência para prevenção e reprovação da infração penal. O juiz, dentro dos limites estabelecidos pelo legislador (mínimo e máximo, abstratamente fixados para a pena), deve eleger o *quantum* ideal, valendo-se do seu livre convencimento (discricionariedade), embora com fundamentada exposição do seu raciocínio (juridicamente vinculada). [...] (*Código penal comentado*. 15. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 438).

No entanto, diante da ausência de fração exata para a análise da reprimenda nas duas primeiras fases, esta Corte, com base na jurisprudência pátria, elegeu o patamar equivalente a um sexto como parâmetro de aumento a ser realizado para cada circunstância judicial desfavorável, agravantes e atenuantes.

A regra, todavia, não é absoluta, o que torna possível majoração diversa, desde que observada a correspondência entre a proporção elencada nas etapas do cálculo da pena e apresentada fundamentação plausível que justifique medida mais rigorosa.

Na conjuntura em apreço, embora devido o aumento da sanção, utilizou-se parâmetro muito superior ao costumeiramente empregado por este Tribunal de Justiça, o que se afigura inadequado, em razão da ausência de fundamentação pertinente para o incremento excessivo.

Sobre o tema, o Supremo Tribunal Federal assentou que “por não haver o Código Penal estabelecido a quantidade de aumento das agravantes genéricas, a doutrina e a jurisprudência têm entendido, com certa uniformidade, que a elevação deve ser equivalente em até um sexto da pena-base. Precedentes que cancelaram a aplicação de fração superior a um sexto, vale registrar, levaram em consideração a existência de específica fundamentação lastreada nas especiais circunstâncias da causa penal” (RHC 127.382/MG, rel. Min. Teori Zavascki, j. 5-5-2015).

A Corte não destoa:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO. ROUBO (CP, ART. 157, CAPUT). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA. [...]

DOSIMETRIA. PRIMEIRA FASE. CONDUTA SOCIAL VALORADA NEGATIVAMENTE. POSSIBILIDADE. AGENTE QUE REGISTRA TRÊS CONDENAÇÕES DEFINITIVAS PELO COMETIMENTO DE CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO. FRAÇÃO DE 1/5 PARA EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. REDUÇÃO PARA 1/6 NA ESTEIRA DO ENTENDIMENTO DESTA TRIBUNAL. MANUTENÇÃO DA FRAÇÃO DE 1/6 NA ETAPA INTERMEDIÁRIA, POR CONTA DA REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA. SENTENÇA PARCIAL REFORMADA.

[...]

- A existência de condenações transitadas em julgado em momento anterior aos fatos em análise possibilita a majoração da pena-base no tocante aos antecedentes e a conduta social, bem como a valoração da reincidência na segunda etapa da dosimetria.
- O magistrado detém o poder discricionário de analisar e quantificar as circunstâncias judiciais (CP, art. 59), majorando a reprimenda conforme sua convicção, desde que o faça em decisão devidamente fundamentada, não estando vinculado a determinada fração para cada circunstância judicial negativa.
- Parecer da PGJ pelo conhecimento e o provimento parcial do recurso.
- Recurso conhecido e provido em parte (Apelação Criminal n. 0008202-81.2015.8.24.0038, de Joinville, rel. Des. Carlos Alberto Civinski, j. 16-2-2016).

Portanto, a utilização do patamar equivalente a um sexto para a exasperação das penas na segunda fase da dosimetria é medida que se impõe.

Passa-se, pois, ao redimensionamento das sanções.

Quanto ao crime de ameaça, considerando a reprimenda basilar de um mês de detenção acertadamente fixada pelo Magistrado *a quo* e, no passo intermediário, observada a ausência de circunstâncias atenuantes e a presença da agravante do art. 61, II, “f”, do Diploma Repressivo, deve ser majorada em um sexto, restando a condenação estipulada em um mês e cinco dias de detenção, a qual se torna definitiva, dada a inexistência de causas de especial aumento ou diminuição a serem sopesadas.

No que se refere à contravenção penal de vias de fato, conservando-se a pena-base de quinze dias de prisão simples estabelecida de maneira escorreita pelo Togado singular e, na segunda fase, constatada a ausência de circunstâncias atenuantes e a necessária incidência da agravante relacionada à prática da infração com violência contra a mulher, incrementa-se à sanção a fração de um sexto, resultando em dezessete dias de prisão simples, a qual se torna definitiva, tendo em vista não se verificar qualquer causa de especial aumento ou diminuição na espécie.

Dessa forma, levando em conta a preservação integral do cálculo quanto ao ilícito de dano qualificado pela prática contra o patrimônio público, cujo *quantum* foi fixado em seis meses de detenção e pagamento de dez dias-multa, e procedendo à soma das penas devido ao concurso material de crimes, restam as reprimendas definitivamente estipuladas em sete meses e cinco dias de detenção, dezessete dias de prisão simples e pagamento de dez dias-multa, mantidas as demais cominações do pronunciamento objurgado.

Ante o exposto, o voto é no sentido de conhecer do recurso e dar-lhe parcial provimento, de modo a estabelecer a fração de um sexto para o incremento decorrente da circunstância agravante prevista no art. 61, II, “f”, do Código Penal, e, conseqüentemente, operar-se novo cálculo das reprimendas, nos moldes acima delineados.

Apelação Criminal n. 0002413-93.2009.8.24.0044, de Orleans

Relatora: Desembargadora Cinthia Beatriz da S. Bittencourt Schaefer

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME DE FURTO QUALIFICADO PELO ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO (ART. 155, § 4º, I, DO CÓDIGO PENAL). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO PELA AUSÊNCIA DE PROVAS OU PELO IN DUBIO PRO REO. POSSIBILIDADE. AUTORIA QUE SE MOSTROU DUVIDOSA PELA PROVA PRODUZIDA NOS AUTOS. DÚVIDA QUE SE RESOLVE EM FAVOR DO RÉU. APLICAÇÃO NECESSÁRIA DO PRINCÍPIO DO IN DUBIO PRO REO. ABSOLVIÇÃO QUE SE IMPÕE. “À míngua de provas robustas do ilícito de furto narrado à inicial, impossível a condenação do réu, não bastando, para tanto, somente a presença de indícios isolados ou a eventual certeza moral do cometimento do delito. Afinal, no processo penal, para que se possa concluir pela condenação do acusado, necessário que as provas juntadas ao longo da instrução revelem, de forma absolutamente indubitável, sua responsabilidade por fato definido em lei como crime (TJSC, Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2015.004508-6, de Turvo, rel. Des. Paulo Roberto Sartorato, j. 28-04-2015)”. MAJORAÇÃO, DE OFÍCIO, DOS HONORÁRIOS AO DEFENSOR DATIVO PELA ATUAÇÃO NA FASE RECURSAL. ART. 85, § 11, DO CPC DE 2015. DECISÃO POSTERIOR À ENTRADA EM VIGOR DO NOVO CPC. VALOR FIXADO NOS TERMOS DO ENTENDIMENTO DA SEÇÃO CRIMINAL DESTA EGRÉGIA CORTE E NO ART. 85, §§ 2º e 8º, DO CPC. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 0002413-93.2009.8.24.0044, da comarca de Orleans 2ª Vara em que é Apelante Jucemar da Silva e Apelado Ministério Público do Estado de Santa Catarina.

A Quinta Câmara Criminal decidiu, por votação unânime, conhecer do recurso e dar-lhe provimento para absolver o réu e, de ofício, majorar os honorários advocatícios do defensor dativo em R\$ 536,00 (quinhentos e trinta e seis reais) em razão da sua atuação nesta instância recursal. Custas legais.

Participaram do julgamento, realizado nesta data, o Exmo. Sr. Desembargador Luiz Cesar Schweitzer e o Exmo. Sr. Desembargador Luiz Neri Oliveira de Souza.

O conteúdo do presente acórdão, nos termos do § 2º, do artigo 201, do Código de Processo Penal, deverá ser comunicado pelo juízo de origem.

Florianópolis, 25 de julho de 2019.

Cinthia Beatriz da S. Bittencourt Schaefer
Presidente e Relatora

RELATÓRIO

O Ministério Público de Santa Catarina ofereceu denúncia em face de Jucemar da Silva,

Maycon Menegasso e Ronaldo Felisbino, imputando-lhes a prática do delito do art. 155, §4º, inciso I e IV, do Código Penal, em continuidade delitiva, conforme os seguintes fatos narrados na peça acusatória (fls. 85/89):

“Fato 1: furto contra a Loja Maçônica São João Batista

No dia 9 de novembro de 2008, em horário a ser precisado durante a instrução criminal, no estabelecimento denominado Loja Maçônica São João Batista, situado na Rua Aristiliano Ramos, bairro Centro, nesta Comarca, os denunciados JUCEMAR DA SILVA, MAYCON MENEGASSO e RONALDO FELISBINO, em comunhão de esforços e desígnios, com evidente animus furandi, mediante rompimento de obstáculos (arrombaram uma grade da janela situada no 2º andar nos fundos do prédio), subtraíram para si, do interior do estabelecimento, 01 (uma) TV marca Gradiente com controle, modelo GBT-2011 míni sisten HI FI com MP3 e bandeja para 03 CD's, além de uma espada cor dourada com detalhes em ouro no cabo.

Dos bens subtraídos, apenas o controle da TV marca Gradiente e o objeto em forma de duas espadas (guarda do tempo) foram recuperados, conforme termo de reconhecimento e entrega de fl. 41.

Fato 2: Furto contra o Armazém Martinhos

Em 09 de novembro de 2008, em horário a ser apurado na instrução processual, e após a consumação do furto contra a Loja Maçônica São João Batista, no estabelecimento denominado Armazém Martinhos, situados nesta Comarca, os denunciados JUCEMAR DA SILVA, MAYCON MENEGASSO e RONALDO FELISBINO, em comunhão de esforços e desígnios, com evidente animus furandi, subiram no forro da referida casa noturna e iniciaram o arrombamento do local, não se consumando a subtração apenas por circunstâncias alheias a vontade dos agentes, tendo em vista que o alarme disparou.

Salienta-se que no referido forro, foi encontrado um controle de televisão, objeto este que fora subtraído pelos denunciados por ocasião do furto perpetrado em face da Loja Maçônica São João Batista.

Fato 3: Furto contra a Cooperativa Auriverde

No dia 13 de novembro de 2008, em horário noturno, no estabelecimento denominado Coopercolina Auriverde, situado na Rua Professor Maia, bairro Lomba, nesta Comarca, os denunciados JUCEMAR DA SILVA, MAYCON MENEGASSO e RONALDO FELISBINO, em comunhão de esforços e desígnios, com evidente animus furandi, mediante rompimento de obstáculo (Laudo Pericial de fls. 94-97), subtraíram para si, do interior do estabelecimento, 01 (uma) motocicleta Honda CG 125 Titan, Placas LWW-8373 de cor azul e seu respectivo documento, 01 (um) capacete cor verde, 01 (uma) caixa de ferramentas de plástico de cor preta contendo em seu interior 03 (três) serrinhas de metal de cor vermelha da marca Nicholson (Termo de Apreensão de fl. 42), 01 (um) jogo contendo 7 (sete) chaves, 01 (um) estojo contendo 06 (seis) canivetes e R\$ 407,00 (quatrocentos e sete reais) em espécie.

Dos bens subtraídos, apenas a caixa de ferramentas de cor preta, o jogo de sete chaves e o estojo contendo somente um dos canivetes foram recuperados.

Fato 4: Furto contra a GW Cerealista Ltda

No dia 13 de novembro de 2008, em horário noturno, após a consumação do furto contra a Coopercolina Auriverde, no estabelecimento denominado GW Cerealista Ltda, situado na Rua José Bianco, n. 120, bairro Rio Belo, nesta Comarca, os denunciados JUCEMAR DA SILVA, MAYCON MENEGASSO e RONALDO FELISBINO, em comunhão de esforços e desígnios, com evidente animus furandi, mediante rompimento de obstáculo (Laudo Pericial de fls. 91-93), subtraíram para si, 01 (um) mouse marca Pauta de cor preta, 02 (duas) caixas de som (próprias para computador), 01 (um) monitor de tela plana de 17 polegadas marca

AOC, 01 (uma) CPU Intel Speed com adesivo da Silicon Informática, 01 (um) teclado cor preta e 01 (um) modem USB/ADSL marca Siemens 420, conforme Termo de Apreensão e Termo de Reconhecimento e Entrega de fls. 12 e 14.

Importante consignar, que nas imediações da empresa GW Cerealista Ltda., foi encontrada uma serrinha nova, a qual é idêntica as subtraídas na empresa Coopercolina Auriverde. (fls. 15-19).”

A denúncia foi recebida (fl. 235), os réu foram citados (fls. 252, 287 e 319) e apresentaram defesa (fls. 260/268; 307/308 e 323/326).

As defesas foram recebidas e, não sendo o caso de absolvição sumária, foi designada audiência de instrução e julgamento (fl. 327).

Na instrução foram inquiridas as testemunhas arroladas por acusação e defesa e interrogados os réus (fls. 377/380; 434/437 e 607/609).

Encerrada a instrução processual e apresentadas as alegações finais (fls. 607/609; 610/621; 626/629, 630/637 e 641/649), sobreveio a sentença (fls. 650/658) com o seguinte dispositivo:

“Ante o exposto, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE o pedido contido na denúncia e, em consequência:

A) CONDENO o réu JUCEMAR DA SILVA, ao cumprimento da pena de 2 (dois) anos e 09 (nove) meses de reclusão, em regime inicial fechado, além de 20 (vinte) dias-multa, estes fixados em 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos, pela prática do delito previsto no art. 155, §4º, inciso I do Código Penal (fato 1).

B) ABSOLVO os réus RONALDO FELISBINO e MAYCON MENEGASSO, já qualificados nos autos, das imputações que lhe são feitas, nos termos do artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal.”

O réu Jucemar interpôs recurso de apelação (fls. 686/689) pleiteando sua absolvição pela insuficiência probatória, sob o argumento de que os corréus foram absolvidos com o mesmo conjunto de provas.

Foram apresentadas as contrarrazões (fls. 694/701) e ascenderam os autos a este egrégio Tribunal de Justiça.

Lavrou parecer pela Douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Odil José Cota, manifestando-se pelo conhecimento e provimento do recurso (fls. 709/716).

Este é o relatório.

VOTO

O recurso deve ser conhecido, visto que presentes os pressupostos de admissibilidade.

O réu-apelante pretende a reforma da sentença e sua conseqüente absolvição, fundamentando que não foram produzidas provas suficientes nos autos para comprovar a autoria que lhe foi imputada.

Em juízo Jucemar da Silva negou ter praticado o furto na Loja Maçônica, não viu ou teve a posse dos objetos furtados, que Almir era companheiro de sua irmã e estava na casa dele visitando a família:

“[...] que na época dos fatos era usuário de drogas, [...] que nega ter participado do furto na loja maçônica, que os objetos deixados na residência do Almir, na verdade não sei porque ele está fazendo isso. Que o conhecia da Penitenciária São Pedro de Alcântara em Florianópolis, que já estava preso a um bom tempo, que teve a saída de sete dias, que veio passar uns dias com os familiares, que Almir era casado com sua irmã. Que no dia conheceu uma moça e que levou ela para casa de Almir e que nesse dia apareceram Ronaldo e Maycon lhe convidando para sair, que Ronaldo é seu primo. Que disse que não podia sair, porque se a policia me abordar depois e eu estiver na rua, vai regredir meu regime que não queria porque estava quase saindo. E que ficou com a moça na casa do Almir. Que depois ele falou que o Maycon e Ronaldo tinham voltado ali, que não sabe se eles realmente voltaram, que não viu. Que no dia que a policia abordou a casa, estava com seus sobrinhos, que estava fazendo almoço para eles para depois ir para a escola [...]. Com relação aos furtos no Martinhos, que também não aconteceu, e na Coopercolina Auriverde, que conhece o estabelecimento, mais negou participação. Que os objetos roubados não viu ou tem conhecimento. E por último GW Cerealista, onde teria sido furtado um computador, que não tem conhecimento do fato [...]” (fl. 76).

Todos os demais corréus que foram absolvidos pelo magistrado sentenciante negaram ter participado de quaisquer dos furtos noticiados, nem souberam da participação do réu-apelante.

As vítimas prestaram depoimento em juízo, todavia, não se recordavam do fato pelo tempo decorrido, ou suas informações não levaram a qualquer indício sobre os autores das infrações penais.

A testemunha Almir Troes Perone, em juízo, disse que foi o réu Jucemar quem realizou o furto na Loja Maçônica, que os objetos estavam na sua residência, embora não tenha visto que os colocou no local:

[...] Ronaldo, Maycon e Jucemar eram amigos e sempre saíam juntos. Disse que Jucemar estava dormindo na sua casa porque ele estava de sete dias. Que um dia eles saíram de sua casa falando que iam para uma festa. Que levaram para sua residência um capacete de moto, coisas de mercado, televisão, espada, entre outros. Que primeiramente os objetos foram guardados no quarto que Jucemar estava dormindo e que depois foram colocados em cima do forro da residência. Que quando questionou os acusados de onde eram os objetos, estes informaram que haviam furtado. Que os objetos ficaram menos de um mês em sua casa. Que foi pego de moto e que falou o que havia acontecido, indicando, inclusive, os autores dos furtos. Que os acusados não disseram se haviam feito o furto juntos. Que o furto realizado na Loja Maçônica foi realizado por Jucemar. Que por volta das 21/22 horas, os acusados saíram com um Fiat/Uno dizendo que estavam indo em uma festa. Que não sabe quem levou os produtos para dentro de sua residência visto que estava dormindo. Que, perguntado que seriam “eles”, se todos os acusados ou só Jucemar, respondeu dizendo que

não sabe quem foi, porque saíam sempre juntos. Que não sabe se todos os réus participara do furto, porque não viu nada, dormia direto porque trabalhava muito. Que conhece todos os acusados (fl. 76).

O Policial Civil Antônio Roque Cachoreira, relatou na fase policial que na residência de Almir foram encontrados diversos objetos de furtos, escondidos nos mais diversos cômodos:

“Que o depoente é Policial Civil lotado na Delegacia de Polícia da Comarca de Orleans; que, juntamente com o Investigador de Polícia Cristiano Cardoso dos Santos Passos Fermino, estava buscando identificar a autoria de furtos praticados na Loja Maçônica São João Batista, na Coopercolina-Auriverde e na GW Cerealista Ltda., respectivamente; que os três crimes seguiam o mesmo padrão; que uma serrinha furtada na Coopercolina-Auriverde, conforme relatório apresentado no IP 159/08, foi encontrada no local utilizado para que o crime na GW Cerealista Ltda foi perfectibilizado, o que implica em considerar que os mesmos que furtaram a GW Cerealista, furtaram a Coopercolina-Auriverde; que após intenso trabalho de investigação descobriu-se que a pessoa de Almir Troes Perone seria o receptor das mercadorias; que na noite de ontem, restou apreendida na posse de Almir Troes Perona uma motocicleta, que se descobriu tratar-se de uma montagem realizada através da união de duas motocicletas furtadas, sendo uma em Braço do Norte e outra em São Ludgero; que na oportunidade, Almir conseguiu ludibriar os policiais militares que fizeram a abordagem, o que permitiu sua evasão; que através da comunicação realizada pela Polícia Militar, a Polícia Civil iniciou a busca no sentido de localizar o suspeito da receptação; que Almir foi encontrado e asseverou que, de fato, estava dirigindo a motocicleta Honda/CG Titan, placas MAY-9045 (Urussanga/SC); que na residência de Almir foram encontrados diversos objetos proveniente de furtos, escondidos nos mais diversos cômodos do domicílio; que na casa de Almir foram encontrados objetos furtados na Coopercolina-Auriverde e na Loja Maçônica, que foram restituídos pelos representantes legais; que na residência foi identificada a pessoa de Ednilson Núncio Jenovêncio, que estava na posse de uma motocicleta Honda/CG 125, placa LXM-4560 (Lauro Muller/SC), com peças provavelmente oriundas de ilícito; que realizada uma pesquisa constatou-se que o escapamento dessa motocicleta, além dos retrovisores e dos punhos eram furtados na Loja JS Motos, da cidade de Lauro Muller, peças estas restituídas ao proprietário; que na casa também estava a pessoa de Jucemar da Silva, foragido da Penitenciária São Pedro de Alcântara; que Almir disse perante o depoente que os furtos estavam sendo praticados por Maycon, “Nado” e Jucemar da Silva; que na residência foi encontrada uma pequena quantidade de maconha; que o depoente deu voz de prisão em flagrante a Almir Troes Perone e Ednilson Núncio Jenovêncio (fl. 142/143)”. – grifei.

O investigador Cristiano dos Passos Cardoso Fermino, disse na fase policial que, por conta da abordagem a testemunha Almir foram até a residência deste e encontraram diversos objetos oriundos de furto:

“Que o depoente é Policial Civil e está no exercício de plantão policial; que o depoente tem conhecimento que Almir Troes Perone, na noite de ontem, estava na posse de uma motocicleta que havia sido montada através da junção de duas outras motocicletas que haviam sido furtadas, sendo uma furtada na cidade de Braço do Norte e outra na cidade de São Ludgero; que em razão de tal situação iniciou-se investigação com intuito de localizar Almir, sendo que, no final da manhã de hoje, o primeiro conduzido foi localizado próximo de sua residência; que constatou-se que na sua casa ele estava ocultando diversos objetos oriundos

de furto; que no armário da cozinha encontrou-se certa quantidade de maconha; que foi dada voz de prisão em flagrante a Almir e conduzido o mesmo para esta Unidade Policial; que na casa estavam as pessoas de Jucemar da Silva, foragido da Penitenciária São Pedro de Alcântara e Edenilson Núncio Jenovêncio, que estava na posse de uma motocicleta Honda/CG 125, placa LXM 4560 (Lauro Müller/SC), com peças provavelmente oriundas de ilícito, que realizada uma pesquisa, constatou-se que o escapamento dessa motocicleta, além dos retrovisores e dos punhos eram furtados da loja JS Motos, da cidade de Lauro Müller, peças estas restituídas ao proprietário; que na casa também estava a pessoa de Jucemar da Silva, foragido da Penitenciária São Pedro de Alcântara; que Almir disse perante o depoente que os furtos estavam sendo praticados por Maycon, “Nado” e Jucemar da Silva; que foram dadas as devidas vozes de prisão em flagrante a Almir Troes Perone e Edenilson Núncio Jenovêncio (fl. 144)”.

No caso dos autos, nota-se que, apesar da intensa investigação citada pelos policiais, a prova que fundamentou a condenação se resume ao alegado pela testemunha Almir, o qual foi encontrado na posse de diversos objetos oriundos dos vários furtos ocorridos na região.

Os policiais perguntaram sobre o origem dos bens e a testemunha Almir apontou os três réus, incluindo o apelante, alegando que eles deixaram os bens guardados na residência enquanto o depoente dormia.

A mesma testemunha, ademais, alega que não sabe quem efetivamente deixou os bens no local, relatando que estava sempre dormindo por conta da extenuante jornada de trabalho, muito embora tenha sido denunciado pela recepção dolosa de objetos de vários furtos (fls. 167/169).

Nenhuma outra prova ou indício leva a crer que o réu-apelante foi o autor da conduta pela qual foi condenado, nem mesmo o fato de Almir ter citado na fase policial que viu o réu-apelante na posse da tal espada, que seria oriundo do furto ocorrido na Loja Maçônica, fato este não confirmado judicialmente.

Há de se ressaltar que o réu-apelante pode ter contato com parte da res furtiva pelo simples fato de estar visitando a referida testemunha, visto que os policiais relataram que o objetos estavam espalhados pela residência.

É até provável que o réu seja o autor do furto pelo qual foi condenado, e também dos que foi absolvido, mas não há provas que possam embasar a acusação com a certeza necessária para manter a condenação, tratando-se apenas de razoável indício, que não se traduz em certeza.

Estes são os precedentes deste egrégio Tribunal:

APELAÇÃO CRIMINAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO (ART. 157, § 2º, I, II E V DO CÓDIGO PENAL). SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. RECURSO MINISTERIAL. ALEGAÇÃO DE PROVAS SUFICIENTES PARA A CONDENAÇÃO, POIS COMPROVADA A AUTORIA DO RÉU. MATERIALIDADE DEVIDAMENTE COMPROVADA. AUTORIA QUE SE MOSTROU DUVIDOSA. VÍTIMAS QUE NÃO VISUALIZARAM O ROSTO DOS ASSALTANTES, POIS ENCAPUZADOS. CORDA ENCONTRADA NO LOCAL DO CRIME UTILIZADA PARA AMARRAR AS VÍTIMAS QUE PERTENCIA AO PAI DO

ACUSADO. TODAVIA, NENHUMA TESTEMUNHA O VIU PEGAR MUITO MENOS VIU NA POSSE DO ACUSADO. PRESUNÇÃO DE QUE TENHA SIDO O APELADO. DÚVIDA QUE SE RESOLVE EM FAVOR DO RÉU. “No processo penal, a dúvida não pode militar em desfavor do réu, haja vista que a condenação, como medida rigorosa e privativa de uma liberdade pública constitucionalmente assegurada (CF/88, art. 5º, XV, LIV, LV, LVII e LXI), requer a demonstração cabal da autoria e materialidade, pressupostos autorizadores da condenação, e na hipótese de constarem nos autos elementos de prova que conduzam à dúvida acerca da autoria delitiva, a absolvição é medida que se impõe, em observância ao princípio do in dubio pro reo” [...] (Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2012.012868-0, de Blumenau, rel. Des. Jorge Schaefer Martins, j. 28-06-2012). MANUTENÇÃO DA SENTENÇA ABSOLUTÓRIA QUE SE IMPÕE. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (TJSC, Apelação Criminal n. 0000459-02.2015.8.24.0141, de Presidente Getúlio, rel. Des. Cinthia Beatriz da Silva Bittencour Schaefer, j. 14-02-2017).

PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO. FURTO QUALIFICADO (ART 155, § 4º, I E IV DO CP). SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. RECURSO DA ACUSAÇÃO. ALMEJADA CONDENAÇÃO DOS ACUSADOS. INVIABILIDADE. CONJUNTO PROBATÓRIO FRÁGIL E INSUFICIENTE PARA DEMONSTRAR A AUTORIA DELITIVA DOS RECORRIDOS ARAGONÊS E VILMAR. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO IN DUBIO PRO RÉU. SENTENÇA MANTIDA. - Inexistindo elementos de prova suficientes para demonstrar com certeza a autoria delitiva, senão a mera presunção de que participaram dos fatos, a absolvição dos acusados é medida que se impõe, em observância ao princípio do in dubio pro reo. - Parecer da PGJ pelo conhecimento e desprovisionamento do recurso. - Recurso conhecido e desprovido. (TJSC, Apelação Criminal n. 0005628-63.2007.8.24.0039, de Lages, rel. Des. Carlos Alberto Civinski, j. 01-11-2016).

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO. FURTO QUALIFICADO PELO EMPREGO DE FRAUDE (CÓDIGO PENAL, ART. 155, § 4º, II). SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. INSURGIMENTO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. PRETENZA CONDENAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. CONJUNTO PROBATÓRIO QUE NÃO FORNECE A NECESSÁRIA CERTEZA ACERCA DA AUTORIA DELITIVA. INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DO IN DUBIO PRO REO. DECISÃO MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. A prolação do decreto condenatório exige certeza absoluta, fundada em elementos probatórios concludentes que permitam a formação de um seguro juízo de convicção acerca da existência da conduta delitiva e da sua autoria, caso contrário, outra solução não há além da absolvição, em observância ao princípio do in dubio pro reo. (TJSC, Apelação n. 0000182-05.2009.8.24.0235, de Herval d'Oeste, rel. Des. Luiz Cesar Schweitzer, j. 12-01-2016).

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO. FURTO QUALIFICADO PELO CONCURSO DE AGENTES (ART. 155, § 4º, INCISO IV, DO CÓDIGO PENAL) E CORRUPÇÃO DE MENORES (ART. 244-B DA LEI N. 8.069/90). RECURSO DEFENSIVO. PRETENDIDA A ABSOLVIÇÃO POR AUSÊNCIA DE PROVAS. VIABILIDADE. DÚVIDA INVENCÍVEL QUANTO À AUTORIA DELITIVA. NÃO COMPROVAÇÃO DA PARTICIPAÇÃO DO RÉU NA EMPREITADA CRIMINOSA. DELAÇÃO DA ADOLESCENTE NA FASE POLICIAL NÃO RATIFICADA NA PROVA COLHIDA EM JUÍZO. VÍTIMAS E MILICIANOS QUE NADA ESCLARECEM QUANTO À AUTORIA DO DELITO DE FURTO. INCERTEZA QUE, NA ESFERA PENAL, MILITA EM FAVOR DO ACUSADO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO IN DUBIO PRO REO. ABSOLVIÇÃO DECRETADA, COM FULCRO NO ART. 386, INCISO VII, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. SENTENÇA REFORMADA. RECURSO PROVIDO. 1. À minguada de provas robustas do ilícito de furto narrado à inicial, impossível a condenação do réu, não bastando, para tanto, somente a presença de indícios isolados ou a eventual certeza moral do cometimento do delito. Afinal, no processo penal, para que se possa concluir pela condenação do acusado, necessário que as provas juntadas ao longo da instrução revelem, de forma absolutamente indubitável, sua responsabilidade por fato definido em lei como crime. 2. No mais, “sendo incerta a autoria do acusado em relação ao delito que ocasionou a corrupção do menor, por consequência, ele também deve ser absolvido no que pertine ao

crime previsto no art. 244-B, caput, da Lei n. 8.069/90, com base no art. 386, VII, do Código de Processo Penal, por não haver prova da prática de infração penal”. (TJSC - Apelação Criminal n. 2010.031595-7, de Ipumirim, Rel. Des. Roberto Lucas Pacheco, j. em 14/06/2012). (TJSC, Apelação Criminal (Réu Preso) n. 2015.004508-6, de Turvo, rel. Des. Paulo Roberto Sartorato, j. 28-04-2015). – grifei.

Desta feita, o acolhimento da insurgência recursal neste ponto é medida que se impõe, diante da fragilidade probatória para embasar o decreto condenatório, razão pela qual deve se aplicar o princípio do in dubio pro reo, absolvendo-se o réu pela conduta que lhe foi atribuída na denúncia.

Por fim, tocante aos honorários da fase recursal ao defensor dativo, o artigo 85, § 11º, do CPC de 2015 disciplina que:

“[...] O tribunal, ao julgar recurso, majorará os honorários fixados anteriormente levando em conta o trabalho adicional realizado em grau recursal, observando, conforme o caso, o disposto nos §§ 2º a 6º, sendo vedado ao tribunal, no cômputo geral da fixação de honorários devidos ao advogado do vencedor, ultrapassar os respectivos limites estabelecidos nos §§ 2º e 3º para a fase de conhecimento.”

No caso presente, é possível a aplicação desse dispositivo, porquanto o recurso interposto decorre de decisão com data posterior à entrada em vigência da referida norma [18-3-2016], nos termos da orientação do Enunciado Adm. n. 7 do Superior Tribunal de Justiça.

Há de se citar ainda que, recentemente, foi editada a Resolução CM n. 5, de 8 de abril de 2019, que fixou as condições e valores para nomeação de defensores dativos no Estado de Santa Catarina.

Nesses termos, nos moldes do artigo 85, §§ 2º e 8º, do CPC c/c artigo 3º do CPP, a Deliberação n. 01/2013 da Seção Criminal desta egrégia Corte e a Resolução CM n. 5, de 8 de abril de 2019, considerado o tempo e trabalho presumivelmente despendidos pelo profissional, tem-se como adequado o valor de R\$ 536,00 (quinhentos e trinta e seis reais).

Ante o exposto, voto no sentido de conhecer do recurso e dar-lhe provimento para absolver o réu-apelante e, de ofício, majorar em R\$ 536,00 (quinhentos e trinta e seis reais) os honorários advocatícios do defensor dativo em razão da sua atuação nesta esfera recursal.

Este é o voto.

PRIMEIRO GRAU

Autos nº 0015834-14.2012.8.24.0023

Ação: Procedimento Comum/PROC

Autor: Jorge Ney Niches e outros

Réu e Denunciado: Estado de Santa Catarina e outros

Vistos etc.

Cuida-se de **ação de indenização por danos materiais e morais** proposta por **Jorge Ney Niches, Marlene da Silva Santos Niches, Mariah Coutinho Niches e Fernanda dos Santos Niches** em desfavor do **Estado de Santa Catarina e Taurus Armas**, todos devidamente qualificados.

Adoto o relatório ministerial de fls. 587/589, corroborando a integralidade de seus termos.

Prosseguindo; decisão saneadora às fls. 592/593, determinando-se a realização de prova pericial e instando as partes para que indiquem provas que pretendem produzir.

A ré Mapfre Seguros apresentou requerimento de provas e ofereceu quesitação (fls. 595/598).

Estado de Santa Catarina apresentou quesitos às fls. 600/601.

Quesitos dos Autores às fls. 603/604.

Proposta de honorários periciais às fls. 608/610.

Petitório autoral às fls. 615/617.

Honorários periciais depositados pelo ré Taurus às fls. 624/625.

Laudo pericial às fls. 691/701.

Parecer ministerial pelo desinteresse na causa às fl. 707/708.

As partes se manifestaram acerca do Laudo Pericial às fls. 711/713 (ré Taurus; acostando, também, parecer técnico às fls. 714/745); fls. 747/478 (ré Mapfre Seguros); fls. 749/752 (Autores); e 753 (Estado de Santa Catarina).

Instada, porquanto a única a manifestar interesse à tempo e modo (fl. 755), a ré Mapfre declinou da produção de prova oral (fl. 761).

Encerrada a instrução (fls. 762), a ré Taurus, os Autores e a ré Mapfre apresentaram alegações finais às fls. 765/771, 772/782 e 785/793, respectivamente; outrossim, o Estado de Santa Catarina deixou de oferecer as derradeiras alegações.

Vieram-me os autos conclusos.

É o relatório.

Decido:

Não há preliminares pendentes de apreciação.

1 Do mérito:

Passo à examinar, individualizadamente, a eventual responsabilidade das rés.

1.1 Da responsabilidade civil do Estado de Santa Catarina:

Preliminarmente, insta salientar que “**a competência para julgar as ações de indenização por danos morais e patrimoniais decorrentes de acidente de trabalho quando envolverem servidor e ente público será da Justiça comum, Estadual ou Federal, conforme o caso. Entendimento consolidado em decorrência do julgamento da ADI-MC 3.395/DF, que excluiu da expressão ‘relação de trabalho’ as ações decorrentes do regime estatutário.**” (STJ, CC 96.608/PB, Rel. Ministro Castro Meira, julgado em 18/12/2009)

No caso vertente, está-se a postular a responsabilização do Estado de Santa Catarina pelo fato de o policial militar Leandro Rodrigo Niches ter falecido, em 21.11.2011, em razão de suposto acidente laboral, ocasião em que, segundo narram, realizando abordagem de rotina, ao “*inclinarse para pegar a pochete do suspeito que estava no chão, [...] sua pistola, PT 100 .40, fabricada pela segunda ré, desprendeuse do seu colete e, caindo no chão, veio a disparar acidentalmente no rosto do Policial Militar*” (fl. 05).

Sustentam que o Estado é objetivamente responsável pela morte do miliciano, com amparo no art. 37, § 6.º, da Constituição Federal e art. 927, parágrafo único, do Código Civil, argumentando, em síntese, que “*é dever do empregador, no caso o Estado, fornecer material seguro para o desenvolvimento da função pública*”. Complementam, ainda, que “*deveria o [...] Réu zelar pela segurança dos seus servidores lhes fornecendo boas condições de trabalho*” (fl. 12).

O Estado, no ponto, argumenta que não estão caracterizados os elementos da responsabilidade civil, em especial o nexa causal. Pondera, ainda, que eventual responsabilidade civil deve ser analisada à luz a teoria subjetiva, de modo que resta, também, indemonstrada sua culpa (fls. 431/453).

Vejamos.

Malgrado a questão da teoria adotada não seja determinante no caso em testilha, entendo que devo deliberar acerca do dissenso, assentando que a responsabilidade civil de Estado é, no caso, subjetiva; digo o porquê.

Antes de mais nada, oportuno salientar que a pretensão autoral funda-se em eventual falha/ defeito na arma de fogo fornecida pelo Estado à vítima, policial militar, cujo disparo acidental (fato incontroverso) teria lhe custado a morte.

Pois bem.

É cediço que a responsabilidade civil do Estado, por **ato comissivo** de agente público é objetiva, consoante se infere do § 6.º do art. 37 da CF/88, *in verbis*:

“§ 6.º 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.”

Conseqüentemente, tem-se que, para a caracterização da responsabilidade objetiva, em razão dos próprios contornos da norma constitucional (art. 37, § 6º da Constituição Federal), há necessidade de que o dano causado à **terceiros seja provocado por seus agentes e nessa qualidade**.

Primeiramente, importa destacar que a vítima (policial militar) não pode ser considerado terceiro perante o Estado, senão vejamos:

“AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS EXTRAPATRIMONIAIS. SERVIDOR MUNICIPAL. [...] ACIDENTE DE TRABALHO. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA. [...] ‘O servidor ou empregado público vítima de acidente do trabalho, para o efeito de responsabilidade civil pelo direito comum (Código Civil, arts. 186 e 927), não se equipara ao ‘terceiro’ aludido no § 6º do art. 37 da Constituição Federal’ (AC nº 2009.006762-9, de Abelardo Luz, rel. Des. Luiz César Medeiros, j. 23/06/2009). RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.” (TJSC, Apelação Cível nº 2013.069457-7, de Modelo, rel. Des. Jorge Luiz de Borba, j. 20/10/2015).

Ademais, a causa é, de fato, peculiar, porquanto foi a conduta individualizada do servidor/vítima (ao agachar-se para pegar a pochete) que gerou, em última análise, a queda do armamento.

É dizer: não houve intervenção/participação de outro agente público no caso, excluindo-se, assim, a incidência da teoria do risco.

Abro, aqui, um breve parêntese para firmar a ausência da excludente de “culpa exclusiva da vítima” - como poder-se-ia pressupor do acima consignado -, uma vez que, do exame probatório, considero que o armamento apresentou falha/defeito no tocante ao acionamento (mesmo estando a arma “travada”), excluindo, portanto, tal causa de isenção.

Prosseguindo; tenho que a narrativa exordial retrata cenário que refoge aos ditames da responsabilidade objetiva estatal, mas sim, descreve situação supostamente omissiva e/ou negligente imputada ao Estado, consistente na (suposta) ausência de medidas capazes de fornecer “boas condições de trabalho” e “fornecer material seguro para o desenvolvimento da função pública” (fl. 12), devendo, por conseguinte, ser demonstrada a ocorrência de uma das modalidades de culpa.

Portanto, a responsabilidade do ente público, em vista do ocorrido com o seu servidor diz com a responsabilidade civil subjetiva, e a tanto deve a pretensão ser examinada.

Na hipótese, sem olvidar das lastimáveis consequências advindas do fato trazido como causa de pedir, tem-se que o evento não pode ser debitado ao Ente Público requerido.

Como cedição, aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo (CC, art. 927, parágrafo único).

Por sua vez, o mesmo diploma preceitua:

“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.”

Logo, são pressupostos da responsabilidade civil: a conduta; o dano; o nexa causal; e a culpa.

Vamos as provas:

Em fase pré-processual, o fato deu ensejo à instauração de Inquérito Policial Militar de n.º 831/2011, onde foram realizadas 7 (sete) oitivas e confeccionados 2 (dois) laudos periciais.

No que de pertinente, passo a colacionar as declarações:

Mirian Cristina dos Santos:

“Perguntado sobre os fatos apurados nestes autos, passou a declarar que: No dia 21/11/2011, por volta das 17:00 horas, a depoente estava deslocando em direção da Padaria José Nitro, que na ocasião deslocava com o aparelho celular em mãos e não percebeu que o mesmo estava filmando [...]; No que concerne ao disparo que atingiu o policial a depoente quando estava bem próxima viu que o policial foi recolher uma pochete do abordado e neste momento a arma do policial caiu no chão e veio a disparar atingindo-o na cabeça; Que o policial militar atingido em nenhum momento tocou na arma, que no momento em que o policial estava abordando ele ainda questionou os outros policiais ‘ninguém vai pegar a pochete, então eu pego então’, que a arma estava colocada no colete tático, na altura do peito; Que a depoente presenciou que o disparo ocorreu no momento que a arma caiu no chão, pois viu faíscas saindo da arma e o estampido da disparo [...]” (fls. 61/62)

Edívio Moreira (policial militar):

“Perguntado sobre os fatos apurados nestes autos, passou a declarar que: No dia 21/11/2011, por volta das 17:00 horas, o depoente estava juntamente com a guarnição do PPT realizando patrulhamento no Bairro Morar Bem, que avistaram alguns masculinos em atitude suspeita e resolverão abordá-los, juntamente com os suspeitos havia uma motocicleta, que após busca pessoal foi encontrado com o mesmo duas pedras de substância semelhante a crack [...]; Que durante a abordagem escutou um estampido de disparo de arma de fogo, e ao visualizar o local de onde partiu o disparo avistou uma pessoa caída; Posteriormente viu que se tratava do Sd PM Niches e imediatamente acionaram o socorro, que o mesmo havia sido alvejado na região do olho, esquerdo, sendo que ao indagar o masculino que se encontrava em pé algemado [...], sobre quem teria efetuado o disparo, o mesmo disse que o policial foi pegar a sua pochete que se encontrava no chão e a própria arma do policial caiu e veio a efetuar o disparo; Nesse momento um fato que chamou muito atenção do depoente foi que sua arma se encontrava caída no solo travada e com o cão batido; Que havia uma senhora totalmente alterada no local do fato que dizia ter visto o ocorrido confirmando a versão do masculino” (fls. 68/69).

Mário Sérgio Demétrio (policial militar):

“[...] que foi juntar a motocicleta do solo e no momento escutou o estampido de arma de fogo; ao avistar o local do disparo presenciou o Sd PM Niches caído [...] em primeiro momento suspeitou que alguém havia efetuado um disparo a distância contra ele, porém o masculino que estava sendo detido e uma feminina testemunha disse ter visto que a arma caiu no solo no momento que o SD PM Niches se abaixou para juntar uma pochete do masculino abordado, vindo a arma a cair e ao tocar no solo efetuou o disparo [...]; que o Sd PM Edívio comentou com o depoente na hora do fato que a arma se encontrava caída no solo travada” (fl. 70/71).

Marcelo de Souza Marcelino (policial militar):

“[...] Nesse momento o depoente estava próximo da esquina efetuando a segurança da guarnição quando ouviu um estampido do disparo de arma de fogo, ao se virar para o local do estampido presenciou o Sd PM Niches caído ao solo [...]; Em seguida indagou o masculino que estava ao lado do Sd PM Niches no momento do disparo, sendo informado que o próprio Sd PM Niches ao abaixar para pegar a pochete do masculino abordado, a arma veio a cair no solo e disparou atingindo o rosto do Sd PM Niches; Que uma feminina bastante alterada também afirmava que presenciou todo o ocorrido e dizia que a arma do policial havia caído ao solo e disparou atingindo o mesmo” (fls. 72/73).

Amanda Silva (policial militar):

“[...] Que encaminhou a feminina para a guarnição do PPT, onde a mesma ficou algemada dentro da Vtr PM Ducato, momento que a depoente foi adentrar na Ducato escutou um disparo de arma de fogo; Que ao verificar o que havia ocorrido presenciou o Sd PM Niches no solo, que no momento pensou que uma outra pessoa havia disparado contra o policial, porém após foi constatado que a arma caiu no solo e veio a efetuar o disparo; Que presenciou uma feminina falando com os policiais do PPT, sendo que a mesma dizia ter visto todo o ocorrido, que a arma teria caído ao solo e disparou contra o policial [...]; Lembra ainda que o 3º Sgt PM Nascimento comentou com a declarante que a arma estava travada” (fls. 74/75).

Luciano Roque de Souza (indivíduo abordado pelo Sd Niches):

“Perguntado sobre os fatos apurados nestes autos, passou a declarar que: No dia 21/11/2011, por volta das 17:00 horas, o depoente que é usuário de crack, deslocou com sua motocicleta até o Bairro Morar Bem no ponto de drogas e após sair foi abordado por uma guarnição do PPT, que o abordou e a feminina que entregou a droga saiu correndo [...]; Após a chegada dos demais policiais e ter encontrado ao droga, um policial deslocou para algemar o declarante e após a revista e depois de realizar os procedimentos e algemar o declarante foi recolher a pochete do declarante que estava no chão, onde a arma do policial se despreendeu do colete vindo a cair no solo e disparar contra o próprio policial atingindo na cabeça; Que não pode precisar se a arma estava abotoada no colete, mas possivelmente sim pois todos os policiais estavam com as armas em punho” (fl. 77/78).

Walter Luiz Nascimento (policial militar):

“[...] Que o declarante se deslocou para o Bairro Morar Bem, para que a Sd PM Amanda fizesse uma revista em uma feminina; Que a Sd PM Amanda fez uma revista em uma feminina menor de idade, sendo localizada uma peteca de substância semelhante à cocaína; Que após ser encontrada a droga, a guarnição do PPT solicitou que o declarante encaminhasse a feminina para a base do setor 10, para que lá fosse dada continuidade aos procedimentos; Que o declarante concordou, sendo que a feminina foi colocada na viatura Ducato; Que o declarante como era o motorista entrou na viatura e aguardou a Sd PM entrar na viatura para fazer o deslocamento, nesse momento o declarante escutou um estampido de um possível disparo de arma de fogo; Que o declarante saiu da viatura e viu o Sd PM Niches deitado no solo e paralelo ao muro, com muito sangue na cabeça; Que viu a pistola do Sd PM Niches caída próximo ao muro e travada [...]; que uma testemunha relatou que presenciou quando a arma caiu ao chão e acabou disparando, inclusive dizia que o fato ocorreu quando o Sd PM Niches foi pegar uma pochete que estava no chão, vindo a cair a arma do colete do policial, ocasionando o disparo [...]” (fls. 82/83).

Na sequência, em resposta ao ofício n.º 580/Correg/7º BPM (fls. 63/64), onde, entre outras diligências/questionamentos, foi encaminhado ao IGP a arma do Sd Niches bem como o projétil encontrado em seu crânio, o Laudo Pericial n.º 1C/0539111/211 (fls. 114/119) concluiu, em síntese, que: *“através do comparador balístico Leica-DMC procedeu-se exames, onde constatou-se que o projétil motivo pericial, apresenta macro e micro elementos convergentes em quantidade suficiente, que nos permite afirmar que o mesmo foi expelido pelo cano presente na pistola motivo pericial (Taurus, `T 100, cal 40, n.º STI 75702) [...]”*

No mais, infere-se do Laudo Pericial n.º 0520503/11/2012 (solicitado através do ofício 581/Correg/7º BPM, também endereçado ao IGP), cujo objeto era a realização de perícia na gravação/video realizado por ocasião dos fatos por Mirian Cristina dos Santos; eis o que extrai-se:

“2. MATERIAL QUESTIONADO

“O material questionado consistiu em registro de vídeo com áudio referente a dois (02) arquivos armazenados na mídia encaminhada.

“[...]”

“7. DA CONCLUSÃO

“[...]”

“2) Quanto ao vídeo, responder aos quesitos:

“[...]”

“b) Se no momento do disparo, ou antes, o policial militar atingido possuía alguma arma nas o mãos?

“Resposta: No momento do disparo e instantes antes, as análises das imagens, bem como as simulações controladas efetuadas, não revelaram a presença de objeto similar à arma de fogo (pistola PT100) nas mãos do policial. Vide item 5.3. Das análises da empunhadura ou não da arma pelo policial.

“c) Se é possível precisar se o disparo ocorreu no momento do impacto da arma no solo.

“Resposta: Não é possível, pois as imagens referentes ao momento em que o som do disparo é percebido, apresentam-se parcialmente encobertas por um dos dedos da pessoa que realizou a gravação. (Vide figuras 18 e 19).

“d) Se houve algum lampejo ou faíscas, característica do disparo da arma de fogo, no momento do o o impacto da arma no chão?

“Resposta: Não foi possível constatar a ocorrência de lampejos ou faíscas, já que as imagens referentes ao momento em que o som do disparo é percebido apresentam-se parcialmente encobertas por um dos dedos da pessoa que realizou a gravação. (Vide figuras 18 e 19).

“e) Se no momento do estampido qual era a posição em qual estava o policial militar atingido.

“Resposta: No instante exato do estampido não foi possível tal visualização, pelo motivo apresentado nos quesitos 2.c e 2.d. Nos momentos imediatamente anteriores, o policial estava com o corpo semifletido para a frente, o braço esquerdo estendido e em contato com o indivíduo abordado, o braço direito encoberto pelo próprio corpo e a perna direita semifletida e posicionada à frente (posição compatível com o ato de pegar um objeto do solo, disposto à sua frente). (Vide figuras 15 a 19).

“f) Se é possível precisar se a arma estava travada após o disparo, pois a arma aparece no chão lado da pochete do indivíduo abordado.

“Resposta: Sim. As análises das imagens realizadas permitiram aos Peritos visualizar que após o disparo, aos 04min 43s da gravação, o registro de segurança encontrava-se acionado (arma travada). Simulações controladas corroboraram para tal conclusão (vide item 5.2 Do registro de segurança da arma).” (fls. 124/175)[grifei

Extraí-se, ademais, da “posição final” aposta no relatório de respectivo IPM (fls. 184/200):

“Pelas perscrutações realizadas por este encarregado e pelas provas juntadas aos autos, da presença peça administrativa, constatou-se o seguinte:

“[...]

“b) O projétil que atingiu o Sd Niches, conforme o exame de comparação demonstrou ser proveniente da arma que era utilizada pelo Policial Militar;

“[...]

“f) Consoante o laudo cadavérico, demonstra que a trajetória do disparo foi de baixo para cima, com o orifício de entrada no olho esquerdo e projétil alojado na cavidade craniana, levemente da esquerda para a direita, compatível com a posição do Sd Niches e da arma;

“g) Ocorre que no exame de comparação balística não se constatou nenhuma avaria no sistema de percussão, bem como de segurança da pistola PT100, calibre .40;

“h) Nesta mesma perícia é relatado não haver nenhum material estranho, no entanto este encarregado observou, visualmente, resíduos de material semelhantes a concreto no cão da pistola. A perita restringiu-se a relatar, mas não apresentou nenhuma fotografia ampliada, quiçá por um microscópio, a qual pudesse evidenciar esse material, ou não.

“i) É forçoso salientar que um estorjo foi encontrado na arma, o que, em tese, demonstra que a arma estava travada, já que após o disparo o ferrolho deve ter tentado recuar para ejetar o estorjo e alojar o próximo cartucho, porém sem êxito já que a arma estava travada;

“l) A perícia comprovou que no vídeo a arma estava travada (04 min 43s). Vale lembrar que também constatou que a pochete foi retirada do local após a queda do Sd Niches, todavia, em tese, se vislumbra que a arma permaneceu no local da queda, pois após o disparo a pochete ficou sobre a arma, aparecendo somente a caronha da arma, na mesma posição;

“k) Presume-se, conforme a degravação aos 02 min e 32s, que os policiais militares tenham levantado a pochete, e então constatado que a arma estava travada;

“l) Como a perícia não constatou nenhuma avaria na arma quanto ao sistema de segurança e de percussão, a única alternativa para que fosse efetivado o disparo era de que o Sd Niches, em frações de segundos, tenha conseguido acionar o gatilho com a arma destravada e travá-la após o disparo, enquanto a arma caía no chão. Ou com a arma travada tenha conseguido destravá-la, dispará-la e após travá-la de novamente, o que convenhamos é inverossível.

“m) Outra situação que é ainda mais improvável, é que um terceiro poderia ter travado a arma após o disparo e ainda recolocado o estorjo na arma. Contudo, toda a ocorrência foi filmada pela Sra Mirian, a qual estava bem próxima. Além de que o travamento teria que ocorrer em no máximo, 2 minutos, já que aos 4 minutos a arma aparece travada no vídeo;

“[...]”

“p) Todo o testemunho da Srª Mirian, a qual foi ouvida dois dias após a morte do Sd Niches é compatível com o áudio e com o vídeo que ela mesma gravou, o que demonstra a fidedignidade do seu relato [...]” (fls. 184/202) [grifei].

Por fim, em perícia judicial realizada neste autos em 10.11.2017 (6 anos após os fatos), contactou-se o seguinte:

“2. Do objeto da perícia

“O objeto da Perícia foi a análise da arma tipo Pistola, marca Taurus, modelo PT100, calibre .40 S&W, número de série STI 75702.

“Importante destacar que o número de série encontra-se registrado apenas no chassi da arma, sendo que tanto o ferrolho quanto o cano não possuem qualquer registro.

“[...]”

“Nesta situação, é impossível aferir se o conjunto apresentado foi o mesmo que originalmente deixou a fábrica ou mesmo se foi o utilizado no dia do acidente.

“3. Das Análises Realizadas

“Os trabalhos consistiram na análise visual da arma conduzida ao local da perícia pelo Major da Polícia Militar de SC Sr. Valdemiro, desmontagem da mesma com acesso aos mecanismos de trava do percussor, teste da trava do percussor, teste geral da arma desmuniada, teste de tiro e testes de queda da arma municiada com cartucho vazio e espoleta.

“A arma chegou ao local da perícia em um case plástico, sem qualquer tipo de lacre ou embalagem que indicasse que a mesma estava fora de uso e reservada para análise deste r. juízo.

“3.1. Análise Visual da Arma

“Conforme fotos que seguem, a análise visual da arma mostra que a mesma possui desgaste natural do uso e marca de queda na parte superior traseira da empunhadura [...]

“Além disso, a arma possui uma pequena marca logo abaixo da alça de mira, marca esta recente visto que não apresenta oxidação:

“[Foto]

“Este fato possui grande relevância já que o acesso à trava do percussor é feito através da retirada da alça de mira, o que sugere que a arma pode ter passado por uma desmontagem, visando acessar a trava do percussor.

“[...]

“Esta trava é responsável por impedir o deslocamento do percussor sem que o gatilho esteja pressionado.

“No caso em análise, o disparo ocorrido, após uma queda acidental da arma, indica que a trava do percussor não cumpriu sua função, sendo que as razões para isso podem ir desde um defeito de fábrica, falta de manutenção ou mesmo manutenção indevida, quando não é feita a montagem correta do mecanismo ou monta-se o mesmo sem a mola integrante do conjunto.

“3.2. Desmontagem da Arma

“Procedida a desmontagem da arma verificou-se um pequeno arraste da trava de precursor, mas que não pôde ser repetido em demais tentativas de falha.

“Na desmontagem a trava do precursor estava devidamente montada e operante, ainda que com o pequeno arrasto mencionado.

“3.3. Teste com a Arma Desmuniada

“Os testes realizados com a arma desmuniada mostraram-se satisfatórios sem que a mesma apresentasse qualquer defeito.

“3.4. Teste de Tiro

No teste de tiro a arma apresentou comportamento adequado no que diz respeito a funcionamento, precisão e segurança.

“Foram efetuados 20 (vinte) disparos com munição convencional do respectivo calibre. A arma comportou-se de forma satisfatória dentro das expectativas do tipo/calibre da mesma.

“3.5. Teste de Quedas

“Foram realizados testes de queda, em um total de 12 (doze) quedas, da altura de 1 (um) metro, todos objetivando reproduzir o ocorrido no acidente.

“Durante o teste a arma estava com a câmara alimentada com cartucho vazio espoletado e carregador com 10 (dez) cartuchos cheios, visando aproximar a massa da arma das condições normais de uso.

“Não ocorreram disparos involuntários ou acionamento inseguro. A arma em questão não apresentou falhas de segurança nos testes de queda.

“4. Considerações Finais

“Como foi demonstrado anteriormente, a arma conduzida à Perícia por determinação deste r. Juízo não apresentou qualquer tipo de problemas nos testes realizados, tanto municada, quanto desmunicada e no teste de quedas.

“O lapso de tempo entre a ocorrência do acidente e a realização da perícia são também desfavoráveis à conclusões mais sólidas sobre o caso, especialmente pelo fato de não podermos aferir como foi a guarda da arma no período.

“A circunstância da mesma ter chegado à perícia em um simples case de plástico, sem qualquer lacre, deixa dúvidas acerca do que ocorreu com a arma entre o acidente e esta perícia.

“Além disso, o fato de não ter gravado no ferrolho e no cano o seu número de série impossibilita completamente que se estabeleça se o conjunto apresentado corresponde à arma que disparou acidentalmente e, ainda, se não teve qualquer tipo de reparo no interregno, já que a marca presente no ferrolho, logo abaixo da alça de mira, sugere recente desmontagem do mecanismo da trava do percussor.

“O fato é que grande parte dos problemas que assolam as pistolas Taurus, modelos PT-923, 100 e suas variantes, cujo projeto originário advém da Pistola Beretta 92, devem-se a uma pequena mas significativa diferença entre as atuais Taurus e as atuais Beretta, especificamente no mecanismo de trava do percussor.

“A trava do percussor das pistolas Taurus é montada sob a alça de mira, de modo que a retirada da alça (o que pode ocorrer de maneira involuntária) leva à soltura da mola que mantém a trava funcional. A montagem do mecanismo sem a mola, prejudica sobremaneira a sua funcionalidade. Por ter proporções diminutas, muitas vezes, por descuido, as pistolas são remontadas sem a mola.

“Ainda, dois outros problemas são suscetíveis de ocorrer em face do projeto adotado pela Taurus.

“O primeiro deles refere-se à possibilidade de resíduos de pólvora, chumbo e sujeira impedirem o retorno da trava do percussor, comprometendo seu funcionamento.

“O segundo deles é que ao ser retirado o ferrolho da arma, para limpeza e manutenção, por ocasião da remontagem da arma, operadores desatentos podem danificar o mecanismo de desacionamento da trava de percussão. Evidente que neste caso, não haveria risco de disparo acidental, contudo a arma ficaria inoperante, o que no fim das contas, pode representar um risco ainda maior para o usuário.

“Estas são as conclusões adotadas no presente trabalho.

“[...]

“5. Da Resposta aos Quesitos

“5.1. Dos Quesitos Do Autor

“Pergunta 1: Qual o tipo de arma utilizada:

“R: Pistola de funcionamento semiautomático e ação de gatilho, na nomenclatura da cartilha da Polícia Federal, considerada “dupla ação” (na terminologia internacional: DA/SA - Double Action / Single Action Pistol) Taurus de fabricação nacional e modelo PT-100 no calibre .40S&W (número de série: STI 75702).

“Pergunta 2: Qual o tipo de trava da arma em questão? A arma pode ter destravado com a queda?

“R: Possui sistema de segurança interno por trava de percussão e sistema de segurança externo por alavanca de registro de segurança, que funciona como trava de gatilho. No modelo em questão, a inércia causada pela queda pode sim destravar o registro de segurança EXTERNO. No entanto, pela análise pericial do vídeo isto não ocorreu no acidente.

“Pergunta 3: Se é possível afirmar que a arma estava travada quando houve o disparo de acordo com as testemunhas oculares do fato?

“R: Pela análise do vídeo, sim. A arma encontrava-se com o registro de segurança ativo (travada) após a queda e disparo.

“Conforme na resposta a ‘Pergunta 2’, são dois sistemas de segurança. O que garante que a mesma não dispare acidentalmente por queda é o sistema interno de trava de percussão. Logo, a arma ‘estar travada’ não representa tecnicamente que o sistema interno de segurança esteja eficiente e/ou ativo.

“Pergunta 4: Se uma arma travada pode efetuar disparo ao cair/bater no chão?

“R: Considerando-se por ‘travada’ como uma arma com o registro e segurança externo acionado,

sim, pode disparar. O disparo involuntário por queda não possui relação necessária com o acionamento do gatilho. É, portanto, uma falha no mecanismo interno de segurança, a ‘trava do percussor’.

“Pergunta 5: Se a arma de fogo questionada tem mecanismos incompletos, deficientes ou avariados? Justifique.

“R: Não. No entanto, possui sim desgaste natural de um objeto que na época já possuía provável uso superior a uma década.

“Pergunta 6: Se a arma de fogo questionada pode produzir tiro acidental e em quais condições? Justifique.

“R: Sim, caso haja impedimento da ação da trava de percussor, conforme descrito neste laudo.

“Pergunta 7: Algum tipo de objeto ou mesmo a própria queda pode ter acionado de alguma forma o gatilho? Justifique.

“R: Não, para o caso apresentado.

“Pergunta 8: Se existe a possibilidade de disparo da arma com o impacto no dispositivo ‘cão’, sem acionamento do gatilho e com a arma travada ou destravada?

“R: Sim, tanto ‘travada’ quanto ‘destravada’ (entende-se por ‘travada’ a alavanca externa de registro de trava de GATILHO acionada) pode haver disparo. Conforme exposto anteriormente, se houver falha do mecanismo de segurança interno, ou seja, a ‘Trava de Percussor’.

“Pergunta 9: Se a arma pode ter efetuado o disparo devido a um defeito de fabricação?

“R: Não necessariamente defeito de fabricação. O projeto da pistola não previu a eventual fragilidade de se inserir a trava de percussor e sua respectiva mola internamente logo abaixo da alça de mira. No entanto, a arma periciada não apresentou qualquer tipo aparente defeito de fabricação.

“10 - Se há relatos da incidência de defeitos nas armas fabricadas pela Ré?

“R: Diversos e hoje públicos relatos de defeitos das armas fabricadas pela ré. Especialmente nas mais recentemente produzidas.

“11 - Se o Inquérito Policial Militar fez a perícia na arma? Qual a conclusão, no caso de resposta afirmativa?

“R: Sim, o IPM solicitou perícia da arma. Concluiu que não há dúvidas que houve disparo acidental da arma do policial. Que o disparo ocorreu quando o policial se abaixou para pegar a pochete, sendo que a arma se despreendeu do colete balístico, caiu no solo, disparou e acertou a sua cabeça.

“A perícia encaminhada ao IPM afirma que ‘o sistema de segurança da arma encontra-se eficiente’. Afirma ainda que nos testes realizados, a arma não disparou acidentalmente, ou seja, sem o acionamento proposital do gatilho. No entanto, afirma que ‘No carregador havia 11 cartuchos e no

interior da arma havia 1 estojo'. Isto nos leva a crer a impossibilidade de um disparo intencional, ou seja, não há como uma arma com registro de segurança acionado e eficiente, conforme afirmado pela perícia, disparar por vontade do operador.” (fls. 691/701).

Aliás, registro que a inocorrência de disparos acidentais no “Teste de Quedas” está longe de isentar a responsabilidade da fabricante. Destaco a lição de Eraldo Rabello, na sua obra *Balística Forense*: *“Esclarecer e provar, se poderia ter ocorrido o disparo, especificamente, de maneira e pelo motivo expressamente declarados pelo indiciado ou pelas testemunhas, nos seus depoimentos, e não de outra maneira ou em virtude de outra razão qualquer suscetíveis, em tese, de explicar um tiro acidental, por ventura, da arma examinada, pois é bem possível, em determinados casos concretos, que o perito, examinando a arma indiciada, verifique não se produzir com a mesma, disparo acidental nas circunstâncias alegadas, não obstante possa isso acontecer por motivos e em particulares circunstâncias diferentes.”* (ob.Cit. 3ª ed. Porto Alegre: Sagra-Luzzatto, 1995. p. 334.)

Assim, da análise pormenorizada das provas/indícios coletados, muito embora a **conduta** (disponibilização de armamento “defeituoso” à servidor) e o **dano** (morte) estejam plenamente caracterizados, não vejo como atribuir responsabilidade ao ente estatal, porquanto vislumbro claro afastamento do nexos causal, decorrente de fato de terceiro, *in casu*, da *corré* Taurus.

As provas coletadas, em sua integralidade, atestam **SIM** a responsabilidade da ré Forjas Taurus S.A. (conforme será analisado na sequência), porém, não refletem a pretensão deduzida em desfavor do Estado.

In casu, do que restou constatado, a falha/vício na pistola (fato que gerou o dano) não pode ser atribuído ao Estado, mas somente a quem produziu o armamento; conseqüentemente, este fato (de terceiro) rompe o nexos causal e, desse modo, não há o dever do Estado em proceder a indenização.

Nesse contexto, porquanto o fato era imprevisível, devido à falha/vício oculto no armamento (“registro de segurança” encontrava-se acionado – “arma travada” – e mesmo assim ocorreu o disparo – fl. 175, item “f”), não sendo correto atrelar ao Estado o dano moral suportando pelos autores.

Ora: o Estado licitou a aquisição do armamento; disponibilizou sua utilização aos servidores; realizou adequado treinamento (não há insurgência nesse tocante); ademais, não houve participação de qualquer outro agente estatal no ocorrido; de modo que, no que tange ao Estado, não vislumbro qualquer responsabilização, razão pela qual a improcedência do pedido é medida que se impõe.

Registro que, hipótese contrária seria se, à época dos fatos, já existissem e fossem noticiadas e consabido em âmbito nacional, como hodiernamente são, as dezenas de ocorrências envolvendo acidentes e mortes de cidadãos por força de defeitos de fabricação nas armas da *corré* Taurus.

Entretanto, no mês de novembro de 2011, consoante demonstrado pelos autores, havia apenas dois registros anteriores desses fatos, um na Bahia e outro no Rio Grande do Sul (fls. 279/280 e 281), portanto, muito pouco para se concluir que o Estado de Santa Catarina deveria ter ciência dessa problemática e tomar uma providência para proteger os seus policiais. Poder-se-ia, pois, responsabilizar o ente público por omissão.

Mas não foi o caso.

1.2 Do responsabilidade civil de Forjas Taurus:

Na casuística, postulam os autores responsabilidade solidária da ré Forjas Taurus S.A. pelo fato supra narrado, na medida em que é a fabricante do armamento.

Narram, sem maiores delongas, que o produto (arma de fogo) produzido pela respectiva ré apresentou defeito (“*dispara mesmo com o travamento da arma acionado*” – fl. 15) que lhe ocasionou a morte.

Observo, ainda, que os argumentos autorais recaem, em sua maioria, nas diretrizes do Código de Defesa do Consumidor (fls. 03/25).

Por sua vez, a ré Forjas Taurus e o respectivo litisdenunciado aduziram a inaplicabilidade do CDC, bem como a ausência denexo causal, por culpa exclusiva da vítima (tese essa já rechaçada neste **decisum**).

Destarte, devo destacar que a situação narrada não se amolda as regras consumeristas.

In casu, “**não se admite a incidência do Código de Defesa nos contratos administrativos em que a Administração Pública não assume posição de vulnerabilidade técnica, científica, fática ou econômica perante o fornecedor, como ocorre na relação em que o Estado adquire armamento de empresa fornecedora de material bélico para uso de seus agentes de segurança. [...] Por se tratar de relação de direito civil-administrativo, inviável enquadrar o policial acidentado, quando da utilização da própria arma de fogo, no conceito de consumidor padrão ou por equiparação (bystandard).**” (TJDF, Apelação Cível n.º 0019214-92.2016.8.07.0018, Rel. Des. Flávio Rostirola, julgado em 21.02.2018)[grifei]

Nesse sentido, destaco julgado do Superior Tribunal de Justiça:

“CONSUMIDOR. RECURSO ESPECIAL. RECURSO MANEJADO NA VIGÊNCIA DO NCPC. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DISPARO ACIDENTAL DE ARMA DE FOGO EFETUADO POR POLICIAL MILITAR COM EQUIPAMENTO DA CORPORAÇÃO. PRETENDIDA EQUIPARAÇÃO A CONSUMIDOR. CONTRATO ADMINISTRATIVO CELEBRADO ENTRE A POLÍCIA MILITAR E A FABRICANTE DE ARMAMENTOS. NATUREZA ADMINISTRATIVA DA AVENÇA. AUSÊNCIA DE RELAÇÃO DE CONSUMO. PRECEDENTES. VULNERABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. NEGATIVA. ROBUSTA FUNDAMENTAÇÃO PELA CORTE DE ORIGEM. REEXAME DO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 7 DO STJ. RECURSO ESPECIAL NÃO PROVIDO.” (REsp n.º 1.661.184, Rel. Min. Moura Ribeiro, julgado em 10.05.2017)[grifei].

Outrossim, muito embora afastada a aplicação do Código de Defesa do Consumidor, reputo seja dever da ré Taurus responder pela (comprovada) falha apresentada no armamento, a qual acabou por ocasionar a morte de um servidor do Estado.

Valendo-se da compilação probatória realizada no item “1.1”, e em análise dos pressupostos da responsabilidade civil, tenho que a **conduta** da ré Forjas resta incontestada, na medida em que é a fabricante do armamento posto em circulação, o qual apresentou falha de funcionamento.

Já o **dano**, resta satisfeito porquanto gerou a morte de Leandro Rodrigo Niches.

Demais disso, foi justamente a falha na pistola que acabou produzindo a morte de Leandro, satisfazendo, também, o **nexo causal**.

Por sua vez, a **culpa** (*stricto sensu*), resta caracterizada pela omissão (negligência) no dever de cuidado na produção do armamento; no caso, comprovadamente defeituoso.

Por mais que a ré Taurus e a litisdenunciada Mapfre procurem argumentos para se eximirem da responsabilidade, juntando, inclusive, parecer técnico apontando diversas circunstâncias que desqualificam e/ou que pretendem fragilizar a prova constante dos autos (fls. 714/745), é notório que, na hipótese, o armamento apresentou evidente falha em seu funcionamento.

Sem maiores delongas, breves instantes após a realização do disparo a pistola foi flagrada (Laudo Pericial de fls. 124/175) com seu “registro de segurança” acionado, ou seja, a “trava” externa da pistola estava acionado, isto é, “travada”, virtualmente impossibilitando qualquer possibilidade de disparo, a não ser que a arma apresenta-se defeito, o que ocorreu no caso dos autos.

Logo, procedente o pleito.

Por fim, o ocorrido não é fato isolado na vida comercial da Taurus conforme já relatado acima.

São diversas as ocorrências noticiando a mesmíssima falha no armamento e que culminou, desta feita, ceifando a vida de um miliciano catarinense.

Aliás, muito importante registrar que a Taurus tem feito acordos milionários em ações individuais e coletivas, bem como suspendendo a fabricação de alguns modelos de suas armas que vem, há anos, apresentando problemas idênticos, mas isso nos Estados Unidos. Os Brasileiros, ao que tudo indica, não merecem o mesmo respeito e consideração.

Para acessar essas interessantes informações, basta uma simples busca no *site Google*, mas destaco alguma delas. <https://g1.globo.com/economia/noticia/2019/03/11/taurus-faz-acordo-final-para-encerrar-processo-nos-eua.Ghtml>; <https://theintercept.com/2019/03/17/taurus-acordo-milionario-eua/>; <http://firearmsbrasil.com.br/noticias/taurus-concorda-em-pagar-multa-de-39-milhoes-de-dolares-a-consumidores-americanos/>

É o que basta.

1.3 Do dano moral:

O abalo psíquico sofrido pelos autores (respectivamente: pai, mãe, filha e irmã) em virtude do falecimento de Leandro Rodrigo Niches, dispensa a produção de prova, pois o dano moral deriva da própria gravidade do fato e existe *in re ipsa*.

No que tange à verba indenizatória, em sede de responsabilidade civil decorrente, *in casu*, da morte de familiar, não se pode aferir/quantificar o preço da dor/sofrimento.

A finalidade precípua da compensação pelo dano sofrido é amenizar, o quanto possível, o sofrimento, a dor, a situação vexatória. Tanto é assim que não pode a verba indenizatória servir como forma de enriquecimento, nem fonte de lucro; devendo, ao revés, ser fixada dentro dos limites da razoabilidade, de acordo com a intensidade do sofrimento suportado pela vítima e a capacidade econômica do causador do dano.

Há que se considerar, ainda, no tocante à determinação da sobredita verba, a finalidade punitiva da indenização, de molde a desestimular a reiteração de condutas semelhantes por parte do ofensor.

Sérgio Cavalieri Filho coloca que:

“Razoável é aquilo que é sensato, comedido, moderado; que guarda uma certa proporcionalidade. A razoabilidade é o critério que permite cotejar meios e fins, causas e consequências, de modo a aferir a lógica da decisão. Para que a decisão seja razoável é necessário que a conclusão nela estabelecida seja adequada aos motivos que a determinaram; que os meios escolhidos sejam compatíveis com os fins visados; que a sanção seja proporcional ao dano. Importa dizer que o juiz, ao valorar o dano moral, deve arbitrar uma quantia que, de acordo com o seu prudente arbítrio, seja compatível com a reprobabilidade 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, 6ª ed., São Paulo: Malheiros, 2005, p. 116 – o destaque não consta do original).

Carlos Alberto Bittar acrescenta:

“A indenização por danos morais deve traduzir-se em montante que represente advertência ao lesante e à sociedade de que não se aceita o comportamento assumido, ou o evento lesivo advindo. Consubstancia-se, portanto, em importância compatível com o vulto dos interesses em conflito, refletindo-se, de modo expresso, no patrimônio do lesante, a fim de que sinta, efetivamente, a resposta da ordem jurídica aos efeitos do resultado lesivo produzido. Deve, pois, ser quantia economicamente significativa, em razão das potencialidades do patrimônio do lesante” (Reparação Civil por Danos Morais. São Paulo: RT, 1993, p. 220).

Desta forma, considerando a natureza do dano perpetrado, o sofrimento imposto à vítima e atento ao caráter punitivo da sanção, **entendo** como razoável a fixação da quantia de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais) a título de indenização por danos morais a ser dividida, igualmente, entre os autores.

1.4 Do pensionamento:

Pois bem, a respeito da pensão mensal, determina o art. 948, II, do Código Civil que, no caso de morte, a indenização consistirá na prestação de alimentos à pessoa a quem o falecido os devia,

sendo manifesto que os membros da família contribuem efetivamente por sua manutenção, pelo que não se pode desprezar os ganhos que a vítima teria.

A respeito do dever de pagar pensão aos dependentes do falecido, ensinam Rui Stoco e Yussef Said Cahali, comentando o antigo Código Civil (art. 1537, II):

“Objetivou o legislador suprir as necessidades daqueles que dependiam da vítima falecida, de modo que se esta já não mais pode fazê-lo, evidenciada a carência que a morte do alimentante provocou no lar e aos seus dependentes, privados que estejam para uma sobrevivência em condições semelhantes àquela existente antes do evento, caberá ao ofensor, na mesma proporção, fazê-lo” (Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial, RT, 1995, 2ª ed., p. 542).

Sob esse aspecto, coloca-se como pressuposto, em linha de princípio, a existência de uma relação de dependência econômica, **efetiva, presumida** ou até mesmo **eventual**, entre os pretensos beneficiários e a falecida vítima.

In casu, a dependência econômica da autora **Mariah**, filha menor do *de cuius*, contando, hoje, com 9 anos de idade (conforme faz prova a documentação acostada à fl. 42) é presumida.

Isto porque, “[...] se vivo fosse, estaria prestando auxílio a sua esposa e filhos menores, sendo a dependência financeira presumida, conforme reiteradamente afirmado em julgamentos semelhantes: Apelação Cível n. 2011.088256-1, de Jaraguá do Sul, Segunda Câmara de Direito Público, rel. Des. Cid Goulart, julgada em 21-07-2015; Apelação Cível n. 2014.009889-5, de Navegantes, relator Des. João Henrique Blasi, Segunda Câmara de Direito Público, julgada em 17.06.2014; Apelação Cível n. 2010.066022-3, de Joinville, relator Des. Júlio César Knoll, Quarta Câmara de Direito Público, julgada em 27.06.2013. (in, corpo da Apelação Cível n. 0005367-90.2010.8.24.0040, Relator Des. Ronei Danielli, julgado em 01/11/2016).

Afasta-se, assim, a alegação de que seria necessária a prova de contribuição do falecido para fins de fixação do pensionamento.

Outrossim, ocorre que, também, é dever dos filhos zelar pela manutenção dos pais (Código Civil artigo 1.696), vislumbrando-se na hipótese, portanto, um dano futuro, na modalidade de lucros cessantes, que não pode ficar sem a merecida reparação.

A respeito do dever de pagar pensão aos dependentes do falecido, ensinam Rui Stoco e Yussef Said Cahali, comentando o antigo Código Civil (art. 1537, II):

“O código prevê a prestação de alimentos, sob a forma de pensão periódica, no caso de homicídio, às pessoas a quem o defunto as devia (art. 1.537, II), ou [...] às pessoas a quem o falecido teria de prestá-los se fosse vivo.

“Objetivou o legislador suprir as necessidades daqueles que dependiam da vítima falecida, de modo que se esta já não mais pode fazê-lo, evidenciada a carência que a morte do alimentante provocou no lar e aos seus dependentes, privados que estejam para uma sobrevivência em condições semelhantes

àquela existente antes do evento, caberá ao ofensor, na mesma proporção, fazê-lo” (Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial, RT, 1995, 2ª ed., p. 542).

Na espécie, a relação de dependência econômica, no caso dos **genitores**, é efetiva e foi fartamente comprovada.

Com efeito, restou comprovado que a vítima residia no mesmo endereço dos genitores (fls. 27, 30, 217, 222, 225 etc). Demonstram, ainda, que a vítima arcava/obrigava-se com despesas da residência em comum (fls. 258, 261, 264, 267, 270, 273 – NET). Ademais, comprovam a realização de compras de materiais de construção, pela vítima, à ser entregue na residência dos autores (fls. 209/215), corroborando a alegação de que o “*de cujus estava reformando a casa em que vivia com seus familiares*” (fl. 17), argumento que passou ileso de impugnação.

Logo, acolho os pensionamentos postulados.

Os proventos do falecido somavam R\$ 2.693,99 (dois mil seiscentos e noventa e três reais e noventa e nove centavos), conforme documentos de fl. 43, o qual defino como valor padrão.

Com relação aos parâmetros utilizados para arbitramento da pensão tem-se que, no caso presente, deve corresponder ao valor de 2/3 dos rendimentos da vítima (repartidos, **pro rata**, entre filha e genitores), reajustado conforme o salário mínimo, tendo como termo inicial a data do óbito (21/11/2011) e termo final:

a) para a filha, o limite de 25 anos de idade;

b) para os genitores, até o dia em que a vítima completaria 25 anos de idade, reduzindo-se, **este valor** (1/3), da terça parte, até o término da obrigação, o que ocorrerá com a data do falecimento dos genitores (morte) ou a data em que a vítima completaria 65 anos de idade, tendo em conta a expectativa de vida do brasileiro, o que ocorrer primeiro.

No último caso (pensionamento aos genitores), tais percentuais correspondem à estimativa da contribuição que os filhos prestam aos pais, a qual tende a reduzir a partir da idade estimada (*in casu*, 25 anos) em que constituiriam família e, assim, passariam a contribuir menos com seus genitores

Nesse sentido:

“Consoante entendimento pretoriano na data em que o filho falecido completaria 25 (vinte e cinco) anos, reduz-se a pensão alimentícia devida aos pais à proporção de 1/3 (um terço), em decorrência da presunção de que, via de regra, as pessoas nesta idade constituem nova família, surgindo, em consequência, novos encargos, implicando na diminuição da disponibilidade de recursos em favor dos ascendentes” (TJSC, Apelação Cível n. 2003.025706-3, de Laguna, rel. Des. Jorge Schaefer Martins, Segunda Câmara de Direito Civil, j. 21-07-2005).

No primeiro caso (pensionamento para a filha), assim dispõe a jurisprudência:

“ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. MORTE DE POLICIAL CIVIL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. PENSÃO MENSAL ÀS FILHAS. DANOS MATERIAIS. POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO COM PENSÃO PREVIDENCIÁRIA. VALOR DE 2/3 DOS RENDIMENTOS DA VÍTIMA ATÉ FILHAS COMPLETAREM 25 ANOS DE IDADE. PARA A VIÚVA ATÉ A IDADE PROVÁVEL DO DE CUJUS. PRECEDENTES. DIREITO DE A MÃE/VIÚVA ACRESCE O VALOR RECEBIDO PELAS FILHAS.

“1. A jurisprudência desta Corte é disposta no sentido de que o benefício previdenciário é diverso e independente da indenização por danos materiais ou morais, porquanto têm origens distintas. O primeiro assegurado pela Previdência; e a segunda, pelo direito comum. A indenização por ato ilícito é autônoma em relação a qualquer benefício previdenciário que a vítima receba. Precedentes.

“2. Configurada a possibilidade de cumulação da pensão previdenciária e os danos materiais, bem como a dependência econômica das filhas e viúva em relação ao de cujus, afirmada no acórdão recorrido, o valor da pensão mensal deve ser fixado em 2/3 (dois terços) do soldo da vítima, deduzindo que o restante seria gasto com seu sustento próprio, e é devida às filhas menores desde a data do óbito até o limite de 25 (vinte e cinco) anos de idade. Precedentes.

“3. Quanto à viúva, a pensão mensal de 2/3 do soldo da vítima à época do evento danoso deverá ser repartida entre as filhas e a viúva, sendo que para as filhas deverá ser pago até a data em que elas completarem 25 anos de idade cada uma, e para a viúva, em consonância com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, até a data em que a vítima (seu falecido cônjuge) atingiria idade correspondente à expectativa média de vida do brasileiro, prevista na data do óbito, segundo a tabela do IBGE. Precedentes. (STJ, AgRg no REsp 1388266/SC, Min. Humberto Martins).

E mais:

“DANOS MORAIS - MORTE DE FAMILIAR - ABALO ANÍMICO PRESUMIDO - QUANTUM COMPENSATÓRIO - MANUTENÇÃO (...) PENSIONAMENTO - JUROS DE MORA E CORREÇÃO MONETÁRIA - TERMO INICIAL - VENCIMENTO DE CADA PRESTAÇÃO
“No tocante ao pensionamento [...], por ser uma prestação de trato sucessivo, os juros moratórios não devem iniciar a partir do ato ilícito - por não ser uma quantia singular -, tampouco da citação - por não ser ilíquida -, mas devem ser contabilizados a partir do vencimento de cada prestação, que ocorre mensalmente” (REsp n. 1.270.983, Min. Luis Felipe Salomão). PRESTAÇÕES VINCENDAS - ATUALIZAÇÃO DO PODER AQUISITIVO - STF, SÚMULA 490 - CONVERSÃO DA REMUNERAÇÃO DA VÍTIMA EM SALÁRIOS MÍNIMOS A fim de se garantir o reajuste periódico da pensão alimentícia por ato ilícito, mostra-se mais adequado converter a remuneração da vítima em salários mínimos, fixando-a no percentual correspondente”. (TJSC, Apelação Cível n. 0307584-60.2014.8.24.0018, Relator Luiz César Medeiros, julgado em 20/01/2019).

Ao pensionamento deve ser incluída a gratificação natalina (13º salário), como decorrência lógica de eventual relação empregatícia ou estatutária

“Coerente com essa evolução jurisprudencial, há de ser incluída no valor da pensão [...] a parcela relativa ao décimo-terceiro salário, por se tratar de direito inerente a toda relação empregatícia, conforme dispõe o artigo 7º, VIII, também do texto constitucional” (STJ, REsp nº 555036, Relator Ministro Castro Filho, j. em 19/09/2006).

Registre-se que, findado o “repasso” à filha (atingido, ela, os 25 anos de idade), sua cota deverá ser revertida aos genitores; outrossim, na hipótese contrária (falecimento de ambos - Jorge e Marlene - antes de Mariah completar 25 anos), deverá ser revertida a cota à Mariah.

Por fim, eventual benefício previdenciário percebido pela autora do Estado de Santa Catarina não tem o condão de afastar a incidência do pensionamento aqui estabelecido, porquanto possuem natureza jurídica claramente distintas. Ademais, em face do aqui decidido, o Estado de Santa Catarina não possui responsabilidade alguma pelo “incidente”, não tendo cabimento a ré compensar suas obrigações valendo-se do pagamento de benefício percebido do IPREV.

É o que basta.

EX POSITIS, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTES os pedidos formulados pelos autores para:

a) condenar Forjas Taurus S.A. ao pagamento de danos morais no valor de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais), quantia dividida igualmente entre os autores;

b) condenar Forjas Taurus S.A. ao pagamento de pensão, vencidas e vincendas: b.1) à **Mariah Coutinho Niches**, na proporção de 1/3 do valor dos proventos recebidos em novembro de 2011 (mês do falecimento – fl. 43), desde a data do ilícito (21.11.2011) até a data em que a respectiva autora completará 25 anos de idade; b.2) aos genitores da vítima (Jorge Ney Niches e Marlene da Silva Santos Niches), na proporção de 1/3 do valor dos proventos recebidos em novembro de 2011, desde a data do ilícito, até o dia em que a vítima completaria 25 anos de idade, reduzindo-se, **este valor** (1/3), da terça parte, até o término da obrigação, o que ocorrerá com a data do falecimento dos genitores (morte) ou a data em que a vítima completaria 65 anos de idade;

c) rejeitar os pleitos formulados em face do Estado de Santa Catarina.

Os juros de mora deverão incidir no percentual aplicado à caderneta de poupança desde a data do evento danoso (21.11.2011), na forma do Enunciado n. 54 da Súmula do STJ.

Tocante à correção monetária tem-se agora: **“Na atualização creditícia, em se tratando de demanda contra a Fazenda Pública, deve-se observar o INPC até a data da publicação da Lei n. 11.960/09 (30/06/2009), vigendo, então, o índice de atualização monetária aplicável à caderneta de poupança até 25.03.2015 quando, consoante entendimento da Corte Suprema, passa a incidir o IPCA-E, acrescendo-se, a contar do ato lesivo em caso de responsabilidade**

civil, os juros de mora já estipulados no normativo (RE 870947/SE, Rel. Min. Luiz Fux. Tribunal Pleno, j. 20/09/2017).” (Apelação Cível n. 0023194-05.2009.8.24.0023, Des. Sônia Maria Schmitz, j. 07.12.2017).

Em face da litisdenúnciação, e nos termos do pacto e condições gerais de fls. 394/425, condeno o litisdenunciado Mapfre Seguros Gerais S.A. a ressarcir a empresa ré Forjas Taurus S.A. em todos os valores a que fora condenada em face desta demanda, acrescidos de juros e correção monetária desde a citação, nos termos da fundamentação supra.

Custas pela ré Forjas Taurus S.A.

Quanto aos honorários advocatícios, nos termos do art. 85, § 3º, I, DO CPC, fixo a verba em 8% (oito por cento) sobre o valor da condenação, arcados pela ré Forjas Taurus, porquanto tal quantia proporciona uma compensação justa ao labor desenvolvido pelo advogado da parte autora e não onera excessivamente os vencidos.

Condeno os autores ao pagamento dos honorários advocatícios em favor do Estado de Santa Catarina, estes que arbitro no valor de R\$ 2.000,00 (dois mil reais), forte no § 8.º do art. 85 do CPC, restante, todavia, sobrestados os pagamentos uma vez que são beneficiários da gratuidade judiciária (fls. 309/311).

Decisão sujeita ao reexame necessário.

P. R. I.

Transitada em julgado, archive-se, com as cautelas de estilo.

Florianópolis (SC), 17 de abril de 2019.

Luis Francisco Delpizzo Miranda
Juiz de Direito

Autos nº 0015834-14.2012.8.24.0023

Ação: Procedimento Comum Cível/ PROC

Vistos etc

Mapfre Seguros Gerais S.A. e Taurus Armas S.A. Opuseram Embargos de Declaração sustentando, em síntese: **Mapfre**; em relação a lide secundária: a) omissão quanto a ausência de cobertura para erro de projeto na apólice; b) omissão em relação aos limites contratuais e legais da apólice; em relação a lide principal: c) obscuridade quanto ao termo às provas do autos; d) obscuridade quanto ao cálculo da pensão; e) omissão quanto a “base legal” para a “*junção das pensões*” (fls. 836/840); **Taurus**: a) obscuridade quanto às provas nos autos; b) obscuridade no tocante aos juros moratórios (fls. 850/586).

Requerem, portanto, o provimento das insurgências e o prequestionamento (Taurus) de dispositivos legais.

Intimadas (fl 857), as partes contrarazoaram às fls. 862/865 (Estado de Santa Catarina), fls. 866/873 (Autores) e fls. 879/883 (Taurus).

É, no essencial, o relatório.

Nos termos do art. 1.022 da Lei nº 13.105/15, são cabíveis Embargos de Declaração contra qualquer decisão judicial para: I - esclarecer **obscuridade** ou eliminar **contradição**; II - suprir **omissão** de ponto ou questão sobre o qual devia se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento; III - corrigir **erro material**.

Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero colocam que os aclaratórios: “*Visam a aperfeiçoar as decisões judiciais, propiciando uma tutela jurisdicional clara e completa. Os embargos declaratórios não têm por finalidade revisar ou anular decisões judiciais (STJ, 2ª Turma, EDcl no Resp 930.515/SP, rel. Min. Castro Meira, j. 02/10/2007, DJ 18/10/2007, p. 338)*” (Novo Código de Processo Civil Comentado. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 953).

Passo a examinar as insurgências:

1) Da obscuridade quanto a prova dos autos (“II, a” de fls. 837/839; item “I, a”, de fls. 850/852), da obscuridade quanto ao cálculo da pensão (“II, b” de fls. 839), da obscuridade quanto aos juros moratórios (“I, b” de fls. 853/854) e da omissão quanto a “base legal para a junção das pensões” (“II, c” de fl. 839):

Requer a ré MAPFRE, em síntese, seja esclarecida “*quais provas dos autos, de maneira inequívoca, apontam o defeito de fabricação no armamento*” (fl. 838); bem como que seja indicado “*qual a base legal para a ‘junção’ das pensões [...]*” (fl. 839).

De igual modo, postula a ré TAURUS que “*esclareça onde há no laudo a afirmação em questão e como é possível, por meio dela, concluir-se que esse possível defeito foi a causa do acidente sub judice*” (fl. 852); bem como requer o “*esclarecimento acerca da fixação do início da incidência dos juros [...]*” (fl. 854).

Na hipótese, notório que os embargantes, na verdade, discordam do resultado do julgamento e buscam moldar o julgado aos seus entendimentos.

Entretanto, consabido que: “**Não se revelam cabíveis os embargos de declaração, quando a parte recorrente - a pretexto de esclarecer uma inexistente situação de obscuridade, omissão ou contradição - vem a utilizá-los com o objetivo de infringir o julgado e de, assim, viabilizar um indevido reexame da causa**’ (STF, EDclAgRgRMS n. 26.259, Min. Celso de Mello).

Diz, ainda, que a decisão não analisou todas as suas teses além de não se manifestar sobre alguns dispositivos legais que ventilou.

Todavia, sabe-se que o magistrado não está obrigado a responder todas as alegações das partes quando, utilizando-se do seu livre convencimento, encontra fundamento suficiente para solucionar a lide.

Aliás, o Superior Tribunal de Justiça, já na vigência do novo Código de Processo Civil, reiteradamente vem decidindo que:

“I - Não há falar em obscuridade e ausência de fundamentação no afastamento da alegada violação do art. 535 do Código de Processo Civil de 1973 pela Corte de origem, pois nos termos de jurisprudência do STJ, o magistrado não é obrigado a responder todas as alegações das partes se já tiver encontrado motivo suficiente para fundamentar a decisão, nem é obrigado a ater-se aos fundamentos por elas indicados, como ocorreu no caso em apreço.” (AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL, 2016/0205936-1, rel. Min. Francisco Falcão, julgado em 06.06.2017)

Por derradeiro, tocante ao prequestionamento também relembro que:

“Ainda que a parte alegue a intenção de ventilar matéria para fins de pré-questionamento, o julgador não é obrigado a examinar exaustivamente todos os dispositivos legais apontados pela recorrente quando a fundamentação da decisão é clara e precisa, solucionando o objeto da lide. A atividade jurisdicional não se presta para responder a questionários interpostos pelas partes, provocar lições doutrinárias ou explicitar o texto da lei, quando a matéria controvertida é satisfatoriamente resolvida. [...]” (AC n. 1998.009640-5, Desa. Maria do Rocio Luz Santa Ritta, j. 21.08.2003).

Por fim, oportuno esclarecer que o termo “integralidade”, inserto entre vírgulas e sublinhado à fl. 823, e enfatizado em ambos os aclaratórios (fls. 837 e 850), foi parcialmente mal interpretado. Explico:

Há, de fato, elementos indiciários que sugerem a efetividade do armamento, à exemplo do Laudo Pericial n.º IC/0531911/2011, onde constatou-se, em suma, que “*foram realizados alguns testes com a pistola motivo pericial, onde constatou-se que o sistema de segurança encontrava-se eficiente; não ocorreu nenhum disparo sem o acionamento do gatilho estando a arma destravada ou travada*” (fl. 116) [grifei].

Inobstante, a “momentânea” eficiência da pistola não afasta o fato principal (disparo injustificado provocando morte), muito pelo contrário, agravo-o, dado que a **inconstância** do armamento (defeito, embora efêmero, mas potencialmente danoso dado a especificidade do objeto) sugere extrema gravidade, e não contradiz, de modo algum, o termo enfatizado, apenas o corrobora.

No mais, o valor padrão do pensionamento está claramente mencionado à fl. 830.

Despiciendas maiores alucidações, **não** reconheço as sobreditas omissões e obscuridades.

2) Da omissão quanto aos limites contratuais e legais da apólice (item “I, b” de fls. 837):

O *decisum* embargado é omissivo quanto ao ponto.

Sem maiores delongas, da análise da apólice n.º 51/512/10002205251 (fls. 394/410), parcial razão assiste à litisdenunciada MAPFRE, especificamente no tocante à franquia de 20% que deverá ser arcada pela segurada, conforme cláusula 5 (“*FRANQUIAS/POS PARA TODAS AS EMPRESAS SEGURADAS*”) das “Especificações do Seguro”.

Inobstante, da leitura da referida cláusula, o referido limitador (R\$90.000,00) não se mostra presente no caso exclusivo de danos morais, razão pela qual a insurgência não procede.

Por fim, no tocante ao reclamo relativo ao “limite máximo indenizável” - LMI, razão não existe para que menção/provimento desta natureza conste da sentença. Tal não diz respeito a presente lide; trata-se de obrigações/responsabilidades só as contratantes concernentes e que devem ser resolvida entre ambas.

Logo, **reconheço** a omissão neste ponto e as julgo parcialmente procedentes para reconhecer que ré FORJAS deverá arcar com 20% dos prejuízos pelo episódio.

3) Da omissão quanto a inexistência de cobertura para erro de projeto (item “I, a” de fls. 836/837):

O *decisum* embargado é omissivo quanto ao ponto.

Vamos a sua apreciação.

Levanta-se, em contestação (fls. 510/532 - item “20 a 36”), a tese de erro de projeto.

Sustenta-se, em síntese, que o contrato/apólice **não** abarca reclamações decorrentes de imperfeição de produto devido a erro de plano fórmula, desenho e projeto” (item “2, h”, das Condições Especiais n.º 5 – fls. 423/425) [grifei].

Aduz, em adição, que a pistola objeto da lide não apresenta qualquer defeito de fabricação; conseqüência lógica, o defeito, se existente, derivaria de erro de projeto.

Não vejo dessa forma.

Incontroverso que o disparo foi acidental, ou seja, sem acionamento proposital do gatilho.

Na casuística – rememorando -, realizando abordagem policial (busca pessoal), ao se abaixar (flexão do joelho direito com movimento de flexão do tronco para frente) objetivando pegar uma pochete que estava atirada ao chão, a pistola desprende-se/caiu do colete onde era mantida e, ao atingir o solo, veio a disparar contra a face do miliciano, causando-lhe a morte (fl. 137, “figura 15” e ss.).

No ponto (inclusive robustecendo o rechaço à aludida obscuridade quanto as provas - item “1”, supra), o fato da vítima estar com a alça do colete tático aberta (o que se presume) é completamente compreensível, já que estava realizando uma abordagem. A queda da pistola, neste específico contexto, muito embora revele procedimento extremamente temerário, não é capaz de afastar a responsabilidade da Taurus, na medida em que a pistola **NÃO** deveria disparar pela simples queda, conforme não disparou no teste de quedas realizado (Laudo Pericial de fls. 691/701, item “3.5”), revelando, em verdade, a inconsistência da referida pistola.

Retornando ao ponto; a questão é uma só: a pistola disparou quando não deveria disparar.

Ocorreu algum defeito.

Aludida questão, desdobra-se em outras três: a) defeito de fabricação; b) defeito de projeto; b) ou simplesmente falta de manutenção e/ou manutenção indevida?

Desde já, afasto a hipótese de item “c”, supra, haja vista que em ambos os testes realizados com o armamento, seja aquele realizado na fase policial (fls. 114/116) seja aquele em sede judicial (fls. 691/701 – este “problematizado” por inúmeros fatores, citados resumidamente nas conclusões finais do respectivo Laudo), a pistola apresentou funcionamento adequado. *In casu*, falta de manutenção e/ou manutenção indevida (montagem incorreta) ensejaria, pelo menos, similar falha na perícia realizada às fls. 114/116, o que não se verificou.

Portanto, restam duas alternativas.

Sem maiores delongas, a resolução extrai-se da resposta o quesito autoral de número 9, *litteris*:

“Pergunta 9: Se a arma pode ter efetuado o disparo devido a um defeito de fabricação?”

“R: Não necessariamente defeito de fabricação. O projeto da pistola não previu a eventual fragilidade de se inserir a trava de percussor e sua respectiva mola internamente logo abaixo da alça de mira. No entanto, a arma periciada não apresentou qualquer tipo aparente defeito de fabricação.”
[grifei]

Logo, no caso em exame, não há, de fato, defeito de fabricação.

Inobstante, tampouco se trata de uma **erro** de projeto, conforme aventado, mas simplesmente uma **inconsistência/fragilidade** no sistema de segurança interno (trava de percussor), o que, na visão deste juízo, não pode ser concebido como um erro propriamente dito.

Repito: erro de projeto não pode ser confundido com mera fragilidade do projeto.

O projeto, em si, não é falho. Isso não quer dizer que a empresa Taurus, devidamente segurada, não tenha colocado no **“mercado de consumo produto [...] que sabe ou deveria saber apresentar alto grau de nocividade ou periculosidade à saúde ou segurança”** (CDC, art. 10), porém, não é bem essa análise que se apresenta para deliberação, mas reforça a procedência do pleito autoral.

Logo, **reconheço** a omissão no ponto; porém, mantenho inalterada a decisão de mérito.

Por derradeiro, tocante ao prequestionamento também relembro que:

“Ainda que a parte alegue a intenção de ventilar matéria para fins de pré-questionamento, o julgador não é obrigado a examinar exaustivamente todos os dispositivos legais apontados pela recorrente quando a fundamentação da decisão é clara e precisa, solucionando o objeto da lide. A atividade jurisdicional não se presta para responder a questionários interpostos pelas partes, provocar lições doutrinárias ou explicitar o texto da lei, quando a matéria controvertida é satisfatoriamente resolvida. [...]” (AC n. 1998.009640-5, Des. Maria do Rocio Luz Santa Ritta, j. 21.08.2003).

É o que basta.

Diante do exposto, CONHEÇO dos embargos (fls. 836/840 e 850/856), porquanto tempestivos, e DOU, ao primeiro deles, PARCIAL PROVIMENTO, **suprimindo**, na parte dispositiva, todo o paragrafo reservado à “lide secundária” (fl. 834, primeiro parágrafo), **acrescentando**, em seu lugar, o seguinte ponto, mantendo-se inalterados os demais termos:

“Em face da litisdenúnciação, e nos termos do pacto e condições gerais de fls. 394/425, condeno o litisdenunciado Mapfre Seguros Gerais S.A. a ressarcir a empresa ré Forjas Taurus S.A. em todos os valores a que fora condenada em face desta demanda, respeitadas as cláusulas da apólice, mormente aquelas dispostas no item “5” (franquia de 20% dos prejuízos a cargo da segurada), acrescidos de juros e correção monetária desde a citação, nos termos da fundamentação supra.”

Publique-se, registre-se, intimem-se e cumpra-se na integralidade a sentença, com as alterações ora procedidas.

P. R. I. Após o trânsito, arquivem-se.

Florianópolis (SC), 02 de agosto de 2019

Luis Francisco Delpizzo Miranda
Juiz de Direito



ARTIGOS

O ANIMAL É O SUJEITO PASSIVO NO CRIME DE MAUS-TRATOS CONTRA OS ANIMAIS¹.

WELTON RUBENICH²

CLAUDIA RIBAS MARINHO³

Chegará o dia em que o homem conhecerá o íntimo dos animais. Nesse dia um crime contra um animal será considerado um crime contra a própria humanidade” (VINCI, Leonardo da).

SUMÁRIO: Introdução. 1. A escola antropocentrista qualifica o animal não humano como coisa. 2. Ser senciente e vida digna aos animais não humanos. 3. Crime de maus-tratos da lei ambiental: a passividade da vítima animal e sujeito de direito para além do humano. Considerações finais. Referências das fontes citadas.

RESUMO

A partir da afirmação peremptória de que o animal não humano deve ser o sujeito passivo no crime de maus-tratos contra os animais, analisam-se as escolas antropocêntrica e ecocêntrica perante a assertiva, a fim de concluir sobre a possibilidade de o animal não humano ser sujeito de direitos, em especial, sujeito passivo do crime previsto no art. 32 da Lei dos Crimes Ambientais.

ABSTRACT

From the peremptory affirmation that the non-human animal must be the taxable person in the crime of ill-treatment against animals, the anthropocentric and Ecocentric schools are analysed

1 - Artigo publicado como capítulo do livro “Sociedade de consumo e multidimensionalidade da sustentabilidade”. Maria Claudia da Silva Antunes de Souza. (Org.). 1ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 185-212.

2 - Doutorando em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí/SC – UNIVALI, na linha de pesquisa Direito Ambiental, Transnacionalidade e Sustentabilidade. Graduado em Direito pelo Centro Integrado de Ensino Superior do Amazonas - CIESA (2001). Especialista em Direito e Gestão Judiciária pela Academia Judicial do Tribunal de Justiça de Santa Catarina/Universidade Federal de Santa Catarina (2008). Especialista em Ciências Criminais pela Universidade Anhanguera – UNIDERP (2010). Especialista em Direito Público pela Universidade Anhanguera – UNIDERP (2010). Mestre em Derecho Ambiental y de la Sostenibilidad pela Universidad de Alicante, Espanha e pela UNIVALI (SC) (2015) Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. E-mail: welton_rubenich@hotmail.com.

3 - Doutoranda em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí/SC – UNIVALI, na linha de pesquisa Direito Ambiental, Transnacionalidade e Sustentabilidade. Graduada em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (1999) e Administração de Empresas pela ESAG/UDESC (1998). Especialista em Direitos Humanos pela UDESC(2001) e em Direito e Gestão Judiciária pela Academia Judicial/TJSC (2009). Mestre em Derecho Ambiental y de la Sostenibilidad pela Universidad de Alicante, Espanha e pela UNIVALI (SC) (2015). Graduanda em Filosofia pela UFSC. Juíza de Direito na Vara de Execuções Penais de Itajaí, TJSC. E-mail: claudiaribasmarinho@gmail.com

before the assertion, in order to conclude on the possibility of the non-human animal being Subject of rights, in particular, the taxable person of the crime provided for in art. 32 of the Environmental Crimes Act.

PALAVRAS-CHAVE: Animal. Maus-tratos. Sujeito passivo. Senciente. Antropocentrismo. Ecocentrismo.

KEYWORDS: Animal. ill-treatment. Taxable. Sentient. Anthropocentrism. Ecocentrism.

INTRODUÇÃO

Inicialmente, por acordo semântico, neste texto, devemos distinguir os animais dos humanos. Assim, sem perder de vista a animalidade que reside em todos os seres humanos, iremos tratar de forma dicotômica as duas categorias: animal ou animal não humano e humano, simplesmente, tanto no singular como no plural.

O presente trabalho possui o escopo de examinar o motivo pelo qual o animal, vítima de maus-tratos, não é considerado, pela doutrina penal tradicional, como sujeito passivo.

Como será apresentado ao leitor, há doutrinadores conservadores da área criminal, embora crescente e embasada doutrina ambientalista em sentido contrário, que não admitem ser o animal considerado como sujeito passivo no crime de maus-tratos contra os animais. Ora, se o crime é de maus-tratos contra o animal, vítima da conduta é este e, pois, deveria ser o sujeito passivo da infração penal ambiental.

Entretanto, sob o argumento de que o animal não humano não titulariza direito, repete-se o dogma pelo qual o sujeito passivo do crime previsto no art. 32 da Lei dos Crimes Ambientais seria a coletividade.

Porém, a Constituição Federal do Brasil de 1988 (CF/88) impôs a preservação do meio ambiente às presentes e às futuras gerações e, no caso dos animais, vedou, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco a função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou os submetam a crueldade. Deste modo, a nossa Lei Fundamental emitiu comando obstativo de práticas cruéis, maus-tratos, em favor dos animais, ou seja, são eles, em primeiro plano, os sujeitos passivos do crime previsto em lei para coibir a conduta incriminada pelo legislador constituinte.

Em passadas largas pelas escolas antropocêntrica e ecocêntrica à abordagem do ser senciente, buscaremos demonstrar que parte da doutrina ecológica de vanguarda supera a majoritária tradição penalista para posicionar o animal em seu devido lugar no crime de maus-tratos, isto é, como sujeito passivo da conduta e não como mero objeto.

Para tanto, dedica-se o primeiro e o segundo tópicos a considerações ao antropocentrismo, o qual coloca o homem no centro do universo, e relega o animal não humano à coisa, e ao ser senciente, que sente dor e tem sentimentos aptos a exigir uma vida digna, respectivamente, e o capítulo final, à passividade da vítima animal como sujeito de direitos.

Por fim, seguir-se-ão as considerações finais visando ao aprimoramento do assunto abordado e à contribuição à produção científica ambiental-penal. Na explanação do trabalho, optou-se pelo emprego do método indutivo⁴, pesquisando e identificando as partes do problema para chegar-se às considerações finais, sob as técnicas da pesquisa bibliográfica e do fichamento.

1. A escola antropocentrista qualifica o animal não humano como coisa.

Assim como um dia o escravo já foi considerado mercadoria, objeto sem quaisquer direitos, nós pensamos que chegará a vez de o animal deixar de ser qualificado como coisa e passar a ser sujeito de direitos. Há cento e trinta anos, foi assinada a Lei que libertou os escravos no Brasil. No momento, busca-se a simples desconsideração dos animais como coisas, bens semoventes.

No Brasil, de acordo com DIAS:

o animal é sempre propriedade, seja quando é um bem público/difuso, bem de uso comum do povo, seja quando é um semovente. A diferença é que, no caso do bem de uso comum do povo, a lei impõe regras de uso mais rigorosas, eis que são indisponíveis, inalienáveis, impenhoráveis, possuem direitos imprescritíveis. Já o bem móvel ou semovente é objeto passivo de um proprietário ou titular que dele possa usar, fruir, dispor e reivindicar, ou, se é *res nullius*, dele se apropriar. É bem verdade que existem limites previstos em lei para a propriedade de um animal, e que garantem a não submissão à crueldade e o direito ao bem-estar, limites bem mais brandos que os estabelecidos para o relacionamento com os animais silvestres⁵.

Conforme ALMEIDA, são considerados coisas os animais porque “o antropocentrismo defende a centralidade indiscutível do ser humano e valoriza a natureza de um ponto de vista instrumental⁶”. Todavia, essa centralidade não implica negar a necessidade de preservação da natureza, pois o mundo natural constitui um recurso quase ilimitado, susceptível de poder ser utilizado para os mais diversos fins humanos (agrícola, industrial, medicinal)⁷.

Investigando a definição acima de ALMEIDA para o antropocentrismo, podemos nos acerrar sobre a circunstância de o animal ser considerado coisa decorre desse paradigma, o qual lastreou todo o positivismo jurídico a partir das teorias que idolatraram o homem no centro do universo.

4 - PASOLD, Cesar Luiz. Metodologia da Pesquisa jurídica: teoria e prática. 11. ed. Florianópolis: Conceito Editorial; Millennium Editora, 2008, p. 81/106.

5 - DIAS, Edna Cardozo. **Teoria dos direitos dos animais.** Fórum de Direito Urbano Ambiental – FDU. Ano 14, n. 80 (mar./abr. 2015): Editora Fórum, 2015, p. 40.

6 - ALMEIDA, António. **Como se posicionam os professores perante manifestações culturais com impacto na natureza. Resultados de uma investigação.** Revista Electrónica de Enseñanza de las Ciencias. N. 2. Volume 8: Lisboa, 2009, p 649. Disponível em: <http://reec.uvigo.es/volumenes/volumen8/ART15_Vol8_N2.pdf>. Acesso em: 28 dez. 2018.

7 - ALMEIDA, António. **Como se posicionam os professores perante manifestações culturais com impacto na natureza. Resultados de uma investigação.** Revista Electrónica de Enseñanza de las Ciencias. N. 2. Volume 8: Lisboa, 2009, p 649. Disponível em: <http://reec.uvigo.es/volumenes/volumen8/ART15_Vol8_N2.pdf>. Acesso em: 28 dez. 2018.

Essa conclusão é esclarecida por BOSSELMANN:

Entre muitos autores, há uma preocupação relativa à característica antropocêntrica inerente aos direitos humanos ambientais. Na concepção de alguns deles, a própria existência desses direitos reforça a ideia de que o meio ambiente só existe para o benefício humano e não tem nenhum valor intrínseco. Além disso, eles resultam na criação de uma hierarquia, segundo a qual a humanidade é compreendida em uma posição de superioridade e importância acima e à parte de outros membros da comunidade natural. Mais especificamente, os objetivos e padrões aplicados centram no ser humano. Os objetivos são a sobrevivência da humanidade, seus padrões de vida e seu uso continuado de recursos. O estado do meio ambiente é determinado pelas necessidades da humanidade, e não pelas necessidades de outras espécies⁸.

A coexistência do homem e natureza é possível e decorre do fato de a humanidade ser racional, circunstância que não significa a supremacia sobre os demais seres vivos, sugerindo BOSSELMANN que

certo grau de antropocentrismo é necessário à proteção ambiental. Não no sentido de que a humanidade seja o centro da biosfera, mas porque a humanidade é a única espécie de que temos conhecimento com consciência para reconhecer e respeitar a moralidade de direitos e porque os próprios seres humanos são parte integrante da natureza. Em suma, os interesses e deveres da humanidade são inseparáveis da proteção ambiental⁹.

Apesar dessa possível coexistência, na antropocêntrica doutrina civilista, os animais não passam de meros bens semoventes, suscetíveis de uso, gozo e fruição por seus proprietários. Com efeito, os animais são chamados de semoventes porque têm movimento próprio¹⁰, movendo-se de um local para outro por força própria e “recebem o mesmo tratamento jurídico dispensado aos bens móveis propriamente ditos. Por essa razão, pouco ou nenhum interesse prático há em distingui-los¹¹”, porquanto o art. 82 do Código Civil de 2002 abarca como bens móveis tanto os móveis “*propriamente ditos* (as moedas, por exemplo), quanto os semoventes (os animais)¹²”.

Cumprido destacar que RODRIGUES defende a tese de que os animais, embora classificados como bens semoventes, possuem personalidade jurídica distinta há quase um século, porque

8 - BOSSELMANN, Klaus. **O princípio da Sustentabilidade: transformando direito e governança**. Tradução Phillip Gil França. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 163.

9 - BOSSELMANN, Klaus. **O princípio da Sustentabilidade: transformando direito e governança**. Tradução Phillip Gil França. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 164.

10 - FIUZA, César. **Direito Civil: curso completo**. Volume único. 15 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 184.

11 - GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 251.

12 - FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Parte Geral e LINDB**. 14. ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 513.

Embora sejam os Animais sujeitos com personalidade jurídica própria, de acordo com a interpretação do Dec.-lei 24.645/34, a legislação civil ainda não foi aperfeiçoada. Tanto o Código Civil Brasileiro de 1916 como o de 2002 definem os Animais como coisas sem dono até o momento de sua apropriação, mediante um tratamento privatista a apoiar o instituto da propriedade. Até hoje os Animais são vistos como coisas ou semoventes disponíveis; ainda que a Lei de Proteção à Fauna tenha modificado sua natureza jurídica de coisa sem dono para bens públicos, como é o caso dos Animais silvestres fora de cativeiro, cujo fundamento é a utilidade pública, e a Constituição Federal de 1988 para bens socioambientais. De qualquer forma, se antes considerados sob o regime privado, hoje alguns o são sob o regime público, mas em ambos sob a ótica de objeto de direito e não sujeito de direito¹³.

Em decorrência da forte influência do antropocentrismo, quando fazemos a análise da natureza jurídica dos animais, é cristalina a conclusão de que ainda não houve o reconhecimento do novo *status quo* como sujeitos de direito, a despeito do disposto no § 3º do art. 3º do citado Decreto-Lei do ano de 1934, o qual, a título de informação histórica, já estabelecera que a representação deles em juízo dar-se-ia pela atuação do Ministério Público¹⁴.

Todavia, decorridas várias décadas desde o reconhecimento da personalidade jurídica própria dos animais, o fato de o homem estar no centro do universo deve ser superado, ultrapassando, igualmente, a propalada e indevida negativa de direitos aos animais, uma vez que estes possuem valor moral e são detentores de direitos, não simples coisas.

O fato de os animais serem considerados coisas, semoventes, também é comum na doutrina criminal, pois, na caracterização do sujeito passivo do crime de maus-tratos, previsto no art. 32 da Lei dos Crimes Ambientais, afirmam ser a coletividade¹⁵, o Estado¹⁶, a sociedade¹⁷ ou eventualmente o proprietário¹⁸ mas não o próprio animal vítima de maus-tratos, uma vez que este é mero “objeto material da conduta¹⁹”.

Insta salientar que existe um Projeto de Lei no Senado para afastar a natureza de coisa atribuída aos animais, como salientado no XXIV CONPEDI:

13 - RODRIGUES, Danielle Tetü. **O direito dos animais: uma abordagem ética, filosófica e normativa**. 2. ed. (ano 2008), 1ª reimpr./ Curitiba: Juruá, 2009, p. 96/97.

14 - RODRIGUES, Danielle Tetü. **O direito dos animais: uma abordagem ética, filosófica e normativa**. 2. ed. (ano 2008), 1ª reimpr./ Curitiba: Juruá, 2009, p. 124.

15 - MARCÃO, Renato. **Crimes Ambientais**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 72.

16 - GOMES, Luiz Flávio e CUNHA, Rogério Sanches (Coordenadores). **Legislação Criminal Especial**. Volume 6. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 753.

17 - NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. Volume 2. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 552.

18 - DELMANTO, Roberto; JÚNIOR, Roberto Delmanto; DELMANTO, Fábio Machado de Almeida. **Leis Penais Especiais Comentadas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 32.

19 - PRADO, Luiz Regis. *Direito penal do ambiente*. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 200.

A proposta contida no Projeto de Lei do Senado 315, de 2015, preenche uma lacuna no sistema jurídico brasileiro, já que inexistente nesse sistema qualquer dispositivo que inequivocamente ampare a tese de que os animais não são coisas. Ao contrário, a garantia constitucional do direito de propriedade, acrescido da disposição sobre a sua função social, amparam a existência de regras jurídicas que restringem ou limitam o manejo, tratamento e utilização dos animais, mas não os descaracterizam como coisas²⁰.

Contudo, temos a convicção a respeito de a sanção e a conversão desse Projeto em Lei não acarretar *ipso facto* uma equivalência de direitos entre animais humanos e não humanos. Porém, será um passo importante para que os animais deixem de ser qualificados como coisas e sejam sujeitos de direitos. Nesse sentido, aliás, já propôs BENJAMIN no início dos anos dois mil: “O reconhecimento de direitos aos animais – ou mesmo à natureza – não leva ao resultado absurdo de propor que seres humanos e animais tenham os mesmos ou equivalentes direitos²¹”.

Ao lado do Projeto de Lei em tramitação no Senado, tramita outro Projeto de Lei de iniciativa da Câmara dos Deputados para rechaçar a condição de coisa atribuída ao animal. Cuida-se do Projeto de Lei Federal nº 6.799/13, de iniciativa do Deputado Federal Ricardo Izar, onde propõem que, por meio da sensibilização da condição do animal silvestre e de doméstico, adotar-se-á o entendimento que estes são seres *sui generis* de direitos,

procedendo-se a mudança de sua condição de ser semovente para sujeitos de Direitos despersonalizados, conforme descreve o seu art. 3º: Os animais domésticos e silvestres possuem natureza jurídica *sui generis*, sendo sujeitos de direito depersonificados, dos quais podem gozar e obter a tutela jurisdicional em caso de violação, sendo vedado o seu tratamento como coisa²².

A modificação legislativa é necessária para que os animais não mais sejam reconhecidos como bens móveis (semoventes), mas como sujeitos de direitos, ainda que sem a equivalência dos direitos humanos. Deste modo, passarão a dispor da dignidade e consideração como sujeitos passivos do crime de maus-tratos aos animais.

De lege ferenda, será rompida a resistência ao convencimento de que os animais não são as

20 - STANCIOLI, Brunello Souza; ALBUQUERQUE, Letícia; TAVARES, Riva Sobrado de Freitas (coordenadores). **Biodireito e direitos dos animais I** [Recurso eletrônico on-line]. CONPEDI/UFMG/ FUMEC/Dom Helder Câmara; – Florianópolis: CONPEDI, 2015. Disponível em: <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/xxfq3q05/Us5vmI145ZwFD9hX.pdf>>. Acesso em: 26 dez. 2018.

21 - BENJAMIN. Antônio Herman. **A Natureza no Direito Brasileiro: coisa, sujeito ou nada disso**. Disponível em: <<https://www.jfce.jus.br/images/esmafe/material-didatico/2011/direitosPovosIndigenas02.pdf>>. Acesso em: 26 dez. 2018.

22 - CABRAL, Lucíola Maria de Aquino; ROLIM, George Carneiro; MELO, Thaís Vieira Carvalho. **A ADI 4.983/13 e o choque entre direitos fundamentais: a via é a mais eficiente para a proibição da vaquejada no Brasil?**. Revista Internacional de Direito Ambiental. Ano VI, n. 16 (jan./abr. 2017). Caxias do Sul, RS: Plenum, 2017, p. 257.

próprias vítimas do crime de maus-tratos contra eles praticados, a qual decorre de antiga distinção entre seres vivos almadados e desalmados, ou seja, apenas mereceriam a proteção divina aqueles possuidores de alma.

THOMAS afirmou que era recorrente entre a classe média inglesa, no final do século XVIII, a crença que “os animais mais infelizes eram os dos países latinos do sul da Europa, pois neles ainda vigoravam as antigas doutrinas católicas sobre a inexistência de alma nos animais²³” e, por essa razão, poderiam ser tratados com métodos repugnantes e cruéis.

O historiador de Oxford prossegue com a citação de Tomás de Aquino para apontar a origem antropocêntrica a impedir a atribuição de direitos aos animais:

Desse ponto de vista estritamente antropocêntrico muitas das injunções do Antigo Testamento contra a crueldade foram interpretadas. ‘Se alguma passagem nas Sagradas Escrituras parece proibir-nos de ser cruéis com os animais brutos’ explicava Tomás de Aquino, ‘isso ocorre ou [...] por temor de que através da crueldade aos animais chegue-se a ser cruel com os seres humanos, ou porque a agressão a um animal acarreta dano temporal ao homem²⁴.

Muitas foram as maneiras de interpretação para justificar os maus-tratos aos animais. Na citação acima, verificamos que o tratamento cruel dispensado aos animais deveria ser coibido porque, por meio dessa conduta, poderia o homem replicar a crueldade em desfavor do seu semelhante. Isso decorria, com certeza, da imponência central do homem expressa no Livro de Gênesis, em seu capítulo 1, versículo 28: “Deus os abençoou e lhes ordenou: ‘Sede férteis e multiplicai-vos! Povoai e sujeitai toda a terra; dominai sobre os peixes do mar, sobre as aves do céu e sobre todo animal que rasteja sobre a terra!’²⁵”.

Apesar do texto bíblico, é de nosso conhecimento que também há a negação de ser o homem o centro do universo desde a Idade Antiga, quando pensadores, cínicos, cétricos e epicurista negavam o fato de a humanidade ser objeto especial de preocupação dos deuses e, mais precisamente no final do século XVII, a tradição antropocêntrica sofreu acentuada erosão, especialmente na medida em que “os astrônomos revelavam não apenas que a Terra não era o centro do universo, mas que havia uma infinidade de mundos, cada um deles possivelmente habitado por espécies desconhecidas²⁶”.

Devidos aos avanços científicos alcançados até o nosso século XXI, não podemos aceitar

23 - THOMAS, Keith. **O homem e o mundo natural: mudanças de atitude em relação às plantas e aos animais (1500-1800)**. Tradução de João Roberto Martins Filho. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p. 203.

24 - THOMAS, Keith. **O homem e o mundo natural: mudanças de atitude em relação às plantas e aos animais (1500-1800)**. Tradução de João Roberto Martins Filho. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p. 213.

25 - Bíblia Sagrada. Disponível em: <<https://bibliaportugues.com/genesis/1-28.htm>>. Acesso em: 28 dez. 2018.

26 - THOMAS, Keith. **O homem e o mundo natural: mudanças de atitude em relação às plantas e aos animais (1500-1800)**. Tradução de João Roberto Martins Filho. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p. 237.

o dogma religioso do antropocentrismo, pois, a Ciência dos últimos tempos, máxime desde o Iluminismo, tem feito descobertas cósmicas que transformam o homem em um grão de areia. Assim, diante a diminuta existência do homem, é aceitável, nesta quadra, a elevação de posto do animal de coisa para sujeito de direitos e não para um terceiro gênero da proposta legislativa como forma de contornar a inevitável afirmação: animais possuem direitos.

Com efeito e como lembrado por GORDILHO e SILVA, no livro sobre a nova ordem ecológica, Luc Ferry admite que superamos a fase na qual era risível os animais estarem em juízo para admiti-los como sujeitos de direitos na ocasião na qual foi feito

um estudo de demandas judiciais envolvendo animais não humanos. O intuito do autor era o de demonstrar que estes processos datados entre os séculos XIII e XVIII em toda a Europa, suscitavam em nós um irreprimível sentimento de estranheza ou até um sentimento de comicidade. Estes sentimentos, para Luc Ferry, resultam de uma evidência que reputamos 'natural' e lógica: os animais não podem ir a juízo. Animais não seriam 'dignos de um processo' ou mesmo de um status diferenciado do de res (coisa) na ordem jurídica²⁷.

Entretanto, após a estranheza ou o sentimento de comicidade, estamos passando pelo período de aceitação e, logo em seguida, pelo período de conformismo da existência de direitos ínsitos à dignidade animal, tal qual ocorre com as teses científicas onde, no início há dúvida, depois de um tempo de pesquisas, aceitação e, por fim, a superação por outro conhecimento que rompe o paradigma anterior como pontua KUHN²⁸.

Assim, conclui-se o capítulo com a recordação da escravidão nas palavras de LOURENÇO:

Tal como os escravos um dia o foram, os animais, pela dogmática jurídica atual, continuam aprisionados num universo de não existência, onde são tratados praticamente da mesma maneira que objetos inanimados como automóveis e enceradeiras, sendo garantido aos seus proprietários a sua posse e o seu uso para finalidades estritamente econômicas e o direito de fazer contratos que os tenham por objeto²⁹.

Chegará o momento no qual a Humanidade sentirá vergonha pela negação de o animal ser digno sujeito de direitos, assim como ocorreu com a escravatura

2. Ser senciente e vida digna aos animais não humanos.

27 - GORDILHO, Heron José de Santana e SILVA, Tagore Trajano de Almeida. **Animais em juízo: direito, personalidade jurídica e capacidade processual**. Revista de Direito Ambiental. Ano 17. Volume 65 (jan./mar. 2012): Editora Revista dos Tribunais, p. 337.

28 - KUHN, Thomas Samuel. **A estrutura das revoluções científicas**. 5. ed. São Paulo: Editora Perspectiva S.A, 1997, p. 126.

29 - LOURENÇO, Daniel Braga. **Escravidão, exploração animal e abolicionismo no Brasil**. Revista Internacional de Direito Ambiental. Ano II, n. 4 (jan./abr. 2013): Caxias do Sul, RS, Plenum, 2013, p. 84.

No presente trabalho, defendemos a atribuição de direitos e o reconhecimento de uma vida digna aos animais sencientes.

SINGER define a senciência como a capacidade do ser vivo sofrer e/ou experimentar prazer ou sentir felicidade, estabelecendo-a como o limite da preocupação como os interesses alheios, pois, se um ser sofre, “não há justificativa moral para deixar de levar em conta esse sofrimento³⁰”.

Em sua obra sobre a libertação animal, SINGER discorre sobre o tratamento igualitário entre os seres sencientes, sustentando que:

Se um ser sofre, não pode haver justificção moral para recusar ter em conta esse sofrimento. Independentemente da natureza do ser, o princípio da igualdade exige que ao seu sofrimento seja dada tanta consideração como ao sofrimento semelhante – na medida em que é possível estabelecer uma comparação aproximada - de um outro ser qualquer. [...] Assim, o limite da senciência (utilizando este termo como uma forma conveniente, se não estritamente precisa, de designar a capacidade de sofrer e/ou, experimentar alegria) é a única fronteira defensável de preocupação relativamente aos interesses alheios³¹.

Na esteira do pensamento de SINGER, na obra *Jaulas Vazias*, REGAN apresenta a compreensão dos animais como seres sencientes e *sujeitos de uma vida*, com valor inerente, propondo a indagação:

entre bilhões de animais não humanos existentes, há animais conscientes do mundo e do que lhes acontece? Se sim, o que lhes acontece é importante para eles, quer alguém mais se preocupe com isso, quer não? Se há animais que atendem a esse requisito, eles são sujeitos-de-uma-vida. E se forem sujeitos-de-uma-vida, então têm direitos, exatamente como nós³².

Em artigo para a Revista de Direito Animal, ANDRADE e ZAMBAM asseveram que:

todo o ser vivo senciente é apto a ser sujeito de direito, categoria na qual, por esse critério, estão incluídos todos aqueles que são ou podem ser excluídos pelos critérios da legalidade e da autonomia moral. Dessa forma, a utilização do critério da senciência para a definição dos sujeitos de direito, ao mesmo tempo em que possui o condão de abarcar todos os seres humanos, implica, necessariamente, no reconhecimento, como sujeitos de direito, de todos os seres sencientes como os seres humanos – incluindo-se todos os animais sencientes –. Afastar os animais do reconhecimento como sujeito de direito, assim, seria uma adesão ao

30 - SINGER, Peter. **Libertação animal**. Tradução de Marly Winck. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010, p. 14.

31 - SINGER, Peter. **Libertação animal**. Tradução de Marly Winck. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010, p. 14/15.

32 - REAGAN, Tom. **Jaulas vazias: encarando os desafios dos direitos dos animais**. Tradução de Regina Rheda. Porto Alegre: Lugano, 2006, p. 65/66.

especismo, que é um critério tão arbitrário quanto o racismo ou o sexismo³³.

Percebe-se que o critério da senciência é aceitável à atribuição de direitos e ao reconhecimento da dignidade aos animais, uma vez que não se pode ignorar o sofrimento alheio, não somente por um imperativo moral, mas também em decorrência do mandamento constitucional que proíbe o tratamento cruel dos animais.

Já, conforme VIEGAS e INÁCIO, para FRANCIONE:

ser senciente significa que o animal consegue ter experiência consciente e subjetiva de dor e prazer e que também possui interesse em não sentir dor ou prazer. O organismo senciente tem capacidade de ter preferências no que tange a sentir prazer ou dor de maneira consciente, sendo este o mecanismo que diferencia os animais das plantas e pedras, os quais não têm capacidade de fazer escolhas conscientes com o fito de se esquivar do perigo de vida³⁴.

Note-se que senciente não é apenas o animal que pode sentir dor ou prazer, mas também aquele que não possui o interesse em sentir dor e prazer. Empiricamente, nós sabemos avaliar se os animais domésticos, especialmente os cães, gatos e cavalos, comportam-se, em determinadas circunstâncias, como alguém que sente dor ou prazer ou como alguém que não quer sentir dor ou prazer.

Destaca-se que o reconhecimento da senciência animal não é nenhum modismo decorrente do emergente mercado de *PETs* (lojas destinadas ao comércio de produtos e serviços para animais de estimação), porquanto detemos o conhecimento sobre o fato de os primeiros relatos conhecidos em prol da defesa dos animais advirem do período greco-romano.

Com efeito, de acordo com GOMES, alguns textos dessa época, como de Plutarco e de Porfírio, defendiam que os animais tinham capacidade racional, e de Ovídio e Sêneca defendiam que os animais possuíam capacidade de sentir dor. Assim sendo, desde os tempos citados já se reconheciam a capacidade de sentir dor e sofrer, de se comunicar (linguagem dos animais) e raciocinar, e a inteligência dos animais, capacidades essas que, hoje, já não mais levantam dúvidas³⁵.

33 - ANDRADE, Fernanda; ZAMBAM, Neuro José. **A condição de sujeito de direito dos animais humanos e não humanos e o critério da senciência**. Revista Brasileira de Direito Animal (RBDA). N. 23. Volume 11 (set./dez. 2016): Salvador, p. 151. Disponível em: <<https://portalseer.ufba.br/index.php/RBDA/article/view/20373/12957>>. Acesso em: 30 dez 2018.

34 - VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo e INÁCIO, Daniela Fonseca. **A análise do processo de descoisificação dos animais: um estudo sob a égide dos paradigmas do direito contemporâneo**. Revista Magister de Direito Ambiental e Urbanístico. Ano XII, n. 68 (out./nov. 2016): Porto Alegre, p. 77.

35 - GOMES, Daniele. **A legislação brasileira e a proteção dos animais**. Revista Síntese Direito Ambiental. Ano VIII, n. 43 (set./out. 2018): São Paulo, p. 22.

Entretanto, apesar da admissão, desde a Antiguidade, da capacidade de os animais sentirem dor, sofrimento, comunicação e inteligência próprias, foi somente em 1776 que começou a intensa batalha em prol da proteção dos animais e, para tanto, “Humphry Primatt, em sua tese de doutorado ‘A dissertation on the duty of mercy and the sinn of cruelty against brute animals’, baseado na tese dos filósofos citados, defendeu a igualdade de direitos entre os animais³⁶”.

Mais recentemente, a dissertação de PRIMATT contra a crueldade impingida aos animais recebeu o apoio internacional da UNESCO, na Declaração Universal dos Direitos dos Animais, proclamada em 27 de janeiro de 1978 e apresentada em Bruxelas, a qual adotou uma nova filosofia de pensamento sobre os direitos dos animais, onde foi reconhecido o valor da vida de todos os seres vivos e houve a proposta para um estilo de vida humano que fosse condizente com a dignidade e o respeito aos animais.

Em solo brasileiro, juridicamente, conforme aponta RODRIGUES, os animais “foram protegidos pela primeira vez no Brasil em 1924 através de Decreto 16.590 que proibiu as rinhas de galo e canário, as corridas de touros, novilhos e garraios, ao dispor sobre o funcionamento dos estabelecimentos de distração pública³⁷”.

Percebemos que a crueldade contra os animais sencientes despertou a desaprovação inicial da população, uma vez que essa não compactuou com o divertimento à custa do sofrimento dos animais - galináceos, canários e bovinos - exibidos ao público em brigas sangrentas e domas cruéis.

Em razão de estarmos apresentando fundamentos à afirmação de que o animal é o sujeito passivo do crime de maus-tratos contra os animais, torna-se inviável, neste trabalho, dispormos sobre as decisões do Supremo Tribunal Federal sobre a “Farra do Boi” e a “Vaquejada”, mesmo porque a discussão central daqueles dois julgamentos foi a colisão entre os princípios do meio ambiente saudável e a prática de atividades culturais.

Igualmente, por motivo de concisão, sem prejuízo de tratarmos dos temas em outra oportunidade, não serão abordados os maus-tratos aos animais sencientes utilizados à vivisseção e à alimentação humana.

Cuidamos da dignidade dos animais sencientes que sofrem maus-tratos e não são juridicamente reconhecidos como sujeitos passivos deste crime. Logicamente que os animais envolvidos nas farras, vaquejos, técnicas médicas e abates em desacordo com a lei não deixam de ser vítimas de maus-tratos e, este é o ponto central, ou seja, por serem vítimas são sujeitos de direitos e sujeitos passivos do crime previsto no art. 32, *caput*, da Lei dos Crimes Ambientais.

Dissemos que a primeira lei brasileira a coibir práticas cruéis contra os animais decorreu da

36 - GOMES, Daniele. **A legislação brasileira e a proteção dos animais**. Revista Síntese Direito Ambiental. Ano VIII, n. 43 (set./out. 2018): São Paulo, p. 22.

37 - RODRIGUES, Danielle Tetü. **O direito dos animais: uma abordagem ética, filosófica e normativa**. 2. ed. (ano 2008), 1ª reimpr./ Curitiba: Juruá, 2009, p. 66.

regulação dos estabelecimentos de distração pública. Deste modo, importante destacar que, na Índia, foi proferida decisão de última instância reconhecidora da ofensa à dignidade dos animais exibidos em circos sem as mínimas condições de higiene e salubridade.

Sobre o que vem a ser a dignidade para os animais, NUSSBAUM, citando o precedente da Suprema Corte do Estado de Kerala, no julgamento n. 155/1999, entre Nair *versus* Índia, aduz que o seu conceito deve ser tomado por exclusão:

Animais não humanos são capazes de levar uma vida digna, como afirma a Suprema Corte de Kerala. É difícil saber precisamente o que essa frase significa, mas está bem claro o que não significa: condições como as suportadas pelos animais de circo do caso judicial, espremidos em jaulas apertadas e sujas, famintos, aterrorizados e espancados, a quem eram concedidos somente o mínimo de cuidado para que pudessem estar apresentáveis no picadeiro no dia seguinte³⁸.

Após apontar o caráter negativo da dignidade, NUSSBAUM aduz que a existência digna dos animais inclui, ao mínimo, “oportunidades adequadas para nutrição e atividade física; direito a não sofrer dor, abandono e crueldade; liberdade de agir de acordo com os modos característicos a cada uma das espécies”, além de viverem sem medo e com oportunidade de interação com outros animais da mesma ou de diferente espécie, aproveitando a luz e o ar com tranquilidade³⁹.

A decisão indiana coaduna-se com a atribuição de direitos aos animais, impõe respeito à dignidade deles, sendo inegável a necessidade de reeducação da sociedade para “construir um novo significado para os animais, que passarão de coisa para sujeitos de direitos. O que se deseja, de fato, é que a descoisificação legal dos animais conscientize o ser humano, trazendo dignidade e respeito aos animais⁴⁰”.

O enfrentamento judicial da *descoisificação* do animal ainda é tímida do Brasil, onde os ensinamentos de PRIMATT, SINGER, REGAN e NUSSBAUM são praticamente ignorados, motivo pelo qual as decisões colegiadas, por exemplo, não admitem a impetração de *habeas corpus* em favor de animais vítimas de maus-tratos⁴¹.

Entretanto, assim como a Índia reconheceu a dignidade inerente aos animais, a Argentina foi

38 - NUSSBAUM, Martha. **Fronteiras da Justiça: deficiência, nacionalidade, pertencimento à espécie**. Tradução de Susana de Castro. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013, p. 400.

39 - NUSSBAUM, Martha. **Fronteiras da Justiça: deficiência, nacionalidade, pertencimento à espécie**. Tradução de Susana de Castro. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013, p. 401.

40 - VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo e INÁCIO, Daniela Fonseca. **A análise do processo de descoisificação dos animais: um estudo sob a égide dos paradigmas do direito contemporâneo**. Revista Magister de Direito Ambiental e Urbanístico. Ano XII, n. 68 (out./nov. 2016): Porto Alegre, p. 88.

41 - Disponível em: <https://www.jota.info/?pagenome=paywall&redirect_to=//www.jota.info/jotinhas/stj-nega-habeas-corpus-a-bois-resgatados-de-ritual-11052017>. Acesso em: 30 dez. 2018.

o país pioneiro na concessão de *habeas corpus* a chimpanzé Cecília, a qual sofria tratamento cruel no zoológico de Mendoza e teve decisão judicial favorável à sua transferência para um santuário de primatas na cidade de Sorocaba, São Paulo/Brasil, assentando o julgador que os animais não são coisas, mas seres vivos que sofrem e, portanto, merecedores de dignidade e sujeitos de direitos⁴².

Por isso, cremos que, passados quarenta anos da Declaração Universal dos Direitos dos Animais, ainda sem força de lei para os brasileiros, nossas Cortes de Justiça, assim como procederam Argentina e Índia, podem e devem dar início à transição ao reconhecimento positivo da dignidade animal, porquanto cuida-se de ser vivo tão senciente quanto nós somos.

Além disso, a senciência é assunto merecedor de muita importância, pois poderá ser uma solução para o futuro e, no “momento em que se protege a vida com dignidade de um animal, está-se implicitamente defendendo um direito seu” e, como dito, “na Declaração Universal dos Direitos dos Animais está exposto tal direito, onde diz no art. 2º: ‘cada animal tem o direito ao respeito’⁴³”.

Ainda que o Brasil não tenha ratificado a Declaração da UNESCO, é inegável que os animais merecem todo o respeito e tratamento digno em decorrência da opção do constituinte originário, na medida em que:

A proteção animal sob a tutela constitucional delimitou uma nova dimensão do direito fundamental à vida e à dignidade da pessoa humana. A Constituição de 1988 é um marco para o pensamento sobre os direitos dos animais no Brasil. Ao proibir a crueldade, o constituinte originário reconhece ao animal não humano o direito de ter respeitados o seu valor intrínseco, sua integridade, sua liberdade⁴⁴.

Deste modo, podemos amalgamar os caminhos da senciência e da dignidade animal para permitir o reconhecimento dos animais como sujeitos passivos do crime de maus-tratos contra os animais.

3. Crime de maus-tratos da lei ambiental: a passividade da vítima animal e sujeito de direito para além do humano.

O crime de maus-tratos aos animais está previsto no art. 32, *caput*, da Lei n. 9.605/98 (Lei dos Crimes Ambientais): “Art. 32. Praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos: Pena – detenção, de três meses a um

42 - Disponível em: <<https://g1.globo.com/sao-paulo/sorocaba-jundiari/noticia/chimpanze-libertada-por-habeas-corpus-na-argentina-chega-no-santuario-de-primatas-de-sorocaba.ghtml>>. Acesso em: 30 dez. 2018.

43 - NASCIMENTO, Larissa. **O bem jurídico tutelado nos crimes de crueldade contra os animais**. Revista dos Tribunais. Ano 106. Volume 979 (Maio 2017): São Paulo, p. 208/209.

44 - MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de. **O lado obscuro dos cosméticos**. Revista de Direito Ambiental. Ano 20. Volume 78 (abr./jun. 2015): Editora Revista dos Tribunais, p. 369.

ano, e multa⁴⁵”.

Em um crime, sujeito ativo é aquele que pratica a conduta por ação ou omissão, enquanto o sujeito passivo: “é o titular do bem jurídico atingido pela conduta criminosa. Sujeito passivo do crime pode ser: o *ser humano* (ex.: crimes contra a pessoa); o *Estado* (ex.: crimes contra a Administração Pública); a *coletividade* (ex.: crimes contra a saúde pública); e, inclusive, pode ser a *pessoa jurídica* (ex.: crimes contra o patrimônio)⁴⁶”.

Destaca-se que a doutrina penalista brasileira, aqui representada por BITTENCOURT, não reconhece o animal como sujeito passivo do crime de maus-tratos, mesmo após o surgimento de novas descobertas que afastaram o homem do centro do universo.

Compreendemos que o não reconhecimento do animal como sujeito passivo decorre da lei civil classificá-lo como coisa. Veja-se que o Código Civil de 2002 apresenta duas categorias em seu texto legal, a de bens e a de pessoas. Os bens, nos termos da lei, estão regulados do art. 79 ao art. 103. Já o art. 2º dispõe que as pessoas naturais adquirem personalidade civil no nascimento com vida, mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro. Por outro lado, os animais são classificados como semoventes no capítulo dos “Bens Considerados em Si Mesmo”.

A alteração legislativa para *descoisificar* os animais é imperiosa para lastrear a doutrina penal no sentido de reconhecer o verdadeiro sujeito passivo dos crimes de maus-tratos contra os animais.

Na visão de VIEGAS e INÁCIO, a discussão em torno da tutela do animal:

envolve algumas teorias, tais como a personificação dos animais, equiparando-se aos incapazes; e a teoria dos entes despersonalizados, a qual defende a tese de os animais serem ‘sujeito’ de direitos”; havendo também quem classifique os animais “como ente intermediário entre ‘coisas’ e ‘pessoas’, um *tertium genus*⁴⁷”.

Ressalte-se o entendimento de GORDILHO e SILVA sobre a titularidade de direitos pelos animais:

À medida que passamos pela literatura jurídica referente ao conceito de sujeito de direito e pessoa, percebe-se que grande parte da doutrina adota a corrente que se pronunciará pela identidade dos conceitos, afirmando ser a pessoa sinônimo de conceito de sujeito de direitos. Autores como: Clóvis Beviláqua, Orlando Gomes,

45 - BRASIL. Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. **Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente e dá outras providências.** Vade Mecum Acadêmico de Direito. 27. ed. São Paulo: Rideel, 2018, p. 2007.

46 - BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal. Parte Geral.** 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 231.

47 - VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo e INÁCIO, Daniela Fonseca. **A análise do processo de descoisificação dos animais: um estudo sob a égide dos paradigmas do direito contemporâneo.** Revista Magister de Direito Ambiental e Urbanístico. Ano XII, n. 68 (out./nov. 2016): Porto Alegre, p. 83.

Washington de Barros Monteiro, Maria Helena Diniz, Silvio Venosa, Carlos Roberto Gonçalves, Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho adotam a postura de considerar a personalidade como um atributo para ser sujeito de direito. Tal posicionamento não considera diversos entes que apesar de terem direitos garantidos, não sofreram a incidência da norma jurídica a fim de terem sido considerados pessoas⁴⁸.

Acrescentam os autores acima que não é correto o nexó etiológico entre pessoa e sujeito de direitos, uma vez que PONTES DE MIRANDA esclarecerá que “sujeito de direito é o ente que figura ativamente na relação jurídica fundamental ou nas relações jurídicas que são efeitos ulteriores”, bem como ser sujeito de direito:

é ter titularidade. Em seus textos, Pontes de Miranda irá sugerir que qualquer associação entre os conceitos de pessoa e sujeito de direito deverá ser considerada incorreta. O conceito de sujeito de direito precede o de pessoa, de modo que somente se deveria falar deste após aquele⁴⁹.

A titularidade de direitos não deve ser ignorada pela ausência de capacidade para estar em juízo, pois os animais, sujeitos de direitos despersonalizados, podem ser representados por organizações de proteção aos animais ou pelo Ministério Público. Nesse sentido, discorre DIAS:

Embora os animais não tenham capacidade de comparecer em Juízo para pleitear seus direitos, o Poder Público e a coletividade receberam a incumbência constitucional de sua proteção. O Ministério Público recebeu a competência legal expressa para representá-los em Juízo, quando as leis que os protegem forem violadas. Daí poder-se concluir com clareza que os animais são sujeitos de direitos, embora esses tenham que ser pleiteados por representatividade, da mesma forma que ocorre com os seres relativamente incapazes ou incapazes, que, entretanto, são reconhecidos como pessoas⁵⁰.

Na esfera criminal, ZAFFARONI é um dos poucos defensores da titularidade de direitos pelos animais: “a nosso juízo, o bem jurídico no delito de maus-tratos de animais não é senão o direito do próprio animal de não ser objeto da crueldade humana, para tanto é necessário reconhecer-lhe o caráter de sujeito de direitos⁵¹”.

48 - GORDILHO, Heron José de Santana e SILVA, Tagore Trajano de Almeida. **Animais em juízo: direito, personalidade jurídica e capacidade processual**. Revista de Direito Ambiental. Ano 17. Volume 65 (jan./mar. 2012): Editora Revista dos Tribunais, p. 343/344.

49 - GORDILHO, Heron José de Santana e SILVA, Tagore Trajano de Almeida. **Animais em juízo: direito, personalidade jurídica e capacidade processual**. Revista de Direito Ambiental. Ano 17. Volume 65 (jan./mar. 2012): Editora Revista dos Tribunais, p. 343/344.

50 - DIAS, Edna Cardozo. **Os animais como sujeitos de direitos**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/7667/os-animais-como-sujeitos-de-direito>>. Acesso em: 02 jan. 2019.

51 - ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **A Pachamama e o ser humano**. Tradução de Javier Ignacio Vernal. Florianópolis:

Segue o penalista argentino:

O argumento de que não é admissível o reconhecimento de direitos aos animais porque não podem exigí-los (mover as ações, se fazer ouvir judicialmente) não se sustenta, pois são muitos os seres humanos que carecem da capacidade da linguagem (oligofrênicos profundos, fetos) ou que nunca conseguirão desenvolvê-la (descerebrados, dementes nos últimos estágios) e, mesmo assim, ninguém propõe negar-lhes esse caráter⁵².

Na linha de raciocínio de ZAFFARONI, frisamos que a lei civil brasileira determina que toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil⁵³. Entretanto, não podemos reduzir o sujeito de direitos, aquele que recebe a proteção legal do Estado, à pessoa, pois, na própria doutrina civilista, há a atribuição de direitos a entes despersonalizados, abrindo margem para que sejam atribuídos direitos aos animais.

Com efeito, FIUZA averba:

Toda pessoa é sujeito de direitos, mas nem todo sujeito de direitos é pessoa. Há casos em que o ordenamento jurídico atribui direitos a entes despidos de personalidade, como o nascituro e a herança jacente, sem lhes atribuir personalidade. São, pois, sujeitos de direitos despersonalizados. Essa é, sem dúvida, a melhor tese para solucionar o problema criado pela atribuição de direitos a entes não personalizados. São sujeitos sem personalidades⁵⁴.

Destarte, como há permissivo legal à atribuição de direitos a entes despersonalizados, isto é, não se encontra obstáculo normativo civil à atribuição de direitos além dos humanos, propomos que, no âmbito criminal, também não exista razão para impedir o reconhecimento dos animais como sujeitos passivos do crime de maus-tratos aos animais.

A circunstância de os animais serem titulares de direitos não é nova, porquanto tese advogada por SALT na última década do século XIX, de acordo com o apontamento de SILVA:

Foi em 1892 que Henry S. Salt publicou o livro *Animal Rights (Direitos dos Animais)*. Antes de Salt, autores tratavam da temática dos direitos dos animais como um dever humano direto ou indireto em relação aos animais, não atrelando o direito com a temática dos animais.

Editora da UFSC, 2017, p. 46.

52 - ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **A Pachamama e o ser humano**. Tradução de Javier Ignacio Vernal. Florianópolis: Editora da UFSC, 2017, p. 46.

53 - BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Vade Mecum Acadêmico de Direito. 27. ed. São Paulo: Rideel, 2018, p. 153: “Art. 1º Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”.

54 - FIUZA, César. **Direito Civil: curso completo**. Volume único. 15 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 160.

Salt propôs uma comparação muito simples. Se pensarmos que os homens não têm direitos, poderíamos dizer que eles possuem algo muito semelhante que alguns autores irão chamar de senso de justiça. Este senso estabelece uma borda-limite na relação entre humanos e não humanos, ajudando Salt a se questionar sobre a possibilidade de atribuir direitos aos animais, visto que o mesmo raciocínio é feito em favor dos homens⁵⁵.

A relação mais igualitária entre animais humanos e não humanos encontra sustentação na escola ecocentrista, mas, embora desgastada a corrente antropocentrista, o novo paradigma ecocêntrico não conseguiu ocupar o seu lugar, existindo, ainda hoje, forte resistência ao reconhecimento dos animais não humanos como sujeitos de direitos, qualidade que os alçaria a sujeitos passivos do crime de maus-tratos.

Segundo ALMEIDA, o ecocentrismo caracteriza-se por defender o valor não instrumental dos ecossistemas e da própria ecosfera. Aduz que o equilíbrio entre os ecossistemas se revela como preocupação maior do que a necessidade de florescimento de cada ser vivo em termos individuais, ou seja, não antropocêntrico. Propugna que para o ser humano assegurar o equilíbrio sistêmico, deverá “limitar determinadas actividades agrícolas e industriais, e assumir de uma forma mais notória o seu lado biológico e ecológico, assumindo-se como um dos componentes da natureza⁵⁶”.

Ao tratar da sustentabilidade, BOSSELMANN propõem a coexistência entre o antropocentrismo e o ecocentrismo, a fim de que humanos e natureza convivam em harmonia e sem tal ou qual sobressair sobre o outro. Pontua a imprescindibilidade da convivência entre os paradigmas antropocêntrico e ecocêntrico no âmbito mais amplo do sistema protetivo estabelecido pelo Direito Ambiental⁵⁷.

Constatamos que o antropocentrismo e o ecocentrismo ou biocentrismo não são excludentes, mas complementares. Conforme apontado por SOUZA, é possível o diálogo entre humanos e natureza:

Analisando-se as duas articulações, esta última de feição antropocêntrica (artigo 225, caput, da CF/88) e aquela de feição biocêntrica (artigo 225, § 1º, VII, da CF/88), vê-se a tensão dos antagonismos e sua resolução há que se dar por meio do reconhecimento da relação dialógica existente entre ambos, de interdependência, significando a existência de opostos que são, ao mesmo tempo, antagônicos e complementares⁵⁸.

55 - SILVA, Tagore Trajano de Almeida. **Introdução aos direitos dos animais**. Revista de Direito Ambiental. Ano 16. Volume 62 (abr./jun. 2011): Editora Revista dos Tribunais, p. 145.

56 - ALMEIDA, António. **Como se posicionam os professores perante manifestações culturais com impacto na natureza. Resultados de uma investigação**. Revista Electrónica de Enseñanza de las Ciencias. N. 2. Volume 8: Lisboa, 2009, p 649. Disponível em: <http://reec.uvigo.es/volumenes/volumen8/ART15_Vol8_N2.pdf>. Acesso em: 28 dez. 2018.

57 - BOSSELMANN, Klaus. **O princípio da Sustentabilidade: transformando direito e governança**. Tradução Phillip Gil França. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 164.

58 - SOUZA, Rafael Speck de. **Direito animal à luz do pensamento sistêmico-complexo: um enfoque integrador da crise socioambiental a partir da Constituição Federal de 1988**. Fl. 155. Disponível em: <<https://core.ac.uk/>

Ainda, avançando sobre a convivência entre os dois paradigmas, calha menção a SPORLEDER DE SOUZA sobre a teoria antropocêntrica-ecocêntrica ou antropocêntrica-relacional:

Por fim, esta última teoria reconhece que realmente há bens jurídicos ambientais autônomos, mas estes também devem ter como referência o ser humano. Entende-se que o meio ambiente, mesmo sendo considerado um “fim em si mesmo”, deve ser alvo de proteção penal tendo em vista a idéia relacional de responsabilidade do homem não só para com a natureza mas também para com as gerações futuras. Tomando partido, e consoante ao que foi exposto no decorrer do trabalho, nos filiamos aqui a esta teoria. Por conseguinte, em nossa opinião, depreende-se desta concepção que tanto o meio ambiente como a coletividade e a humanidade apresentam-se como legítimos titulares de bens jurídicos relacionados com os crimes ambientais. Noutras palavras, pode-se dizer que o meio ambiente, a coletividade e a humanidade na realidade são co-titulares ou co-portadores de certos valores ecológicos autônomos como os que foram referidos mais acima (equilíbrio ecológico, biodiversidade, vida dos animais, pureza das águas, etc.)⁵⁹.

Na doutrina antropocêntrica-relacional, a qual não nos parece desarrazoada para a sustentação de ser o animal sujeito passivo do crime de maus-tratos do art. 32, *caput*, da Lei n. 9.605/1998, ainda que em conjunto com a coletividade, a circunstância de existir co-titularidade passiva não prejudicaria a nossa afirmação inicial ante a inclusão expressa dos animais sencientes.

No trabalho de DIAS, é possível constatar que os animais são mais que coisas e possuem valor moral e jurídico próprios, uma vez que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 reconhece os direitos dos animais. Inclusive contém o mandamento de não crueldade no inc. VII do art. 225: “VII – proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade⁶⁰”.

A autora combate a qualificação do animal como coisa e defende a urgente criação de uma terceira categoria em nosso Código Civil, esta específica para os animais, reconhecendo-os como *seres sensíveis*, distintos de pessoas e bens. Aduz que o mínimo de direito moral e direito à dignidade, que todo animal merece, exige que o *animal sensível* seja tratado legalmente como um ser vivo, diferente dos humanos e dos bens, e capaz de adquirir direitos⁶¹.

Ressaltamos que o não reconhecimento dos animais como sujeitos de direitos denomina-se especismo. Com efeito, SINGER criou o termo especismo e o conceituou como “o preconceito ou a atitude tendenciosa de alguém a favor dos interesses de membros da própria espécie, contra os de

[download/pdf/84614371.pdf](#)>. Acesso em: 31 dez. 18.

59 - SPOLERDER DE SOUZA, Paulo Vinicius. **O meio ambiente (natural) como sujeito passivo dos crimes ambientais**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, n. 50 (set./out. 2004): Revista dos Tribunais, p. 84/85.

60 - DIAS, Edna Cardozo. **Teoria dos direitos dos animais**. Fórum de Direito Urbano Ambiental – FDU. Ano 14, n. 80 (mar./abr. 2015): Editora Fórum, 2015, p. 40.

61 - DIAS, Edna Cardozo. **Teoria dos direitos dos animais**. Fórum de Direito Urbano Ambiental – FDU. Ano 14, n. 80 (mar./abr. 2015): Editora Fórum, 2015, p. 40.

outras⁶²”.

E, de acordo com BRÜGGER, especismo pode ser conceituado basicamente como “qualquer forma de discriminação praticada pelos seres humanos contra outras espécies”, pois, como o racismo ou o sexismo, o especismo “é uma forma de preconceito que se baseia em aparências externas, físicas, etc”⁶³.

Vivemos o tempo onde toda e qualquer discriminação é vedada pela nossa Lei Fundamental, razão pela qual devemos superar o especismo e reconhecer definitivamente o animal como sujeito passivo do crime de maus-tratos contra os animais.

Lembramos ao leitor que o Equador e a Alemanha, em suas Constituições, já tratam os animais com o respeito devido e não como coisas. O Art. 71 da Constituição do Equador dispõe que: “*La naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos*”⁶⁴; enquanto o art. 20a da Lei Fundamental Alemã prescreve: “Tendo em conta também a sua responsabilidade frente às gerações futuras, o Estado protege os recursos naturais vitais e os animais, dentro do âmbito da ordem constitucional, através da legislação e de acordo com a lei e o direito, por meio dos poderes executivo e judiciário”⁶⁵.

Por último, merece registro o texto de SARLET e FENSTERSEIFER:

a criminalização de condutas lesivas (ou potencialmente lesivas) ao bem jurídico ambiental, em certa medida, coloca a questão acerca dos limites para o reconhecimento de bens jurídicos ambientais autônomos e mesmo de direitos para além da “fronteira humana”⁶⁶.

No nosso artigo, assim como os autores acima, propomos o reconhecimento da autonomia do bem ambiental animal e sujeito de direitos, sobrepujando-se a linha subjetiva humana à titularidade de direitos.

62 - SINGER, Peter. **Libertação animal**. Tradução de Marly Winck. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010, p. 11.

63 - BRÜGGER, Paula. **Amigo Animal: reflexões interdisciplinares sobre educação e meio ambiente, animais, ética, dieta, saúde, paradigmas**. Florianópolis: Letras Contemporâneas, 2004, p. 39.

64 - Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalStfInternacional/newsletterPortalInternacionalFoco/anexo/ConstituicaoodoEquador.pdf>>. Acesso em: 03 jan. 2019.

65 - Disponível em: <<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>>. Acesso em: 03 jan. 2019.

66 - SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito ambiental: introdução, fundamentos e teoria geral**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 394.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Procuramos no presente trabalho evidenciar a importância de os animais serem reconhecidos como sujeitos passivos do crime de maus-tratos aos animais.

O tratamento dos animais como coisas não ecoa no texto da Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988 e, assim como ocorre em outros países, é necessário que reconheçamos os animais como sujeitos de direitos.

A sciência é característica e discriminem para que os animais, além dos humanos, sejam tratados com dignidade e respeito, superando-se o paradigma antropocentrismo, dividindo-o com o ecocentrismo ou biocentrismo, a fim de homenagearmos o comando constitucional obstativo da prática de maus-tratos contra os animais.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS:

ALMEIDA, António. **Como se posicionam os professores perante manifestações culturais com impacto na natureza. Resultados de uma investigação.** Revista Electrónica de Enseñanza de las Ciencias. N. 2. Volume 8: Lisboa, 2009, p 649. Disponível em: <http://reec.uvigo.es/volumenes/volumen8/ART15_Vol8_N2.pdf>. Acesso em: 28 dez. 2018.

ANDRADE, Fernanda; ZAMBAM, Neuro José. **A condição de sujeito de direito dos animais humanos e não humanos e o critério da sciência.** Revista Brasileira de Direito Animal (RBDA). N. 23. Volume 11 (set./dez. 2016): Salvador, p. 151. Disponível em: <<https://portalseer.ufba.br/index.php/RBDA/article/view/20373/12957>>. Acesso em: 30 dez 2018.

BENJAMIN. Antônio Herman. **A Natureza no Direito Brasileiro: coisa, sujeito ou nada disso.** Disponível em: <<https://www.jfce.jus.br/images/esmafe/material-didatico/2011/direitosPovosIndigenas02.pdf>>. Acesso em: 26 dez. 2018.

Bíblia Sagrada. Disponível em: <<https://bibliaportugues.com/genesis/1-28.htm>>. Acesso em: 28 dez. 2018.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal. Parte Geral.** 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BOSELTMANN, Klaus. **O princípio da Sustentabilidade: transformando direito e governança.** Tradução Phillip Gil França. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil.** Vade Mecum Acadêmico de Direito. 27. ed. São Paulo: Rideel, 2018.

BRASIL. Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. **Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente e dá outras providências.** Vade Mecum Acadêmico de Direito. 27. ed. São Paulo: Rideel, 2018.

BRÜGGER, Paula. **Amigo Animal: reflexões interdisciplinares sobre educação e meio ambiente, animais, ética, dieta, saúde, paradigmas.** Florianópolis: Letras Contemporâneas, 2004.

CABRAL, Lucíola Maria de Aquino; ROLIM, George Carneiro; MELO, Thaís Vieira Carvalho. **A ADI 4.983/13 e o choque entre direitos fundamentais: a via é a mais eficiente para a proibição da vaquejada no Brasil?** Revista Internacional de Direito Ambiental. Ano VI, n. 16 (jan./abr. 2017). Caxias do Sul, RS: Plenum, 2017.

DELMANTO, Roberto; JÚNIOR, Roberto Delmanto; DELMANTO, Fábio Machado de Almeida. **Leis Penais Especiais Comentadas.** Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DIAS, Edna Cardozo. **Os animais como sujeitos de direitos.** Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/7667/os-animais-como-sujeitos-de-direito>>. Acesso em: 02 jan. 2019.

DIAS, Edna Cardozo. **Teoria dos direitos dos animais.** Fórum de Direito Urbano Ambiental – FDU. Ano 14, n. 80 (mar./abr. 2015): Editora Fórum, 2015.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Parte Geral e LINDB.** 14. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

FIUZA, César. **Direito Civil: curso completo. Volume único.** 15 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

GOMES, Daniele. **A legislação brasileira e a proteção dos animais.** Revista Síntese Direito Ambiental. Ano VIII, n. 43 (set./out. 2018): São Paulo.

GOMES, Luiz Flávio e CUNHA, Rogério Sanches (Coordenadores). **Legislação Criminal Especial. Volume 6.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro.** 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

GORDILHO, Heron José de Santana e SILVA, Tagore Trajano de Almeida. **Animais em juízo: direito, personalidade jurídica e capacidade processual.** Revista de Direito Ambiental. Ano 17. Volume 65 (jan./mar. 2012): Editora Revista dos Tribunais.

KUHN, Thomas Samuel. **A estrutura das revoluções científicas.** 5. ed. São Paulo: Editora Perspectiva S.A, 1997.

LOURENÇO, Daniel Braga. **Escravidão, exploração animal e abolicionismo no Brasil**. Revista Internacional de Direito Ambiental. Ano II, n. 4 (jan./abr. 2013): Caxias do Sul, RS, Plenum, 2013.

MARCÃO, Renato. **Crimes Ambientais**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de. **O lado obscuro dos cosméticos**. Revista de Direito Ambiental. Ano 20. Volume 78 (abr./jun. 2015): Editora Revista dos Tribunais.

NASCIMENTO, Larissa. **O bem jurídico tutelado nos crimes de crueldade contra os animais**. Revista dos Tribunais. Ano 106. Volume 979 (Maio 2017): São Paulo.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. Volume 2. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

NUSSBAUM, Martha. **Fronteiras da Justiça: deficiência, nacionalidade, pertencimento à espécie**. Tradução de Susana de Castro. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa jurídica: teoria e prática**. 11. ed. Florianópolis: Conceito Editorial; Millennium Editora, 2008.

PRADO, Luiz Regis. **Direito penal do ambiente**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

REAGAN, Tom. **Jaulas vazias: encarando os desafios dos direitos dos animais**. Tradução de Regina Rheda. Porto Alegre: Lugano, 2006.

RODRIGUES, Danielle Tetü. **O direito dos animais: uma abordagem ética, filosófica e normativa**. 2. ed. (ano 2008), 1ª reimpr./ Curitiba: Juruá, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito ambiental: introdução, fundamentos e teoria geral**. São Paulo: Saraiva, 2014.

SILVA, Tagore Trajano de Almeida. **Introdução aos direitos dos animais**. Revista de Direito Ambiental. Ano 16. Volume 62 (abr./jun. 2011): Editora Revista dos Tribunais.

SINGER, Peter. **Libertação animal**. Tradução de Marly Winck. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

SOUZA, Rafael Speck de. **Direito animal à luz do pensamento sistêmico-complexo: um enfoque integrador da crise socioambiental a partir da Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/84614371.pdf>>. Acesso em: 31 dez. 18.

SPOLENDER DE SOUZA, Paulo Vinícius. **O meio ambiente (natural) como sujeito passivo dos crimes ambientais**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, n. 50 (set./out. 2004): Revista dos Tribunais.

STANCIOLI, Brunello Souza; ALBUQUERQUE, Letícia; TAVARES, Riva Sobrado de Freitas (coordenadores). **Biodireito e direitos dos animais I** [Recurso eletrônico on-line]. CONPEDI/UFGM/FUMEC/Dom Helder Câmara; – Florianópolis: CONPEDI, 2015. Disponível em: <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/xxfq3q05/Us5vmI145ZwFD9hX.pdf>>. Acesso em: 26 dez. 2018.

THOMAS, Keith. **O homem e o mundo natural: mudanças de atitude em relação às plantas e aos animais (1500-1800)**. Tradução de João Roberto Martins Filho. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p. 203.

VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo e INÁCIO, Daniela Fonseca. **A análise do processo de descoisificação dos animais: um estudo sob a égide dos paradigmas do direito contemporâneo**. Revista Magister de Direito Ambiental e Urbanístico. Ano XII, n. 68 (out./nov. 2016): Porto Alegre, p. 77.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **A Pachamama e o ser humano**. Tradução de Javier Ignacio Vernal. Florianópolis: Editora da UFSC, 2017.

EMPRESAS EM CRISE: O INSTITUTO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL À LUZ DA SUSTENTABILIDADE

Companies in crisis: judicial recovery institut by sustainability point of view

Clarice Ana Lanzarini¹

Juliana Furlani Musco²

Sumário: Introdução. 1. Evolução do Direito Falimentar à Recuperação de Empresas no Brasil: Breve Síntese. 2. Desenvolvimento Sustentável e Sustentabilidade. 2.1 Dimensão Ambiental. 2.2 Dimensão Social. 2.3 Dimensão Econômica. 3. O Instituto da Recuperação Judicial à Luz da Sustentabilidade. Considerações Finais. Referências das fontes citadas.

Resumo

Trata-se, no presente trabalho, da análise do instituto da Recuperação Judicial à luz da Sustentabilidade. Inicia-se pela abordagem histórica do direito falimentar à Recuperação de Empresas no Brasil. Na sequência, discorre-se sobre o Desenvolvimento Sustentável e Sustentabilidade, diferenciando-os. Abordam-se as Dimensões Ambiental, Social e Econômica da Sustentabilidade. Por fim, são expostas ideias e ponderações para identificar se o instituto da Recuperação Judicial e a Sustentabilidade são compatíveis entre si, se uma Empresa em Crise pode desenvolver-se sustentavelmente.

Palavras-Chave

Empresa em Crise. Recuperação Judicial. Empresa Sustentável. Desenvolvimento Sustentável. Sustentabilidade.

Abstract

The present article deals with Judicial Recovery institut by sustainability point of view. It begins with the historical approach of bankruptcy law to the Recovery of Companies in Brazil. In the sequence, there is a discussion on sutainable development and sustainability, differentiating them. The En-

1 - Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI e em Direito da União Europeia pela Universidade do Minho – Uminho/Portugal. Graduada em Direito pela Universidade Regional de Blumenau. Juíza de Direito no Estado de Santa Catarina, Brasil. E-mail: calaj1831@gmail.com.

2 - Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI e Master en Derecho Ambiental e Sostenibilidad pela Universidad de Alicante - Espanha. Especialista em Direito do Estado pela UNDERP, Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. Técnica Judiciária do Tribunal de Justiça de Santa Catarina. E-mail: juliana_furlani@yahoo.com.br.

vironmental, Social and Economic Dimensions of Sustainability are approached. Finally, ideas and considerations are presented to identify whether the Judicial Recovery Institut and the Sustainability are compatible, that is, whether a Company in Crisis can develop sustainably.

Keywords

Company in crisis. Judicial Recovery. Sustainable Company. Sustainable Development. Sustainable.

INTRODUÇÃO

Longo foi o caminho percorrido pela humanidade para aperfeiçoar o tratamento despendido ao falido, que no início dos tempos poderia ser preso, escravizado ou até mesmo pagar com sua própria vida pelas dívidas contraídas.

Apurado o caráter injusto e exagerado da resposta dada ao insolvente, aos poucos se começou a construir o entendimento de que, acaso não tivesse obrado de modo fraudulento, o comerciante poderia ser auxiliado a superar suas dificuldades financeiras, ao invés de ser punido.

Começava a desenhar-se, então, ainda que de modo muito incipiente, os contornos do que hoje se caracteriza o instituto da Recuperação Judicial, mecanismo jurídico-econômico que a lei coloca à disposição da empresa em crise.

Porém, as inovações da lei, por si só, não produzem milagres. É necessário que a postura da empresa também tenha evoluído, a fim de adequá-la aos novos tempos. Entra em cena a Empresa Sustentável, compreendida como aquela voltada não só para os resultados econômicos, mas também para a promoção do desenvolvimento da sociedade e preservação do planeta.

Assim, o presente artigo se propõe a analisar o instituto da Recuperação Judicial à luz da Sustentabilidade. É possível uma empresa em crise portar-se de modo sustentável? Sustentabilidade e Empresa em Crise são paralelas que convergem em algum ponto?

Inicialmente, traçou-se um breve retrospecto do direito falimentar à Recuperação Judicial no Brasil. Na sequência, discorreu-se sobre o Desenvolvimento Sustentável para, ao final, confrontar-se a Empresa em Crise com a Sustentabilidade.

Quanto à metodologia, foi aplicado o método indutivo, com as técnicas do referente, da categoria, dos conceitos operacionais, da pesquisa bibliográfica e do fichamento.

1. EVOLUÇÃO DO DIREITO FALIMENTAR À RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS NO BRASIL: BREVE SÍNTESE

Na Roma antiga, os credores vinham até o mercado cobrar seus devedores (artesãos), que lá estavam tentando vender suas mercadorias, expostas sobre um banco. Em caso de não-pagamento,

os credores então quebravam o banco do devedor, como forma de retaliação.³ Da expressão *banco rotto* originou-se o vocábulo bancarrota, sinônimo de falência.

A palavra falência, por sua vez, provém do verbo latino *fallere*, que significa faltar, enganar, iludir, burlar, faltar ao cumprimento da obrigação assumida.⁴

Expressões como insolvente, falido, quebrado estão marcadas por um valor negativo, vexatório, intrinsecamente ligado à noção de caloteiro, criminoso, fraudador, desonesto e improbo.⁵ *Fallitus, ergo fraudator*⁶ já dizia o velho brocardo latino.

A insolvência era – e ainda é – por muitos considerada um motivo de desonra e vergonha. Há na literatura clássica várias passagens em que se constata o escárnio com que se tratava o falido⁷, podendo extrair-se da célebre obra *O Conde de Monte Cristo*, de Alexandre Dumas, o momento memorável em que a personagem Morel prefere a morte à condição de falida.⁸

Longo, portanto, foi o caminho percorrido pela civilização para aperfeiçoar o tratamento concedido ao falido, que no início dos tempos poderia ser aprisionado, escravizado e até morto pelo credor, acaso não saldasse suas dívidas.⁹

Revelando-se injustas tais punições, começou-se a construir o entendimento de que, acaso não tivesse agido com má-fé, poderia o comerciante ser auxiliado a superar suas dificuldades financeiras.

No Brasil, o primeiro regramento jurídico a tratar do assunto diz respeito às ordenações. As Afonsinas (1446-1521) admitiam a cessão de bens, a fim de o devedor evitar a falência; as Manuelinas (1521-1603) estabeleciam que a falência do devedor sujeitava-o à prisão, até que honrasse os

3 - ARAÚJO, José Francelino de. **Comentários à Lei de Falências e Recuperação de Empresas**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 2.

4 - CAMPOS FILHO, Moacyr Lobato. **Falência e Recuperação**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 9.

5 - MAMEDE, Gladston. **Falência e Recuperação de Empresas**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 1.

6 - Falido, portanto fraudador.

7 - MAMEDE, Gladston. **Falência e Recuperação de Empresas**, p. 1.

8 - “Se eu vivesse, tudo mudaria; se eu vivesse, o interesse se transformaria em dúvida, a piedade, em volúpia; se eu vivesse, não seria nada além de um homem que faltou com a palavra, que descumpriu seus compromissos, não seria nada além de um falido, em suma. Se eu morrer, ao contrário, pense nisso, Maximilien, meu cadáver será apenas o de um homem honesto e desgraçado. Vivo, meus melhores amigos evitariam minha casa; morto, Marselha inteira me acompanhará chorando até a minha última morada; vivo, você teria vergonha do meu nome; morto, você erguerá a cabeça e dirá: “Sou o filho daquele que se matou porque, pela primeira vez, foi obrigado a faltar com a palavra.” O rapaz soltou um gemido, mas pareceu resignado. Era a segunda vez que a convicção entrava não em seu coração, mas em seu espírito”. DUMAS, ALEXANDRE. **O Conde de Monte Cristo**. Ed. Definitiva, anotada e ilustrada. Trad., apres. e notas: André Telles e Rodrigo Lacerda. Rio de Janeiro: Zahar, 2009, p. 303.

9 - REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Falimentar**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1993, v. I, p. 6.

pagamentos, podendo ceder seus bens como forma de evitar a segregação;¹⁰ as Filipinas (1603), começaram a delinear o direito falimentar,¹¹ eis que no Liv. V, tít.LXVI, o instituto falimentar é considerado em pormenor, ainda que como figura penal.¹²

Mas a peça chave do direito falimentar luso e colonial-brasileiro, desvinculado das ordenações, foi o Alvará de 13 de novembro de 1756, assinado pelo Marquês de Pombal (Sebastião José de Carvalho e Melo), na época Ministro do Rei D. José I. Ali se reconheceu quatro tipos de impossibilidade de satisfação de compromissos pelos comerciantes:

- a) impontualidade: a falta de pagamento em dia;
- b) ponto: a parada total de pagamento;
- c) quebra: é a impossibilidade de pagar as suas obrigações;
- d) bancarrota: é a quebra fraudulenta e os culpados condenados como públicos ladrões.¹³

A expedição deste alvará fez parte das medidas adotadas com o objetivo de reerguer Lisboa após o terremoto de 1755, conhecido como um dos mais devastadores da história.

Requião¹⁴ transcreve importante excerto do documento:

Considerando que as grandes ruinas de cabedais, e créditos, que a calamidade do memorável dia primeiro de novembro do anno próximo passado trouxe ao commercio de meus vassallos; e que o cuidado de consolidar os mesmos créditos, e cabedais, em beneficio dos Homens de Negocio, que commerceão nestes Reynos; constituirão dous objetos dos mais instantes, e urgentes, entre os muitos, que depois daquele funesto dia excitarão o meu Regio, e Paternal desejo de aliviar, e restabelecer os Póvos, que Deos me confiou, de sorte, que diante a Divina assistencia, os possa restituir ao estado de viverem à sombra do Throno em paz, e abundancia; contribuindo todos reciprocamente para o Bem-Comum, que resulta de cessarem no commercio as fraudes, e de se animarem, e sustentarem os que nele se empregão de boa fé, em geral beneficio” foi servido de alterar a disposição da Ordenação do Livro Quinto, Título sessenta e seis “para que daqui em diante se observe literal, exacta e inviolavelmente.

10 - CLARO, Carlos Roberto. **Recuperação judicial: sustentabilidade e função social da empresa.** São Paulo: LTr, 2009, p. 85.

11 - REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Falimentar,** p.14.

12 - ARAÚJO, José Francelino de. **Comentários à Lei de Falências e Recuperação de Empresas,** p.15.

13 - ARAÚJO, José Francelino de. **Comentários à Lei de Falências e Recuperação de Empresas,** p. 15.

14 - REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Falimentar,** p.14.

Esclarece Requião¹⁵ que tais modificações visavam a falência fraudulenta, punindo com pena de morte, degredo para o Brasil ou para outro lugar designado pelo Tribunal, dependendo do valor da dívida. A nova redação começava por enumerar as várias modalidades de fraude na quebra, não muito diferentes das que ainda são conhecidas:

Por quanto alguns mercadores quebrão de seus tratos, levantandose com mercadorias, que lhe foram fiadas, ou dinheiro que tomarão a cambio, e se ausentão, e escondem suas fazendas, de maneira que dellas se não pode ter noticia; e outros poem seus creditos em cabeça alheia; e para alegarem perdas, fazem carregaens fingidas: querendo Nós prover, como os taes enganos, e roubos, e outros semelhantes se não fação; ordenamos, e mandamos, que os Mercadores e Cambiadores, ou seus Feitores, que se levantarem com mercadorias alheias, ou dinheiro, que tomaram a cambio, ausentandose do lugar, onde foram moradores, e esconderem seus livros Razão, levando consigo o dinheiro, que tiverem, ou passando-o por Letras a outras partes, e esconderem a dita fazenda em parte de que que não saiba, assim nesse Reyno, como fora delle, ou por qualquer outro modo a encobrirem; sejão havidos por públicos ladroens, roubadores, e castigados com as mesmas penas, que por nossas Ordenaçõens, e Direito Civil, os ladroens públicos se castigão, e percão a Nobreza, e liberdades, que tiverem para não haverem pena vil.

Como se pode observar, o Alvará do Marquês de Pombal foi extremamente rigoroso contra a falência fraudulenta, impondo aos insolventes castigos que já não mais se admitiam no processo falimentar: pena de morte, banimento para o Brasil ou para outra colônia.¹⁶

Por outro lado, o comerciante idôneo que tivesse caído em insolvência sem ter concorrido para o evento (por exemplo, se sofresse perdas vultosas em alto mar), estaria isento de responsabilidade, mas devia sujeitar-se a um procedimento especial, apresentando-se à Junta, confessando a falência e apresentando os livros obrigatórios, sob pena de tornar-se fraudulenta a quebra:

os mercadores que cahirem em pobreza sem culpa sua, por receberem grandes perdas no mar, ou em terra, em seus tratos, e commercios lícitos, não constando de algum dolo, ou malicia; não incorrerão em pena alguma de crime. E neste caso serão os actos remetidos ao Prior, e Consules do Consulado, que os procurarão concertar, e compor com seus credores, conforme seu Regimento.¹⁷

Para Requião¹⁸, o Alvará do Marquês de Pombal, constitui “o ponto de partida para o estudo da instituição falimentar no direito pátrio”, ideia compartilhada por Claro, para quem “este regramento jurídico é considerado como o marco inicial do instituto da falência no ordenamento jurídico do

15 - REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Falimentar**, p.15.

16 - ARAÚJO, José Francelino de. **Comentários à Lei de Falências e Recuperação de Empresas**, p. 16.

17 - REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Falimentar**, p.15.

18 - REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Falimentar**, p.15.

Brasil”¹⁹

A partir deste ponto, o instituto da falência no Brasil conheceu quatro fases importantes: a) a primeira fase corresponde a época do Brasil Imperial, quando restou editado nosso Código Comercial, em 1850. Na sua terceira parte, tratava “Das Quebras”, dispondo sobre a falência e a concordata suspensiva da falência; b) a segunda fase, com o Brasil já República, refletiu o desejo de compatibilizar o direito falimentar com o clamor social e político dos novos tempos. Assim, foi editado o Decreto n. 917, de 24.10.1890, que reformou a parte do Código Comercial que tratava “Das Quebras” e introduziu a concordata preventiva; c) a terceira fase iniciou com a Lei 2.024, de 17 de dezembro de 1908, que simplificou o mecanismo processual da lei, aperfeiçoou os princípios que informavam o Decreto n. 917/1890, corrigindo suas falhas; d) a quarta fase histórica da falência corresponde à edição do Decreto-Lei n. 7.661, de 21 de junho de 1945.

O Decreto-Lei n.7.661/45, editado ao final da Segunda Grande Guerra, refletiu, na época, a nova ordem mundial capitalista e o ideário nacional-desenvolvimentista, cujo objetivo era a criação de uma indústria moderna, mediante planejamento econômico e principalmente a intervenção do Estado na economia e na própria sociedade organizada.²⁰ Deu ênfase ao instituto da falência, permitindo a continuidade do negócio pelo falido e da concordata, tanto preventiva quanto suspensiva. A concordata deixou de ser um contrato para – numa visão paternalista – ser “um benefício concedido pelo Estado, por intermédio do juiz, ao devedor honesto, mas infeliz na condução dos seus negócios”²¹, bastando que fossem preenchidos os requisitos legais para tanto.

E foi justamente a simplicidade do mero preenchimento de determinados requisitos, legais e formais, sem que se perquirisse o que de fato causou a insolvência, ou se o devedor possuía um projeto exequível para reorganização de sua empresa, que ocasionou o fracasso do sistema implementado pela legislação, seja em relação a concordata preventiva ou suspensiva. Requião, ainda em 1995, postulava a extinção do instituto em apreço, “para substituí-la por um sistema mais moderno, mais eficiente, justo e funcional, posto a serviço da recuperação das empresas ainda não irrecuperáveis”²².

Machado²³ aponta que “raramente uma empresa em concordata conseguia sobreviver e, mais raramente ainda, uma empresa falida era capaz de desenvolver a continuidade de seus negócios”.

19 - CLARO, Carlos Roberto. **Recuperação judicial: sustentabilidade e função social da empresa**. São Paulo: LTr, 2009, p. 85.

20 - CLARO, Carlos Roberto. **Recuperação judicial: sustentabilidade e função social da empresa**, p.87.

21 - PERIN JUNIOR, Ecio. **Preservação da empresa na Lei de Falências**, p. 16.

22 - REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Falimentar**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, v. II, p. 5.

23 - MACHADO, Rubens Approbato. Visão Geral da Nova Lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2005, que reforma o Decreto-lei 7.661, de 21.06.1945 (Lei de Falências), e cria o Instituto da Recuperação Judicial. In: MACHADO, Rubens Approbato (coord.). **Comentários à Nova Lei de Falências e Recuperações de Empresas**. 2. Ed. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 21-47, p. 22.

Os tempos modernos exigiam um mecanismo mais apurado aos rumos da economia mundial, fortemente influenciada pela globalização, objetivando preservar a empresa. Era necessário um instrumento com maior flexibilidade, que conferisse maiores oportunidades para a empresa superar suas crises.

Após uma longa tramitação no Congresso Nacional, veio à luz, então, a Lei n. 11.101, de 09 de fevereiro de 2005, que introduziu o instituto da Recuperação Judicial em nosso ordenamento jurídico, rompendo “com a tradição secular do direito concursal brasileiro de promover a viabilização dos negócios do devedor mediante o sacrifício exclusivo dos credores quirografários e da concessão judicial do benefício, com participação quase inexpressiva dos credores no processo”.²⁴

A nova lei refutou o objetivo liquidatório-solutório pelo qual se pautava a legislação anterior, que perdurou por seis décadas, apresentando novos mecanismos jurídico-econômicos “para que a empresa em crise possa buscar o soerguimento necessário à sua manutenção no mercado competitivo”.²⁵

2. DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL E SUSTENTABILIDADE

Pode-se dizer que o homem começou a preocupar-se efetivamente com os problemas ambientais a partir da década de 1960. Antes disso, vivia-se na ilusão de que os recursos naturais eram infinitos e o planeta não sofria nenhum dano em decorrência do crescimento econômico e demográfico.

O primeiro grande movimento da comunidade internacional contemplando discussões desta natureza resultou na criação do Clube de Roma, que em 1972 publicou o relatório intitulado “Limites do Crescimento”, o qual abordava temas cruciais para o futuro da humanidade, como poluição, energia, saneamento, meio ambiente, crescimento populacional.

Nesse documento pregava-se que, se o crescimento da população mundial, a industrialização, a poluição, a produção de alimentos e o uso exaustivo dos recursos naturais permanecerem inalterados, os limites do crescimento do planeta serão atingidos dentro dos próximos cem anos; previa-se que haveria um declínio incontrolável na capacidade populacional e industrial; apontava-se como solução o estabelecimento de condições sustentáveis de estabilidade ecológica e econômica para o futuro, a fim de que cada pessoa na terra pudesse ter suas necessidades básicas satisfeitas.²⁶

Também em 1972, a ONU expressou formalmente sua preocupação com os problemas ambientais, realizando em junho daquele ano, em Estocolmo, a Primeira Conferência Mundial sobre o Homem e o Meio Ambiente.

24 - CAMPOS FILHO, Moacyr Lobato de. **Falência e recuperação**, p. 20-1

25 - CLARO, Carlos Roberto. **Recuperação judicial: sustentabilidade e função social da empresa**, p. 21.

26 - The limits of growth. **A report to the club of rome**, 1972. Disponível em: <<http://www.clubofrome.org/docs/limits.rtf>>. Acesso em: 14 jul. 2017.

Na sequência, em 1984, a Assembleia Geral das Nações Unidas criou a Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento, cujo lema era: “Uma agenda global para a mudança”.

A comissão foi presidida pela então Primeira Ministra da Noruega, Gro Harlem Brundtland e integrada por dezenas de especialistas do mundo inteiro (dentre eles o naturalista brasileiro Paulo Nogueira Neto, representando a América Latina). Seus trabalhos duraram três anos, interregno em que foram realizadas várias audiências com líderes de governo e o público em geral, ouvidos em todo o mundo sobre questões afetas ao meio ambiente e ao desenvolvimento, permitindo que diferentes grupos expusessem seus pontos de vista. Em 1987 a comissão apresentou seu relatório final, intitulado “Nosso futuro comum” (que ficou conhecido como Relatório Brundtland, em homenagem a sua principal subscritora).²⁷

Nesse relatório foi cunhado pela primeira vez o termo “desenvolvimento sustentável”, lá definido como sendo aquele que “atende às necessidades do presente sem comprometer a possibilidade de as gerações futuras atenderem a suas próprias necessidades”.²⁸

A partir de então, o termo “Desenvolvimento Sustentável” passou a constar em todos os documentos gerados pela agenda ambiental daquela Organização (Agenda 21: Programa de Ação Global e a Carta do Rio de Janeiro, em 1992; Rio+5, em 1997; Rio+10, 2002 e a Rio+20, em 2012).²⁹

O uso da expressão “Desenvolvimento Sustentável” fez surgir também o uso do substantivo Sustentabilidade, a ela correspondente. Todavia, Desenvolvimento Sustentável e Sustentabilidade não são termos sinônimos, embora se encontrem intrinsecamente relacionados.

Para Bosselmann³⁰, o Desenvolvimento Sustentável deve ser compreendido como aplicação da Sustentabilidade e não o contrário.

No entender do renomado acadêmico alemão, o conceito de desenvolvimento Sustentável deve o seu significado e estatuto jurídico ao princípio da sustentabilidade. “(...) o pressuposto do princípio da sustentabilidade é, na verdade, a única maneira de dar sentido e forma ao caráter integrativo do desenvolvimento. Agora podemos ver como a sustentabilidade é fundamental para o conceito de desenvolvimento sustentável”³¹.

Deste modo, tem-se que o Desenvolvimento Sustentável seria o caminho que leva à Sustentabilidade, sendo entendido como um conjunto de ações que buscam aquele resultado.

27 - COMISSÃO MUNDIAL SOBRE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO. **Nosso Futuro Comum**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora da Fundação Getúlio Vargas, 1991.

28 - COMISSÃO MUNDIAL SOBRE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO. **Nosso Futuro Comum**, p. 46.

29 - BOFF, Leonardo. **Sustentabilidade**. O que é – O que não é. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2016, p.35-36.

30 - BOSSELMANN, Klaus. **O Princípio da Sustentabilidade** – Transformando direito e governança. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 27.

31 - BOSSELMANN, Klaus. **O Princípio da Sustentabilidade** – Transformando direito e governança, p. 88-89.

O Desenvolvimento Sustentável deve ser compreendido “como sendo a conciliação entre a preservação do ambiente e desenvolvimento socioeconômico”, capaz de criar grandes oportunidades de negócios, harmonizando a geração de lucro com os cuidados ambientais.³²

Ou, nos dizeres de Cruz e Real Ferrer³³, “A Sustentabilidade deve ser entendida como a meta global a ser atingida e o desenvolvimento sustentável como um dos instrumentos que devem permitir sua consecução”.

Mas o que seria Sustentabilidade?

Para Bosselmann³⁴

Sustentabilidade é ao mesmo tempo simples e complexa. Semelhante à ideia de justiça. A maioria de nós sabe intuitivamente quando alguma coisa não é “justa”. Da mesma forma, a maioria de nós tem plena consciência das coisas insustentáveis: lixo, combustíveis fósseis, automóveis poluentes, alimentos não saudáveis e assim por diante. Podemos presumir também que muitas pessoas têm uma noção clara de justiça e sustentabilidade. Por exemplo, sentem que um mundo justo e sustentável é bastante necessário, não importa o quão distante de um ideal possa estar.

Na sua forma mais elementar, a sustentabilidade reflete a pura necessidade. O ar que respiramos, a água que bebemos, os solos que fornecem o nosso alimento são essenciais para nossa sobrevivência. A regra básica da existência humana é manter a sustentabilidade das condições de vida de que depende. Para essa finalidade, a ideia de sustentabilidade é simples.

Porém, a sustentabilidade também é complexa, novamente, como é a justiça. É difícil afirmar categoricamente o que é justiça. Não existe uma definição uniformemente aceita. Justiça não pode ser definida sem uma reflexão mais aprofundada sobre seus critérios de orientação, valores e princípios. Tal reflexão é subjetiva por natureza e aberta ao debate. A mesma ideia é verdadeira para a sustentabilidade, pois não pode ser definida sem uma maior reflexão sobre os valores e princípios. Assim, qualquer discurso sobre a sustentabilidade é essencialmente um discurso ético.

O termo sustentabilidade desencadeia uma resposta semelhante ao termo justiça. Todo mundo concorda com isso, mas ninguém parece saber muito sobre. Temos apenas uma vaga ideia do que envolve a sustentabilidade, ou como esta poderia ser alcançada. Podemos imaginar uma sociedade sustentável, mas provavelmente não como atingi-la. Por outro lado, uma “sociedade justa” reflete um ideal que possivelmente nunca será plenamente alcançado. Ideais como a justiça, a paz e a sustentabilidade são fundamentais para qualquer sociedade. Sem eles, não se alcança o ideal da sociedade justa.

32 - SOARES, Josemar Sidinei. **Dignidade e Sustentabilidade: fundamentos para uma responsabilidade pessoal, social e jurídica**. In: REAL FERRER, Gabriel; DANTAS, Marcelo Buzaglo; SOUZA, Maria Claudia da S. Antunes de (orgs.); BODNAR, Zenildo; GARCIA, Denise Schmitt Siqueira; PILAU SOBRINHO, Liton Lanes (cords.). *Sustentabilidade e suas interações com a Ciência Jurídica: tomo 01 da Coleção Estado, Transnacionalidade e Sustentabilidade*. Itajaí: Univali, 2016, p. 55.

33 - CRUZ, Paulo Márcio; REAL FERRER, Gabriel. **Direito, Sustentabilidade e a Premissa Tecnológica como Ampliação de seus Fundamentos**. Sequência (UFSC), v..36, p.243.

34 - BOSSELMANN, Klaus. **O Princípio da Sustentabilidade** – Transformando direito e governança, p. 25-26.

Também entendendo a Sustentabilidade como um valor, Juarez Freitas a classifica como princípio constitucional que “determina promover o desenvolvimento social, econômico, ambiental, ético e jurídico-político, no intuito de assegurar as condições favoráveis para o bem-estar das gerações presentes e futuras”³⁵.

Para o Professor Freitas³⁶, Sustentabilidade é

o princípio constitucional que determina, com eficácia direta e imediata, a responsabilidade do Estado e da sociedade pela concretização solidária do desenvolvimento material e imaterial, socialmente inclusivo, durável e equânime, ambientalmente limpo, inovador, ético e eficiente, no intuito de assegurar, preferencialmente de modo preventivo e precavido, no presente e no futuro, o direito ao bem-estar.

Vê-se, portanto, que a ideia de Sustentabilidade foi ampliada para além das noções relacionadas à preservação ambiental. Seu conceito é mais amplo, correspondendo “às relações entre o ser humano e todos os elementos que compõem o mundo a sua volta. Falta ao homem uma maior consciência de si para que haja uma maior percepção de troca de informações constantes que existe entre o meio e a pessoa, profundamente influenciada por todos os objetos e acontecimentos ao seu redor”³⁷.

Usando uma metáfora bastante apropriada, Freitas³⁸ representa a Sustentabilidade como sendo uma árvore com vários galhos (dimensões): social, ética, jurídico-política, econômica e ambiental.

A classificação de Sachs³⁹ é mais abrangente: social, econômica, ecológica, espacial, territorial, cultural, política nacional e política internacional.

Bodnar, Cruz e Real Ferrer⁴⁰ apresentam, por sua vez, a faceta tecnológica da Sustentabilidade, ao defenderem que na atual sociedade do conhecimento, é a inteligência humana individual e coletiva acumulada e multiplicada que poderá garantir um futuro sustentável.

No meio empresarial, convencionou-se adotar a classificação clássica da Sustentabilidade,

35 - FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade. Direito ao Futuro**. 3. Ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016, p.52-53.

36 - FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade. Direito ao Futuro**, p.52.

37 - SOARES, Josemar Sidinei. **Dignidade e Sustentabilidade: fundamentos para uma responsabilidade pessoal, social e jurídica**. In: REAL FERRER, Gabriel; DANTAS, Marcelo Buzaglo; SOUZA, Maria Claudia da S. Antunes de (orgs.); BODNAR, Zenildo; GARCIA, Denise Schmitt Siqueira; PILAU SOBRINHO, Liton Lanes (cords.). *Sustentabilidade e suas interações com a Ciência Jurídica: tomo 01 da Coleção Estado, Transnacionalidade e Sustentabilidade*. Itajaí: Univali, 2016, p. 77.

38 - FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade. Direito ao Futuro**, p.61-2.

39 - SACHS, Ignacy. **Caminhos para o Desenvolvimento Sustentável**. 2. ed. Rio de Janeiro: Garamond, 2002, p.96.

40 - CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo; participação especial Gabriel Real Ferrer. *Globalização, Transnacionalidade e Sustentabilidade. Dados Eletrônicos*. Itajaí: UNIVALI, 2012, p. 113.

a ideia do *Triple Bottom Line*⁴¹, razão pela qual, neste artigo, a análise da Sustentabilidade ficará adstrita às dimensões ambiental, social e econômica.

2.1. DIMENSÃO AMBIENTAL

A dimensão ambiental da Sustentabilidade diz respeito ao direito das gerações atuais, resguardado o mesmo direito às gerações vindouras, a um meio ambiente ecologicamente equilibrado.⁴²

Para Veiga⁴³, a Sustentabilidade, em sua dimensão ambiental, encontra-se atrelada “ao duplo imperativo ético da solidariedade sincrônica com a geração atual e de solidariedade diacrônica com as gerações futuras” e seus objetivos encontram-se alicerçados nas seguintes premissas:

- 1) preservação do potencial da natureza para a produção de recursos renováveis; 2) limitação do uso de recursos não renováveis; 3) respeito e realce para a capacidade de autodepuração dos ecossistemas naturais.⁴⁴

Caso contrário, a degradação ambiental inviabilizará a vida no planeta, não se admitindo qualquer evasão da responsabilidade humana:

O ser humano não pode, enfim, permanecer esquecido de sua condição de ser eminentemente natural, embora dotado de características singularizantes, que apenas deveriam fazê-lo mais responsável sistemicamente e capaz de negociar com diferentes pontos temporais. Em suma, (a) não pode haver qualidade de vida e longevidade digna em ambiente degradado e, que é mais importante, no limite, (b) não pode sequer haver vida humana sem o zeloso resguardo da sustentabilidade ambiental, em tempo útil, donde seque que (c) ou se protege a qualidade ambiental ou, simplesmente, não haverá futuro para a nossa espécie.⁴⁵

2.2. DIMENSÃO SOCIAL

Para Garcia⁴⁶, a dimensão social consiste no aspecto social relacionado às qualidades dos seres humanos, sendo também conhecida como capital humano. Diz respeito à melhoria na qualidade

41 - People, Planet e Profit - Tripé da Sustentabilidade, conceito criado por John Elkington nos anos 90.

42 - FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade. Direito ao Futuro**, p.68.

43 - VEIGA, José Eli da. **Desenvolvimento Sustentável**. O Desafio do século XXI. Rio de Janeiro: Garamond, 2010, p.171.

44 - VEIGA, José Eli da. **Desenvolvimento Sustentável**. O Desafio do século XXI, p.171.

45 - FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade. Direito ao Futuro**, p.69-70.

46 - GARCIA, Denise Schmitt Siqueira. *El principio de sostenibilidad y los puertos*: a atividade portuária como garantidora da dimensão econômica e social do princípio da sustentabilidade. 2011, p. 451. Tese (Doctorado em Derecho Ambiental y Sostenibilidad de la Universidad de Alicante – UA). Universidade de Alicante, Espanha, 2011, p. 210-215.

de vida das pessoas através da redução das desigualdades de padrão de renda, acesso à educação, à moradia, à alimentação.

Vê-se, portanto, que na dimensão social da sustentabilidade abrigam-se os direitos fundamentais sociais previstos em nossa Carta Magna, os quais reclamam “correspondentes programas relacionados à universalização, com eficiência e eficácia, sob pena de o modelo de governança (pública e privada) ser autofágico e, numa palavra, insustentável”⁴⁷

Segundo Freitas⁴⁸, a dimensão social da Sustentabilidade “não admite o modelo de desenvolvimento excludente e iníquo”.

No mesmo sentido entende Boff⁴⁹, para quem independentemente do modo de produção que exista numa sociedade, existem certas necessidades fundamentais que pertencem à condição humana e devem ser satisfeitas. Será sustentável a sociedade que conseguir atender tais necessidades para todas as pessoas (princípio da inclusão).

Assevera Boff⁵⁰ que a sustentabilidade de uma sociedade se mede por sua capacidade de incluir a todos e garantir-lhes os meios de uma vida suficiente e decente. Falamos, pois, do mínimo existencial, que no entender de Garcia deve ser identificado em duas dimensões distintas:

de um lado, o direito de não ser privado do que se considera essencial à conservação de uma existência minimamente digna; e, de outro, o direito de exigir do Estado prestações que traduzam esse mínimo.⁵¹

A Sustentabilidade deve contornar todos os aspectos da existência. A exclusão social e a desigualdade comprometem o futuro da humanidade tanto quanto as mudanças climáticas.

2.3. DIMENSÃO ECONÔMICA

A dimensão econômica representa a necessária ponderação entre a eficiência e equidade, o equilíbrio entre os benefícios e os custos diretos e indiretos de todo e qualquer empreendimento.⁵²

47 - FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade. Direito ao Futuro**, p.63.

48 - FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade. Direito ao Futuro**, p.62.

49 - BOFF, Leonardo. **Sustentabilidade. O que é – O que não é**, p.139.

50 - BOFF, Leonardo. **Sustentabilidade. O que é – O que não é**, p.19-20.

51 - GARCIA, Denise Schmitt Siqueira; GARCIA, Heloíse Siqueira. Dimensão social e o princípio da sustentabilidade: uma análise do mínimo existencial ecológico. In. SOUZA, Maria Cláudia da Silva Antunes de; GARCIA, Heloíse Siqueira (orgs.). **Lineamentos sobre sustentabilidade segundo Gabriel Real Ferrer**. – Dados Eletrônicos – Itajaí: Univali, 2014, p. 46.

52 - FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade. Direito ao Futuro**, p.70.

Para Freitas⁵³, a visão econômica da sustentabilidade, especialmente iluminada pelos progressos recentes da economia comportamental, revela-se decisivo para que:

(a) a sustentabilidade lide adequadamente com custos e benefícios, diretos e indiretos, assim como o “trade-off” entre eficiência e equidade intra e intergeracional; (b) a economicidade (princípio encapsulado no art. 70 da CF) experimente o significado de combate ao desperdício “lato sensu” e (c) a regulação do mercado aconteça de sorte a permitir que a eficiência guarde real subordinação à eficácia.

A dimensão em apreço deve ser contemplada pelo prisma da ecoeficiência, impondo-se ao setor econômico a responsabilidade pelo crescimento com o menor dano ambiental possível, ao mesmo tempo em que satisfaça as necessidades humanas e melhore a qualidade de vida.

Segundo Garcia⁵⁴, a dimensão econômica está preocupada com o desenvolvimento de uma economia que tenha por finalidade gerar uma melhor qualidade de vida para as pessoas, com padrões que contenham o menor impacto ambiental possível.

3. O INSTITUTO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL À LUZ DA SUSTENTABILIDADE

Nos termos do artigo 47 da Lei n. 11.101/05, “a recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica”.⁵⁵

Como se pode observar, os objetivos do instituto da Recuperação Judicial vão além da quitação dos débitos e saneamento financeiro da empresa, alcançando a “pretensão de conservar a fonte produtora e resguardar o emprego, ensejando a realização da função social da empresa, que, afinal de contas, é mandamento constitucional”.⁵⁶

Para Lobo⁵⁷, a Recuperação Judicial é instituto jurídico fundado na ética da solidariedade, cujo objetivo consiste em “sanar o estado de crise econômico-financeira do empresário e da sociedade empresária com a finalidade de preservar os negócios sociais e estimular a atividade empresarial,

53 - FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade. Direito ao Futuro**, p.72.

54 - GARCIA, Denise Schmitt Siqueira. **Dimensão Econômica da Sustentabilidade: uma análise com base na economia verde e a teoria do decrescimento**. Revista Veredas do Direito, Belo Horizonte, v.13, n. 25, p. 139.

55 - BRASIL. Lei n. 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm>. Acesso em: 14 jan. 2017.

56 - FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Lei de falência e recuperação de empresas**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 119.

57 - LOBO, Jorge. Artigos 35 a 69. In: ABRÃO, Carlos Henrique e TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de (coords.). **Lei de recuperação de empresas e falência**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 94-208, p. 123-4.

garantir a continuidade do emprego e fomentar o trabalho humano, assegurar a satisfação, ainda que parcial e em diferentes condições, dos direitos e interesses dos credores e impulsionar a economia creditícia (...).”

A Recuperação Judicial, pois, almeja a concretização da função socioeconômica da empresa, em todos os seus aspectos, sendo que “o objeto mediato é a salvação da atividade empresarial em risco e o objeto imediato é a satisfação, ainda que impontual, dos credores, dos empregados, do Poder Público e, também, dos consumidores (...)”.⁵⁸

A Lei de Recuperação Judicial não define o que seja crise econômico-financeira. Deste modo, a identificação do estado de crise econômico-financeira previsto pelo legislador deve ocorrer pontualmente, caso a caso, “por ser uma questão puramente de fato, embora com consequências jurídicas e legais; o seu conceito (...) é ‘metajurídico, aberto e cambiante’ e abarca as noções clássicas, de índole essencialmente financeira, de (a) inadimplemento de obrigação pecuniária, (b) iliquidez e (c) insolvência, embora nelas não se esgote visto que as dificuldades da empresa podem ser de ordem administrativa, gerencial, estrutural, operacional, societária, sucessória etc., as quais, a curto e médio prazos, podem converter-se em crise financeira de nefastas consequências (...)”.⁵⁹

A superação da crise econômico-financeira é o objetivo finalístico da Recuperação Judicial. Nada impede, contudo, que o instituto seja utilizado de forma antecipada, visando uma situação de crise iminente.

Por isso Tomazette⁶⁰ entende que o objetivo geral da recuperação é a superação da crise ou sua prevenção: “embora o texto da Lei não pareça ter esse objetivo, a lógica impõe que se reconheça essa possibilidade, pois não há dúvida de que se a crise é evitável, é muito melhor impedi-la de começar do que deixá-la acontecer, para só então solucioná-la”.

A princípio, toda empresa seria recuperável. Todavia, a grande maioria demora a identificar seu estado de crise ou, identificando-o, tarda ou perde o momento adequado à busca das soluções, o que pode causar sua derrocada.

A empresa não pode mais ser definida como mero instrumento jurídico de atividade lucrativa dos sócios ou meio de remuneração dos trabalhadores. Seu conceito moderno ultrapassa tais contornos para alça-la como “peça fundamental da atividade produtiva nacional e um decisivo elemento, quer de economia regional, quer da vida local”⁶¹. É preciso “preservar a dignidade da pessoa humana mediante a manutenção da empregabilidade, alcançada com a preservação da célula social, bem público caracterizado sob a forma de empresa”⁶², de tal modo que sua retirada

58 - FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Lei de falência e recuperação de empresas**, p. 123-4.

59 - LOBO, Jorge. Artigos 35 a 69, p. 129.

60 - TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial: falência e recuperação de empresas**, p. 47.

61 - PERIN JUNIOR, Ecio. **Preservação da empresa na Lei de Falências**, p. 128-9.

62 - QUEIROZ, Jorge. **Prevenção de crises e recuperação de empresas**, p. 15.

do mercado “representa verdadeira agressão ao equilíbrio social, de que o Estado não poderá desinteressar-se”⁶³.

Para Tomazette⁶⁴, é importante registrar que “o maior número de interesses circundando a empresa justifica maiores esforços na busca da recuperação, pois o encerramento de uma empresa socialmente importante gera muitos ônus”.

A lei de Recuperação Judicial caminha neste sentido, visando a reestruturação da Empresa em Crise, a fim de superar suas dificuldades financeiras, alavancar o crescimento, promovendo, assim, sua manutenção no mercado de forma sustentável.

Contudo, para o êxito desta empreitada faz-se necessário ir além da mera utilização dos meios recuperacionais para salvaguarda do negócio. O alcance de resultados adequados em procedimento dessa envergadura requer uma mudança cultural de prevenção da crise, uma “maior conscientização da necessidade de uma gestão estratégica e inteligente, orientada para a perenização da empresa; da permanente necessidade de sua modernização e fortalecimento; reinvestindo suas riquezas operacionais para aumentar seu diferencial competitivo, e não sangrá-la. Requer a adoção de uma consciência preditiva e preventiva, uma mudança de comportamento e atitude”⁶⁵.

Portanto, a visão clássica de uma empresa – aqui entendida como aquela que prestava contas apenas aos seus acionistas - deve ser substituída pelo conceito de Empresa Sustentável. No mundo contemporâneo, uma empresa que também não contemple seus consumidores, seus fornecedores, seus colaboradores, encontra-se destinada ao insucesso. Não basta apenas focar na qualidade do seu produto ou serviço, mas portar-se de maneira ética e com responsabilidade social, comprometendo-se com a comunidade local e com o meio ambiente.

No passado, os gestores geralmente se sentiam forçados a optar entre duas perspectivas: ou as empresas têm uma responsabilidade moral frente à sociedade, ou têm uma responsabilidade fiduciária para com seus acionistas. Aqueles que acreditam no motivo dos ganhos consideram as questões morais no local de trabalho como um “delírio”. Os defensores de um papel social para as empresas consideram o foco único nos lucros de curto prazo como ato irresponsável. No novo ambiente de negócios global, as empresas podem perseguir os dois enfoques simultaneamente. De fato, elas devem, caso queiram ser bem-sucedidas. As organizações que rendem lucros a seus acionistas enquanto destroem o valor para a sociedade estão incorrendo em obrigações ocultas. Aquelas que oferecem soluções a problemas ambientais e sociais estão descobrindo enormes oportunidades de ganhos. A trajetória corporativa de obter bons resultados financeiros graças a iniciativas sociais tem se tornado o modo inteligente de se fazer negócios.⁶⁶

63 - PERIN JUNIOR, Ecio. **Preservação da empresa na Lei de Falências**, p. 128-9.

64 - TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial: falência e recuperação de empresas**, p. 46.

65 - QUEIROZ, Jorge. **Prevenção de crises e recuperação de empresas**, p. 8.

66 - LASZLO, Chris. **Valor Sustentável** – Como as empresas mais expressivas do mundo estão obtendo bons resultados pelo empenho em iniciativas de cunho social. Rio de Janeiro: Qualitymark Editora, 2008, p.66-67.

John Elkington cunhou nos anos 90 o termo *Triple Bottom Line*, conhecido como tripé da Sustentabilidade: *People* (capital humano), *Planet* (capital natural) e *Profit* (lucro), modelo que considera também o desempenho social e ambiental da empresa, além do econômico.

Entende Elkington⁶⁷ que empresa sustentável é aquela voltada para o crescimento, rentabilidade, resultados econômicos e, ainda, promoção do desenvolvimento da sociedade e preservação do planeta, referindo-se às três principais dimensões que envolvem a sustentabilidade: ambiental, social e econômica.

Para Savitz e Weber⁶⁸, Empresa Sustentável é aquela que gera lucro para seus acionistas, ao mesmo tempo em que resguarda o meio ambiente e promove melhorias na vida das pessoas com quem mantém interações.

Para tais autores, as empresas sustentáveis terão mais sucesso no futuro do que no presente, pois sua prosperidade se propalará por gerações:

As organizações e as sociedades sustentáveis geram rendimentos como fonte de sobrevivência, em vez de consumir o próprio capital, que, nesse contexto, abrange recursos naturais, como água, ar, energia e alimentos, assim, como ativos humanos e sociais – desde o envolvimento dos trabalhadores até o apoio da comunidade – além dos recursos econômicos, como licença de operação, mercado receptivo e infra-estrutura legal e econômica. As empresas até podem consumir seu capital durante algum tempo, mas, em geral, não durante muito tempo. Ao contrário, os empreendimentos que horam os princípios da sustentabilidade são duradouros.⁶⁹

Concluem asseverando que o único modo de uma empresa alcançar o sucesso no mundo interdependente de hoje seria através do caminho da Sustentabilidade. Para tanto, faz-se necessário identificar o grupo de pessoas que de alguma maneira afetam seu desempenho, as suas ações e as suas decisões (stakeholders), perante os quais seja responsável, com quem desenvolva relacionamentos e em relação aos quais descubra meios de trabalhar em busca de ganhos recíprocos. “A longo prazo, essa situação gerará mais lucro para as empresas e mais prosperidade social, econômica e ambiental para a sociedade”⁷⁰

67 - BIER, Fernanda; BASSAN, Dilani Silveira. Responsabilidade social e ambiental: um estudo de caso em uma empresa de tecnologia em Porto Alegre. COLÓQUIO – Revista do Desenvolvimento Regional – Faccat, Taquara/RS, v. 12, n. 1, p. 149-164, jan./jun. 2015, p. 149.

68 - SAVITZ, Andrew W.; WEBER, Karl. **A empresa sustentável:** o verdadeiro sucesso é lucro com responsabilidade social e ambiental. Trad. Afonso Celso da Cunha Serra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, p. 2.

69 - SAVITZ, Andrew W.; WEBER, Karl. **A empresa sustentável:** o verdadeiro sucesso é lucro com responsabilidade social e ambiental. p. 2.

70 - SAVITZ, Andrew W.; WEBER, Karl. **A empresa sustentável:** o verdadeiro sucesso é lucro com responsabilidade social e ambiental, p. 3.

Laszlo⁷¹ também pensa assim, ao defender que a Sustentabilidade imprime vantagem competitiva à empresa e estimula inovações. “Para atuar dessa maneira no contexto competitivo dos dias atuais, exige-se que as empresas mais expressivas considerem cuidadosamente as dimensões ambientais e sociais de suas atividades de negócios”.

Daí porque o conceito de Sustentabilidade evoluiu para ser considerado muito além de parte da atividade empresarial desenvolvida: trata-se de “atributo essencial para a sobrevivência e o respectivo sucesso do negócio, (...) como um pré-requisito para a longevidade, valorizando não só os aspectos sociais, ambientais e de gestão administrativa, de forma integrada, dentro de um modelo de gestão eficiente, que possa dar melhor condição de gerenciamento, mas também de resultados financeiros, sociais e ambientais adequados”.⁷²

Importa ressaltar que, embora apresentem algumas características semelhantes, Sustentabilidade e responsabilidade social não devem se confundir. “Responsabilidade social foca os benefícios para os grupos sociais fora da empresa, enquanto que Sustentabilidade atribui igual importância aos benefícios desfrutados pelas empresas em si”. Assim como também não se pode confundir Sustentabilidade com ética empresarial, tantas vezes utilizada para descrever as responsabilidades sociais e morais das pessoas do mundo dos negócios. Ética empresarial é um termo muito restrito para o que tratamos aqui e diz respeito notadamente às escolhas específicas dos gestores em si.⁷³

Para uma empresa, desenvolver-se sustentavelmente é muito mais do que agir com responsabilidade social e com ética empresarial: é desenvolver um método integrado de abordar ampla gama de temas de negócios referentes a

meio ambiente, direitos dos trabalhadores, proteção aos consumidores e governança corporativa, assim como sobre o impacto das atividades da empresa em relação a questões sociais mais abrangentes, tais como fome, pobreza, educação, saúde e direitos humanos – e aos efeitos desses temas sobre o lucro.⁷⁴

Tem-se, portanto, que empresas que optaram pelo caminho do Desenvolvimento Sustentável superaram crises financeiras e se a crise for identificada no momento adequado, o instituto da Recuperação Judicial pode contribuir para sua permanência no mercado.

71 - LASZLO, Chris. **Valor Sustentável** – Como as empresas mais expressivas do mundo estão obtendo bons resultados pelo empenho em iniciativas de cunho social, p. 113.

72 - MELO NETO, Francisco Paulo de; BRENNAND, Jorgiana Melo. **Empresas Socialmente Responsáveis: o novo desafio da gestão moderna**. Rio de Janeiro: Qualitymark, 2004, p. 74.

73 - SAVITZ, Andrew W.; WEBER, Karl. **A empresa sustentável: o verdadeiro sucesso é lucro com responsabilidade social e ambiental**, p. 4.

74 - SAVITZ, Andrew W.; WEBER, Karl. **A empresa sustentável: o verdadeiro sucesso é lucro com responsabilidade social e ambiental**, p. 4.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Lei de Recuperação Judicial entrou em vigor em junho de 2005 e, durante seus dozes anos de vigência, apresentou ínfima taxa de sucesso. Estudos realizados por órgãos creditícios, dão conta que apenas 1 em cada 4 empresas que ingressam com o pedido de Recuperação Judicial logra êxito nesta empreitada.⁷⁵

É provável que a resposta para o insucesso resida no fato dos gestores não terem se apercebido da situação crítica no momento oportuno e tempestivo. Ou seja, a empresa não agiu de modo sustentável, notadamente no seu espectro econômico.

O instituto da Recuperação Judicial, ao buscar preservar empresas viáveis e comprometidas com o bem-estar social, apresenta-se em total consonância com a Sustentabilidade.

Anote-se, contudo, que é na atuação preventiva que a recuperação terá maiores chances de tornar-se exitosa. É na iminência da crise que os gestores devem mobilizar-se para o ingresso da Recuperação Judicial. Depois de instalada a situação crítica, dificilmente se terá sucesso, não havendo expectativa plausível de manutenção da empresa de forma sustentável.

Todavia, uma empresa em crise, já em processo de Recuperação Judicial, terá condições de desenvolver-se de modo sustentável?

Embora a prioridade para uma empresa em Recuperação Judicial seja a sua sobrevivência no mercado, agir de modo sustentável não se mostra incompatível com sua condição de recuperanda, notadamente se já apresentava tais características antes da crise instalar-se, valeu-se do benefício no momento adequado e o plano de reorganização encontrar-se delimitado pela dimensão econômica da Sustentabilidade.

A Sustentabilidade pode ser a saída para uma Empresa em Crise.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

ARAÚJO, José Francelino de. **Comentários à Lei de Falências e Recuperação de Empresas**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BIER, Fernanda; BASSAN, Dilani Silveira. Responsabilidade social e ambiental: um estudo de caso em uma empresa de tecnologia em Porto Alegre. **COLÓQUIO – Revista do Desenvolvimento Regional – Faccat, Taquara/RS**, v. 12, n. 1, p. 149-164, jan./jun. 2015.

75 - Estudo inédito do birô de crédito Serasa Experian acompanhou 3.522 empresas que tiveram a recuperação judicial deferida entre junho de 2005 – ano em que a lei foi criada – e dezembro de 2014. Desse número, 946 companhias tiveram o processo encerrado no período. Delas, apenas 218 (ou 23%) voltaram à ativa. A realidade para as demais 728 foi ter a falência decretada. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2016/10/1820669-so-uma-em-cada-quatro-empresas-sobrevive-apos-recuperacao-judicial.shtml>>. Acesso em: 18 jul. 2017.

BOFF, Leonardo. **Sustentabilidade**. O que é – O que não é. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2016.

BOSELMANN, Klaus. **O Princípio da Sustentabilidade** – Transformando direito e governança. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

BRASIL. Lei n. 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm>. Acesso em: 14 jan. 2017.

CAMPOS FILHO, Moacyr Lobato. **Falência e Recuperação**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

CLARO, Carlos Roberto. **Recuperação judicial: sustentabilidade e função social da empresa**. São Paulo: LTr, 2009.

COMISSÃO MUNDIAL SOBRE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO. **Nosso Futuro Comum**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora da Fundação Getúlio Vargas, 1991.

CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo; participação especial Gabriel Real Ferrer. **Globalização, Transnacionalidade e Sustentabilidade**. Dados Eletrônicos. Itajaí: UNIVALI, 2012.

CRUZ, Paulo Márcio; REAL FERRER, Gabriel. **Direito, Sustentabilidade e a Premissa Tecnológica como Ampliação de seus Fundamentos**. Sequência (UFSC), v. 36.

DUMAS, ALEXANDRE. **O Conde de Monte Cristo**. Ed. Definitiva, anotada e ilustrada. Trad., apres. e notas: André Telles e Rodrigo Lacerda. Rio de Janeiro: Zahar, 2009.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Lei de falência e recuperação de empresas**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade. Direito ao Futuro**. 3. Ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016.

GARCIA, Denise Schmitt Siqueira. **Dimensão Econômica da Sustentabilidade: uma análise com base na economia verde e a teoria do decrescimento**. Revista Veredas do Direito, Belo Horizonte, v.13, n. 25.

GARCIA, Denise Schmitt Siqueira. **El principio de sostenibilidad y los puertos**: a atividade portuária como garantidora da dimensão econômica e social do princípio da sustentabilidade. 2011, p. 451. Tese (Doctorado em Derecho Ambiental y Sostenibilidad de la Universidad de Alicante – UA). Universidade de Alicante, Espanha, 2011.

GARCIA, Denise Schmitt Siqueira; GARCIA, Heloíse Siqueira. **Dimensão social e o princípio da sustentabilidade: uma análise do mínimo existencial ecológico**. In: SOUZA, Maria Claudia da Silva Antunes de; GARCIA, Heloíse Siqueira (orgs.). **Lineamentos sobre sustentabilidade segundo Gabriel Real Ferrer**. – Dados Eletrônicos – Itajaí: Univali, 2014.

LASZLO, Chris. **Valor Sustentável** – Como as empresas mais expressivas do mundo estão obtendo bons resultados pelo empenho em iniciativas de cunho social. Rio de Janeiro: Qualitymark Editora, 2008.

LOBO, Jorge. Artigos 35 a 69. In: ABRÃO, Carlos Henrique e TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de (coords.). **Lei de recuperação de empresas e falência**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 94-208.

MACHADO, Rubens Approbato. Visão Geral da Nova Lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2005, que reforma o Decreto-lei 7.661, de 21.06.1945 (Lei de Falências), e cria o Instituto da Recuperação Judicial. In: MACHADO, Rubens Approbato (coord.). **Comentários à Nova Lei de Falências e Recuperações de Empresas**. 2. Ed. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 21-47.

MAMEDE, Gladston. **Falência e Recuperação de Empresas**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MELO NETO, Francisco Paulo de; BRENNAND, Jorgiana Melo. **Empresas Socialmente Responsáveis: o novo desafio da gestão moderna**. Rio de Janeiro: Qualitymark, 2004.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Falimentar**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, v. II.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Falimentar**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1993, v. I.

SACHS, Ignacy. **Caminhos para o Desenvolvimento Sustentável**. 2. ed. Rio de Janeiro: Garamond, 2002.

SAVITZ, Andrew W.; WEBER, Karl. **A empresa sustentável: o verdadeiro sucesso é lucro com responsabilidade social e ambiental**. Trad. Afonso Celso da Cunha Serra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

SOARES, Josemar Sidinei. **Dignidade e Sustentabilidade: fundamentos para uma responsabilidade pessoal, social e jurídica**. In: REAL FERRER, Gabriel; DANTAS, Marcelo Buzaglo; SOUZA, Maria Claudia da S. Antunes de (orgs.); BODNAR, Zenildo; GARCIA, Denise Schmitt Siqueira; PILAU SOBRINHO, Liton Lanes (cords.). **Sustentabilidade e suas interações com a Ciência Jurídica: tomo 01 da Coleção Estado, Transnacionalidade e Sustentabilidade**. Itajaí: Univali, 2016.

The limits of growth. **A report to the club of rome**, 1972. Disponível em: <<http://www.clubofrome.org/docs/limits.rtf>>. Acesso em: 14 jul. 2017.

VEIGA, José Eli da. **Desenvolvimento Sustentável. O Desafio do século XXI**. Rio de Janeiro: Garamond, 2010.

A DIFERENÇA ENTRE CENSURA E CLASSIFICAÇÃO: UMA LEITURA NECESSÁRIA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

THE DIFFERENCE BETWEEN CENSORSHIP AND CLASSIFICATION: A READING REQUIRED OF THE FEDERAL CONSTITUTION AND CHILD AND ADOLESCENT STATUS

Joana Ribeiro

Josiane Rose Petry Veronese

Sumário: Introdução. 1. A Doutrina da Proteção Integral na distinção entre censura e classificação. 2. Análise dos fatos noticiados na Folha de São Paulo entre os dias 7 e 9 de setembro: o beijo da Marvel; 3. *Fake news*: a disseminação de conteúdo inadequado; 4. Considerações finais. Referências.

Resumo: Tratar do tema das classificações indicativas, no tocante ao que é disponibilizado às crianças e adolescentes, surge como um tema urgente. Por meio do método dedutivo, este artigo se apoia na bibliografia técnico-jurídica e transdisciplinar para oferecer a distinção entre a censura e a classificação etária e fazer proposições que protejam, de fato, crianças e adolescentes de conteúdos e imagens que prejudiquem o seu desenvolvimento saudável. O primeiro item tratará da Doutrina da Proteção Integral e da distinção entre censura e classificação. O segundo, abordará a análise do beijo da Marvel, e o terceiro, no tocante a *fake news* de obra inadequada disseminada. Ao final, breves considerações intencionam impulsionar a novas perspectivas de análise, no sentido de que a família, a sociedade e o Estado possam repensar o papel verdadeiro e real no tocante à proteção de crianças e adolescentes.

Palavras-chave: Liberdade de expressão. Censura. Classificação indicativa. Direito da Criança e do Adolescente

Abstract: Addressing the subject of indicative classifications, as regards what is made available to children and adolescents, emerges as an urgent theme. Through the deductive method, this article builds on the technical-legal and transdisciplinary bibliography to distinguish between censorship and age rating and make propositions that actually protect children and adolescents from content and images that undermine their healthy development. . The first item will deal with the Doctrine of Integral Protection and the distinction between censorship and classification. The second will address Marvel's kiss analysis, and the third on fake news of widespread inappropriate work. In the end, brief considerations are intended to propel new perspectives of analysis in the sense that family, society and the state can rethink the true and real role in protecting children and adolescents

Keywords: Freedom of speech. Censorship. Parentl rating. Child and Adolescents Rights

INTRODUÇÃO

No dia de comemoração da Independência do Brasil, 7 de setembro de 2019, a protagonista da história foi a censura, enquanto o Direito da Criança e do Adolescente foi utilizado modo equivocado, para prejudicar o real sentido da proteção das crianças e adolescentes brasileiros, tanto pelos adultos da Bienal do Livro de 2019 - Rio de Janeiro, como pela Imprensa, por meio de *fake news*¹ que disseminaram um conteúdo inadequado, relativo ao livro *Gêmeas Marotas*, que é impróprio para crianças, disponível em qualquer banca do jornal e pelas redes de *WhatsApp*.

Defensores da liberdade de expressão de um lado, pessoas utilizando a censura como forma de angariar a simpatia dos evangélicos de outro, mas o fato é que ninguém deixou de publicar conteúdo efetivamente prejudicial às crianças, daí porque a necessária lente da Doutrina da Proteção Integral para propor o verdadeiro sentido de proteção.

Por meio do método dedutivo, este artigo se apoia na bibliografia técnico-jurídica e transdisciplinar, para oferecer a distinção entre a censura e a classificação etária e fazer proposições que protejam, de fato, crianças e adolescentes de conteúdos e imagens que prejudiquem o seu desenvolvimento saudável.

O primeiro item tratará da Doutrina da Proteção Integral e da distinção entre censura e classificação. O segundo, abordará a análise dos fatos noticiados na Folha de São Paulo entre os dias 7 a 9 de setembro: o beijo da Marvel, e o terceiro, no tocante a *fake news* relativa à outra obra imprópria para crianças e, ao final, serão apresentadas breves considerações finais, porque, entendemos, representam um impulso às novas perspectivas de análise, no sentido de que a família, a sociedade e o Estado possam repensar o papel verdadeiro e real no tocante à proteção de crianças e adolescentes.

1 A DOCTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL NA DISTINÇÃO ENTRE CENSURA E CLASSIFICAÇÃO INDICATIVA

A Doutrina da Proteção Integral tem uma longa história internacional de proteção das crianças e adolescentes que remete a uma corresponsabilidade partilhada entre a família, a sociedade e o

1 - Cronologicamente, no dia 8 de setembro de 2019, a Folha de São Paulo publicou uma notícia informando que a Procuradoria-Geral do Município do Rio de Janeiro havia juntado à ação judicial, que buscava autorização de busca e apreensão na Bienal, imagens do livro “*Gêmeas Marotas*”, “uma sátira de livros infantis do holandês Dick Bruna que é voltada ao público adulto e mostra personagens em relações sexuais. A notícia original não está mais disponível, mas apenas a errata, informando que esta informação não era mais real, tratava-se de *fake news*. FOLHA DE SÃO PAULO. **STF derruba decisão que autorizava censura a HQ com beijo gay na Bienal do Livro**, de 08 de set. de 2019. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/ilustrada/2019/09/stf-derruba-decisao-que-autorizava-censura-a-hq-com-beijo-gay-na-bienal-do-livro.shtml>. Acesso em: 11 set. 2019. O fato é que para ilustrar o uso da obra, a Folha de São Paulo publicou sim imagens de desenhos de sexo explícito entre crianças e também entre animais. ”. Apesar do aviso anterior da revista CRESCER. Corrente que alerta sobre conteúdo pornográfico em livros infantis é falsa, de 05 de set. de 2019. Disponível em <https://revistacrescer.globo.com/amp/Voce-precisa-saber/noticia/2019/09/corrente-que-alerta-sobre-conteudo-pornografico-em-livros-infantis-e-falsa.html>. Acesso em: 11 set. 2019.

Estado, com vistas à garantia, à promoção e ao respeito para com a criança, em razão da condição peculiar de pessoas em processo de desenvolvimento, com direitos prioritários absolutos, devendo ser colocados a salvo de qualquer forma de negligência, violência, crueldade e opressão, conforme prevê a Constituição Federal de 1988, em seu art. 227.

Dentre vários tratados do qual o Brasil é signatário, o documento internacional mais proeminente e com força de norma internacional cogente é a Convenção sobre os Direitos da Criança, de 1989, que tem força supralegal, conforme decisão do Superior Tribunal Federal (STF), o qual garante a força supralegal aos tratados de direitos internacional de Direitos Humanos qual o Brasil faz parte (STF, 2008, RE 466.343-SP).

O artigo 5º, inciso IX, da Constituição Federal, ao garantir os direitos fundamentais, prescreve ser: “livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”, propiciando que todas as pessoas tenham liberdade de pensamento e expressão, sem prévia censura, o que é basilar em uma sociedade democrática. A questão é adequar a liberdade de expressão e a proibição da censura aos adultos, à proteção integral e absoluta em relação à crianças e adolescentes.

Há que se destacar que a nossa Constituição Federal ao afirmar prioridade absoluta à infância e adolescência, já estava alinhada aos tratados internacionais e, principalmente, com a Convenção sobre os Direitos da Criança, portanto, a compreensão da prioridade absoluta implica na garantia dos direitos fundamentais das crianças e adolescentes; apesar da proibição da censura, ou seja, prevê a liberdade de pensamento e expressão, contudo, compatibiliza esta liberdade com a condição peculiar de sujeitos em desenvolvimento quando, no parágrafo § 4º, art. 227, prevê que a “lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente.

Tanto que, no art. 220, a Constituição Federal oferece a regulação da liberdade de expressão, prevendo a não restrição à manifestação do pensamento, da criação, da expressão e da informação, mas contempla a obrigação de que sejam reguladas as faixas etárias adequadas, por lei federal, que no caso, é o Estatuto da Criança e do Adolescente, e meios legais para permitir que as famílias possam se proteger de programas ou programação de rádio e televisão que possam ser inadequados às crianças, à saúde e ao meio ambiente. Portanto, o uso destes meios legais não pode ser considerado censura, pelo próprio texto constitucional.

Pois bem, apesar da clareza do texto constitucional ao compatibilizar o direito da liberdade de expressão à da não violência ou exploração sexual das crianças e adolescentes e ao permitir que as famílias possam exercer a proteção das crianças, ao deixar claro que a liberdade não pode deixar soçobrar ao mais importante, que é prioridade da proteção, o fato é que a diferença entre censura e classificação desponta como o assunto principal a ser abordado neste momento de crise de interpretação.

A Convenção sobre os Direitos da Criança é “o instrumento de direitos humanos mais aceito na história universal” (UNICEF), posto que ratificado por 196 países; evidencia a ordem de direitos e cuidados indispensáveis à criança (considerado o ser humano com idade inferior a 18 anos), dentre os quais, destaca-se para fim deste artigo, a previsão do artigo 17:

Os Estados Partes reconhecem a função importante desempenhada pelos meios de comunicação, e devem garantir o acesso da criança a informações e materiais procedentes de diversas fontes nacionais e internacionais, especialmente aqueles que visam à promoção de seu bem-estar social, espiritual e moral e de sua saúde física e mental. Para tanto, os Estados Partes devem:

- a) Incentivar os meios de comunicação a difundir informações e materiais de interesse social e cultural para a criança, de acordo com o disposto no artigo 19;
- b) Promover a cooperação internacional na produção, no intercâmbio e na divulgação dessas informações procedentes de diversas fontes culturais, nacionais e internacionais;
- c) Incentivar a produção e a **difusão de livros para crianças**;
- d) Incentivar os meios de comunicação no sentido de dar especial atenção às necessidades linguísticas da criança que pertença a um grupo minoritário ou indígena;
- e) Incentivar a elaboração de diretrizes apropriadas à proteção da criança contra informações e materiais prejudiciais ao seu bem-estar, tendo em vista o disposto nos artigos 13 e 18. (Sem grifo no original) (BRASIL, Decreto 99.710/90).

Ao comentar o significado deste dispositivo, na obra lançada neste ano em homenagem aos 30 anos da Convenção dos Direitos da Criança, reforça-se a importância dos meios de comunicação para disseminar informações que sejam favoráveis ao bem-estar social, cultural e moral, enquanto ao Estado cabe encorajar procedimentos que visem a proteção contra os materiais nocivos ao desenvolvimento das crianças (VERONESE, 2019, p. 69).

A obra correlaciona o art. 17 da Convenção e o art. 220 da Constituição Federal aos artigos 71 ao 79 do Estatuto da Criança e do Adolescente, reforçando que o art. 71 remete ao direito da criança e do adolescente à informação, cultura e lazer, mas de forma protegida, ao respeitar a peculiar situação de pessoa em desenvolvimento. E alerta que o Estatuto define como infração administrativa uma série de condutas que causem violação a tais determinações. (VERONESE, 2019, p. 69-70).

Dentre as quais, destacam-se os artigos 78 e 79, que especificamente quanto à publicação escrita, prescrevem a obrigação do cuidado para evitar acesso das crianças às revistas que contenham mensagem pornográfica ou obscenas, hipótese em que deverão estar lacradas e protegidas com embalagem opaca e também que possam conter ilustrações, fotos, legendas ou anúncios de bebidas alcoólicas, tabaco, armas e munições e que deverão respeitar os valores éticos da pessoa e da família:

Art. 78. As revistas e publicações contendo material impróprio ou inadequado a crianças e adolescentes deverão ser comercializadas em embalagem lacrada, com a advertência de seu conteúdo. Parágrafo único. As editoras cuidarão para que as capas que contenham mensagens pornográficas ou obscenas sejam protegidas com embalagem opaca.

Art. 79. As revistas e publicações destinadas ao público infanto-juvenil não poderão conter ilustrações, fotografias, legendas, crônicas ou anúncios de bebidas alcoólicas, tabaco, armas e munições, e deverão respeitar os valores éticos e sociais da pessoa e da família.

Ora, “tais dispositivos não pretendem o retorno de uma censura obtusa que vigorou no país nos anos da ditadura”, mas é “evidente que não significa uma liberdade sem isenções e sem nenhum compromisso com a ética”, isso porque se tratam de regras específicas ao público vulnerável, de pessoas em desenvolvimento, sujeito às mais variadas influências (VERONESE, 2019, p.71). A vulnerabilidade, como esclarece Danielle Espezim dos Santos, é intrínseca à própria condição de ser em desenvolvimento. (ESPEZIM, 2019, p. 85).

A Convenção sobre os Direitos da Criança, portanto, retoma o assunto o direito à livre participação na vida cultural e artística da criança, no artigo 31, exigindo ao Estado adotar formas de impedir a exploração da criança em espetáculos ou materiais pornográficos (BRASIL, Decreto 99.710/90).

Ao comentar este dispositivo do Estatuto da Criança e do Adolescente, Sílvia Maria S. Vilela explica o motivo da preocupação internacional e constitucional desta proteção, ao explicitar a dificuldade de a criança lidar emocionalmente com a informação sexual precoce, pois ao oferecer este universo, além de erotizar precocemente para algo do qual seu corpo ainda não está preparado, extrai, também, o foco do que é próprio à infância e das suas demandas, que precisa enfrentar e realizar. A autora assevera: “se transgredirmos esta impropriedade, estaremos proporcionando estímulos desorganizantes ao seu crescimento emocional e estaremos criando um adulto inseguro para lidar com demandas internas e externas”, pois estas questões devem ser gradativas em sua vida, conforme sua capacidade de compreensão. (VILELA, 2018, p. 523).

Em comentário ao art. 79, do Estatuto da Criança e do Adolescente, Monique Deheinzelin ensina que os valores éticos e sociais da pessoa e da família, a qual as revistas e as publicações precisam respeitar, é relativa à especificidade do pensamento infantil, que é buscar compreender o mundo dos adultos, na observação do que os adultos, em família e, em interação social, fazem e o que é permitido fazer na complexidade da vida humana, portanto, para a autora, a criança vai progressivamente absorvendo as práticas sociais e os conteúdos apresentados pela ética familiar para formar a sua própria compreensão:

A criança encontra parâmetros éticos em que os indivíduos são vistos e respeitados em toda sua abissal complexidade, e atendendo ao mesmo tempo a normais mínimas de convívio social, respeitando-se as necessidades, de moralidade autônoma dos indivíduos, essa criança irá, pouco a pouco, construindo uma compreensão do mundo generosa e aprofundada. (DEHEIZNELIN, 2018, p. 526)

Fixada a premissa do olhar da Doutrina da Proteção Integral, consolidada nos dispositivos internacionais, constitucionais e leis infraconstitucionais que demonstram a diferenciação entre a censura e a classificação para a faixa etária adequada à absorção do conteúdo por crianças e adolescentes, passa-se a responder às perguntas:

- a) É possível classificar o romance com beijo à determinada faixa etária?
- b) É possível um ator jurídico usar um livro efetivamente pornográfico, com desenho de sexo explícito com crianças, para causar celeuma e levar à publicação equivocada?
- c) Até que ponto caberia à Folha de São Paulo, ainda que fundada em informação que não sabia ser falsa, trazer imagens do livro com desenhos pornográficos a público, sem cuidar a possibilidade do acesso às crianças e adolescentes?

2 ANÁLISE DOS FATOS NOTICIADOS NA FOLHA DE SÃO PAULO ENTRE OS DIAS 07 E 09 DE SETEMBRO: O BEIJO DA MARVEL

2.1 O Beijo da Marvel

Pois bem, a primeira questão que se pretende analisar é a faixa etária adequada à imagem do beijo.

Por falta de regras específicas de atribuição do Executivo, a referência será o Manual da Secretaria Nacional de Justiça (SNJ), do Ministério da Justiça, que tem dentre de suas competências, a atribuição da classificação indicativa a obras audiovisuais (televisão, mercado de cinema e vídeo, jogos eletrônicos e jogos de interpretação – RPG), de forma que o Guia Prático é “um instrumento democrático que visa dar transparência e objetividade à política pública da classificação indicativa, evidenciando os critérios de análise. Tanto pode servir às emissoras de TV, produtoras e distribuidoras de filmes e jogos, como também à sociedade em geral e à família”. (GUIA PRÁTICO, 2018).

Os autores do guia ressaltam que a oferta de indicadores objetivos faz parte de um dos grandes avanços da política pública de Classificação Indicativa, “por ser a instrumentalização de um processo democrático, baseado em fatores técnicos que, com intensa participação social e transparência, resultaram em uma ferramenta para a defesa dos direitos das crianças e dos adolescentes”. (GUIA PRÁTICO, 2018, p. 5).

São estabelecidos três eixos: violência, sexo e drogas, os quais, conforme são apresentados ao público, merecem a adequação da faixa etária. Em resumo, a indicação é livre quando: há armas, mas sem contexto violento; há morte sem violência e ossada ou esqueleto sem violência ou violência fantasiosa. Seria a hipótese de exemplo do próprio guia: a arma branca usada por um samurai, morte na velhice e ossada fóssil e, para o último critério: quando um personagem bate na cabeça de outro, que amassa, e logo volta ao normal (GUIA PRÁTICO, 2018, p. 8-9), o que deve representar a clássica situação dos desenhos de Tom e Jerry.

2.2 Indicativo violência

A indicação deve ser elevada até 10 anos quando apresenta alguma angústia, arma com violência, ato criminoso sem violência, linguagem depreciativa, meto/tensão e ossada com resquício de ato de violência. (GUIA PRÁTICO, 2018, p. 10-11).

Eleva-se aos 12 anos, quando apresenta agressão verbal; assédio sexual; ato violento; ato violento contra animal; bullying; descrição de violência; exposição ao perigo; exposição de cadáver; exposição de pessoa em situação constrangedora ou degradante; lesão corporal; morte derivada de

ato heroico; morte natural ou acidental com dor ou violência; obscenidade; presença de sangue; sofrimento da vítima; supervalorização da beleza física; supervalorização do consumo e; violência psicológica. Na questão das obscenidades, o guia remete ao exemplo das expressões de gestos com o dedo e gestos que remetem ao sexo como forma de ofender ou constranger alguém. (GUIA PRÁTICO, 2018, p. 12-16).

Passa-se à classificação de 14 anos quando a obra apresenta aborto; estigma/preconceito; eutanásia; exploração sexual; morte intencional; pena de morte. Neste caso, os exemplos do guia são relativos a uma mulher que se dirige a uma clínica médica para fazer um aborto; moradores de rua apresentados como bandidos; eutanásia de uma pessoa em doença terminal; um personagem que pratique a prostituição; a morte intencional por um tubarão e; a pena de morte a alguém condenado injustamente. (GUIA PRÁTICO, 2018, p. 16-17).

Eleva-se aos 16 anos, quando é permitido: atos de pedofilia; crime de ódio, estupro/coação sexual; mutilação; suicídio; tortura; violência gratuita/banalização da violência; cujos exemplos são literais às descrições. (GUIA PRÁTICO, 2018, p. 18-19).

São admitidos para a faixa etária, a partir dos 18 anos, cenas de apologia à violência e crueldade. (GUIA PRÁTICO, 2018, p. 20). Em que pese está “permissão”, consideramos que não deveria fazer parte do nosso crescimento humano, tais cenas, mas a liberdade há que ser preservada e garantida.

2.3 Indicativo Sexo

É livre quando a nudez não é erótica, como um documentário sobre uma tribo indígena, por exemplo, refere o guia (GUIA PRÁTICO, 2018, p. 21).

Eleva-se para os 10 anos conteúdos que tenham conteúdo educativo sobre sexo. Sobe para 12 anos a admissão de conteúdos que tenham apelo sexual; carícia sexual; insinuação sexual; linguagem chula; linguagem de conteúdo sexual; masturbação; nudez velada; simulação de sexo e os exemplos dizem respeito às sugestões dos atos, sem concretização. (GUIA PRÁTICO, 2018, p. 22-23).

Admite-se, a partir dos 14 anos, cenas de erotização; nudez; prostituição; relação sexual (não explícito) e vulgaridade, no qual os exemplos se referem à imagem do ato, sem os detalhes.

Passa-se a admitir aos 16 anos a relação sexual intensa, mostrado de forma “verossímil e contundente”, com detalhes de movimentações e orgasmos, mas sem visualização de “penetração, de felações ou masturbação”. A partir dos 18 anos, então permite-se o sexo explícito e a situação sexual complexa de forma impacto. (GUIA PRÁTICO, 2018, p. 23-24).

2.4 Indicativo de Drogas

É livre desde que demonstrem consumo moderado ou insinuado de droga lícita, como o exemplo de consumo de espumante no ano novo. (GUIA PRÁTICO, 2018, p. 26)

Passa a ser permitido, a partir dos 10 anos, quando há descrição do consumo de droga lícita e discussão sobre o tema drogas ou seu uso medicinal desde que de drogas lícitas. (GUIA PRÁTICO, 2018, p. 25-26).

A partir dos 12 anos já se admite cenas de consumo de drogas lícitas; consumo irregular de medicamentos; discussão sobre a legalização de droga ilícita; a indução ao uso de droga lícita e; menção à droga ilícita. (GUIA PRÁTICO, 2018, p. 26-28).

Aos 14 anos, admite-se conteúdos que tratem do consumo de droga ilícita e descrição do consumo ou tráfico de droga ilícita e, a partir dos 16 anos, já se permite cena de consumo de droga ilícita e indução ao consumo de droga ilícita ou apresentem produção de droga ilícita. Neste contexto, a partir dos 18 anos passa-se a permitir cenas de apologia ao uso de droga ilícita. (GUIA PRÁTICO, 2018, p. 28-29).

Após as três dimensões acima descritas, o Guia traz uma sequência de situações atenuantes e agravantes, que podem reduzir o impacto da tendência de indicação ou aumentar. Seria o caso da composição da cena, ligada ao contexto da linguagem, da direção de arte, som, edição, roteiro e qualidade da imagem, como o conteúdo positivo, como quando a intenção é a educação sexual para evitar doenças sexualmente transmissíveis, o conteúdo artístico, o conteúdo cômico ou caricato, o contexto cultural, esportivo, fantasioso, histórico ou irônico. (GUIA PRÁTICO, 2018, p. 30-31).

Outro fator é o contraponto apresentado na obra, como quando o ato classificável é posteriormente ressignificado como o exemplo do dependente químico que se arrepende e quer superar o vício, no exemplo do guia. Também a frequência, a insinuação, a motivação, a relevância, a simulação e a tentativa infrutífera do ato classificável também é levada em conta para a atenuação da classificação. (GUIA PRÁTICO, 2018, p. 32-33).

Enquanto que são agravantes a banalização do ato classificável, a composição da cena, com os detalhes do ato classificável, o conteúdo inadequado com a criança e adolescente na cena, o contexto, a frequência, a interação, a motivação, a relevância e a valorização do conteúdo negativo. (GUIA PRÁTICO, 2018, p. 34-35).

Além da indicação, as obras apresentam os descritores de conteúdo, de forma que vai aparecer a indicação não recomendada para determinada faixa etária e com o descritor “violência”, por exemplo. A lista de descritores é: E.1 – Atos Criminosos E.8 – Nudez E.2 – Conteúdo Sexual E.9 – Procedimentos Médicos E.3 – Drogas E.10 – Sexo Explícito E.4 – Drogas Ilícitas E.11 – Temas Sensíveis E.5 – Drogas Lícitas E.12 – Violência E.6 – Linguagem Imprópria E.13 – Violência Extrema E.7 – Medo E.14 – Violência Fantasiosa. (GUIA PRÁTICO, 2018, p. 36).

Há também avaliação de elementos interativos à obra, para jogos eletrônicos e produtos digitais, que possam expor o jovem na internet ou no consumo, como as compras *on line*, o compartilhamento da localização e a interação entre usuários. (GUIA PRÁTICO, 2018, p. 36).

Depois de feita a classificação pelas três dimensões do guia, com as atenuantes e agravantes das cenas classificáveis e observada a questão da interação, o produtor deve apresentar as informações padronizadas de classificação de forma visível e clara, com os símbolos de idade adequados e nas cores e formatos exigidos no guia, em:

[...] invólucros e embalagens de produtos classificáveis; - invólucros e embalagens de outros produtos com material classificável embutido; banners, cartazes e displays de divulgação; capas de livros de RPG; catálogos, agendas e programações; chamadas de programação em televisão aberta; dispositivos portáteis (celulares, smartphones, tablets e congêneres); locais de acesso a obras audiovisuais, jogos eletrônicos, RPG e demais diversões e espetáculos públicos; obras com distribuição digital; obras exibidas na televisão e/ou salas de exibição; propaganda em mídia eletrônica (anúncios na televisão, cinema, rádio, internet); publicidade exposta ao ar livre (outdoors, painéis, etc.); publicidade impressa; sítios da internet, brasileiros ou voltados para o público brasileiro; trailers. (GUIA PRÁTICO, 2018, p. 37).

Pois bem, delineados os parâmetros do guia, recém editado em 2018, é importante salientar que as autoras deste artigo não concordam com todos os parâmetros da classificação, eis que a questão da cena de sexo, que é apropriada apenas após os 18 anos, acabou sendo permitida no guia, a partir dos 14 anos, e permitida a insinuação, a partir dos 12 anos, e não consta no guia a expressa obrigação de que a obra tenha a finalidade educativa, artística, cultural e informativa, como base de referência e de classificação (o que excepcionalmente justificaria, em documentários por exemplo), logo, o guia descumpra frontalmente a própria regra explícita do art. 71 do Estatuto da Criança e do Adolescente e, por consequência, da Constituição Federal e da Convenção sobre os Direitos da Criança.

Na questão da cena de violência, mais uma série de descumprimentos, ao oferecer a um adolescente, de 14 anos, acesso a conteúdo os quais são impactantes e desnecessários para a sua capacidade cognitiva e emocional, como o aborto, a eutanásia e a exploração sexual; enquanto que permitir ao adolescente, a partir dos 16 anos, visualizar cenas de pedofilia, estupro, coação sexual, mutilação e suicídio é realmente oferecer ao jovem uma coquetel de imagens desgastantes e completamente desnecessárias ao seu desenvolvimento. O número de suicídios entre os jovens tem aumentado no Brasil (VARELA, 2019) e talvez as respostas estejam na análise do eles têm assistido!

Já quanto às drogas lícitas e ilícitas é amplamente desnecessário tratar de discussão sobre a legalização das drogas ilícitas, já a partir dos 12 anos. E o consumo já insinuado de droga ilícita, aos 14 anos, e explícito de consumo, aos 16 anos, em nada protege os jovens do vício, a não ser que o único objetivo seja efetivamente de advertir contra o uso. Neste caso, o guia apresenta regra de que seja imperativa a tentativa de convencimento contra o uso, mas a questão que deve ficar bem definida é a “intencionalidade” para fins de evitar o consumo ou apresentar algo exclusivamente cultural, como o consumo pelos índios, por exemplo.

Portanto, neste cenário de descumprimento de proteção, com base em um documento que se propõe a proteger e que tem legitimidade jurídica ao fim a que se dispõe, é um problema jurídico atual a ser resolvido e conclui-se que é possível compreender o porquê deste atual abuso de cenas de insinuação de sexo em novelas de acesso ao público infantoadolescente, porém ainda que seja possível vislumbrar este desacordo, que cabe ao Direito da Criança e do Adolescente criticar e questionar, o fato é que cenas de beijo estão na situação livre, ou seja, não representa fato classificável.

Nesta toada, como não há previsão de indicação de classificação para livros em geral, apenas

para obras audiovisuais e jogos de interpretação (RPG, inclusive estes livros), não há atualmente instrumentos jurídicos que permitam a apreensão destas obras, a não ser na condição especificada do parágrafo único do art. 78, que prevê expressamente que proteção às capas dos livros, prevendo que “as editoras cuidarão para que as capas que contenham mensagens pornográficas ou obscenas sejam protegidas com embalagem opaca”.

A tentativa de projeto de lei (PL 1936/11) para obrigar as editoras a imprimir a classificação etária na capa dos livros foi rejeitada pela Comissão de Cultura, ao argumento de que cercearia o pleno exercício e uso do livro e poderia trazer inconvenientes práticos pela obrigação da submissão às mais de 60 mil obras publicadas anualmente (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2013), contudo, não há necessidade da lei exigir submissão prévia, o que seria censura, mas apenas a classificação pela própria editora, a exemplo do sistema audiovisual.

Delineado então o ordenamento jurídico a respeito da temática em questão, como não se pode exigir que editora inclua a classificação na obra, tampouco a capa demonstrava imagens ou mensagens pornográficas ou obscenas, de fato, conclui-se que a apreensão imediata da obra da Marvel despontou como ato de censura.

Logo, o questionamento acerca da necessidade de classificação de livros, nos moldes das obras audiovisuais, desponta como um debate necessário, mas apenas e circunscrito às lentes da Doutrina da Proteção Integral, que poderá permitir aos pais o controle de conteúdo dos filhos menores de 18 anos, sem que a liberdade de expressão dos escritores seja censurada.

O debate sobre a própria classificação atual do audiovisual também demonstra ser indispensável à garantia de que o Brasil cumpra os tratados internacionais que assina e cumpra o Estatuto da Criança e do Adolescente, respeitando a condição das crianças e adolescentes como seres em formação, vulneráveis pela própria condição da idade e sujeitos ao abuso pelos adultos.

Chamada a era atual de modernidade líquida por Zygmunt Bauman e descrita a nossa sociedade atual como “sociedade de consumo”, não é exigível aos pais que a imensa demanda de lidar com a dificuldade do sustento da família e da complexidade da vida pós-moderna (líquida) ainda seja responsável pela leitura antecipada de todas as obras dos filhos, principalmente ligadas ao público infante-juvenil, neste contexto de complexidade de demandas, em que as informações dos últimos trinta anos representam o equivalente aos últimos cinco mil anos anteriores, inclusive o autor refere um cálculo demonstrando que 50% dos textos acadêmicos não são lidos e muitos autores acadêmicos citam obras que sequer leram, o que evidencia que os recursos mais escassos são justamente o tempo e a atenção das pessoas (BAUMAN, 2008, p. 54-55).

Na obra, “Criança, Consumo e Publicidade”, são analisados os efeitos da publicidade ao público infantil e, sob a ótica da Doutrina da Proteção Integral, são ressaltados que os argumentos da liberdade de expressão e da autonomia da família não são suficientes para elidir os efeitos da publicidade especializada em convencer as crianças, clamando a todos para pensar o quanto somos responsáveis uns pelos outros, pensar na fraternidade em uma sociedade que vive o seu inverso, um individualismo exacerbado, de acomodação, o qual não podemos nos deixar ilhados e devemos

alertar sobre o perigo da mercantilização e da coisificação dos sujeitos. (VERONESE e ZANETTE, 2018, p. 141-142). Esta análise se encaixa perfeitamente no que concerne às publicações.

Tânia da Silva Pereira defende o “cuidado” como valor jurídico, que pela Doutrina da Proteção Integral; considera o “cuidado” a base dos direitos fundamentais e parte integrante da vida humana, porque nenhum tipo de vida subsiste sem o “cuidado”, de forma a concluir que “o cuidado representa o denominador comum deste sistema especial de proteção, entre as pessoas, o meio ambiente e a “plena consciência da sua vida, do seu papel no planeta, na sociedade e na família”, defendendo então o cuidado de crianças, adolescentes e idosos, inclusive quanto ao convívio entre eles e fixação dos direitos de convivência” (PEREIRA, 2006, p. 255-256).

Portanto, o questionamento sobre o que é adequado para o acesso às crianças e adolescentes não diz respeito à censura, mas à classificação com cuidado, considerando sempre que as crianças devem ser resguardadas de qualquer tipo de discriminação, inclusive sexual, mas que o Estado Brasileiro está negligenciando, de fato, esta proteção.

3 FAKE NEWS: A DISSEMINAÇÃO DE CONTEÚDO INADEQUADO

Outro tópico de análise deste artigo é a utilização do livro com ilustrações de sexo explícito tirados do interior do livro para adultos chamado: “As Gêmeas Marotas”.

No dia 5 de setembro de 2019 iniciou-se o questionamento quanto à Bienal do Livro, nas redes sociais do Prefeito Municipal do Rio, Marcelo Crivella, contra a obra HQ “Vingadores – A Cruzada” e no dia 06 de setembro de 2019 ocorreu a visita à feira pelos Fiscais do Município do Rio de Janeiro, os quais não encontraram nenhuma obra com temática imprópria. (FOLHA DE SÃO PAULO, 08 de set. de 2019, a).

Cronologicamente, no dia 8 de setembro de 2019, a Folha de São Paulo publicou uma notícia informando que a Procuradoria-Geral do Município do Rio de Janeiro havia juntado à ação judicial, que buscava autorização de busca e apreensão na Bienal, imagens do livro “Gêmeas Marotas”, “uma sátira de livros infantis do holandês Dick Bruna que é voltada ao público adulto e mostra personagens em relações sexuais. A notícia original não está mais disponível, mas apenas a errata, informando que esta informação não era mais real, tratava-se de *fake news*. O fato é que para ilustrar o uso da obra, a Folha de São Paulo publicou sim imagens reais de sexo explícito entre crianças e também entre animais.” (FOLHA DE SÃO PAULO, 08 de set. de 2019, a).

As *fake news* transformaram-se em armas da modernidade líquida contra a verdade, em razão da rapidez e da perda do controle sobre o compartilhamento das notícias falsas, sendo que sua utilização tem sido feita de forma a gerar uma falsa opinião pública sobre os fatos, buscando respaldar ações, fomentando discursos de ódio e justificando públicas ilegais, inclusive.

A questão central é que a Revista Crescer já alertava, em 5 de setembro de 2019, que a corrente que estava sendo propagada pelo *WhatsApp* a respeito de conteúdo pornográfico em livros infantis era falsa. Segundo a reportagem voltada ao alerta às mães, as mensagens tratavam do Livro “As

Gêmeas Marotas”, assinado pelo pseudônimo Brick Bruna, lançado na década de 1970, em Portugal, direcionada a adultos e feita com base em outra obra, do autor holandês Dick Bruna, contudo alertava que a tal obra nunca havia sido colocada à venda no Brasil e apenas obras vindas do exterior e que talvez existam no país em sebos. Também alertava que a obra da Marvel, a respeito do debate sobre relacionamentos homoafetivos em história de quadrinhos, não era direcionada ao público infantil. (CRESCER, 05 de set. de 2019).

Pois bem, apesar do alerta, várias pessoas “caíram” na *fake news*, disseminaram conteúdo com as tais imagens pornográficas entre os celulares de “mães”, ou seja, entraram no nos celulares de pessoas que convivem com crianças, que por natureza, são curiosas e, pior, a própria Folha de São Paulo caiu na *fake news* e, pasme, divulgou conteúdo completamente impróprio, que chegou às bancas em todo o Brasil, chegou às casas dos assinantes e daí sim, praticou ato completamente proibido no Brasil e no exterior, ao dar acesso à imagens de sexo explícito a qualquer pessoa que abrisse o jornal, inclusive crianças e adolescentes.

A questão é: o adulto não consegue pensar que ao disseminar o “alerta” ele está propriamente disseminando o conteúdo? E a responsabilidade da imprensa?

Até que ponto o adulto não consegue perceber que, sendo verdadeira ou falsa a notícia, não cabe disseminar as imagens? Qual a dificuldade que os adultos e a imprensa têm de apresentar a redação de ideias sem as respectivas imagens?

Daí entra novamente as lentes da sociologia de Bauman, que mostram que no excesso de informação, há uma disputa de atenção do consumidor. Portanto, a Folha de São Paulo, para ter acesso ao consumidor e buscar ser lida, usou das imagens pornográficas para obter a atenção dos adultos e, portanto, feriu o direito ao cuidado das crianças e adolescentes, sem preocupar-se com as consequências, apenas com a sua manchete!

É este tipo de conduta que o Direito da Criança e do Adolescente busca proteger, independente dos interesses do mercado, seja jornalístico, cultural ou publicitário. Trata-se de um mercado, cujas regras de angariar fama e rendimentos deixam a ética completamente de fora.

Na opinião editorial Marcha às Trevas, a Folha de São Paulo critica, no próprio dia 8 de setembro de 2019, a tática dos governantes Marcelo Crivella, João Doria e Jair Bolsonaro de desvirtuarem o conservadorismo e converterem em apologia à ignorância (FOLHA DE SÃO PAULO, 08 de set. de 2019, b), o que realmente preocupa a sociedade e causa reações legítimas de resistência à censura, contudo, em nenhum momento a própria Folha de São Paulo faz sua autocrítica do lamentável equívoco, não só de disseminar a *fake news* que beneficia a pauta destes governantes criticados, tampouco reconhece que ela própria exibiu imagens inapropriadas para o acesso às crianças e adolescentes e, com o fim de defender a liberdade de expressão e criticar a censura, cometeu grave ato contrário ao Estatuto da Criança e do Adolescentes.

A questão que se adiciona também é a da proteção do público infantoadolescente na era digital, como um alerta permanente, pois conforme conclui Bruno Mello Correa de Barros, os recursos da

Tecnologias de Informação e Comunicação – TIC (sigla que resumidamente que representa uma soma imbricada de telecomunicações, informática e computação) oferecem benefícios imensos de comunicação, despertam fascínio das crianças e adolescentes e colocam em xeque a atuação dos atores responsáveis execução da proteção integral, portanto torna-se necessário investir em políticas públicas de conscientização dos riscos do ciberespaço, para “zelar pela integridade física e psíquica dos seu cidadãos, especialmente crianças e adolescentes, público que formará o ápice do desenvolvimento da sociedade”. (BARROS, 2019, p. 651).

No ano em que o Conselho Nacional de Justiça lança o programa Pacto Nacional pela Primeira Infância (MONTENEGRO, 2019), estes assuntos merecem ser questionados a tempo da família, da sociedade e do Estado conseguirem proteger o cérebro e a formação física, emocional e social das crianças.

4 CONCLUSÃO

Entendemos como fundamentais a liberdade de expressão, de opinião, de respeito à diversidade, que constituem a essência do Estado Democrático de Direito. O que nos assombra em toda essa discussão é que em momento algum o ser criança – sujeito de direitos – foi trazido para a centralidade do debate.

A decisão do STF, no tocante ao não recolhimento da publicação da Marvel, foi impecável no sentido de apontar o fundamento da liberdade de expressão, portanto, que jamais deveria ser reverenciada a censura.

No entanto, a discussão pública do tema não tratou dos direitos da criança em relação à classificação indicativa, sequer fez menção a este fato. Entendemos que conteúdos erotizados não são compatíveis com algumas etapas do desenvolvimento infantil. O que assistimos é, mais uma vez, a histórica composição adultocêntrica – os adultos como o centro de tudo, portadores de verdades, de suas verdades, desconectados com o compromisso com a infância.

Não se trata, de modo algum, de uma cruzada contra a manifestação do amor, em suas mais diversas formas, antes, o que se tem que cuidar é evitar que o conteúdo de um beijo entre dois rapazes gere uma falsa tensão, usada para disseminar o discurso do ódio de forma polarizada, como se de um lado estivesse a liberdade de expressão da diversidade sexual e, do outro, o extremo moralismo populista: a intenção deste artigo é fazer a correta distinção: a liberdade de expressão não é absoluta quando o tema é o público infanto-juvenil, ou seja, o ato do Prefeito Municipal do Rio de Janeiro foi efetivamente um ato de censura, contudo, o uso de *fake news* para justificar um dos polos da discussão foi feito de forma irresponsável e feriu efetivamente o direito das crianças e dos adolescentes, pela disseminação por adultos, tanto na internet, como pela Folha de São Paulo, o conteúdo do outro livro, este sim proibido, com o sério risco da sexualização precoce, da máxima exposição a tudo, sem nenhum critério.

Reforçamos: pretendemos chamar a atenção dos adultos para que não entrem na polarização,

com armas que efetivamente façam mal às crianças e adolescentes, porque a eles a proteção é absoluta e prioritária, como sujeitos de direitos em desenvolvimento físico, mental, emocional e cuja maturidade sexual física precisa acompanhar a maturidade sexual cognitiva, logo, não podem sofrer estímulos que provocarão reações físicas de antecipação da puberdade, porque a antecipação causa desestrutura emocional, diante da falta de cognição necessária possa sustentar as novas reações físicas do seu próprio corpo, enquanto outras habilidades infantis ainda precisam ser formadas como etapas indispensáveis ao seu saudável desenvolvimento global.

Por isso a Doutrina da Proteção Integral, firmada no ordenamento jurídico brasileiro, com a Constituição Federal de 1988, elegeu a criança e o adolescente², como prioridades absolutas. O diapasão da proteção integral foi regulamentado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. Neste contexto, mais uma vez, faz-se extremamente relevante compreender que não estamos frente a uma mera “teoria” da proteção, mas diante de um arcabouço normativo. Sim, leis que se pautam, se situam, na Proteção Integral. Cada vez mais o aparato normativo tem uma compreensão da necessidade de se cuidar da infância. Podemos situar o Marco Legal da Primeira Infância, Lei n. 13.257, de 8 de março de 2016, como exemplo de crescente zelo, – ou seja, a prioridade das prioridades – do zero aos seis anos de idade.

O grande tema, que foi absolutamente descurado em todo o debate em torno do livro lançado na Bienal do Livro do Rio de Janeiro, situa-se no tocante ao cuidado com o ser criança, e, portanto, a necessária discussão sobre a necessidade de buscar-se a classificação indicativa para obras literárias, sem disseminação de *fake news* para atrapalhar o debate necessário e atual. Somente isso!

Não se trata de defesa da censura ou de uma alienação, no sentido de deixarmos nossas crianças alheias às mudanças sociais, às alterações na composição da família. Não queremos uma “marcha às trevas”. Nada disso! Antes, a classificação indicativa se situa na mais absoluta compreensão de que estamos frente a pessoas em processo de desenvolvimento e, portanto, merecedoras de atenção e cuidados diferenciados e especiais.

Enfim, não queremos censuras, mordanças; queremos proteção!

REFERÊNCIAS

BAUMAN, Zygmunt. **Vida para consumo**: a transformação das pessoas em mercadorias. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988)**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/constitui... Acesso em 09 de set. De 2019.

2 - Em sua redação original, posteriormente, com a Emenda Constitucional n. 65, de 2010, foi acrescentado a categoria jovem.

_____. **Convenção sobre os Direitos da Criança:** Decreto 99.710/90. Publicado em 21 de novembro de 1991. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm. Acesso em 10 de set. de 2019.

_____. **Estatuto da Criança e do Adolescente.** Publicado em 13 de julho de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm. Acesso em: 05 de jan. de 2019.

BRASIL. Ministério da Justiça Secretaria Nacional de Justiça. **Classificação indicativa:** Guia Prático. 3. Ed. Brasília, 2018. Disponível em <https://www.justica.gov.br/seus-direitos/classificacao/guia-pratico/classind-guia-pratico-de-audiovisual-3o-ed.pdf>. Acesso em: 10 set. 2019.

BARROS, Bruno Mello Correa de. **A criança e o adolescente internauta:** limites e possibilidades do princípio da Proteção Integral no Ciberespaço. *In:* VERONESE, Josiane Rose Petry (coord.). **Direito da Criança e do Adolescente:** novo curso – novos temas. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

CÂMARA DOS DEPUTADOS REDAÇÃO. **Câmara rejeita classificação de livros por faixa etária.** Disponível em <https://www.camara.leg.br/noticias/414588-camara-rejeita-classificacao-de-livros-por-faixa-etaria/>. Acesso: em 10 set. 2019.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Pacto pela Primeira Infância.** Publicado em 11 de abril de 2019. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/pacto-nacional-pela-primeira-infancia>. Acesso em: 04 ago. 2019.

DEHEIZNELIN, Monique. **Art. 79.** *In:* VERONSE, Josiane Rose Petry. SILVEIRA, Mayra. CURY, Munir (coord.). **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado:** comentários jurídicos e sociais. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

CRESCER. Corrente que alerta sobre conteúdo pornográfico em livros infantis é falsa, de 05 de set. de 2019. Disponível em <https://revistacrescer.globo.com/amp/Voce-precisa-saber/noticia/2019/09/corrente-que-alerta-sobre-conteudo-pornografico-em-livros-infantis-e-falsa.html>. Acesso em: 11 set. 2019.

FOLHA DE SÃO PAULO. **O que a Folha pensa:** marcha às trevas, de 08 de set. de 2019. Disponível em <https://www1.folha.uol.com.br/opiniaio/2019/09/marcha-as-trevas.shtml?loggedpaywall>. Acesso em: 11 set. 2019.

FOLHA DE SÃO PAULO. **STF derruba decisão que autorizava censura a HQ com beijo gay na Bienal do Livro,** de 08 de set. de 2019. . Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/ilustrada/2019/09/stf-derruba-decisao-que-autorizava-censura-a-hq-com-beijo-gay-na-bienal-do-livro.shtml>. Acesso em: 11 set. de 2019.

PEREIRA, Tania. PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **A ética da convivência familiar**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 255-256.

SANTOS. Danielle Maria Espezim dos. A Luta por direitos infantoadolescentes no Brasil: Doutrina da Proteção Integral e o direito fundamental à assistência social. *In.*: VERONESE, Josiane Rose Petry; SILVA, Rosane Leal da (org.). **A Criança e seus Direitos: entre violações de desafios**. Porto Alegre: Editora Fi, 2019, p. 85.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **RE466.343-SP**, publicado em 03 de dez. de 2008. Relator: Ministro César Peluso. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>. Acesso em: 11 set. 2019.

UNICEF BRASIL. **A Convenção sobre os Direitos da Criança**. Disponível em <https://www.unicef.org/brazil/convencao-sobre-os-direitos-da-crianca>. Acesso em: 10 set. 2019.

VARELLA, Drauzio. **Brasil vai na contramão do mundo e aumenta índices de suicídio**. Disponível em: <https://drauziovarella.uol.com.br/reportagens/brasil-vai-na-contramao-do-mundo-e-apresenta-aumento-na-taxa-de-suicidio/>. Acesso em: 11 set. 2019.

VILELA. Sílvia Maria S. Art. 78. *In.*: VERONSE, Josiane Rose Petry. SILVEIRA, Mayra. CURY, Munir (coord.). **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

VERONESE, Josiane Rose Petry. **Convenção sobre os direitos da Criança: 30 anos**. Salvador: JusPodivm, 2019.

_____. SILVEIRA, Mayra. CURY, Munir (coord.). **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

_____. ZANETTE, Sandra Muriel Zadróski. **Criança, consumo e publicidade: por uma sociedade fraterna**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.



DISCURSOS

DISCURSO PROFERIDO PELO DES. CARLOS ROBERTO DA SILVA POR OCASIÃO DE SUA POSSE

Exmo. Sr. Desembargador Rodrigo Colaço, em nome de quem saúdo os demais colegas desembargadores, autoridades que compõe a mesa, e que estão presentes neste Plenário.

Saúdo igualmente minha amada família, fonte inesgotável de amor.

Também estendo especial cumprimento ao meu amigo-irmão Álvaro Andrade, em nome de quem saúdo todos os queridos amigos que hoje aqui estão.

Minha querida dona Nilda, rica alma, impossível esquecer os cafés quentes e o carinho maternal nos 10 anos de Itajaí. Permita-me em seu nome cumprimentar todos os servidores do Poder Judiciário catarinense, de minhas equipes de trabalho ao longo de todos esses anos, e que vieram a esta solenidade.

Senhoras e Senhores:

Hoje comemoro uma conquista, foram 25 anos e 8 meses de intensa dedicação a uma sublime missão, a um verdadeiro sacerdócio.

Não me iludo, não me envaideço individualmente, sei que me esforcei, me superei, mas especialmente tenho ciência de que, se alcancei algo, isso se deve ao trabalho de todos os que comigo estiveram nessa jornada.

Do árduo início, lembro da incipiente e exclusivamente auto-patrocinada informatização. Hoje tudo recebemos do Judiciário para o desempenho de nossa missão.

Em seguida, como Juiz Substituto, o trabalho junto à Corregedoria, no mutirão de sentenças de diversas comarcas. Depois, em Balneário Camboriú, sob o comando do hoje Ministro Marco Aurélio Gastaldi Buzzi.

Removido para Joinville, onde fiquei por três anos, tive a sorte de ser aprendiz de mestres de escol. Meu muito obrigado aos hoje desembargadores Newton Trisotto, Vanderlei Romer, Ruy Pedro Schneider, Paulo Sartorato, Luiz Cesar Medeiros, Denise Volpato, Jaime Ramos, Ricardo Roesler, Carlos Adilson Silva, e ao saudoso José Volpato de Souza.

Promovido a titular das Comarcas oestinas de Cunha Porã, Mondai e Chapecó, o que poderia se anunciar como um período de sacrifícios representou o melhor momento da carreira: contato humano, interação social e amizades que perduram, e que se revelam muito mais importantes que a proximidade dos templos de consumo deixados no litoral.

No entanto, era tempo de voltar à proximidade da família. O primeiro passo do retorno

foi dado quando da remoção para Blumenau, comarca de pessoas ordeiras, trabalhadoras e de infundável poder de recuperação.

O objetivo final, como de conhecimento de todos, era Itajaí, cidade portuária em que havia construído minha trajetória anterior, e onde ainda morava minha mãe, Maria Martinha Antunes da Silva, perto de quem desejava estar. Afinal, fora ela quem me forjara como pessoa. Dela herdei o caráter, que pretendo deixar como legado às minhas filhas. Mas não houve tempo: quando cheguei a Itajaí, há pouco ela nos havia deixado. Cumprira sua missão. Hoje sei que junto dela haverei de morar no outro porto, o da eternidade...

Na cidade das belas praias e do clube náutico Marcílio Dias me consolidei profissionalmente. Foram 10 bons anos em que atuei nas três Varas Criminais, na Vara da Infância e Juventude e, por fim, por 5 anos, na Vara da Fazenda Pública.

Na Universidade do Vale do Itajaí – Univali, onde me graduei, ali ao lado do fórum, cursei também o Mestrado e o Doutorado, estes graças ao importantíssimo incentivo deste Tribunal.

Para minha honra, fui convocado pelo Exmo. Sr. Desembargador José Antônio Torres Marques, e exerci, com orgulho, a função de Coordenador de Magistrados durante o ano de 2016.

Novos horizontes se abriram, e outra mudança inesperada ocorreu: a ascensão ao Segundo Grau, para a Câmara Especial Regional de Chapecó, no fim de 2016.

O momento, é o de agradecer.

Muito me orgulho de minhas origens humildes. Nasci em modesta casa de madeira na rua Juvan Rocha (na nossa amada agrônoma, Desembargador Sérgio Heil!). Órfão de pai aos 4 anos de idade, logo aos 6 anos fui presenteado com a companhia e o convívio de meu cunhado-pai Edílio, pessoa de caráter, honestidade e dedicação ao trabalho que me contagiaram desde criança.

Aos 10 anos, mudamo-nos todos para São Paulo. Lá, desde cedo, conhecendo dificuldades, aprendi a compreender o trabalho e a educação como ferramentas de transformação. As dificuldades econômicas ensinaram-nos a dar valor a todas as conquistas.

Avizinhava-se uma possível carreira militar. Havia quem quisesse me levar à Força Aérea, à Academia Militar de Barbacena em Minas Gerais, mas o voo não chegou a se concretizar. O destino final era mesmo a aeronave do Judiciário... Passei a trabalhar desde cedo, durante as férias, com meu pai-cunhado, e a partir dos 14 anos em horário integral em uma loja de calçados. O sonho de um curso superior me fez voltar para Santa Catarina aos 16 anos, sempre com a mãe, Maria, à qual pretendia dar um “teto branco” (era como nos referíamos a um imóvel de alvenaria, pois as casas onde moramos eram modestas: a cada chuva nos faziam sonhar com um teto impermeável e com laje).

De volta ao estado natal, trabalhei como office boy e, depois, como corretor de imóveis em Balneário Camboriú, berço do aprendizado em questões afetas ao Direito Imobiliário, início da paixão pelas letras jurídicas. Foram 9 anos, e não havia descanso em sábados ou domingos...

Veio o vestibular, a bolsa de estudos para poder pagar o Curso de Direito em Itajaí, a formatura, a Escola da Magistratura em Florianópolis. Depois, o concurso.

Quis o destino que já no segundo certame o êxito fosse obtido, com a boa nova trazida pelo inesquecível Mário José Simone Ramos. Por alguns meses, secreta e sigilosamente imaginava (sonhei muitas vezes com isso) que a Comissão do Concurso havia se equivocado, ou atendido a alguma espécie de “cota social” para estranhos ou hipossuficientes, algo que racionalmente sabia não existir, mas que de alguma forma explicava em meus devaneios o alcance daquela tão importante conquista.

Por isso, amigos, o tema principal deste modesto discurso é, sem dúvida, o agradecimento a Deus por toda a resiliência ao longo do caminho que percorri. Afinal, conforme Franklin Roosevelt, **a única coisa que devemos temer é o próprio medo.**

Estudos científicos indicam que a resiliência esteja relacionada à ativação do córtex pré-frontal esquerdo. Quando estimulada, essa região do cérebro provoca a diminuição da ansiedade e do medo, deixando o cérebro livre para planejar e definir metas. Assim, nos tornamos capazes de enfrentar os obstáculos que a vida nos apresenta.

Meus queridos amigos, é dessa maneira que encaro o desafio que ora assumo. Tentarei manter-me forte e resiliente para continuar enfrentando as vicissitudes da função. Estou ciente de que nada farei sozinho, feliz por ter uma equipe maravilhosa, competente, dedicada. Obrigado a todos vocês, meus queridos componentes de um time vencedor, e que continuará vencendo! A tarefa que nos espera é também aguardada por toda a Sociedade catarinense.

Entendo o trabalho que exercemos como um serviço público essencial, e cuja demora representa não apenas uma afronta ao direito fundamental à razoável duração do processo, mas, acima de tudo, um desrespeito ao cidadão, destinatário de toda e qualquer atividade estatal. A criatura (Estado) deve estar a serviço do criador (Sociedade), como bem ensinou o meu querido Prof. Dr. César Pasold.

Engajado com o objetivo de “julgar mais e melhor”, norte definido por nosso Presidente desde o início de sua gestão, precisarei, como sempre, da minha família e dos meus amigos. Compreensivos diante de minhas ausências em muitos momentos, fiéis e parceiros em horas de dúvidas e incertezas, verdadeiros irmãos por afinidade guiada por Deus. Muito menos do que já sou, seria sem vocês, sei que nunca me faltarão!

Quero agradecer especialmente a minha família.

Encontrei Venita (e os mais próximos sabem da casualidade desse encontro) e quero te dizer, Kika, que em teu sorriso largo e lindo entendi o significado da felicidade. Demorei muito pra te encontrar (todos também sabem...), mas o verdadeiro tesouro nunca é resultado da primeira expedição!

Quero falar às minhas preciosidades Jéssica e Natalie, minhas filhas amadas, que o amor incondicional que nos une provoca uma sensação indescritível de ligação permanente entre corações

e almas. Não deixarei riquezas, senão alguns conselhos que igualmente herdei: sejam sempre (como já são), honestas, sinceras e humildes, e nunca desistam, pois a perseverança é a chave do sucesso!

Minha única irmã, principalmente após a partida de nossa mãe, tem sido uma segunda alma materna em minha existência. Saiba que para todos nós você transmite a mais completa de todas as lições, aquilo que é mais sagrado aos olhos de Deus: o amor, o carinho, o afeto, o cuidado. Não há curso superior ou de pós-graduação que ensine isso, irmã amada! O próprio São Paulo, maior pensador e divulgador do Cristianismo, deixou claro; **“AINDA que eu falasse as línguas dos homens e dos anjos, e não tivesse amor, seria como o metal que soa ou como o sino que tine. E ainda que tivesse o dom de profecia, e conhecesse todos os mistérios e toda a ciência, e ainda que tivesse toda a fé, de maneira tal que transportasse os montes, e não tivesse amor, nada seria”**. Muito obrigado, maninha, a quem posso chamar de **“irmã”**!

Em tudo o que escrevi nestas linhas deixei claro o papel de minha mãe... e em sua homenagem leio agora o que já lhe dediquei em outra oportunidade: **“Maria, mãe de minha existência, sempre comigo. Se sou forte em raros momentos, porque sempre foste e te copio, em que pese minhas limitações; se fraquejo, porque não aprendi o suficiente, ainda que tenhas durante toda a vida insistido em ensinar; se pretendo contribuir com algo, porque tua obra, a maior, foi o amor: dela tudo brota e assim será enquanto estiver aqui, antes de te ver novamente”**.

Obrigada a todos!

Obrigado Senhor!

Boa noite!

DISCURSO PROFERIDO PELO DES. ÁLVARO LUIZ PEREIRA DE ANDRADE POR OCASIÃO DA POSSE DO DES. CARLOS ROBERTO DA SILVA

Que o Divino Espírito acenda em nós o amor fraterno; que a honestidade e o direito resplandeçam em nossa sociedade e sejamos verdadeiros cidadãos do “novo céu e da nova terra” – da oração da Campanha da Fraternidade.

Excelentíssimo Sr. Desembargador Rodrigo Collaço, Presidente do Egrégio Tribunal de Justiça de Santa Catarina, e digníssimas autoridades da mesa já nominadas.

Desembargadoras e Desembargadores.

Senhoras e Senhores,

Boa noite a todos.

Como disse meses atrás o colega Artur Jenichen Filho, **“ascender ao cargo de Desembargador intensifica nossa responsabilidade. Porém, a dedicação ao trabalho, à sociedade e à família, havida ao longo dos anos de estudo e aperfeiçoamento, forjam e revelam o profissional e o ser humano, a agregar o melhor dos seus esforços em benefício de todos”**.

De acordo com Johann Goethe, **“Quando uma criatura humana desperta para um grande sonho e sobre ele lança toda a força de sua alma, todo o universo conspira a seu favor”**.

Muito feliz e agradecido por poder participar desta forma da posse de nosso hoje Desembargador Carlos Roberto da Silva, o qual colou grau em Direito em 1990, e é colega de concurso, de 1993.

O agora homenageado que, em seguida, já se tornou Especialista em Direito Civil, depois, Mestre e, recentemente, DOUTOR em Direito, com dupla titulação, é Magistrado e Professor.

Herdeiro de seus próprios esforços, inteligência e adequadas escolhas, extraiu o melhor das suas experiências profissionais anteriores. Traz e mantém consigo a humildade e a disposição do prestador de serviços e do comerciário, a diligência e a tenacidade do corretor de imóveis; a perseverança e a fé inabalável na Justiça dos melhores Advogados. A essas qualidades acrescentou inúmeras outras: do Magistrado de escol, do Acadêmico laureado, e do vocacionado professor.

Entrega há mais de um quarto de século o melhor serviço judiciário: honesto, eficiente, produtivo, ágil e justo.

Exerceu vasta, rica, variada e profícua jurisdição em primeiro grau. Teve destacado êxito em todas as unidades nas quais julgou, como titular ou cooperador, aí incluída a Justiça Eleitoral, tanto em zonas eleitorais do interior, quanto na qualidade de Juiz Suplente do Tribunal Regional Eleitoral de SC.

E também demonstrou o mesmo elevado zelo em atribuições administrativas, desde a direção dos foros, até o exercício da função de Coordenador de Magistrados, sob a presidência do ilustre Desembargador José Antônio Torres Marques, missão que só deixou ao ser merecidamente guindado à Câmara Especial Regional de Chapecó, como Juiz de Direito Substituto de Segundo Grau.

Sua ascensão definitiva ao Tribunal é corolário dessa vitoriosa carreira. Nas palavras do Corregedor-Geral da Justiça de SC, o eminente Desembargador Henry Petry Júnior, **“o colega tem uma trajetória reconhecida e aplaudida por todos. De produtividade exemplar, ostenta qualidades pessoais e intelectuais que só nos fazem sentir orgulho de sua presença nos quadros da Magistratura”**.

Sobressai a ininterruptamente **“conduta irrepreensível na vida pública e particular”**, mesmo que não o determinasse a Lei Orgânica da Magistratura Nacional.

O agora Desembargador Carlos Roberto da Silva certamente continuará determinado a **julgar mais e melhor**.

Mas destacam-se mesmo as qualidades do ser humano, de probidade, fiabilidade, empatia e respeito a todos, sem distinção.

Sem traço da possível vaidade decorrente de suas inúmeras conquistas, Carlos Roberto faz questão de recordar suas origens, da família honrada e trabalhadora e, principalmente, dos preceitos que seus pais, Oscar e Maria Martinha Antunes da Silva, ambos de saudosa memória, outorgaram a si e sua irmã, Vera, e que sua Excelência está retransmitindo às amadas e amáveis filhas, JÉssica e NataLÍ.

Nova construção familiar está se iniciando, agora ao lado da Riosulense Venita Bêulke da Silva, a sua doce Kika, esposa e companheira de seus novos planos e sonhos, a serem vivenciados juntamente com os muito maiores desafios profissionais relativos ao segundo grau de jurisdição, que já vem sendo enfrentados com o mesmo brilho e denodo de sempre.

Na descrição feita pelo colega Gilmar Antônio Cômte, hoje em Balneário Camboriú, ainda quando éramos Juizes Substitutos em Joinville, **“O Carlos é tão generoso que se ele souber que a pessoa está precisando de um transplante de coração, é capaz de oferecer o dele mesmo”**.

Aos amigos, tem dito que tem a honra de estar ocupando a vaga deixada pela aposentadoria do destacado Desembargador Newton Trisotto.

Tenha certeza, caro amigo, que o próprio Des. Trisotto, um dos melhores Magistrados da história de nosso Estado, também está muito orgulhoso e honrado, e sente-se verdadeiramente afortunado, por estar sendo sucedido por V.Exa., que certamente também fará história em nosso Tribunal.

Vossa Excelência, Desembargador Carlos Roberto da Silva, mantém **ELEVADA A DIGNIDADE DO CARGO**, o senso de justiça e de responsabilidade na aplicação da Lei, sempre

atendendo aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum, comando legal de 1942.

Ao mesmo tempo, é a personificação da máxima de Leonardo da Vinci, segundo a qual “**A simplicidade é o último grau de sofisticação**”.

Voltando a Johann Goethe, “**quanto mais um homem se aproxima de suas metas, tanto mais crescem as dificuldades**”.

Muitas outras metas e sucessos ainda atingirás.

Nossos efusivos Parabéns.

E seja muito bem-vindo, estimado colega; amigo; Irmão.

Que Deus e Seus anjos permaneçam contigo, e continues a ser essa luz e bênção na vida de todo o povo de Santa Catarina, e das pessoas que tem o privilégio de desfrutar da tua convivência mais próxima.

Que teu generoso coração rubro-negro continue a bater forte e saudável, com “raça, amor e paixão” pela causa do direito e da justiça...

Muito obrigado.

DISCURSO PROFERIDO PELO DESEMBARGADOR OSMAR NUNES JÚNIOR POR OCASIÃO DE SUA POSSE

1. Exmo Sr. Presidente, Desembargador Rodrigo Colaço. Cumprimentando Vossa Excelência, cumprimentando todas as autoridades que compõem a mesa. Demais autoridades aqui presentes. Desembargadoras, Desembargadores. Amigas, amigos e familiares, servidores, minhas sras e meus senhores.

2. Agradeço emocionado ao Desembargador João Henrique Blasi, pelas generosas e exageradas palavras. Lá no início, em 2013, quando abriu uma vaga para o quinto constitucional e, influenciado pelo Rafael Horn, pensei em me candidatar. O primeiro que foi consultar no TJ, foi o Desembargador João Henrique Blasi. A partir daí, ele resolveu me apoiar e me incentivar, e se tornou, em parte culpado por isso tudo. Sei que a amizade e bem querer não são passíveis de agradecimento, são bens inestimáveis. De todo modo, expresso aqui meu respeito e minha admiração por vossa excelência.

3. Em 1981, meus pais me levaram até a rodoviária de Araranguá, onde embarquei em um ônibus, com destino a esta Capital, para iniciar os estudos no curso de Bacharelado em matemática, na Universidade Federal de Santa Catarina. No decorrer do curso, prestei vestibular para Direito na UNIVALI, sem pretensões, e fui aprovado. Eram 13 candidatos por vaga, na época. Só tinha faculdade de Direito na UNIVALI/ITAJAÍ, FURB/BLUMENAU e UFSC.

Continuei o curso de matemática durante o dia e a iniciei o curso de Direito à noite, indo de ônibus de Fpolis/Itajaí.

Diante da dificuldade de levar os dois cursos, bem como diante da fulminante paixão pelas ciências humanas, larguei a matemática e assumi exclusivamente o Direito.

Trabalhei em uma imobiliária, depois no BESC e em seguida no fórum de Balneário Camboriú, via concurso público. Em 09 de dezembro de 1989, coleí grau em Direito. Imediatamente pedi a exoneração do cargo de técnico judiciário, para me inscrever nos quadros da Ordem, quando então comecei a advogar, sozinho, em uma sala de 15 metros quadrados. O desejo sempre foi o de ser um grande advogado. Ao longo dos quase 30 anos que exercia a advocacia, esse sempre foi o fim proposto: Advogar e advogar.

Porém, a vida foi me transformando. O colegiado dos Tribunais começou a me encantar. Foi então que, a partir de 2013 meu projeto foi se modificando com o desejo de ocupar esse honroso cargo de Desembargador pelo quinto constitucional da Ordem dos Advogados do Brasil. A caminhada foi coroada com êxito.

Dito isso, Sras e Sres. assumo o compromisso de, com muita paciência e determinação, dedicar-me todos os dias para cumprir essa tarefa com a maior dignidade possível, ao lado de pares da honrados, aos quais rendo publicamente minhas homenagens.

4. Sras e Sres, vivemos uma verdadeira **Era dos Direitos**. Norberto Bobbio muito bem escreveu sobre o tema, em sua obra que lava exatamente esse título.

Essa **Era** teve início na Revolução Francesa. Até então tínhamos o Estado absoluto. Surgiram assim, os Direitos de primeira geração, de segunda, de terceira até os dias atuais.

O que me assusta um pouco é o fato de que muitos não valorizam essas conquistas com o valor que elas realmente merecem.

Veja-se, que muito sangue se esvaiu, muitas famílias se perderam num passado não muito distante, para que nós pudéssemos, hoje, exercer todos esses direitos. Para que pudéssemos hoje, aqui celebrarmos a posse de um Desembargador, através de um processo claramente democrático, em todos os seus respectivos andares.

Vamos, por isso, valorizar esse atos, reclamar menos e fazer mais. Não podemos somente usufruir as conquistas de nossos antepassados, temos que fazer algo.

E como fazermos isso? Trabalhando com determinação e com competência. A competência exige duas qualidades/atribuições: **O conhecimento e o comportamento**. De nada adianta o conhecimento se você não souber se comportar. Você tem que ter o conhecimento técnico e ter o comportamento adequado, com simplicidade, com generosidade, com ética, com lisura, entre muitas outras qualidades.

Então Sras e Sres, ergamos nossas mangas para um profícuo trabalho, para que possamos deixar um legado do bem para as futuras gerações.

Esse é um dos meus compromissos.

Vamos destarte, nós julgadores, como o apóstolo Paulo, combater o bom combate, lembrados da advertência de Rudolf Von Jhering neste trecho de sua inesquecível obra “A luta pelo Direito”: “A paz é o fim que o Direito tem em vista, a luta é o meio de que se serve para o conseguir. Por muito tempo pois em que o Direito ainda esteja ameaçado pelos ataques da injustiça – e assim acontecerá enquanto o mundo for mundo – Nunca ele poderá subtrair-se à luta. A vida do Direito é uma luta: Luta dos povos, do Estado, das classes, dos indivíduos. Todos os Direitos da Humanidade foram conquistados na luta; Todas as regras importantes do Direito devem ter sido, na sua origem, arrancadas àqueles que a elas se opunham, e todo o Direito, Direito de um povo ou Direito de um particular, faz presumir que se esteja decidido a mantê-lo com firmeza. O Direito não é uma pura teoria, mas uma força viva. Por isso, a justiça sustenta numa das mãos a balança em que pesa o Direito, e na outra a espada de que serve para o defender. A espada sem a balança é a força bruta; a balança sem a espada é a impotência do Direito. Uma não pode avançar sem a outra, nem haverá ordem jurídica perfeita sem que a energia com que a justiça aplica a espada seja igual à habilidade com que maneja a balança”.

Então, tenhamos coragem e façamos a nossa parte.

Agradecimentos a Ordem dos Advogados do Brasil, a cada um dos conselheiros, e a toda a sua diretoria.

A esta Corte, a todas as Desembargadoras e Desembargadores. A toda a diretoria, pela cordialidade que estão me recebendo. Será uma honra sem limites fazer parte de tão respeitado Tribunal.

Agradeço ao nosso Governador pela confiança depositada e pela forma emocionante da nomeação. E foi assim: 10 dias após a escolha da lista tríplice, dias de espera angustiantes, eis que, por volta das 14:30 h recebo a ligação do Cel Marcio Ferreira dizendo que o Governador gostaria de tirar algumas dúvidas e se eu poderia ir ao Palácio às 18:30h. Horas intermináveis essas. Às 16:30h recebo outra ligação, antecipando o horário. Chegando no palácio, encaminharam-me para o gabinete do Governador, acomodaram em uma poltrona e pediram para que aguardasse. Em alguns minutos, sai de uma sala o Governador Carlos Moises, juntamente com o Presidente Rodrigo Colaço e o Secr da Casa Civil Douglas Borba. Os três vêm em minha direção, quando o Governador me cumprimenta da seguinte forma: Boa noite novo Desembargador. Por isso, o muito obrigado Governador.

Agradeço aos meus amigos e a minha família minha querida sogra Naira Marques Martinelli, aqui presente, representando o meu sogro querido, Marco Aurélio Martinelli, que infelizmente nos deixou há exatamente uma semana, tomado por um câncer fulminante diagnosticado há 22 dias. Felizmente consegui contar a novidade para ele em vida, no sábado pretérito em Curitiba. Descanse em paz. Ao meu pai, Osmar Nunes, aqui presente, pela dedicação, apoio e pelos bons conselhos ao longo dessa caminhada.

À minha mãe, Ines Borges, também aqui presente, pela educação e pelas boas orientações, sempre insistindo que o melhor caminho é o da retidão.

Ao meu irmão, Douglas Nunes, e minha cunhada Rosangela Nunes, por terem se mostrado grandes companheiros, amigos fiéis.

Às minhas queridas sobrinhas Aline, Marcela e sobrinho Nathan, pela amizade e pela presença nesse evento.

Ao meu filho Guilherme M. Nunes, meu artista preferido. Minha eterna gratidão. Obrigado meu filho, o pai tem um orgulho gigantesco de você.

A minha querida e amada esposa, Danielle Nunes minha parceira, minha uber percorrendo todo esse Estado na campanha da OAB. Tão bela, tão doce e tão firme simultaneamente. És meu grande e para sempre amor. Sem você nada disso teria dado certo. Muito obrigado mesmo. Viver com você e com o Guilherme é um privilégio. Amo vocês para sempre e incondicionalmente.

Por fim, Senhoras e Senhores, temos que saber vencer nossos sentimentos. Agora se inicia mais uma nova caminhada.

Um sonho: Uma justiça mais justa, uma sociedade mais feliz.

Uma meta: Tentar contribuir para isso todos os dias, com gentileza, sensibilidade e prática incessante do bem.

Muito obrigado e boa noite a todos.

DISCURSO PROFERIDO PELO DESEMBARGADOR JOÃO HENRIQUE BLASI POR OCASIÃO DA POSSE DO DES. OSMAR NUNES JÚNIOR

Vindo da infância, na tão remota Araranguá, que lhe serviu de chão para o prosseguir da caminhada.

Vindo da aventura de tentar a vida, sozinho, na à época incipiente Balneário Camboriú.

Vindo das agruras do cotidiano da advocacia, timbrado pela independência, pela altivez, pela operosidade, pelo combate às injustiças e pela defesa candente do direito.

Vindo da perseverança.

Vindo da angústia da busca, renegando a paz da acomodação.

Vindo com a convicção de que, conforme Fernando Pessoa, “O valor das coisas não esta no tempo em que elas duram, mas na intensidade com que acontecem”.

Vindo acalentado por sua família (sobretudo sua esposa, seu filho, seus pais e seu irmão) e por uma legião de amigos.

Vindo de uma jornada longa, extenuante e ininterrupta.

Chega neste Tribunal o ontem advogado e hoje Desembargador Osmar Nunes Júnior.

Merecidamente!

Ungido por sua entidade de classe, a briosa Ordem dos advogados do Brasil, reconhecido por esta corte e escolhido pelo Governador do Estado.

Chega com entusiasmo à flor da pele, com criatividade, com paixão, com tenacidade, com espírito público, com lealdade e com competência para entregar-se de corpo e alma à quase divinal tarefa de procurar dar a cada um o que é seu.

Chega para militar não como apóstolo da suspeita temerária, nem como militante da culpa presumida.

Chega para lidar com a matéria-prima que se chama “processo judicial” e que abarca duas exigências contrapostas: celeridade e justiça, sabendo que uma decisão justa reclama reflexão e esta requer tempo. Mas, sabendo também, que a demora na solução prolonga o Estado de incerteza das partes e compromete a própria eficácia da decisão. E, sabendo, enfim, que é preciso buscar o ponto de equilíbrio entre essas duas facetas.

Chega com a compreensão de que o Magistrado deve ser gentil, deve ter habilidade para

sondar o coração humano; Deve ser enamorado do direito e da justiça; Deve mostrar-se infenso às vaidades do cargo; Deve ter argúcia para sindicar as espertezas; E deve ser acessível à tecnologia do mundo moderno.

Chega com a certeza de que as diferenças entre os homens cada vez mais soam como amargas lembranças do passado.

Chega com o entendimento de que o império da lei não é um universo de teores literais, senão que uma pauta bem mais ampla, vetorizada para o bem comum e para um fim social.

Chega convencido do axioma de Balzac, em a “divina comédia”, de que o bom senso é a melhor jurisprudência”.

Chega em tempo de travessia, desvestindo a beca imaculada para trajar a toga fazedora de justiça.

Seja bem-vindo, seus colegas o saúdam efusivamente e o recebem de braços abertos.

Siga caminhando para frente, com racionalidade e com paixão, com regra e com emoção, com garra e com atenção, com consciência e com retidão.



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 Salette

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 – Saguazu

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 Balduíno Westphal, 444 – Poco Rico

CEP: 88540-000 – Otacílio Costa

Telefone: (49) 3275-8000

Fórum da Comarca de Palhoça

Rua Hilza Terezinha Pagani, 409 – Pagani

CEP: 88132-256 – Palhoça

Telefone: (48) 3287-5500

Fórum da Comarca de Palmitos

Rua Padre Manoel da Nóbrega, 67 – Centro

CEP: 89887-000 – Palmitos

Telefone: (49) 3647-9400

Fórum da Comarca de Papanduva

Rua Simeão Alves de Almeida, 411 – Centro

CEP: 89370-000 – Papanduva

Telefone: (47) 3653-6000

Fórum da Comarca de Pinhalzinho

Av. Recife, 1700 – Santo Antônio

CEP: 89870-000 – Pinhalzinho

Telefone: (49) 3366-6100

Fórum da Comarca de Pomerode

Rua XV de Novembro, 700 – Centro

CEP: 89107-000 – Pomerode

Telefone: (47) 3387-7400

Fórum da Comarca de Ponte Serrada

Rua 3 de Maio, 460 – Centro

CEP: 89683-000 – Ponte Serrada

Telefone: (49) 3435-6500

Fórum da Comarca de Porto Belo

Rua Maurílio Manoel da Silva, 252 – Perequê

CEP: 88210-000 – Porto Belo

Telefone: (47) 3369-7100

Fórum da Comarca de Porto União

Rua Voluntários da Pátria, 365 – Centro

CEP: 89400-000 – Porto União

Telefone: (42) 3521-3700

Fórum da Comarca de Presidente Getúlio

Rua Curt Hering, 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, 1570 – 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, 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

4034353-28.2018.8.24.0000, Tribunal de Justiça.....	155
8000149-21.2017.8.24.0000, Tribunal de Justiça.....	161
4011543-25.2019.8.24.0000, Tribunal de Justiça.....	167

AÇÕES RESCISÓRIAS

0226592-40.2012.8.24.0000, Capital.....	283
0191793-68.2012.8.24.0000, Curitiba.....	298
0196610-78.2012.8.24.0000, Joinville.....	319

AGRAVOS DE INSTRUMENTO

4012055-08.2019.8.24.0000, Joinville.....	574
4032671-38.2018.8.24.0000, Lages.....	776
4016629-27.2018.8.24.0900, Balneário Camboriú.....	435
4035248-86.2018.8.24.0000, Papanduva.....	570
4025374-93.2018.8.24.0900, Capital.....	664
4017065-67.2018.8.24.0000, Capital.....	400
4033474-21.2018.8.24.0000, Curitiba.....	728
4010086-55.2019.8.24.0000, Guaramirim.....	770
0032551-34.2016.8.24.0000, Ipumirim.....	799
4002617-55.2019.8.24.0000, Jaraguá do Sul.....	560
4010954-83.2018.8.24.0900, Criciúma.....	582
4026404-66.2018.8.24.0900, Capital.....	591
4004080-32.2019.8.24.0000, Capital.....	356
4008239-18.2019.8.24.0000, Joinville.....	612
4026219-12.2018.8.24.0000, Turvo.....	585
4022374-06.2017.8.24.0000, Imbituba.....	692
4013998-60.2019.8.24.0000, Balneário Camboriú.....	764
0152281-73.2015.8.24.0000, Joinville.....	440

AGRAVOS EM EXECUÇÃO PENAL

0003412-75.2019.8.24.0018, Chapecó.....	956
0007725-16.2019.8.24.0038, Joinville.....	966

AGRAVOS INTERNOS

1.314.880 - SC (2018/0152887-1), Santa Catarina.....	46
1.435.260 (2014/0032597-5), Santa Catarina.....	56
0300548-22.2014.8.24.0032/50003, Itaiópolis.....	100
0127017-88.2014.8.24.0000/50007, Capital.....	114
0135494-66.2015.8.24.0000/50001, Brusque.....	540
4012197-46.2018.8.24.0000/50000, Pomerode.....	555

AGRAVOS REGIMENTAIS

168.347, Santa Catarina.....	28
744.763, Santa Catarina.....	37
169.532, Santa Catarina.....	40

APELAÇÕES CÍVEIS

0113652-04.2014.8.24.0020, Criciúma.....	373
0304651-06.2017.8.24.0020, Criciúma.....	383
0902539-37.2017.8.24.0045, Palhoça.....	418
0035342-03.2009.8.24.0038, Joinville.....	446
0312676-82.2015.8.24.0018, Chapecó.....	456
0302604-13.2015.8.24.0058, São Bento do Sul.....	464
0068134-50.2012.8.24.0023, Capital.....	468
0310016-81.2017.8.24.0039, Lages.....	475
0301372-19.2017.8.24.0050, Pomerode.....	721
0305136-83.2016.8.24.0038, Joinville.....	731
0000225-26.2009.8.24.0013, Campo Erê.....	759
0501417-53.2012.8.24.0005, Balneário Camboriú.....	806
0052135-22.2006.8.24.0038, Joinville.....	811

0000668-29.2009.8.24.0028, Içara.....	737
0300066-98.2018.8.24.0011, Brusque.....	565
0300640-07.2016.8.24.0007, Biguaçu.....	646
0302967-16.2014.8.24.0064, São José.....	350
0055682-02.2008.8.24.0038, Joinville.....	608
0003702-31.2005.8.24.0067, São Miguel do Oeste.....	247
0005125-16.2007.8.24.0080, Xanxerê.....	255
0021915-04.2006.8.24.0018, Chapecó.....	182
0003898-78.2013.8.24.0080, Xanxerê.....	192
0001962-23.2007.8.24.0017, Dionísio Cerqueira.....	237
0000768-14.2009.8.24.0018, Chapecó.....	272
0043307-77.2009.8.24.0023, Capital.....	361
0302915-34.2017.8.24.0090, Capital.....	395
0303546-56.2015.8.24.0022, Curitibaanos.....	403
0323195-85.2017.8.24.0038, Joinville.....	413
0003836-04.2012.8.24.0135, Navegantes.....	594
0010101-20.2009.8.24.0008, Blumenau.....	602
0002597-17.2017.8.24.0061, São Francisco do Sul.....	622
0500682-52.2013.8.24.0080, Xanxerê.....	650
0004178-65.2007.8.24.0078, Urussanga.....	708
0900339-20.2016.8.24.0004, Araranguá.....	713
0006339-84.2014.8.24.0019, Concórdia.....	786
0300162-31.2015.8.24.0040, Tubarão.....	521
0302405-11.8.24.0019, Concórdia.....	513
0026990-92.1995.8.24.0023, Capital.....	491
APELAÇÕES CRIMINAIS	
0001724-38.2017.8.24.0054, Rio do Sul.....	928
0000312-23.2016.8.24.0017, Dionísio Cerqueira.....	938
0905776-03.2017.8.24.0038, Joinville.....	945

0005075-98.2016.8.24.0039, Lages.....	973
0000674-47.2019.8.24.0008, Blumenau.....	863
0000332-80.2015.8.24.0071, Tangará.....	878
0002817-12.2015.8.24.0020, Criciúma.....	963
0013554-50.2013.8.24.0083, Correia Pinto.....	899
0000158-57.2015.8.24.0011, Brusque.....	907
0002413-93.2009.8.24.0044, Orleans.....	982
0002504-90.2013.8.24.0159, Armazém.....	869

ARTIGOS

A DIFERENÇA ENTRE CENSURA E CLASSIFICAÇÃO: UMA LEITURA NECESSÁRIA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE.....	1060
EMPRESAS EM CRISE: O INSTITUTO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL À LUZ DA SUSTENTABILIDADE.....	1040
O ANIMAL É O SUJEITO PASSIVO NO CRIME DE MAUS-TRATOS CONTRA ANIMAIS.....	1017

CONFLITO DE COMPETÊNCIA

0001252-34.2019.8.24.0000, Pomerode.....	93
------------------------------------------	----

DISCURSOS

DISCURSO PROFERIDO PELO DES. ÁLVARO LUIZ PEREIRA DE ANDRADE POR OCASIÃO DA POSSE DO DES. CARLOS ROBERTO DA SILVA.....	1081
DISCURSO PROFERIDO PELO DES. CARLOS ROBERTO DA SILVA POR OCASIÃO DE SUA POSSE.....	1077
DISCURSO PROFERIDO PELO DES. JOÃO HENRIQUE BLASI POR OCASIÃO DA POSSE DO DES. OSMAR NUNES JÚNIOR.....	1088
DISCURSO PROFERIDO PELO DES. OSMAR NUNES JÚNIOR POR OCASIÃO DE SUA POSSE.....	1084

EMBARGOS INFRINGENTES

0017839-68.2018.8.24.0000 e 0019231-43.2018.8.24.0000, Santo Amaro da Imperatriz.....824

HABEAS CORPUS

0002000-66.2019.8.24.0000, Jaguaruna.....859

4009159-89.219.8.24.0000, Mondaí.....485

507.152 (2019/0120728-0), Santa Catarina.....52

MANDADOS DE SEGURANÇA

4013244-21.2019.8.24.0000, Capital.....668

4014889-81.2019.8.24.0000, Capital.....679

4000330-22.2019.8.24.0000, Capital.....684

PETIÇÕES

0001962-54.2019.8.24.0000, Guaramirim.....59

0002127-04.2019.8.24.0000, Capital.....63

RECLAMAÇÃO

4009679-49.2019.8.24.0000, Joinville.....533

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO

0007173-36.2018.8.24.0023, Capital.....960

RECURSOS ADMINISTRATIVOS

0018528-82.2019.8.24.0710, Guaramirim.....132

2019.900015-2, Palhoça.....140

2018.900009-5, São Francisco do Sul.....145

RECURSOS ESPECIAIS

0005964-17.2009.8.24.0035/50000, Itajaí.....86

0601546-86.2014.8.24.0008/50001, Blumenau.....89

0001059-87.2017.8.24.0000/50000, Capital.....72

0032234-90.2008.8.24.0008/50001, Blumenau.....	75
0905836-73.2017.8.24.0038/50000, Joinville.....	78
0002104-39.2013.8.24.0042/50001, Maravilha.....	83

REVISÕES CRIMINAIS

0000886-92.2019.8.24.0000, Imbituba.....	836
4018023-19.2019.8.24.0000, São Miguel do Oeste.....	816
4027911-46.2018.8.24.0000, São José.....	830
4008417-64.2019.8.24.0000, São Miguel do Oeste.....	850
4010665-03.2019.8.24.0000, Balneário Camboriú.....	853

SENTENÇA

0015834-14.2012.8.24.0023, Capital.....	990
-----------------------------------------	-----

SUSPENSÃO DE LIMINAR OU ANTECIPAÇÃO DE TUTELA

4007185-17.2019.8.24.0000, Tribunal.....	66
------------------------------------------	----



ÍNDICE POR ASSUNTO

AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE

INCISO II DO ART. 2º, E ART. 3º, DA LEI N. 7.371/2018, DO MUNICÍPIO DE CRICIÚMA, DE INICIATIVA PARLAMENTAR. INSTITUIÇÃO DO “PROGRAMA DE SAÚDE BUCAL PARA PESSOAS COM DEFICIÊNCIA”, ATRIBUINDO AO PODER EXECUTIVO MUNICIPAL A RESPONSABILIDADE DE “OFERECER ÀS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA, TODO E QUALQUER TRATAMENTO DE SAÚDE BUCAL ADEQUADO ÀS SUAS NECESSIDADES”.....167

LEI MUNICIPAL N. 10.372/2018 DE FLORIANÓPOLIS. PERMITE A PARTICIPAÇÃO DAS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS E PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PRIVADO SEM FINS LUCRATIVOS NO “PROGRAMA CRECHE E SAÚDE JÁ”.....155

LEI N. 1.316/2005 DO MUNICÍPIO DE SÃO CARLOS. NORMA QUE CONCEDE INCENTIVOS FISCAIS E ECONÔMICOS PARA A EXPANSÃO DE EMPREENDIMENTOS E GERAÇÃO DE EMPREGO E RENDA NA LOCALIDADE.....161

AÇÕES RESCISÓRIAS

AÇÃO COMINATÓRIA PROMOVIDA PELO CONSELHO FEDERAL DE OFTALMOLOGIA E SOCIEDADE CATARINENSE DE OFTALMOLOGIA, VISANDO LIMITAR A ATUAÇÃO DA AUTORA COMO OPTOMETRISTA.....319

AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE DOAÇÕES.....298

ARESTO PROFERIDO EM USUCAPIÃO. VIOLAÇÃO À LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI E ERRO DE FATO (ART. 485, V E IX, DO CPC/73) INDEMONSTRADOS.....283

AGRAVOS DE INSTRUMENTO

AÇÃO ANULATÓRIA. MAGISTRADO DE ORIGEM QUE INDEFERE PEDIDO DE TUTELA DE URGÊNCIA, POR MEIO DO QUAL SE OBJETIVAVA O LEVANTAMENTO DE PENHORA SOBRE DIREITOS DE VEÍCULO.....570

AÇÃO CIVIL PÚBLICA AJUIZADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO CONTRA CASAL QUE ACOLHE, EM SUA RESIDÊNCIA E EM CONDIÇÕES PRECÁRIAS, NÚMERO DE ANIMAIS DOMÉSTICOS QUE SUPERA UMA CENTENA.....770

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO AMBIENTAL. CONTAMINAÇÃO DO SOLO POR REJEITOS DE ÓXIDO DE FERRO E FOSFOGESSO NAS ÁREAS DO PÁTIO INDUSTRIAL E DEPÓSITO/DISPOSIÇÃO FINAL DE REJEITOS, NA REGIÃO DE RIBANCEIRA, NO MUNICÍPIO DE IMBITUBA.....692

AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.....776

AÇÃO DE ADIMPLEMTO CONTRATUAL.....574

AÇÃO DECLARATÓRIA DE ALIENAÇÃO PARENTAL CUMULADA COM MODIFICAÇÃO DE GUARDA.....	356
AÇÃO DE CONSIGNAÇÃO DE CHAVES DE IMÓVEL OBJETO DE COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA.....	440
AÇÃO DE EXECUÇÃO. PENHORA DE VALORES DEPOSITADOS EM CONTA POUPANÇA.....	560
AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS DECORRENTES DA MÁ PRESTAÇÃO DE SERVIÇO MÉDICO HOSPITALAR QUE CULMINOU NA MORTE DO FILHO DOS DEMANDANTES DE 16 (DEZESSEIS) ANOS DE IDADE.....	799
AÇÃO DE MODIFICAÇÃO DE GUARDA UNILATERAL PARA COMPARTILHADA. PEDIDO DE TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA INDEFERIDO.....	435
AÇÃO DE RESCISÃO DE CONTRATO CUMULADA COM COBRANÇA E REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS. REPRESENTAÇÃO COMERCIAL.....	664
AÇÃO INIBITÓRIA C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS COM PEDIDO DE TUTELA DE URGÊNCIA.....	612
CONTRATO DE FRANQUIA. AÇÃO DE ABSTENÇÃO DE PRÁTICA CONCORRENCIAL CUMULADA COM PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR LUCROS CESSANTES.....	591
EXECUÇÃO DE QUANTIA CERTA CONTRA DEVEDOR SOLVENTE (CÉDULA DE CRÉDITO BANCÁRIO).....	585
INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA.....	582
MANDADO DE SEGURANÇA. LIMINAR QUE CONCEDEU VAGA EM CRECHE A INFANTE.....	764
PRECEITO COMINATÓRIO. REDE SOCIAL (<i>FACEBOOK</i>) REMOÇÃO DE CONTEÚDO DA REDE MUNDIAL DE COMPUTADORES E FORNECIMENTO DE DADOS DE TERCEIRO APONTADO COMO OFENSOR.....	400
TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. EXPEDIÇÃO DE OFÍCIO AO JUÍZO UNIVERSAL PARA QUE INFORME A EXISTÊNCIA DE VALORES JUNTO AO PROCESSO FALIMENTAR.....	728

AGRAVOS INTERNOS

AÇÃO DE REPARAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. RESPONSABILIDADE EXTRA CONTRATUAL.....46

DECISÃO DA 2ª VICE-PRESIDÊNCIA QUE NEGOU SEGUIMENTO A RECURSO EXTRAORDINÁRIO, NA FORMA DO ART. 1.030, INCISO I, ALÍNEA “A”, DO CPC/2015.....114

DECISÃO DA 3ª VICE-PRESIDÊNCIA QUE, AMPARADA EM PARADIGMAS ORIUNDOS DE RECURSOS REPETITIVOS, NEGOU SEGUIMENTO A RECURSO ESPECIAL E, NO RESTANTE, NÃO O ADMITIU.....100

DECISÃO DO RELATOR QUE NEGA PROVIMENTO A AÇÃO RESCISÓRIA, FUNDADA EM VIOLAÇÃO A LITERAL DISPOSITIVO DE LEI (ART. 485, INCISO V, DO CPC/73), POR TER O ACÓRDÃO CUJA RESCISÃO SE PEDE SE AMPARADO EM ENTENDIMENTO CONTROVERTIDO.....540

DECISÃO MONOCRÁTICA TERMINATIVA QUE INDEFERIU A INICIAL DE AÇÃO RESCISÓRIA. ALEGADA VIOLAÇÃO A NORMA JURÍDICA (ART. 966, V, DO CPC/15).....555

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. TAXA DE FUNCIONAMENTO DE ESTABELECIMENTO DE MÁQUINAS OU APARELHOS ELETRÔNICOS. ACÓRDÃO RECORRIDO ANCORADO EM LEI LOCAL. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 280/STF.....56

AGRAVOS EM EXECUÇÃO PENAL

DIREITO DE VISITAÇÃO AO PRESO. DIREITO DO PRESO QUE NÃO SE SOBREPÕE À PROTEÇÃO DO MENOR. RESPONSABILIDADE DA FAMÍLIA, DO ESTADO E DA SOCIEDADE EM RESGUARDAR A DIGNIDADE DA CRIANÇA, 0016451-64.2018.8.24.0023, Capital.....

INFRAÇÃO DISCIPLINAR DE NATUREZA GRAVE. DESRESPEITO AO AGENTE PENITENCIÁRIO COM DIZERES QUE CONFIGURAM INJÚRIA RACIAL, 0007725-19.2019.8.24.0038, Joinville.....

LIVRAMENTO CONDICIONAL. INDEFERIMENTO. CONDENAÇÕES POR CRIMES EQUIPARADOS A HEDIONDO E COMUM.....956

AGRAVOS REGIMENTAIS

CONSTITUCIONAL. LEI MUNICIPAL QUE INSTITUI A COBRANÇA FRACIONADA EM ESTACIONAMENTOS PARTICULARES.....37

ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA ARMADA. LAVAGEM DE DINHEIRO. PRISÃO PREVENTIVA. EXCESSO DE PRAZO. SÚMULA 691/STF.....28

PROGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL DO FECHADO PARA O SEMIABERTO. AUSÊNCIA DE VAGA ESPECÍFICA. CUMPRIMENTO DA PENA EM LOCAL SEMELHANTE, COM GARANTIA DOS DIREITOS INERENTES.....40

APELAÇÕES CÍVEIS

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. *ACTIO* AJUIZADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO EM DESFAVOR DE INSTITUIÇÃO DE ENSINO PARTICULAR. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS EDUCACIONAIS.....491

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. EXPLORAÇÃO DO SERVIÇO DE TRANSPORTE INDIVIDUAL DE PASSEIRO. USO DE TAXÍMETRO.....713

AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO DE VEÍCULO.....565

AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEFICÁCIA DE ATO JURÍDICO FALIMENTAR. CONTRATO PARTICULAR DE COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA COM ARRENDAMENTO DE UNIDADE INDUSTRIAL DE ABATE DE AVES.....182

AÇÃO DE COBRANÇA C/C DANOS MORAIS. PLANO DE SAÚDE. NEGATIVA DE COBERTURA PARA REALIZAÇÃO DE EXAMES CLÍNICOS.....468

AÇÃO DE DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR PROPOSTA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. DESCUMPRIMENTO DOS DEVERES INERENTES AO EXERCÍCIO DO PODER FAMILIAR PELOS GENITORES.....418

AÇÃO DE FALÊNCIA. SENTENÇA DE EXTINÇÃO DO FEITO, SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO.....602

AÇÃO DE GUARDA. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. CONCESSÃO DA GUARDA EM FAVOR DO GENITOR E REGULAMENTAÇÃO DO DIREITO DE VISITAS EM FAVOR DA AVÓ MATERNA.....521

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E LUCROS CESSANTES. AQUISIÇÃO DE MERCADORIAS IMPORTADAS. TRANSPORTE MARÍTIMO.....622

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. AQUISIÇÃO DE MATERIAIS PARA REALIZAÇÃO DE OBRA. PRODUTOS QUE APRESENTAVAM DEFEITOS DE FABRICAÇÃO.....646

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. ATRASO E MÁ QUALIDADE NO CONSERTO DE VEÍCULO SINISTRADO.....255

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. EXTRAVIO DE BAGAGEM EM VOO INTERNACIONAL.....	373
AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. CONTRATO DE UTILIZAÇÃO DE CANAL PERMANENTE EM TV A CABO ENTABULADO ENTRE AS PARTES.....	361
AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. PROGRAMA ESPECIAL DE CAPACITAÇÃO DE DOCENTES.....	759
AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. TRANSPORTE RODOVIÁRIO. TROCA DE BAGAGENS.....	475
AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C DANOS MORAIS. PRETENSÃO AUTORAL VISANTE A OBTER A OCULTAÇÃO/EXCLUSÃO DE INFORMAÇÕES RELATIVAS A ANTECEDENTES CRIMINAIS, A FIM DE OBTER PORTE DE ARMA PARA O EXERCÍCIO DA PROFISSÃO DE VIGILANTE.....	731
AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. INSTITUIÇÃO PARTICULAR DE ENSINO SUPERIOR. EXPEDIÇÃO DE DIPLOMA SEM O RESPECTIVO RECONHECIMENTO DE CURSO EXIGIDO PELO MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO.....	513
AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS DECORRENTES DE ACIDENTE DE TRÂNSITO. COLISÃO COM ANIMAL SOBRE A PISTA DE ROLAGEM.....	403
AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO. IMPORTE REFERENTE A DESPESAS DE ARMAZENAMENTO EXIGIDO PELO OPERADOR PORTUÁRIO.....	594
AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO. MUNICÍPIO DE CONCÓRDIA. LEI COMPLEMENTAR MUNICIPAL N. 163/1999. CONTRIBUIÇÃO COMPULSÓRIA AO SERVIÇO MUNICIPAL DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE (SEMAS) E AO FUNDO MUNICIPAL DE ASSISTÊNCIA AO SERVIDOR (FUMAS).....	786
AÇÃO DE RESCISÃO DE CONTRATO COM DEVOLUÇÃO DE VALORES C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS.....	608
AÇÃO DE RESTITUIÇÃO DE VALORES PAGOS INDEVIDAMENTE AJUIZADA EM FACE DE CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇOS PÚBLICOS.....	350
AÇÃO DE RETIFICAÇÃO DE REGISTRO PÚBLICO PARA SUPRESSÃO DE PATRONÍMICO MATERNO. CERTIDÃO DE NASCIMENTO.....	413
AÇÃO DE USUCAPIÃO DE IMÓVEL RURAL. SENTENÇA DE EXTINÇÃO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO, ANTE O RECONHECIMENTO DA AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR (ART. 267, VI, DO CPC/1973).....	237

AÇÃO INDENIZATÓRIA. ERRO DE DIAGNÓSTICO.....	446
AÇÃO INDENIZATÓRIA POR DANOS MORAIS. ENVIO DE <i>NOTEBOOK</i> À FABRICANTE PARA REPAROS NO PRAZO DE GARANTIA. INESPERADA FORMATAÇÃO DO EQUIPAMENTO SEM PRÉVIA ADVERTÊNCIA AO CONSUMIDOR.....	395
AÇÃO MONITÓRIA. DUPLICATA E TRIPPLICATA ACOMPANHADAS DE NOTAS FISCAIS E DE COMPROVANTES DE ENTREGA DAS MERCADORIAS...	650
AÇÃO ORDINÁRIA. ANULAÇÃO DE DÉBITO FISCAL. IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS.....	708
AÇÃO ORDINÁRIA DE CUMPRIMENTO DE CONTRATO CUMULADA COM PERDAS E DANOS E ABALO ANÍMICO.....	272
ACIDENTE COM VÍTIMA FATAL. VIÚVA E FILHOS DO FALECIDO QUE POSTULAM REPARAÇÃO CIVIL.....	247
DIREITO DE FAMÍLIA. AÇÃO ANULATÓRIA DE REGISTRO CIVIL.....	383
IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ASSOCIAÇÃO “DE FACHADA” CONSTITUÍDA COM O FIM DE ANGARIAR VERBA PÚBLICA.....	811
INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. AÇÃO PROPOSTA POR OFENDIDO-DEMANDANTE, MEMBRO DO MINISTÉRIO PÚBLICO, EM FACE DE SOCIEDADES EMPRESÁRIAS E DE JORNALISTA QUE ATUAM NO ÂMBITO LOCAL.....	192
INFORTUNÍSTICA. NEXO ETIOLÓGICO LABOR/LESÃO POR CONCAUSA E INCAPACIDADE LABORATIVA TOTAL E TEMPORÁRIA POSITIVADOS.....	721
RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. ABANDONO AFETIVO.....	464
RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO DE TABELIÃO EM REGISTRO DE NASCIMENTO. RESPONSABILIDADE CIVIL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS, MORAIS E PENSIONAMENTO DECORRENTE DE ERRO MÉDICO.....	737
RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL. SUPRESSÃO DO PATRONÍMICO DO GENITOR.....	456
APELAÇÕES CRIMINAIS	
CRIME CONTRA A CRIANÇA E O ADOLESCENTE. SUBMISSÃO DE CRIANÇA OU ADOLESCENTE SOB SUA GUARDA, AUTORIDADE OU VIGILÂNCIA A VEXAME OU CONSTRANGIMENTO.....	938

CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO. ESTELIONATO.....	863
CRIME DE FURTO QUALIFICADO PELO ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO (ART. 155, § 4º, I, DO CÓDIGO PENAL).....	982
CRIME DE TRÂNSITO. HOMICÍDIO CULPOSO NA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR (ART. 302, <i>CAPUT</i> , DO CTB).....	963
CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A PESSOA E CONTRAVENÇÃO PENAL. DANO QUALIFICADO PELA PRÁTICA CONTRA BEM PÚBLICO, AMEAÇA E VIAS DE FATO, ESTES EM CONTEXTO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR.....	973
CRIMES CONTRA DIGNIDADE SEXUAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL COM DEFICIÊNCIA MENTAL (ART. 217-A, § 1º, C/C ART. 14, II, DO CÓDIGO PENAL).....	899
CRIMES DE TRÂNSITO. HOMICÍDIO E LESÃO CORPORAL CULPOSOS NA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR.....	928
DELITO CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA (LEI N. 8.137/90, ART. 2º, II), POR DUAS VEZES.....	945
HOMICÍDIO CULPOSO NA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR (ART. 302, <i>CAPUT</i> , DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO).....	869
HOMICÍDIO QUALIFICADO PELO MOTIVO TORPE, PELO ENVENENAMENTO E PELA DISSIMULAÇÃO, MAJORADO PELA IDADE DA VÍTIMA (CP, ART. 121, § 2º, I, III E IV, C/C § 7º, II).....	907
REALIZAÇÃO DE DESPESAS EM DESCONFORMIDADE COM NORMA FINANCEIRA (DECRETO-LEI 201/67, ART. 1º, V) E ASSUNÇÃO DE OBRIGAÇÃO NO ÚLTIMO ANO DO MANDATO (CP, ART. 359-C).....	878

ARTIGOS

A DIFERENÇA ENTRE CENSURA E CLASSIFICAÇÃO: UMA LEITURA NECESSÁRIA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE.....	1060
EMPRESAS EM CRISE: O INSTITUTO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL À LUZ DA SUSTENTABILIDADE.....	1040
O ANIMAL É O SUJEITO PASSIVO NO CRIME DE MAUS-TRATOS CONTRA ANIMAIS.....	1017

CONFLITO DE COMPETÊNCIA

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. Segunda Câmara de Direito CIVIL e quinta câmara de direito COMERCIAL.....93

DISCURSOS

DISCURSO PROFERIDO PELO DES. ÁLVARO LUIZ PEREIRA DE ANDRADE POR OCASIÃO DA POSSE DO DES. CARLOS ROBERTO DA SILVA.....1081

DISCURSO PROFERIDO PELO DES. CARLOS ROBERTO DA SILVA POR OCASIÃO DE SUA POSSE.....1077

DISCURSO PROFERIDO PELO DES. JOÃO HENRIQUE BLASI POR OCASIÃO DA POSSE DO DES. OSMAR NUNES JÚNIOR.....1088

DISCURSO PROFERIDO PELO DES. OSMAR NUNES JÚNIOR POR OCASIÃO DE SUA POSSE.....1084

EMBARGOS INFRINGENTES E DE NULIDADE

HOMICÍDIO. PRONÚNCIA. INDÍCIO DA PRÁTICA DE CRIME DOLOSO CONTRA A VIDA.....824

HABEAS CORPUS

PACIENTE CONDENADO PELA PRÁTICA DO CRIME DE LATROCÍNIO.....859

PRISÃO CIVIL DECRETADA EM RAZÃO DO INADIMPLEMENTO DE DÍVIDA ALIMENTAR.....485

TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTOS. DESPROPORCIONALIDADE. SUBSTITUIÇÃO POR MEDIDAS CAUTELARES.....52

MANDADOS DE SEGURANÇA

CONCURSO PÚBLICO. PROVIMENTO DE CARGOS EFETIVOS DO QUADRO DE PESSOAL DO PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DE SANTA CATARINA. CARGO DE OFICIAL DE JUSTIÇA E AVALIADOR. CANDIDATO QUE ALMEJA CONCORRER ÀS VAGAS DESTINADAS A COTISTAS NEGROS E PARDOS...684

DELEGATÁRIO DO SERVIÇO DE REGISTRO DE IMÓVEIS. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR INSTAURADO PARA APURAR FALTAS COMETIDAS NO EXERCÍCIO DA FUNÇÃO QUE PODERÁ RESULTAR EM PERDA DA DELEGAÇÃO.....668

INDEFERIMENTO DE INSCRIÇÃO PRELIMINAR EM CONCURSO PÚBLICO. SUPOSTA AUSÊNCIA DE PREENCHIMENTO DE FORMULÁRIO PRÓPRIO À PRIMEIRA ETAPA.....679

PETIÇÕES

INCIDENTE RELATIVO À DISTRIBUIÇÃO DE AÇÃO RESCISÓRIA, COM OBJETIVO DE DESCONSTITUIR SENTENÇA PROFERIDA NOS AUTOS DE “REGULARIZAÇÃO DE PROPRIEDADE DE PLANO ESTADUAL DE REGULARIZAÇÃO FUNDIÁRIA”59

INCIDENTE RELATIVO À DISTRIBUIÇÃO DE CUMPRIMENTO DE SENTENÇA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA, PROFERIDA EM MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO IMPETRADO PELO SINDICATO DOS SERVIDORES DO PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DE SANTA CATARINA – SINJUSC.....63

RECURSOS ADMINISTRATIVOS

PARCELAMENTO DO SOLO. RECUSA DO PEDIDO DE REGISTRO DE DESMEMBRAMENTO DE IMÓVEL PELO OFICIAL DO REGISTRO DE IMÓVEIS DE GUARAMIRIM, EM RAZÃO DE MANIFESTAÇÃO NEGATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO.....132

RECLAMAÇÃO. DIVERGÊNCIA QUANTO À COBRANÇA DE EMOLUMENTOS. RECURSO DO OFICIAL DE REGISTRO DE IMÓVEIS.....140

SUSCITAÇÃO DE DÚVIDA. INSATISFAÇÃO MANIFESTADA EM FACE DAS EXIGÊNCIAS DO OFICIAL DO 1º OFÍCIO DE REGISTRO DE IMÓVEIS DA COMARCA DE SÃO FRANCISCO DO SUL.....145

RECLAMAÇÃO

DECISÃO DE PRIMEIRO GRAU QUE SUSPENDEU O PROCESSO DE AÇÃO ORDINÁRIA ANTE PEDIDO DE INSTAURAÇÃO DE INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS.....533

RECURSOS ESPECIAIS

DANO MORAL PRESUMIDO. INSCRIÇÃO OU MANUTENÇÃO EQUIVOCADA NOS CADASTROS DESABONADORES.....89

ESTATUTO DO IDOSO. LINHAS RODOVIÁRIAS CONVENCIONAIS. PASSAGEM GRATUITA OU COM DESCONTO.....78

LEI DE LOCAÇÕES.....	86
RESPONSABILIDADE PELA REGULARIZAÇÃO DE LOTEAMENTO. INDENIZAÇÃO PELOS DANOS MORAIS E MATERIAIS.....	75
VIOLAÇÃO AOS ARTS. 5º, INCISO LV, DA CARTA DA REPÚBLICA E 1.668, INCISO I, DO CÓDIGO CIVIL.....	83
VIOLAÇÃO AOS ARTS. 10, CAPUT, E 11, INCISO I, DA LEI FEDERAL Nº 8.429/92. PROMOÇÃO PESSOAL NA DIVULGAÇÃO DE INFORMATIVO PARLAMENTAR COM VINCULAÇÃO DO NOME, PARTIDO E CANAIS DE COMUNICAÇÃO EM REDES SOCIAIS.....	72
RECURSO EM SENTIDO ESTRITO	
FURTO QUALIFICADO NA MODALIDADE TENTADA (CP, ART. 155, § 4º, I E II, C/C ART. 14, II). PRISÃO PREVENTIVA INDEFERIDA.....	960
REVISÕES CRIMINAIS	
HOMICÍDIO DOLOSO TRIPLAMENTE QUALIFICADO CONTRA MULHER (FEMINICÍDIO – CP, ART. 121, §2º, INCISOS II, IV E VI E §2º-A, INCISO I)....	850
HOMICÍDIO QUALIFICADO (ART. 121, § 2º, I, III, E IV, DO CP). DOSIMETRIA.....	830
ROUBO CIRCUNSTANCIADO [ART. 157, § 2º, I, II E V, DO CÓDIGO PENAL]. PRETENSÃO DE REVISÃO DA DOSIMETRIA PENAL.....	853
TRÁFICO DE DROGAS.....	816
TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA TAL FIM. AÇÃO DE JUSTIFICAÇÃO. RETRATAÇÃO DA TESTEMUNHA E DEPOIMENTO NOVO.....	836
SENTENÇA	
AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS.....	990
SUSPENSÃO DE LIMINAR OU ANTECIPAÇÃO DE TUTELA	
SUSPENSÃO DOS EFEITOS DE TUTELAS PROVISÓRIAS E DE SENTENÇA....	66



ÍNDICE ONOMÁSTICO

Alexandre d'Ivanenko.....	956
Altamiro de Oliveira.....	83, 86, 89, 100
Álvaro Luiz Pereira de Andrade.....	272, 513, 1081
André Carvalho.....	475
André Luiz Dacol.....	468
Antônio Zoldan da Veiga.....	140, 830
Bettina Maria Maresch de Moura.....	255, 440
Carlos Adilson Silva.....	72, 75, 78, 114
Carlos Roberto da Silva.....	237, 521, 1077
Cinthia Beatriz da Silva Bittencourt Schaefer.....	853, 966, 982
Clarice Ana Lanzari.....	1040
Cláudia Lambert de Faria.....	456
Cláudia Ribas Marinho.....	1017
Cláudio Barreto Dutra.....	161
Denise de Souza Luiz Francoski.....	799
Ernani Guetten de Almeida.....	928
Fernando Carioni.....	403, 413
Francisco Oliveira Neto.....	728
Gerson Cherem II.....	283
Getúlio Corrêa.....	945
Gilberto Gomes de Oliveira.....	540
Guilherme Nunes Born.....	565
Helio David Vieira Figueira dos Santos.....	247, 418
Hélio do Valle Pereira.....	806
Hildemar Meneguzzi de Carvalho.....	859

Jaime Machado Junior.....	555, 591
Jaime Ramos.....	167, 668, 737
Jairo Fernandes Gonçalves.....	446
Jânio Machado.....	646, 650
Joana Ribeiro.....	1060
João Batista Góes Ulysséa.....	298, 319, 395
João Henrique Blasi.....	721, 1088
Joel Figueira Júnior.....	435
Jorge Luis Costa Beber.....	373
Jorge Luiz de Borba.....	713
José Carlos Carstens Köhler.....	612, 622
Josiane Rose Petry Veronese.....	1060
Juliana Furlani Musco.....	1040
Júlio César Knoll.....	759, 764
Leopoldo Augusto Brüggemann.....	938
Luis Francisco Delpizzo Miranda.....	990
Luis Roberto Barroso.....	28
Luiz Cesar Schweitzer.....	973
Luiz Felipe Schuch.....	182, 192, 491, 664
Luiz Fernando Boller.....	692, 708
Luiz Fux.....	37
Luiz Zanelato.....	533
Maria do Rocio Luz Santa Ritta.....	400
Mariano do Nascimento.....	570
Moacyr de Moraes Lima Filho.....	59, 63, 66, 93, 132

Nancy Andrighi.....	46
Napoleão Nunes Maia Filho.....	56
Newton Varella Júnior.....	582
Odson Cardoso Filho.....	679
Osmar Nunes Júnior.....	1084
Paulo Roberto Sartorato.....	863, 869
Raulino Jacó Brüning.....	350, 361
Rejane Andersen.....	585
Ricardo Fontes.....	464
Roberto Lucas Pacheco.....	145
Robson Luz Varella.....	574
Rodolfo Tridapalli.....	684
Rosane Portella Wolff.....	356
Rubens Schulz.....	383
Salete Silva Sommariva.....	850
Salim Schead dos Santos.....	560
Sebastião Reis Júnior.....	52
Sérgio Izidoro Heil.....	608
Sérgio Rizelo.....	816, 824, 878, 907
Sérgio Roberto Baasch Luz.....	155, 731
Sônia Maria Schmitz.....	786
Stanley Braga.....	485
Tulio Pinheiro.....	594, 602
Vera Lúcia Ferreira Copetti.....	770
Vilson Fontana.....	811

Volnei Celso Tomazini.....	836, 899
Welton Rubenich.....	1017
Zanini Fornerolli.....	960, 963

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 gramatical e gerenciamento

Assessoria de Artes Visuais – Núcleo de Comunicação Institucional

Projeto gráfico, editoração eletrônica